

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y EL DELITO DE
APROPIACIÓN INDEBIDA, TRAS LA L.O.1/2015**

**Manuel-Jesús Dolz Lago
Fiscal del Tribunal Supremo**

Curso: Delitos societarios. El delito de la administración desleal.

Fecha: 11 y 12 de mayo de 2017.

Sumario

Resumen

1. Consideraciones previas.
 - 1.1. La desafortunada derogación del anterior art. 295 CP/95 de administración desleal de patrimonio social y su encaje en el nuevo art. 252 CP/2015 de administración desleal de patrimonio ajeno privado.
2. El tipo objetivo.
 - 2.1. Los sujetos del delito.
 - 2.1.1. El sujeto activo.
 - 2.1.2. El sujeto pasivo.
 - 2.2. La conducta típica.
 - 2.2.1. La acción típica: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad como alternativa a la contracción de obligaciones.
 - 2.2.2 El abuso de confianza como presupuesto para su configuración.
 - 2.2.3. El objeto de la acción.
3. El tipo subjetivo.
4. Bibliografía.
5. Relación extractada de jurisprudencia reciente sobre el derogado art. 295 CP/2015 con breves referencias al nuevo art. 252.1 CP/2015.



Centro de
Estudios
Jurídicos

Resumen

En el presente estudio se analizan aspectos de la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida operada por la L.O. 1/2015, desde una perspectiva crítica, tanto dogmática como de política criminal. Se indaga sobre la eficacia práctica de la reforma para afrontar la protección de los bienes jurídicos protegidos, ya sea en su dimensión individual como colectiva, así como para luchar contra una de las manifestaciones más graves de la delincuencia “de cuello blanco”, sobre todo en el sistema financiero y bancario, cuyos efectos han determinado en gran medida la crisis económica que padecemos.

En opinión del autor, a pesar de los esfuerzos legislativos por clarificar la problemática delimitación entre el delito societario de administración desleal de patrimonio social previsto en el desafortunadamente derogado art. 295 CP/95 y el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, del art. 252 CP/95, creando un nuevo delito común de administración desleal de patrimonios ajenos mediante una nueva redacción del art. 252 CP/2015, que desplaza la apropiación indebida a los arts. 253 y 254 CP/2015, en realidad, no se ha conseguido despejar el panorama delictivo de estas dos figuras con la suficiente transparencia que permita afrontar adecuadamente los hechos determinantes de esta grave rama de delincuencia económica, dejando demasiados flecos para la interpretación.

No sólo persisten las mismas problemáticas que llevaron a la doctrina y a la jurisprudencia a multiplicar tesis interpretativas, más o menos acertadas en la delimitación de ambos tipos delictivos, cuyas razones últimas subyacentes no eran otras que argumentar jurídicamente para la eludir o no la prisión de los administradores sociales infractores penales (1998), sino que, con la desafortunada derogación del delito societario de administración desleal del art. 295 CP/95, se oscurece todavía más la norma penal del “nuevo” delito de administración desleal de patrimonios ajenos privados del art. 252 CP/2015, que, por otra parte, cede a favor de la del art. 432 CP/2015 (malversación) cuando el patrimonio sea público.

Por ello, el nuevo art. 252 CP/2015, precisa ser analizado según afecte a patrimonio ajeno social –que será lo más habitual- o no. Esta precisión es necesaria para dotar de su razón de ser al delito de administración desleal de patrimonio ajeno social conforme al anterior y sutilmente derogado art. 295 CP/95 y su decisiva jurisprudencia interpretativa, si no se quiere dejar en la impunidad conductas de los administradores sociales gravemente perjudiciales para el orden socioeconómico, so pretexto de dos vías de “huida del Derecho Penal”. La primera, considerar que la exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales debe realizarse preferentemente en el orden de la jurisdicción civil/mercantil conforme a la Ley de Sociedades de Capital (TR 2010 reformado por Ley 31/2014) y no en el penal. Y la segunda, en congruencia con la anterior, valorar el nuevo precepto, por un lado, como un simple delito meramente patrimonial, al margen del orden socioeconómico, y, por otro, sólo en su modalidad de tipo de abuso, omitiendo el tipo de infidelidad, que es inherente a aquél en cuanto la confianza es un presupuesto para su configuración (cfr.v.gr. STS -2ª- 599/2014, de 18 julio –Del Moral-)

1. Consideraciones previas

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por la que se reforma el CP¹, haciéndose eco de las confusas delimitaciones doctrinales y jurisprudenciales entre el delito societario de administración desleal de patrimonio social del art. 295 CP/95 y el delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95, con intención de superarlas pero sin éxito, como se verá después, crea el delito común de administración desleal de patrimonio ajeno en el nuevo art. 252 CP/2015, que se incluye en la Sección 2ª (De la administración desleal) del Capítulo VI (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II (Delitos y sus penas) del CP. Se deroga, en contra de la doctrina más autorizada y del CGPJ, el anterior delito societario de administración desleal de patrimonio social del art. 295 CP/95 *ex* Disposición derogatoria única, punto 2º, en cuanto es una norma que resulta incompatible con la nueva regulación. Se trasladan a los arts. 253 y 254 los delitos de apropiación indebida. Y, por último, se regula como una modalidad de administración desleal específica el delito de malversación de caudales públicos cuando el patrimonio sea público en el art. 432.1 CP/2015.

Hay que tener en cuenta que el nuevo art. 252 CP/2015 rige desde el día 1 julio 2015 (DF 8ª LO 1/2015) y que para el régimen transitorio debe estarse a lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias de la LO 1/2015, tanto para el mantenimiento del criterio de la determinación de la norma aplicable en función a la fecha de los hechos y el de norma más favorable cuanto para los supuestos de revisión de sentencias, lo que obliga a seguir teniendo en cuenta el derogado art. 295 CP/95 cuando fuera necesario.

1.1. La desafortunada derogación del anterior art. 295 CP/95 de administración desleal de patrimonio social y su encaje en el nuevo art. 252 CP/2015 de administración desleal de patrimonio ajeno.

Sobre la reforma operada por la L.O. 1/2015 y su crítica, hay que resaltar primero los propósitos del legislador, el resultado de la reforma y después recordar la crítica que hicimos a la vista del Anteproyecto (DOLZ LAGO, 2014). A esta crítica sumaremos las autorizadas opiniones doctrinales posteriores de la parte más cualificada de la doctrina (*v.gr.* FARALDO, 2015, 355 a 417; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2015; CARDONA, 2015; CADENA, 2016; SÁNCHEZ MELGAR, 2016; NUÑEZ CASTAÑO, 2017)

A nuestro modo de ver, el nuevo art. 252 CP/2015, dejando a un lado el patrimonio público, cuya administración desleal se castiga en el delito de malversación del art. 432.1 CP/2015², tiene dos modalidades según el patrimonio ajeno privado sea social-societario o no. Estas dos modalidades si bien no se distinguen por la sanción penal, que es idéntica, sí por el tipo objetivo en cuanto a la conducta típica y sujetos activos, que nos reconducen a los administradores societarios, los cuales están sujetos un *status* legal propio en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLS 2010) (*cf.* arts. 209 a 252, reformados parcialmente por Ley 31/2014) diferenciado del resto de los administradores no societarios, que se rigen por el Código

¹BOE 77, del 31 marzo.

²Las responsabilidades contables para los gestores de patrimonios públicos reguladas en la legislación del Tribunal de Cuentas, depuradas a través de la jurisdicción contable, son independientes de las penales. Véase art. 16 y 18.2 Ley Orgánica 2/1982, de 12 mayo, del Tribunal de Cuentas.

Civil (v.gr. contrato de sociedad, arts. 1692 y ss.; mandato, arts. 1709 a 1739; gestión de negocios ajenos, arts. 1888 a 1901)

De ahí, que el estudio del nuevo art. 252 CP/2015, cuando el patrimonio administrado es social, aunque el legislador parece reducirlo a un delito meramente patrimonial, debe adaptarse al marco de los delitos societarios, cuyo bien jurídico protegido tiene una más clara dimensión en el orden socioeconómico (DOLZ LAGO, 2014)³. De lo contrario, este delito proyectado en los patrimonios sociales perdería uno de sus elementos más característicos y definitorios para su debida hermenéutica.

¿Qué dice el legislador sobre esta reforma?

Veamos el apartado XV de la Exposición de motivos de la LO 1/2015.

a) Exposición de motivos.

“La rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II pasa a denominarse «De la administración desleal», creándose una Sección 2.^a bis en el mismo Capítulo para integrar los delitos 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 de 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 sólo una sociedad. Razones, pues, 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. 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

³En contra, parte de la doctrina, comentando la reforma penal de 2015, en general, entiende que el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015 se aleja de la protección del orden socioeconómico y sólo se centra en el bien jurídico protegido del patrimonio (v.gr. RAMOS, 2015, 530, entre otros)

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.

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 apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el 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 en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los 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 incluyen 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.

Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas”

En síntesis, pues, se deroga el art. 295 de administración desleal en delitos societarios para introducirlo en el nuevo art. 252 CP/2015 (anterior apropiación indebida), con objeto de comprender la administración desleal no sólo en el ámbito de las sociedades mercantiles o personas jurídicas (patrimonio *social*) sino también en el patrimonio de un tercero persona física (patrimonio *ajeno*), haciéndose una revisión del delito de apropiación indebida —arts. 253 y 254— (distinguiendo la apropiación con

quebrantamiento del deber de confianza o sin este quebrantamiento) y del delito de malversación —cfr. art. 432 y ss. CP— (introduciendo una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos)

Así las cosas, como hemos indicado ya, interpretamos que el “nuevo” delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015 tiene dos modalidades, una la de patrimonio privado social/societario (de persona jurídica) y otra de patrimonio privado individual (de persona física).

Es bien cierto que estas modalidades no las distingue el legislador expresamente e incluso podría pensarse que las niega, ya que establece una única penalidad⁴.

Pero también es cierto que el precepto al referirse a la administración del patrimonio ajeno penaliza la conducta prohibida mediante una remisión al abuso de las facultades de administración del sujeto activo, lo que nos debe llevar inmediatamente al estatuto del administrador. El fijado legalmente, por la autoridad o el negocialex art. 252.1º CP/2015.

En el caso de administradores sociales o societarios su estatuto legal, establecido básicamente en el TRLSC 2010 (arts. 209 a 252, reformado parcialmente por Ley 31/2014), nos hace pensar que tiene un contenido que lo permite diferenciarlo del administrador de un patrimonio ajeno no societario, lo que lleva a una modalidad delictiva del delito de administración desleal ajeno *sui generis*, no tanto por sus consecuencias penales, que no se diferencian de la otra modalidad, cuanto por el contenido del tipo objetivo en su conducta típica y en la delimitación de los sujetos activos. En la conducta típica la remisión a la normativa extrapenal constituida básicamente por la Ley de Sociedades de Capital, ya citada, que es la que configura el estatuto legal del administrador social permite diferenciar claramente su contenido de la conducta típica de los administradores no sociales.

Por otra parte, hay que recordar con la doctrina que el origen de esta modificación legislativa fue la problemática planteada en la delimitación de las conductas entre la anterior apropiación indebida del art. 252 CP/95, en la modalidad de distracción de bienes o valores, y el delito de administración desleal societario del art. 295 CP/95. Problemática que surge a raíz de la modificación legislativa de 1995, que introduce el delito del art. 295 CP/95 y que suscitó sus dudas aplicativas frente a hechos que ya venían castigados en el anterior delito de apropiación indebida del art. 535 CP/73, que fue derogado, o en el art. 252 CP/95, que regulaba la apropiación indebida según la modificación ya citada de 1995.

Si perjuicio de otros precedentes (*cfr.* FARALDO, 2015, 358), el caso judicial determinante del criterio del concurso de normas entre el delito del art. 252/95 y el del art. 295/95, haciendo prevalecer el art. 252 CP/95 *ex art.* 8.4 CP (infracción más grave),

⁴Penas del delito de estafa del art. 249 o, en su caso, las del art. 250 CP (supuestos agravados), con la previsión de una simple pena de multa de uno a tres meses si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, en calidad de delito leve, *ex art.* 252.2 CP. Obsérvese, en este último extremo, que las SSTS -2ª- 655 y 1046/2010, de 29 noviembre (Sánchez Melgar) destacaban en el derogado art-295 CP/95 la indiferencia del valor económico del perjuicio económico causado considerando que siempre sería delito y nunca falta.

fue el de Argentia Trust, que afectaba al banquero Mario Conde, el cual fue resuelto por la STS -2ª- 224/1998, de 26 febrero (Jiménez Villarejo).

En la resolución de este caso, desoyendo las tesis del condenado que lo había sido por el delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95 (-heredero del art. 535 CP/73 vigente a la fecha de los hechos-) y la del fiscal, que entendían que los hechos debían penarse por el nuevo delito de administración desleal del art. 295 CP/95, se zanjó la polémica interpretativa a favor de la aplicación del delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción de bienes o valores, iniciando una trascendental corriente jurisprudencial que sólo se vio quebrada o matizada a favor del concurso de delitos por las SSTS -2ª-915/2005, de 11 julio, 565/2007, de 21 junio, 623/2009, de 19 mayo (todas ellas, ponente Colmenero) y por la STS -2ª- 294/2013, de 4 abril (Marchena), a las que siguen otras que relacionamos al final de este trabajo como jurisprudencia reciente desde el año 2014 a 2016.

En efecto, la STS -2ª- 224/1998, de 26 febrero citada, en sus FFJJ 6º, 7º y 8º señaló la tesis referida. Tesis que, como se ha indicado, fue seguida por la jurisprudencia posterior con algunas matizaciones aunque, ciertamente, no siempre aparezca la cita de esta sentencia en los antecedentes jurisprudenciales que suelen fundamentar las sentencias del Supremo.

Así, puede leerse en los FFJJ 6º, 7º y 8º de la sentencia del caso Argentia Trust, lo siguiente:

“**Sexto:** Los motivos cuarto y sexto del recurso pueden ser objeto de un análisis conjunto. En el motivo cuarto, al amparo del art. 849.1 LECrim., se denuncia la aplicación indebida del art. 535 CP 1973, en relación con los arts. 528 y 529.7 y 8 del mismo texto vigente cuando los hechos ocurrieron --arts. 250.6 y 252 CP 1995-- porque, no constando la efectiva apropiación o apoderamiento de fondos por parte del imputado y deduciéndose de los hechos probados un mero acto de disposición y correlativo desplazamiento patrimonial en perjuicio de la entidad bancaria, ello sólo podría constituir, en su caso, un supuesto de administración fraudulenta o desleal del patrimonio societario, conducta incriminada a partir de la entrada en vigor del CP 1995 que la prevé en su art. 295, pero atípica en el marco del art. 535 del Texto derogado. En el sexto motivo, que ha sido apoyado por el MF, al amparo de la misma norma procesal se denuncia la indebida preterición del art. 295 CP vigente con el argumento de que, aun admitiéndose que las conductas de administración desleal o fraudulenta estuviesen comprendidas en el art. 535 CP derogado, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable obligaría a la aplicación del art. 295 CP vigente. El evidente parentesco de ambos motivos de impugnación y el carácter subsidiario del sexto en relación con el cuarto, aconsejan estudiarlos y resolverlos simultáneamente.

Séptimo: Antes de la reforma operada en 1983 en el CP 1973, el art. 528, definidor de la estafa en los términos amplísimos que se recordarán --«el que defraudare a otro»-- podía ser utilizado quizá para el castigo de una amplia gama de conductas fraudulentas susceptibles de ocasionar un perjuicio patrimonial. La redacción impuesta por la LO 8/1983, convirtiendo el engaño en el elemento nuclear de la estafa y perfeccionando la redacción del tipo de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, convirtió en imposible la subsunción en el mencionado precepto de cualquier comportamiento fraudulento en que no se hubiese utilizado como medio comisivo el engaño, entre otros

y muy principalmente, los actos de administración fraudulenta. A raíz de dicha reforma y durante algún tiempo, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia dominante consideraron que tales actos habían quedado en buena medida despenalizados porque, de una parte, se decía que la producción dolosa de un perjuicio en un patrimonio ajeno cuya administración ha sido confiada al autor del empobrecimiento no es normalmente resultado de una maniobra engañosa sino del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado, lo que no permitiría sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos y, de otra, se razonaba que, siendo un bien fungible el dinero objeto de la acción, la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración no afecta a la propiedad sino al patrimonio que no es una cosa mueble sino un conjunto de activos y pasivos, lo que constituiría un obstáculo para la apreciación del delito de apropiación indebida descrito, como delito contra la propiedad, en el art. 535 CP derogado. No obstante, esta interpretación excesivamente restrictiva del viejo art. 535 no era compatible ni con las exigencias de política criminal propias de una sociedad compleja industrial o postindustrial ni --ello es lo decisivo-- venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto. Lo cierto es que en el art. 535 CP derogado se yuxtaponían -- como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente-- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida --claramente acogida y expuesta en las sentencias de esta Sala de 7 y 14 Mar. 1994 e indirectamente presente en la de 30 Oct. 1997 en la que expresamente se descarta el delito de apropiación indebida pero por no haber sido objeto de acusación-- el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el art. 535 CP 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo --aunque tampoco quepa descartarla-- la concurrencia del animus rem sibi habendi sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en «saber lo que se hace y querer lo que se sabe».

Octavo: Resuelta afirmativamente la cuestión de si pueden ser subsumidos en el tipo de apropiación indebida previsto en el art. 535 CP derogado los actos de administración desleal o fraudulenta, ha de ser forzosamente rechazada la pretensión, mantenida en el cuarto motivo del recurso, de que, incluyendo en dicho tipo penal la conducta del acusado --la que observó concretamente disponiendo de 600.000.000 ptas. en perjuicio del Banco E.-- se ha penalizado un hecho que cuando se cometió era atípico y que hoy sería punible sólo incardinándolo en el art. 295 CP vigente, naturalmente de imposible aplicación retroactiva. Pero también ha de ser rechazada la pretensión,

deducida subsidiariamente con respecto a la anterior en el sexto motivo y apoyada por el MF, según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el art. 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud --e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-- que tenía en el CP 1973. El art. 295 CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del art. 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 art. 295 CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida aplicando el art. 252 y no el art. 295, ambos CP vigente. En consecuencia, ni se ha penalizado en la sentencia recurrida un hecho que fuese atípico en el momento de su comisión --como equivocadamente se sostiene en el cuarto motivo-- ni sería admisible aplicar el art. 295 CP vigente para castigar con pena menor un hecho que estaba comprendido, cuando se cometió, en el art. 535 CP derogado y hoy lo está en el art. 252 del vigente, con lo que también queda desestimado el sexto motivo del recurso. Todavía, sin embargo, debemos agregar unas palabras para subrayar la corrección técnica de la operación subsumidora del hecho enjuiciado en el delito de apropiación indebida. Un acto como el relatado en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida --que ha quedado incólume por lo que se refiere al desplazamiento patrimonial sufrido por el Banco E. y determinado por la transferencia de la suma tantas veces mencionada a la cuenta corriente de A. T. en E. Bank Corporation-- es 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. El acusado, como Presidente del Consejo de Administración del Banco E., en quien habían sido delegadas las más amplias funciones de administración, tenía el deber de ser el más celoso gestor de los intereses del Banco, pese a lo cual incumplió, de la forma más clamorosa, dicho deber realizando un acto de disposición --para el que sin duda estaba facultado siempre que con el mismo no quebrantase sus deberes de lealtad y probidad-- mediante una orden de transferencia, no justificada por contraprestación alguna en beneficio del Banco E., en favor de una entidad que, por sus peculiares características, permite asegurar fue meramente vehículo para orientar el dinero en dirección desconocida. Nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado «tipo de infidelidad», subsumible en el art. 252 CP vigente como delito de apropiación indebida y en el art. 250.6 por la especial gravedad de la entidad del perjuicio, por lo que procede rechazar la denuncia casacional de que estas normas han sido indebidamente aplicadas en la sentencia recurrida. Este Tribunal no debe entrar, por lo demás, en el problema de si el delito de apropiación indebida

apreciado debe ser castigado con arreglo al CP vigente o de acuerdo con el derogado, habida cuenta de la función exclusivamente revisora del recurso de casación y de que dicho problema no ha sido planteado ni debatido en este recurso”

Es decir, lo que se suscitó en el TS al resolver el caso *Argentia Trust* (1998) es si en 1995 con el llamado “Código penal de la Democracia” la administración fraudulenta o desleal de bienes antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP de 1973, cuando se refería al ámbito societario, había quedado sustituida por el nuevo art. 295 CP/95 que se introducía como delito de administración desleal de patrimonio social, el cual tenía una penalidad menor, ya que se castigaba con pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido frente a la de la apropiación indebida que por remisión a los arts. 249 (estafa) y 250 CP (supuestos agravados) suponía penas mayores en los supuestos agravados de elevada cuantía –art. 250.1.5º CP del anterior superior a 50.000 €- (prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses) que eran, normalmente, los aplicables.

Siendo resuelta la duda a favor de negar esta sustitución del anterior art. 535 CP/73 por el art. 295/95 y decir que la administración fraudulenta se seguía castigando en una de las modalidades del delito de apropiación indebida que se establecían en el nuevo art. 252 CP/95, el cual heredaba el contenido del anterior art. 535 CP/73, encontrándonos en presencia de un concurso de normas o leyes a resolver conforme al art. 8.4 CP por el criterio de la aplicación de la norma más grave.

De esta forma, se evitaba el menor castigo para los administradores societarios por la comisión de estos hechos fraudulentos o desleales que hubiera supuesto aplicarles el art. 295 CP/95 en lugar del art. 252 CP/95. Las consecuencias eran notorias porque de aplicarse el art. 295 CP/95, que tenía como alternativa a la pena de prisión una pena de multa, los condenados se libraban de la prisión solventando su responsabilidad penal con una simple multa.

En definitiva, se pretendió que la reforma penal de 1995 no resultara favorable a esos comportamientos fraudulentos mediante la aplicación del tipo penal específico del delito societario del art. 295 CP/95 en lugar del delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95 en su modalidad de distracción o administración fraudulenta. Ya que, de haberse aplicado el nuevo art. 295 CP/95 se hubiera dado la paradoja que los administradores sociales tenían un trato privilegiado o más benévolo que el resto de los administradores, con penas de prisión inferiores o incluso alternativamente con sólo multas, cuando el desvalor de su conducta debe ser considerado superior al afectar a un patrimonio social y no individual.

Por otra parte, como recordaba el Consejo Fiscal en su informe de fecha 8 enero 2013 al Anteproyecto de reforma del CP de octubre 2012⁵, en esta materia, “la relación entre ambos preceptos ha sido muy polémica. La jurisprudencia ha mantenido que el actual 252 CP sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: la que consiste en la apropiación propiamente dicha, que comete el poseedor legítimo que incorpora a su

⁵Hubo una versión de fecha 16 julio 2012, en la que no se recogía esta reforma y una posterior de fecha 3 abril 2013, que ya no pasó a informe del CGPJ y Consejo Fiscal antes de transformarse en Proyecto de Ley de 20 septiembre 2013.

patrimonio las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y la distracción o gestión desleal que se comete perjudicando patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene el autor a su alcance.

La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible la concurrencia del animus *rem sibi habiendi*, sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Además, la relación entre ambos tipos ha ido evolucionando en la jurisprudencia.

En un principio sostuvo ésta que entre ambas figuras delictivas existía un solapamiento o coincidencia, dando a la modalidad de “distracción” de la apropiación indebida un ámbito de aplicación muy amplio (STS -2ª- 224/1998, de 26 de febrero, Argentina Trust).

Pero pronto vio que esto podía vaciar de contenido el 295 CP.

Posteriormente, por ello, ha propuesto la siguiente separación (línea que se inicia con la STS de 11 de mayo de 2005): el 295 castigaría un abuso de poder, es decir, se trataría de un exceso intensivo en sus competencias, en el cual el sujeto actúa dentro de las mismas, pero de modo desleal e infiel, mientras que el 252 castigaría una extralimitación en el poder, o sea, un exceso extensivo en el ejercicio de las competencias: el autor actúa fuera de lo que específicamente le permite el título por el que recibe los bienes.

Lo fundamental para aplicar la apropiación indebida en su modalidad de distracción estribaría en la existencia de una obligación concreta de disposición que el administrador incumple y no la obligación genérica de administrar lealmente.

En cambio, siempre que una conducta no esté sometida a obligaciones específicas de entrega o devolución, o respete dichas obligaciones pero vulnere los deberes de lealtad genéricos de administración leal y fiel, será una conducta de administración desleal del 295 CP.

En definitiva, para un sector jurisprudencial la administración desleal supone actuar dentro de las funciones del administrador, dentro de los límites, pero indebidamente ejercidas, lo que equivaldría a un ejercicio abusivo (STS de 17 de julio de 2005); en la apropiación indebida se actuaría fuera de lo que el título de recepción permite, superando las facultades del administrador. En cambio, para otro sector jurisprudencial, actuar con abuso de las funciones propias del cargo significa hacerlo sin respetar los límites de las atribuciones concedidas a los administradores por la ley o los estatutos sociales, y por tanto, sobrepasando los límites normativos establecidos (AN 13-4-05) (deberes de fidelidad)”

En síntesis, de ahí que la jurisprudencia, finalmente, acabara deslindando ambos delitos en función al criterio del exceso *intensivo* o *extensivo* del administrador, considerando que sería delito de apropiación indebida cuando el administrador se había excedido *más allá* de sus facultades (exceso *extensivo*) mientras que sería

administración desleal cuando lo hubiera hecho *dentro* de sus facultades (exceso *intensivo*)

Como sosteníamos en otro estudio nuestro (DOLZ LAGO, 2014) la jurisprudencia sobre los supuestos concursales con el delito de apropiación indebida estaba en quiebra matizada, ya que si bien es cierto que en las primeras sentencias donde se estudió esta cuestión, sobre hechos cometidos antes de la vigencia del CP 1995, por mor de su aplicación más favorable al contener el delito societario del art. 295 CP/95 penas inferiores que el de apropiación indebida del art. 252 CP/95, se optó por la teoría de los círculos secantes para explicar geoméricamente el concurso de normas o leyes y aplicar el criterio del delito más grave, en virtud del llamado principio de alternatividad del art. 8.4 CP, en detrimento del de especialidad, dada la penalidad más benévola del precepto especial que era el delito societario, no es menos cierto que ya en los años 2005, 2007, 2009 y 2013 surgen sentencias que se apartan de la teoría del concurso de normas para matizar el mismo y dar sustantividad propia al delito societario frente a la apropiación indebida negando que, en realidad, estemos en presencia de delitos que se solapan.

Fue significativa la conferencia dada en 2009 por el entonces magistrado de la Sala 2ª TS, Adolfo PREGO, publicada en el *Diario La Ley* nº 719 de 20 febrero 2009, titulada “Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación”, que sigue las tesis de las SSTS -2ª- 915/2005, de 11 julio y 565/2007, de 21 junio (ambas de Colmenero) y adelanta los criterios expresados en la STS -2ª- 294/2013, de 4 abril (Marchena).

En efecto, como ya se ha expuesto *supra*, la STS -2ª- 224/1998, de 28 febrero (Jiménez Villarejo) Caso Argentinia-Trust ya apostó por el concurso de normas, la STS -2ª- 867/2002, de 26 febrero (Martín Pallín), Caso Banesto se refirió a las figuras geométricas de los círculos concéntricos y secantes, que había expresado Conde-Pumpido Ferreiro en unos comentarios doctrinales, en 1997. Le siguen en esa tesis las SSTS -2ª- 15-12-2000, 7-11-2002, 22-10-2003, 26-07-2004 y 2-11-2004 hasta que la STS -2ª- 915/2005, de 11 julio (Colmenero) quiebra matizadamente la teoría del concurso de normas a favor del concurso de delitos.

No obstante lo cual, mantienen con posterioridad la teoría del concurso de normas las SSTS -2ª- 23-11-2005, 7-06-2006, 17-06-2006, 11-07-2005 y 11-04-2007 hasta que de nuevo, la STS -2ª- 565/2007, de 21 junio (Colmenero) vuelve a quebrar esa línea jurisprudencial mayoritaria así como se explica en la STS -2ª- 623/2009, de 19 mayo, del mismo ponente.

La STS -2ª- 707/2012, de 20 septiembre (Berdugo) recuerda los avatares de esta evolución jurisprudencial resumiendo la misma y señalando que cuando el exceso del administrador es intensivo (esto es dentro de sus funciones) estaríamos en el delito societario mientras que si es extensivo (fuera de su función) estaríamos ante la apropiación indebida. Anotando, en último término, que el criterio doctrinal del apoderamiento podría servir para estas distinciones, al señalar que si lo hay es apropiación indebida y si no, administración desleal.

Estos criterios, exceso intensivo o extensivo, o apoderamiento, desde nuestro modesto punto de vista, tampoco parecían muy convincentes cuando el texto legal del delito societario de la administración desleal del art. 295 CP/95 habla de abuso de

funciones, lo que puede situar la conducta fuera de estas funciones al excederse de las mismas, y de beneficio propio o de tercero, por lo que puede pensarse que no se descarta el apoderamiento en el delito del art. 295 CP/95, salvo que se entienda que el apoderamiento sea *definitivo*, que si situaría esta conducta fuera de las previsiones de este precepto a favor del delito de apropiación indebida.

Con posterioridad, las SSTS -2ª- 91/2013 y 294/2013, de 4 abril (ambas, Marchena) se alinearon en la negación del concurso de normas, dando sustantividad propia y diferenciada al delito societario de administración desleal frente a la apropiación indebida, entendiendo que estamos ante un concurso ideal de delitos⁶, desde las perspectivas anotadas en el 2005, 2007 y 2009, al parecer, con un horizonte en el que se atisbaba la asunción de este último criterio por la corriente jurisprudencial mayoritaria hasta el momento anterior a la reforma penal de 2015, como se deduce de las SSTS -2ª- 517/2013, de 17 junio, 656/2013, de 22 julio y 765/2013, de 22 octubre, todas, Conde-PumpidoTourón; o SSTS -2ª-206/2014, de 3 marzo (Sánchez Melgar), 338/2014, de 15 abril (Varela),691/2014, de 23 octubre (Ferrer), 784/2014, de 20 noviembre (Giménez) y STS -2ª- 433/2015, de 2 julio (Granados)⁷

La STS -2ª- 433/2015, de 2 julio (Granados), citada, ya vigente la reforma penal 2015, a modo de resumen de lo expuesto, en su FJ 8º afirma:

“(…) Con la reforma operada por la LO 1/2015 se resuelve el problema que suscitaba la diferenciación entre el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, y el delito de societario de administración desleal, que se suprime con esta reforma. Sobre esta cuestión, se ha producido una evolución en la posición mantenida por el Tribunal Supremo ya que la más reciente jurisprudencia ha venido a superar la llamada relación de intersección del ámbito típico de ambas figuras, *círculos secantes*, que consideraba existente un concurso de normas que se resolvía por la vía del art. 8.4 del CP, principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena, y se ha centrado en diferenciar la clase de exceso cometido, que puede ser intensivo o extensivo. Así, para aplicar el delito del artículo 295, se exige que el administrador desleal, al que éste artículo se refiere, actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones. "El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador" (STS núm. 915/2005 de 11 julio), suponiendo un exceso extensivo. También se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto, que en el delito de apropiación indebida por distracción se referiría a un supuesto de administración de dinero.

Los distintos criterios que permiten diferencias estas dos figuras delictivas vienen expresados en la Sentencia 765/2013, de 22 de octubre, en la que se declara que esta Sala ha recordado en las STS núm. 91/2013, de 1 de febrero, 517/2013, de 17 de junio, y 656/2013, de 22 de julio, que existen posiciones diferentes en las resoluciones que se

⁶Tesis por la que apuestan, entre otros autores, LUZÓN PEÑA y ROSO (2010)

⁷Véase epígrafe 5 de este trabajo sobre relación extractada de jurisprudencia reciente, años 2014 a 2016.

han esforzado en ofrecer pautas interpretativas acerca de la relación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Una línea jurisprudencial explica la relación entre ambos preceptos como un concurso de principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena. Señala en este sentido la STS 1217/2004 de 22 de enero " *que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973 . El art. 295 del CP 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 perpetren 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 círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, de 27 de noviembre; 867/2002, de 29 de septiembre ; 1835/2002, de 7 de noviembre y 37/2006, de 25 de enero".*

En otras ocasiones se fija la distinción en el hecho de que la actuación delictiva se realice, o no, dentro de las facultades del administrador. Así la STS 915/2005, 11 de julio señala que " *cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio".*

La STS núm. 91/2013, de 1 de febrero, siguiendo la STS 462/2009, 12 de mayo, se refiere también a otras distinciones señaladas 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 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con 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.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, 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 sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador".

Estimamos que debe acogerse la concepción expresada en esta última resolución (STS 462/2009, 12 de mayo, en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento

definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, y se ratifica en la STS 656/2013, de 22 de julio, 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 tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con "*animus rem sibi habendi*" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

Expuestas las distintas posiciones defendidas para diferenciar el delito societario de administración desleal, que como delito societario desaparece con la reforma operada por LO 1/2015, del delito de administración desleal genérico, en la modalidad de apropiación indebida por distracción, puede comprobarse, dados los hechos que se declaran probados en el supuesto que examinamos, que no puede aplicarse, como se pretende en el motivo, la administración desleal societaria ya que no encajan en ninguna de las posiciones antes expuestas para delimitar esa figura delictiva. Efectivamente, como se señala por el Tribunal de instancia, los acusados recurrentes han realizado actos de apropiación que, aunque lleven aparejada deslealtad, de ningún encajan en las facultades del administrador”

Con posterioridad, la STS -2ª- 476/2015, de 15 julio (Jorge Barreiro) incide en la misma materia y omite en su fundamentación la STS -2ª- 433/2015, de 4 julio (Granados), lo cual sorprende al ser prácticamente coetáneas⁸. La STS -2ª- 719/2015, de 10 noviembre (Sánchez Melgar), citando la STS -2ª- 476/2015, de 15 julio, sintetiza y concluye que “la diferencia entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal con arreglo a los criterios jurisprudenciales, se ha de cifrar en lo siguiente: Cuando el acusado dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, ha de aplicarse el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 del C. Penal). Se aplica el delito societario del art. 295 del C. Penal cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por darle un destino al dinero distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce”

Esto no obstante, en contra de lo que expresa la jurisprudencia más reciente, creemos que el horizonte confuso de la delimitación de las figuras delictivas de administración desleal de patrimonios ajenos y apropiación indebida no ha sido

⁸Debería establecerse en la presidencia de la Sala 2ª TS un mecanismo homogeneizador de su propia jurisprudencia, que seleccionara y simplificara las autocitas para mejor comprensión de la materia tratada, evitando el caos de las citas que se realizan en las propias sentencias y, por ende, en la doctrina, con indudables efectos negativos posteriormente en la legislación.

despejado por la reforma penal de 2015⁹, como aparentemente parecía que lo había hecho, ya que actualmente podrá darse el concurso de delitos entre el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015 y la apropiación indebida del art. 253 CP/2015 si concurren conductas de los administradores netamente apropiatorias –art. 253 CP/2015- (volveremos a interpretar cuando estamos ante una “apropiación de dinero” o ante una administración desleal) con las de abuso de sus funciones –art. 252 CP/2015, si bien, ciertamente, las consecuencias punitivas ante la elección de uno u otro tipo delictivo sean las mismas por tener igual penalidad el art. 252 CP/2015 que el art. 253 CP/2015. Por otro lado, nada impide que pueda plantearse un concurso medial de delitos¹⁰ cuando la administración desleal *ex* art. 252 CP/2015 sea medio necesario para cometer la apropiación indebida del art. 253 CP/2015 *ex* 77.1 *in fine* CP¹¹.

MANZANARES (2015, 219) sostiene que “Los posibles concursos podrían resolverse de forma similar a como se hace en Alemania. La apropiación indebida (&246 de aquel Código) cedería ante la administración desleal (&266) si el autor hubiera tenido ya la voluntad de apropiación al realizar el tipo de administración desleal. Por el contrario, se produciría un concurso real si dicha voluntad surgiera tras haberse consumado aquel delito. El concurso sería ideal con el hurto (&242) si se dieran simultáneamente los requisitos de ambas figuras delictivas. La situación se repetiría con nuestros artículos 252 y 253”

Otro sector de la doctrina (BACIGALUPO, 2015) advierte que se volverá a plantear la delimitación entre la administración desleal del art. 252 CP/2015 y la apropiación indebida del art. 253 CP/2015 porque este último precepto sigue refiriéndose en su conducta típica a apropiación de “dinero”, el cual propiamente no puede ser objeto de apropiación porque al ser una cosa fungible su transmisión implica

⁹NUÑEZ CASTAÑO (2016, 237) en parecidos términos críticos con la reforma, dice: “El nuevo art. 252 del Código Penal, tras la reforma de la LO 1/2015, cumple, parcialmente estas expectativas, sobre todo porque seguirá planteando problemas de delimitación con figuras afines, esencialmente el delito de apropiación indebida regulado en el art. 253. Se ha perdido, en mi opinión, una ocasión única de realizar una tipificación unificada e uniforme de todas aquellas conductas que supongan no sólo abuso sino también infracción de obligaciones de los sujetos que gestionan, administran o controlan el patrimonio perteneciente a otra persona. La concurrencia con el delito de apropiación indebida, tanto en relación con las conductas como con el objeto material, nos obligará de nuevo a que tenga que delimitarse a través de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que delimiten cuando se trata de un tipo de abuso, y consecuentemente de administración desleal, y cuando no. Si bien es preciso reconocer el avance que implica la creación de esta concreta figura delictiva, sería preciso, *de legeferenda*, optar definitivamente por un único tipo penal de gestión fraudulenta y desleal de patrimonio ajeno que abarque tanto las conductas de administración desleal como las de apropiación indebida, a fin de evitar nuevas y absurdas superposiciones entre ambos”

¹⁰En el mismo sentido, CADENA, 2016, el cual amplía las relaciones concursales con el delito de malversación de caudales públicos (en concurso de normas) y con el delito de corrupción entre particulares del art. 286.bis.I CP (en concurso medial de delitos “cuando la infracción de los deberes de lealtad que provoque un daño al patrimonio administrado traiga su causa de la corrupta influencia de un tercero que ofrece un soborno”

¹¹Entre las más recientes, recuérdese que la jurisprudencia ha admitido el concurso de delitos del delito de administración desleal y la falsedad de uso (v.gr. STS -2ª- 206/2014, de 3 marzo –Sánchez Melgar-), con falsedad en documento mercantil (SSTS -2ª- 441/2014, de 5 junio- Marchena-; 477/2014, de 10 junio –Martínez Arrieta-negación de derechos de los socios), con falsedad contable (STS -2ª- 464/2014, de 3 junio –Palomo-concurso medial), con insolvencia punible en concurso real (STS -2ª- 808/2014, de 25 noviembre –Maza)

ya su propiedad, por lo que no cabe apropiarse de lo que es ya propiedad de uno, estando obligado el receptor no a devolver el mismo dinero recibido sino otro tanto de la misma especie y calidad (*cfr.* art. 1753 Código Civil)¹²

La reforma de 2015 ha querido dar autonomía al delito de administración desleal de patrimonio ajeno en el nuevo art. 252 CP, superando las oscuras interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, surgidas a partir de la reforma penal de 1995, en torno a su delimitación con el delito de apropiación indebida, cuya verdadera *ratio* como se ha expuesto *supra* era evitar un trato punitivo más favorable a los administradores sociales, que pudiera evitarles eventualmente la prisión, frente a los demás administradores (recuérdese que el anterior art. 252 CP/95 se refería entre los títulos traslativos de la posesión a “la administración”).

Pero no lo ha conseguido.

En el informe del Consejo Fiscal citado se mencionan como antecedentes de Derecho comparado los siguientes:

“Tres son los países que tienen una regulación semejante a la que propone el texto del Anteproyecto: Portugal, con un tipo básico y otro cualificado cuando los hechos afecten al sector público o cooperativo, Alemania –cuyo artículo 266 muestra una sensible influencia sobre el Prelegislador español, al que sin duda ha servido de modelo– y Austria.

PORTUGAL: Art. 224.1 (Infidelidad): quien, habiéndole sido confiado, por ley o por acto jurídico, el encargo de disponer de intereses patrimoniales ajenos o de administrarlos o fiscalizarlos, causare a esos intereses, intencionalmente y con grave violación de los deberes que le incumben, un perjuicio patrimonial importante, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa. Art. 235 (Administración dañosa). 1. El que, infringiendo intencionalmente normas de control o reglas económicas de una gestión racional, provoque daño patrimonial importante en una unidad económica del sector público o cooperativo será castigado con la pena de prisión de hasta 5 años o con pena de multa de hasta 600 días. 2. La punición no tendrá lugar cuando el daño se verifique contra la expectativa fundada del agente.

ALEMANIA: Parágrafo 266: Untreue (infidelidad). El que abuse de una facultad para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, concedida por la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico, o lesione un deber de defender intereses patrimoniales ajenos que le incumbe, fundado en la ley, en un encargo de la autoridad, en un negocio jurídico o en una relación de confianza, y por ello causa un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía que cuidar, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa.

AUSTRIA. 153.1 (Untreue). El que intencionadamente abuse de una facultad concedida por la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico para disponer

¹²Tesis que refuta gran parte de la doctrina y jurisprudencia al entender, con la opinión inicial de VIVES ANTÓN (1993) que si bien es cierto que el que entrega dinero da un bien fungible también lo es que adquiere un derecho de crédito frente al depositario de ese dinero de forma que el bien jurídico en el delito de apropiación indebida no es la propiedad del dinero sino su valor. *Cfr.* CADENA, 2016.

del patrimonio ajeno o para obligar a otro, y por ello le cause a éste un perjuicio patrimonial, será castigado con una pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días”

En definitiva, en la reforma penal del 2015 se simplifican los delitos, de forma que quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete delito de apropiación indebida (ahora regulado en el art. 253 CP/2015), mientras que quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, sobre las que no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie, y realiza actuaciones para las que no ha sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

No obstante lo anterior, nos preguntábamos si era necesaria la permanencia del delito societario del derogado art. 295 CP/95 de administración desleal de patrimonio social, al margen de la nueva tipificación del delito de administración desleal de patrimonio ajeno, llegando a la conclusión que si era necesaria esta figura delictiva por tener sustantividad propia dentro de los delitos societarios y responder a exigencias político-criminales distintas a la mera administración desleal de patrimonio ajeno, cuales son las derivadas de la protección de la función económico social de las sociedades mercantiles en el sistema económico.

Veamos estas consideraciones que, si bien no se han tenido en cuenta por el legislador, no omitimos en aras a futuras reformas legislativas, sobre todo porque también han sido asumidas por las opiniones más autorizadas de la doctrina (FARALDO, 2015, 417 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2015, 558; CARDONA, 2015; GILI, 2015, 770; CADENA, 2016) y por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 16 enero 2013 al Anteproyecto de la reforma.

Nuestro razonamiento partía de la necesidad de la permanencia del art. 295 CP/95 como delito societario agravado, el cual frente al nuevo art. 252 CP/2015 operaría en una relación concursal de leyes, siendo prioritaria su aplicación en virtud del principio de *lexspecialis* conforme al art. 8.1 CP.

Las razones que abonan esta tesis son las siguientes:

a) Sujetos activos

El delito societario del derogado art. 295 CP/95, calificado como delito especial propio, era más preciso que el art. 252 CP/2015, para el ámbito societario, dado que se refería a «*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación...*».

El art. 252.1.º CP/2015 delimita al sujeto activo con la siguiente frase: «*Los que teniendo facultades para disponer de un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*».

Con el nuevo puede pensarse que quedan fuera del mismo sujetos que actualmente estarían comprendidos, como los administradores de hecho o –quizás- los socios de

cualquier sociedad en formación, que parecen no encajar en la nueva delimitación del sujeto activo que hace el art. 252.1.º CP/2015. Esta cuestión traerá problemas interpretativos.

En cuanto a la exclusión de los administradores de hecho, dicho criterio también con posterioridad lo comparte FARALDO (2015, 419) expresando que ahora se va a plantear una polémica innecesaria, habiéndose perdido toda la elaboración doctrinal que se había realizado en torno al concepto de administrador de hecho a raíz del art. 295 CP/2015¹³.

Compartimos con esta autora la discrepancia que expresa en relación con la interpretación que realiza el informe del Consejo Fiscal de fecha 8 enero 2013 al Anteproyecto a esta cuestión, entendiendo el Consejo que no están excluidos los administradores de hecho al serles aplicable el art. 31 CP.

Sin embargo, como afirma FARALDO (2015, 419) “Pero este precepto se refiere a la extensión de la responsabilidad penal al administrador de hecho *“aun cuando no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre y representación obre”*. Sólo es aplicable, pues, al administrador de hecho de una persona jurídica que desempeñe el cargo de administrador de otra persona jurídica, no al que aquí nos ocupa”.

Es decir, para que opere el art. 31 CP extendiendo la responsabilidad penal al administrador de hecho en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno es necesario que éste actúe en representación de una persona jurídica (*cf.* que el art. 212 bis TRLSC 2010 permite la designación de una persona jurídica como administrador social), o en nombre o representación voluntaria de otro. Tiene que existir, previo al administrador de hecho, un administrador de derecho que actúe como administrador del patrimonio ajeno, en el que se den las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo. Si esto es así, dado que en este delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252/CP 2015 no está previsto que pueda cometerse por personas jurídicas *ex* art. 31 bis CP, si el administrador de derecho es una persona jurídica que administra el patrimonio ajeno societario de otra persona jurídica no se daría en el que actuare en su nombre, en calidad de administrador de hecho, la cualidad de sujeto activo del delito del art. 252 CP/2015, porque este delito no admite que sean sujetos activos personas jurídicas.

De ahí, que no se comprenda la posición de CARDONA (2015) favorable a la admisión del administrador de hecho por esta vía apoyándose en el art. 31 bis CP, que es un precepto penal genérico de responsabilidad penal de personas jurídicas *“en los supuestos previstos en este Código”*, lo que traslada la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la regulación específica de cada delito. Tampoco sería admisible el argumento que esgrime este autor refiriéndose a la extensión de la responsabilidad mercantil a los administradores de hecho que admite el art. 236.3 TRLSC 2010 porque esta es una norma mercantil y no penal, que no puede integrar la norma penal cuando ésta expresamente no prevé el supuesto contemplado, en virtud del

¹³En contra, CADENA, 2016, que conforme al criterio del Consejo Fiscal entiende que tienen cabida los administradores de hecho a través de la vía del art. 31 CP.

principio de taxatividad que rige en las normas penales y la prohibición de analogía penal *ex art. 4.1 CP*

Sólo restaría considerar el caso en que el administrador de derecho del patrimonio ajeno societario sea una persona física y alguien actuare en su nombre en concepto de administrador de hecho. Sólo en este caso, por esta vía, podría plantearse la admisibilidad de la autoría de un administrador de hecho conforme al art. 31 CP.

Por otro lado, piénsese, *v.gr.* que en el caso de los socios, la nota de «ajenidad» de los intereses patrimoniales que exige la nueva administración desleal de patrimonio «ajeno» del art. 252 CP/2015 quizás no pueda invocarse que concurre para un socio de la propia sociedad perjudicada, ya que el patrimonio de esa sociedad no le es ajeno al ser también suyo en la participación de capital que tuviera suscrita.

Ante esta observación, el Consejo Fiscal, en su citado informe sostiene que también pueden ser sujetos activos del nuevo delito del art. 252 CP/2015 los socios, indicando lo siguiente: “(...) porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apoderamiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común es ajena en todo lo que excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981)”

Ciertamente, tenemos que convenir que sólo si se considera que el objeto material protegido en el nuevo delito del art. 252 CP/2015, en caso de sociedades mercantiles, es el patrimonio social ajeno y que la titularidad jurídica, que no económica, de este la tiene la sociedad y no sus socios, podrá salvarse la objeción de la posible exclusión de los socios en el concepto de administradores del nuevo delito, pudiéndose considerarse también a los socios sujetos activos del delito, sobre todo en donde es más posible que sean administradores como es el caso de las sociedades personalistas.

Desde esta perspectiva, convenimos con CARDONA (2015) que “(...) Donde no hay duda de que pueda ser responsable penalmente el socio es en el supuesto previsto en el art. art. 252 LSC sobre administración de la sociedad comanditaria por acciones, al disponer que “la administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y los deberes de los administradores de la sociedad anónima. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento”

Ya en sede del delito de malversación de caudales públicos *ex arts. 432 a 435 CP/2015*, en su modalidad de administración desleal, entrarían como sujetos activos los administradores de entidades públicas y los administradores concursales (CARDONA, 2015).

Por último, en cuanto a la responsabilidad de varios administradores colegiados, CARDONA (2015) sostiene que “pueden ser todos ellos sujetos activos o no, según la responsabilidad individual de cada uno en la acción dolosa que haya determinado la administración desleal; tanto en caso de administradores mancomunados, que responden de forma conjunta, como en el de administradores solidarios, en que cada uno puede actuar de forma unitaria e independiente con plenos efectos. Pero deberá dilucidarse la responsabilidad penal de cada administrador colegiado en función a su actuación

delictiva como posible autor, inductor, cooperador necesario o cómplice (...) Lo mismo cabe decir cuando la administración se ejerce conjuntamente por el consejo de administración (art. 210.1 LSC), salvo que la administración desleal se haya efectuado únicamente por el consejero delegado nombrado por el consejo de administración con las facultades previstas en el art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital”

b) Sujetos pasivos

Siguiendo a FARALDO (2015, 418) coincidimos con ella que la nueva regulación de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP/2015 reduce el ámbito de sujetos pasivos que protegía el derogado art. 295 CP/95.

En efecto, con esta autora, hay que señalar “el ámbito de sujetos pasivos es más reducido en el delito de administración desleal, que sólo protege al titular del patrimonio administrado, que en el derogado delito societario, que protegía a los socios, depositarios, cuenta partícipes y titulares de los bienes, valores o capital administrados. En relación con las sociedades cabe señalar que, si bien en sentido económico los socios son los titulares últimos del patrimonio social, jurídicamente el único titular del patrimonio administrado es la sociedad. Los socios no pueden constituirse en sujetos pasivos del delito contenido en el nuevo art. 252 CP, pues el administrador no administra “sus” bienes, sino los bienes sociales (sólo se exceptúa el supuesto no habitual en que el socio haya aportado un bien a la sociedad reservándose la propiedad)”

Continúa la autora citada, indicando “De la misma forma, tampoco los cuentapartícipes están protegidos por el nuevo art. 252 CP, que exige la ajenidad del patrimonio administrado. El contrato de cuenta en participación se caracteriza por la colaboración patrimonial que una persona ofrece a un empresario con la finalidad de participar en los resultados prósperos o adversos de sus negocios. De esta forma surge un fenómeno asociativo caracterizado por carecer de todo tipo de personificación, hasta el punto de que se constituye en un patrimonio común sino que la aportación del cuentapartícipe pasa a ser propiedad del gestor (sólo se exceptuaría, como en el supuesto anterior de los socios, si el cuentapartícipe no transmite el bien a título de dueño sino simplemente el uso de la cosa, como sería el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local)”

Un ejemplo de protección del cuenta partícipe a través del derogado art. 295 CP/95 puede encontrarse en la STS -2ª- 767/2014, de 4 noviembre (Granados), donde se da Contrato de una sociedad de cuentas en participación en la que el socio gestor destina cantidades invertidas por el otro partícipe a sociedades controladas por el primero, y que desvía, por tanto, del fin de promoción inmobiliaria que había motivado la inversión. ¿Podrá, ahora, ser protegido un supuesto similar a través del nuevo art. 252.1 CP/2015 o tendremos que acudir al delito de apropiación indebida del art. 253 CP/2015?

b) Conducta típica

El derogado art. 295 CP/95, en el ámbito societario, parecía más amplio que el nuevo art. 252 CP/2015, si bien ahora la doctrina (FARALDO, 2015, 419) sostiene que la estructura del nuevo delito “es más sencilla: infracción de deberes más causación de perjuicio patrimonial al titular del patrimonio administrado”, lo que no evita que

persistan interrogantes sobre el alcance de las infracciones de los deberes de los administradores.

Para la jurisprudencia, el derogado art. 295 CP/95 abarcaba dos supuestos diferentes:

a) La disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función de administrador;

b) Las causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador.

En similar sentido, SSTS —2.^a— 1181/2009, de 18 noviembre (Soriano) y 625/2009, de 17 junio (Berdugo).

Como se ha explicado *supra*, las fronteras entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal como delito societario, *ab initio* venían establecidas por la jurisprudencia mayoritaria en función a si el administrador se había excedido de sus competencias, en cuyo caso si se produce distracción de dinero estaríamos en presencia del delito de apropiación indebida, o no hay exceso de las funciones del administrador, en cuyo caso estaríamos ante el delito societario.

La STS —2.^a— 707/2012, de 20 septiembre (Berdugo), resumía esta cuestión, en los siguientes términos:

«En efecto como hemos dicho en SSTS. 754/2007 de 2.10 y 625/2009 de 17.6, el delito de apropiación indebida (STS. 754/2007 de 2.10) comprende no solo los propios actos de apropiación indebida, sino también los actos de disposición, que se han considerado como una variante de la administración desleal, tanto en el CP. 1973 como en el vigente de 1995, no obstante la significación específica que se encuentre incluida en el art. 295 CP.

En este sentido las sentencias de esta Sala de 2.11.2004 y 26.2.98, declaran que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 CP, derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente, que sería de aplicación por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973.

En efecto el art. 295 del CP. ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer su régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario —sin perjuicio de los problemas concursales que puedan presentarse—.

Por ello la doctrina de esta Sala como son exponentes las sentencias 12.5.2000, 19.9.2003, 2.11.2004, 8.6.2005, 18.10.2005, 11.4.2007, viene manteniendo que el art. 252 del vigente Código penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

A) En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, “aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver” (SSTS. 31.5.93, 1.7.97).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

B) En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/1998 de 26.2, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS. 3.4 y 17.10.98).

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma 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 del dinero hace que su entrega suponga la de 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.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, (SSTS. 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2. y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005, 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que “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 se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”. STS 31.1.2005.

En definitiva apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En efecto el tipo subjetivo en la apropiación ha sido considerado, clásicamente, por la doctrina y la jurisprudencia, como compuesto por el dolo y el especial elemento subjetivo del ánimo de lucro. Por ello, para poder hablar del delito en cuestión, deben concurrir la voluntad de apropiación y el ánimo de enriquecimiento consustancial a una

conducta que debe realizarse en perjuicio de otro. De modo que únicamente se aceptaría la existencia de dolo “cuando pudiera constatarse que el autor se plantea el resultado de la apropiación como meta directa de su actuación, o cuando menos como una consecuencia accesoria no improbable (dolo eventual). Mientras que el ánimo de lucro debe interpretarse como aquella tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, esto es el ánimo de hecho es exclusivamente el ánimo de enriquecerse y equivalente al ánimo de apropiación, bien entendido que aun cuando en el art. 252 CP. no aparece el ánimo de lucro como elemento del tipo, se puede considerar implícito en esa definición legal y sobre todo si se interpreta —como parece aceptarse por todos— en un sentido amplio que comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda percibir el propio autor del delito o un tercero (STS. 50/2005 de 28.1).

Asimismo la jurisprudencia de esta Sala recogida en SSTs. 279/2007 de 11.4, 754/2007 de 2.10, 121/2008 de 26.2, 374/2008 de 24.6, ha declarado que cuando se trata de administradores de sociedades no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 CP, vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295, actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del art. 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida de deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida —actual art. 252— y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos —como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones— ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el art. 8 CP. (SS. 7.12.2000, 11.7.2005, 27.9.2006).

Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues

mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que 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 ocasiona al principal, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002 Caso Banesto y 71/2004 Caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su 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, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo.

Por ello doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta.

En el caso analizado concurren los elementos del tipo de la apropiación indebida. El recurrente tenía acceso al dinero de la sociedad en virtud de su cargo de Director de la Delegación de Andalucía y las facultades de disposición por poderes notariales sobre sus cuentas corrientes, y aprovechando estas facultades efectuó desvíos de dinero a sus cuentas particulares para su propio beneficio, mediante transferencias, ingresos de cantidades en efectivo, pagarés librados contra las cuentas de la sociedad, etc.”

En conclusión, si el delito societario del art. 295 CP/95 era diferente a la apropiación indebida, lo que en palabras de la jurisprudencia representa que **“es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que 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 ocasiona al principal”**, tenemos que preguntarnos si el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP/2015 abarca también estas conductas o no.

Ciertamente, podría pensarse que con la redacción del art. 252.2 en el Proyecto Ley de 20 septiembre 2013¹⁴ se abarcaría estas conductas, en cuanto dice que “Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio

¹⁴BOCG nº 66-1 de 4 octubre 2013. Serie A. Proyectos de Ley.

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

Pero, finalmente, ese no es el texto que se publica en el BOE, ya que se suprime la frase “*o derivado de una especial relación de confianza*”, por lo que la quiebra de los deberes de fidelidad y lealtad que se contemplaba en el derogado art. 295 CP/95, el cual se refería a “administración *fraudulenta*”, no queda tan explícita en el nuevo art. 252 CP/2015 como en el anterior y derogado art. 295 CP/95, lo que permite preguntarse sobre la extensión de la conducta típica en términos comparativos. Ya que, sólo comparando el tenor literal del precepto derogado y del nuevo, se observa que no se contempla la misma conducta.

Por ello, reflexionábamos sobre si hubiera sido más conveniente haber mantenido el delito societario de administración desleal del art. 295 CP/95, por cuanto que opinamos que el bien jurídico protegido en el mismo, como en los demás delitos societarios, excede del ámbito exclusivamente patrimonial. Como se indicaba en esta obra en su primera edición (SEQUEROS, 2003), al referirse a los delitos societarios “subyace en todos ellos una concepción tuitiva del sistema socioeconómico en general y particularmente del orden económico, dada la relevante función que las sociedades desempeñan en él (...)”¹⁵.

Dicho lo anterior, no obstante, es posible sostener que el nuevo art. 252 CP/2015 no sólo comprende la administración desleal por abuso sino también por deslealtad o infidelidad¹⁶ aunque el legislador haya suprimido el tipo de infidelidad que venía recogido en el Anteproyecto, que seguía el modelo alemán (& 266 StGB) y se haya referido sólo al tipo de abuso, siguiendo el modelo austríaco (& 153) y suizo (& 158) (CADENA, 2016)

Esta interpretación se fundamenta en la sustitución del término “*disponer*” empleado en el Anteproyecto de fecha 13 abril 2013 por el término “*administrar*” en el Proyecto de Ley de 20 septiembre 2013 al definir la conducta prohibida del tipo objetivo.

El art. 252 CP/2015 reza “*los que teniendo facultades para administrar*”. En el Anteproyecto se decía: “*los que teniendo facultades para disponer*”. Este cambio propicia que el tipo objetivo se haya ampliado considerablemente, incluso bordeando los límites del principio de taxatividad penal, en parecida problemática a la surgida en Alemania, en la que su Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 junio 2010 tuvo que pronunciarse por la constitucionalidad de su tipo similar de administración desleal

¹⁵En el mismo sentido, la parte más cualificada de la doctrina, *v.gr.* LUZÓN PEÑA y ROSO, 2010.

¹⁶MARTÍNEZ-LUJÁN (2015, 527) recuerda que con la nueva redacción “queda abierta la posibilidad de castigar las meras infracciones de conducta del administrador y, consiguientemente, de acabar sancionando una genérica falta de lealtad o probidad del administrador”. Este autor se hace eco de la opinión de GILI (2015, pp. 722 ss y 782) en entender que la imprecisa referencia a una “*facultades para administrar*” conduce a una gran indeterminación “pues el tipo es ahora lo suficientemente abierto como para que pueda extenderse a conductas propias del tipo de infidelidad”, lo cual requerirá que la jurisprudencia efectúe “inmediatas aclaraciones que eviten el desbordamiento del tipo”. RAMOS (2015, 531) recuerda que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto Ley se denunció en el Senado la “inadmisibles” vaguedad del art. 252 por los Grupos Parlamentarios Socialista y *Entesapel Progrès de Catalunya*, que pretendieron infructuosamente sustituir la fórmula abierta por un listado de conductas.

(& 266 StGB), el cual había sido puesto como ejemplo de tipo penal infractor del principio de taxatividad por la doctrina (JESCHEK)

Al referirse el nuevo delito a facultades para “*administrar*” se introduce en el tipo objetivo todo lo que legalmente se entiende por administración, en la que se comprende un amplio conjunto de deberes del administrador, entre los que destacan los deberes de lealtad y fidelidad¹⁷. De esta forma, el tipo finalmente incorporado al CP 2015 es tanto un tipo de abuso de funciones del administrador como un tipo de infidelidad, lo que suscitará problemas interpretativos en su práctica¹⁸.

Hay que subrayar que la Sala 2ª del TS, a través de su STS -2ª- 599/2014, de 18 julio (Del Moral) estima que “*Toda administración desleal comporta por definición un abuso de confianza pues ha de ser efectuada por quien ostenta un cargo -administrador social- que se basa precisamente en relaciones de confianza. El abuso de las funciones del cargo que exige el tipo implica por lógica habitualmente un abuso de la confianza en la que ordinariamente descansa ese cargo (...)*El quebrantamiento de vínculos de confianza es elemento ínsito en toda administración desleal”

En esta sentencia se suprime la agravante de abuso de confianza aplicada a un delito de administración desleal, al considerar que esa agravante sólo podría operar en este delito si la fuente de la confianza es ajena a la propia administración como, por ejemplo, una relación previa de amistad.

En definitiva, en esta sentencia se exterioriza lo que venimos defendiendo sobre cómo opera la confianza en el delito de administración desleal, en calidad de ser un presupuesto para su configuración, siendo inherente al tipo penal. De ahí, que la distinción entre tipo de abuso y tipo de infidelidad pueda resultar artificial, ya que ambos tipos concurren en el delito de administración desleal.

Finalmente, aspectos sistemáticos habrían aconsejado mantener el actual Capítulo XIII De los delitos societarios del Título XIII, en su integridad, sin derogar el art. 295 CP/95, que recoge una conducta especialmente reprobable en el ámbito societario, sin

¹⁷Cfr. SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO (2013) donde, dentro de la casuística, se enumeran como conductas desleales (CADENA, 2016 entiende que son expresión del tipo de abuso), entre otras, las siguientes: el uso de fondos sociales por los administradores en beneficio propio, la compraventa de bienes a precio distinto del estipulado de forma real, el empleo de recursos sociales para atender gastos personales de los administradores, la asignación de comisiones por parte de la sociedad administrada a sus administradores o su percepción directa por éstos o por sociedades vinculadas o controladas por ellos, percepción de dividendos ficticios o no distribuibles, la ausencia de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de vivienda en los supuestos de inejecución de lo pactado y la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad en garantía con el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales, los autopréstamos, los supuestos de autocartera encubierta, pago de comisiones irregulares por la sociedad, compra de bienes a favor de la sociedad por precio superior al mercado o venta de bienes por precio inferior al real. Por otra parte, CADENA, 2016, citando a GILL, recuerda que caben otros comportamientos no abusivos, por no haber existido disposición fraudulenta o contracción de obligaciones, pero si infieles porque infringen el deber de velar por los intereses de los administrados naturales, art. 1880 CC o societarios, art. 227 LSC, como v.gr. revelación de secretos industriales o vulneración de las reglas de no competencia que ocasionan perjuicio a la sociedad.

¹⁸SÁNCHEZ MELGAR (2016, 288), se suma a esta interpretación, reproduciendo mis argumentaciones y añadiendo: “Añadimos nosotros, ¿acaso el que administra mal porque dispone indebidamente no comete este delito”.

que sea conveniente diluirla en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno, que es más genérica al afectar tanto la gestión de patrimonios individuales como societarios.

Por otra parte, como se ha indicado *supra*, sobre el Anteproyecto citado, se emitieron sendos informes tanto del CGPJ en fecha 16 enero 2013 como por parte del Consejo Fiscal en fecha 8 enero 2013.

El Consejo General del Poder Judicial en su sesión de fecha 16 enero 2013 aprobó un informe crítico sobre el Anteproyecto citado, **en el que se postulaba el mantenimiento del art. 295 CP/95, con independencia de la punición de la administración desleal de patrimonio individual.**

En el citado informe, que contiene votos particulares, en síntesis, se decía lo siguiente:

“La idea general de la reforma, en cuanto a la extensión de la administración desleal a supuestos ajenos al ámbito societario merece una valoración positiva, lo que no obsta para que la forma concreta en que la reforma pretende plasmar esa buena idea general padezca importantes deficiencias técnicas. Además, 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. Podrían coexistir perfectamente un tipo genérico de infidelidad con otro agravado para al ámbito societario (ambos, con menos pena que la apropiación indebida), al estilo de lo que pretendió en su día el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, en el que cohabitaban un tipo genérico de Untreue —§ 263 AE—, con el tipo societario agravado de Mißbrauchsgesellschaftsrechtlicher Befugnisse —§ 183 AE—. Las referencias a estos tipos del Proyecto alemán es procedente, por cuanto los tipos de abuso de poderes y de deslealtad que el Anteproyecto propone incorporar a nuestro Código Penal siguen el modelo del vigente Código penal alemán.

La creación de dos tipos genéricos de abuso de poderes (art. 251.1 Anteproyecto) y de deslealtad (art. 252.2 Anteproyecto) presenta serios problemas técnicos, concursales y de taxatividad.

Como acaba de señalarse, la reforma ha tomado como modelo la regulación de la Untreue (administración desleal) alemana del § 266 StGB, reproduciendo los dos tipos de abuso de poderes —Mißbrauchstatbestand— y el de deslealtad o infidelidad —Treubruchstatbestand— contenidos en aquélla. Por eso mismo, el Anteproyecto incurre en los mismos problemas que presenta la regulación alemana, en cuanto (i) a la absoluta indefinición del tipo de deslealtad o infidelidad, y (ii) a los problemas concursales que se producen entre ambas modalidades y entre el tipo de deslealtad con otros tipos penales.

Respecto a la amplitud del tipo de deslealtad (art. 252.2 Anteproyecto) cabe indicar que antes de copiar el tipo alemán —Treubruchstatbestand— para traerlo a nuestro Código Penal, el prelegislador debería haber reparado en el origen histórico de este tipo genérico y en las razones por las que actualmente continúa vigente en Alemania, a pesar de las contundentes y generalizadas críticas que siempre ha suscitado desde el punto de

vista del principio de legalidad (taxatividad). Este es un paso previo imprescindible para poder valorar adecuadamente la oportunidad de su trasposición al ámbito español.

El Código Penal alemán conoce el delito de administración desleal (Untreue) como un tipo penal autónomo y diferenciado del de apropiación indebida desde 1871. Sin embargo, la redacción actual del § 266 del Código Penal alemán obedece a la Ley de 26 de mayo de 1933, promulgada en un contexto histórico determinado.

En cuanto a la razón por la que actualmente sigue vigente este tipo penal en los mismos términos que en 1933, según la doctrina alemana la respuesta está vinculada a la peculiar configuración de las estructuras empresariales en la legislación mercantil alemana que, como es sabido, junto al órgano de administración —que goza obviamente de los poderes de gestión y representación social y cuyos miembros, por tanto, si abusan de esos poderes pueden incurrir en el tipo de abuso de poderes—, contempla también la existencia en las sociedades del Consejo de Vigilancia, cuyos miembros carecen de poderes sociales y, que, por tanto, no pueden incurrir en la modalidad de abuso de unos poderes de los que carecen. Por ello, en Alemania se ha considerado que el mantenimiento de este segundo tipo genérico de infidelidad, construido sobre la mera infracción de deberes de custodia del patrimonio que se debe salvaguardar, es útil actualmente para sancionar a los miembros de los Consejos de Vigilancia que, por omisión, infringen sus deberes, haciendo así posible la producción de un perjuicio a la sociedad.

De este modo, el mantenimiento del referido tipo de infidelidad en Alemania pretende solventar los problemas que se presentarían para aplicar el otro tipo —el de abuso de poderes— a los miembros desleales del Consejo de Vigilancia. A ello se añaden diversos criterios elaborados por la doctrina alemana para hacer ‘soportable’ la existencia de tan genérico tipo de deslealtad, que no es oportuno reproducir aquí. Y ello, a pesar del reconocimiento unánime entre la doctrina alemana de los graves problemas de constitucionalidad que presenta el tipo de deslealtad o infidelidad por incumplimiento de las exigencias del principio de taxatividad de las normas penales. El propio Jescheck (por citar solo el manual más clásico) en el Volumen I de su Parte General, al analizar el principio de legalidad penal, recurre, precisamente, como ejemplo de transgresión de dicho principio al § 266 del Código Penal alemán, explicando cómo fue ampliado en 1933.

Así pues, el prelegislador español ha copiado del Código Penal alemán una figura de infidelidad que obedece a razones históricas nada importables y cuyo mantenimiento en Alemania obedece a razones derivadas de su peculiar configuración de las estructuras de los órganos societarios, que no se corresponden con la española, en la que no existe el Consejo de Vigilancia. En consecuencia, el Anteproyecto arrastra los graves problemas de taxatividad (legalidad) y, por tanto, de constitucionalidad que padece la regulación alemana. Por ello mismo, resultó plausible que el legislador de 1995, al establecer el nuevo delito societario de administración desleal del actual art. 295 CP, tomara de la regulación alemana la conducta del primero de los tipos —el de abuso de poder— reproduciendo las conductas de disposición y contracción de obligaciones contempladas en aquél, aunque restringidas al ámbito societario, pero prescindió, en cambio, del otro tipo alemán —el de deslealtad o infidelidad— que ahora pretende importar el Anteproyecto.

Por lo demás, la exorbitada amplitud con que se regula el tipo de infidelidad (art. 252.2 Anteproyecto) obliga a plantearse cuál es la necesidad del primer tipo de abuso de poderes (art. 252.1 Anteproyecto), ya que resulta del todo evidente que las conductas de este tienen cabida en el amplio tipo de infidelidad. A este respecto, la doctrina mayoritaria alemana viene señalando el solapamiento que se produce entre ambas modalidades, llegando a la conclusión de que el tipo de infidelidad funciona como tipo subsidiario o de recogida con respecto al tipo de abuso de poderes, mucho más concreto.

Pero más allá de los propios problemas concursales internos que el tipo de infidelidad genera dentro de la propia administración desleal, semejante amplitud permite abarcar en el mismo sin mayores problemas otros tipos penales como la apropiación indebida, tal y como se analiza más adelante. En efecto, la apropiación indebida, cuyo tipo es más concreto que el de infidelidad, sería prácticamente inaplicable, si avanza el Anteproyecto, dada la mayor pena que presenta este último cuando existe ánimo de lucro, lo que ocurrirá casi siempre.

Las razones dadas son suficientes para descartar de plano el nuevo tipo de infidelidad del art. 252.2 Anteproyecto. Conclusión que se refuerza de forma muy notable cuando los problemas concursales que este tipo genérico de infidelidad genera con otros tipos penales, especialmente, en lo que se refiere a los delitos de apropiación indebida y de malversación de caudales.

Al igual que el § 266 del Código Penal alemán del que está tomado, las modalidades básicas del art. 252.1 y 2 Anteproyecto no requieren ánimo de lucro, por lo que se aproximan más a los delitos de daños que a los de enriquecimiento. Junto a ello, el art. 252.3 Anteproyecto contempla el ánimo de lucro como elemento agravatorio, obligando, si concurre, a imponer las penas de los arts. 249 o 250 CP en su mitad superior.

A nadie se le escapa que, en la práctica, las conductas de administración desleal de patrimonio ajeno suelen presentar en la casi totalidad de los casos un móvil económico de lucro, sea propio o ajeno. Por ello, la aplicación del tipo agravado del art. 252.3 Anteproyecto será lo normal en la práctica, en caso de llegar a aprobarse en estos términos el texto propuesto. De modo que muy rara vez se podrán aplicar las modalidades básicas de administración desleal del art. 252.1 y 2 Anteproyecto. Esta realidad impondrá, a la vez, la inaplicación del tipo de apropiación indebida, puesto que este solo viene al caso, según el art. 253.1 del Anteproyecto, cuando no existe un delito conminado con pena superior, lo que concede prioridad automáticamente al delito agravado de administración desleal con ánimo de lucro (misma pena, pero en su mitad superior).

Finalmente, cabría añadir también algunas observaciones de carácter gramatical en relación con el delito enunciado en el art. 253.1. Al haberse suprimido la referencia al dinero, efectos y valores y activos financieros, y únicamente hacer mención a “la cosa mueble” debería sustituirse los vocablos “entregarlos” “devolverlos” y “haberlos”, utilizando el género femenino y el número singular. Asimismo debería sustituirse la expresión “un cosa mueble” por “una cosa mueble”.

Por su parte, el Consejo Fiscal en su reunión de fecha 8 enero 2013, en el que informó sobre el Anteproyecto de reforma del CP remitido por el Gobierno, después de acoger favorablemente al nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP, con la derogación del art. 295 CP, expresaba las siguientes observaciones críticas al texto:

“Ahora el Anteproyecto propone la derogación del art. 295 CP y el desgajamiento de las conductas de distracción de la apropiación indebida creando un tipo autónomo y general de administración desleal, donde se recogen tanto las conductas de abuso extensivo e intensivo del poder de disposición por parte del administrador. Con ello se retoma la idea que figuraba en el Proyecto de reforma de 2007, cuyo art. 254 bis pretendía la creación de un tipo de administración desleal general. Se discute si todos los supuestos del actual art. 295 estarían incluidos en el nuevo tipo de administración desleal. Creemos que sí, porque la administración de hecho del art. 31 CP sigue siendo aplicable al nuevo tipo, y porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apoderamiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común es ajena en todo lo que excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981). De hecho en Alemania se han ido derogando los tipos especiales de administración desleal en el ámbito mercantil por entender que se solapaban con el tipo básico. La doctrina de aquel país solo se ha planteado si quedan suficientemente protegidos entonces los acreedores. En este sentido ha de tenerse en cuenta que gran parte de los tipos patrimoniales que se modifican en el Anteproyecto lo son para reforzar los derechos de crédito de los acreedores.

Este diseño legislativo merece una favorable acogida, aunque no está exenta de problemas, como trataremos de mostrar a continuación. Algunos problemas que plantea la descripción típica:

1) Las relaciones entre los tipos de los apartados 1 y 2. La descripción típica de los apartados 1 y 2 sigue excesivamente de cerca la jurisprudencia reseñada anteriormente, pensada para la delimitación entre los vigentes arts. 252 y 295 CP, pero más problemática cuando se utiliza para describir la esencia del nuevo tipo de administración desleal. El apartado primero se refiere a facultades derivadas de la ley, de la encomienda de la autoridad o surgidas de un negocio jurídico, en las que se produce un exceso de las mismas con un daño patrimonial derivado de ese ejercicio excesivo o abusivo; en el apartado segundo, sin embargo, el núcleo típico reside en el quebranto de un deber surgido de las fuentes antes citadas, al que se añade una especial relación de confianza, quebranto del que surge un perjuicio patrimonial en los intereses del titular —intereses a los que no se hace mención en el apartado primero—. Así, parece que el primer apartado se refiere a lo que la jurisprudencia denomina exceso extensivo (el autor actúa fuera de lo que le específicamente le permite su título) y el segundo a lo que llama exceso intensivo (el sujeto actúa dentro de sus competencias pero de modo desleal e infiel), ahora, ambas, formas de administración desleal de un patrimonio ajeno. Pues bien, en el derecho comparado, los esfuerzos por separar los tipos de administración desleal y apropiación indebida han llevado a defender dos teorías. Una de ellas, denominada ‘teoría del abuso’ ha visto el núcleo del tipo de administración desleal en el uso abusivo de un poder de representación; la otra, apelada “teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad”, ha puesto el acento en la lesión del deber de fidelidad, que al autor le incumbe por diferentes motivos, de proteger un

patrimonio ajeno. El legislador alemán, en el reseñado párrafo 266, unificó ambas doctrinas, en un tipo que procede de 1933. Esto era necesario porque, dada la amplia redacción del tipo, se imponía una interpretación restrictiva. Así, a la idea de abuso va unida la de un poder de disposición sobre un patrimonio que sobre el mismo corresponde a su titular; a la de infracción del deber, la vinculación de ese poder a los intereses del titular del patrimonio. Unificar ambas teorías significa que la acción consiste siempre en una disposición o creación de obligaciones jurídicamente eficaces más allá de la relación establecida, lo que equivale a una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre el dueño del negocio y el autor: el cumplimiento de un “poder” jurídico lesionando un “deber” jurídico. La consecuencia es que el tipo de abuso (párrafo 1) es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, de modo que el primero requiere también la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial. Para la doctrina mayoritaria alemana y la jurisprudencia de ese país, es la única forma de evitar un desbordamiento típico del párrafo 266. En la regulación portuguesa, también fuertemente influenciada por la alemana, sucede lo mismo. La administración desleal supone una relación de confianza, la preexistencia de un deber de fidelidad en el administrador. Y además el agente debe hacer algo que puede hacer hacia fuera pero que no debe hacer hacia dentro de la relación que le une al dueño: un ultrapasaje desde lo jurídicamente permitido hacia lo jurídicamente posible, pero que no se debe hacer. En la redacción del Anteproyecto, la existencia de dos apartados diferentes con requisitos en parte diferentes, va a dificultar esta visión unitaria de la administración desleal, con el peligro de un desbordamiento en la aplicación de la regulación. La conclusión es que sería preciso refundir ambos apartados en uno solo, con elementos comunes.

2) Los verbos típicos. Si lo que decíamos en el apartado anterior puede dar lugar a una extralimitación interpretativa, el verbo típico elegido puede suponer todo lo contrario, una restricción excesiva del alcance del tipo. En el apartado primero la acción típica consiste en excederse de las *facultades para disponer* sobre un patrimonio ajeno y causar con ello un perjuicio patrimonial. En el segundo, quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos con el mismo resultado de perjuicio (término excesivamente amplio si se considera aisladamente, y que nos lleva de nuevo a la necesidad de una interpretación integradora de ambos apartados, como hemos defendido en el epígrafe anterior). Como hemos señalado el legislador portugués utiliza los verbos disponer, administrar y fiscalizar, y los alemanes y austriacos, disponer u obligar a otro. Y es que el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino también con la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido de una posición jurídica, por lo que debería hacerse una mención a las *facultades para disponer u obligar a otro* en el apartado primero, sustituir la mención a las “facultades para disponer” por “facultades para administrar”. En el subcaso de quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos cabrían tanto acciones como omisiones: enajenación de un bien por un precio muy inferior al de mercado, omisión de una acción judicial de cobro de una deuda, dejando prescribir el correspondiente derecho de crédito, etc.

3) La actuación con ánimo de lucro. El párrafo tercero afirma que las penas se impondrán en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. El problema que se plantea es el de si la referencia al ánimo de lucro es a la vez una mención al ánimo de apropiación del autor o no. Dicho de otro modo, suponiendo el ánimo del lucro la persecución de cualquier ventaja patrimonial, no queda claro si el

tipo se refiere exclusivamente a lo que se denomina apropiación indebida de uso (o usos ilícitos no dominicales), como los autopréstamos fuera de las facultades del administrador con intención sería de devolución, usos temporales del patrimonio que no supongan pérdida o deterioro del mismo y desviaciones temporales de uso del dinero, o si también incluye los casos de auténtica apropiación por parte del administrador de activos patrimoniales del titular. Ciertamente, de no estar incluidos más que los primeros, la mayor parte de los casos de apropiación serían penados con la misma pena por el 253 CP del Anteproyecto (siempre que sean cosas muebles), pero dado que el nuevo tipo de malversación de caudales públicos del art. 432 CP del anteproyecto se refiere sólo al art. 252 y no al 253, es preciso aclarar —aunque una interpretación sistemática apunta a que la intención del prelegislador es la de incluir tanto los actos de auténtica apropiación del gestor como los de uso ilícito no dominical— si el 252.3 se refiere solo al ánimo de lucro o al ánimo de lucro y al ánimo de apropiación.

4) El concepto de perjuicio en el Anteproyecto. La mención que realiza la Exposición de Motivos a que *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. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado*, nos parece altamente perturbadora y debería suprimirse. Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y 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. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al párrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado. Una cosa es que el daño típico pueda concretarse bajo la forma de la asunción de un riesgo. Será así en los casos en que la celebración de un “negocio de riesgo” termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla de “creación de peligro dañosa” (schädigendenGefährdung) o de “daño de riesgo” (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lexartis*, y otra distinta que la puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU). Sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está

vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación. Este, como otros tantos (grado de esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión, problema de los negocios jurídicos inválidos que atribuyen la administración), es un tema cuyos límites han de dejarse a la jurisprudencia, sin que el legislador pueda pretender una interpretación auténtica que no viene insinuada claramente por el texto de la norma, que configura el tipo como uno de resultado y no como uno de peligro».

Tras estas críticas, como se ha visto, el nuevo art. 252 CP/2015 se limita en su apartado 1º a la administración desleal del patrimonio ajeno castigando a “*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*” y en el apartado 2º un tipo de delito leve cuando el perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros.

Se han suprimido los apartados 2º y 3º del art. 252 que se contenían en el Anteproyecto de 13 abril 2013 y en el Proyecto de Ley de 20 septiembre 2013 tras las críticas del CGPJ y del Consejo Fiscal.

Finalmente, la doctrina más autorizada, v.gr. FARALDO (2015, 420) también se ha mostrado en contra de la derogación del delito societario del art. 295 CP, afirmando lo siguiente:

“Y, en cualquier caso, ¿la eliminación del delito societario era una consecuencia necesaria de la previsión de un delito común de administración desleal de patrimonio ajeno? A mi juicio, la tipificación expresa de un delito societario de administración fraudulenta, como un tipo especial y más grave de administración desleal de patrimonio ajeno, estaría justificada sea por interés general en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, dada su importancia en el tráfico jurídico-económico actual, sea por la existencia de una amplia regulación de los deberes y obligaciones de los administradores de sociedades en la legislación sectorial, que establecen un nivel de responsabilidad y exigencia a estos gestores en modo alguno comparable a la escueta regulación que ofrece el Código civil en torno a la administración de bienes ajenos”

La concreción legislativa de los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores sociales en la Ley de Sociedades de Capital, a la que nos referimos *in extenso* en esta obra, abonaría la permanencia del delito societario del art. 295 CP derogado según la autora citada que se pregunta si ¿”Acaso esta amplia regulación mercantil no merece reflejarse en el ámbito penal?”

Confiemos que en futuras reformas legislativas¹⁹ se retome la figura del delito societario de administración desleal de patrimonio social hoy derogada, ya que con ello se protege el principio democrático en las sociedades mercantiles frente a las patologías de su gestión oligárquica, todo ello en el contexto de una economía capitalista productiva y no meramente especulativa, generadora de empleo frente a la crisis económica (*cf.* DOLZ LAGO, 2014)

¹⁹Para futuras reformas legislativas, ver MARTÍNEZ-LUJÁN (2015)

Creemos que en esta misma línea, ya vigente la reforma penal de 2015, destacando que el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno social o societario no es sólo el meramente patrimonial sino el orden socioeconómico, en el caso concreto planteado, el sistema financiero, la STS -2ª- 724/2015, de 15 noviembre (Palomo), justifica la legitimación del Fondo de Garantía de Depósitos en concepto de acusación particular en el caso CAM (donde se trata de la administración desleal de sus directivos por sobresueldos), por existir ese bien jurídico colectivo.

Así dice en su FJ 8º: “Así, el actual Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito fue creado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, unifica los anteriores fondos existentes, Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, precisando en el I apartado expositivo, la evolución de la institución; una primera etapa tras la constitución de esos tres fondos, a partir de 1977, con una finalidad, así explicitada:

Desde aquel momento, los fondos de garantía de depósitos españoles han mantenido como una segunda seña de identidad - junto a la contribución ex ante- su doble objetivo o función: por un lado, garantizar los depósitos en dinero (y más tarde también en valores) constituidos en las entidades de crédito; y, por otro, realizar aquellas actuaciones necesarias para reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades en dificultades, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo. En definitiva esa doble función se identifica con un objetivo inmediato y eventual, la garantía de los ahorros de los depositantes, y un objetivo mediano y permanente, el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país, a través de la confianza de los depositantes. En lo sucesivo, tras el papel desempeñado en beneficio de la estabilidad financiera en la crisis bancaria de finales de los setenta y principios de los ochenta, la doble función de los fondos los consolidará como un elemento indispensable de seguridad de nuestras instituciones financieras, junto a la regulación y a la supervisión financiera.

A partir de mediados de los años noventa, explicita una tercera función, directamente relacionada con nuestra participación en el proceso de construcción europea y, más concretamente, con la integración financiera considerada imprescindible para la consecución de un mercado interior, su inserción en una red de seguridad paneuropea.

Desde cuyos presupuestos históricos, avanza cuales *son los principales objetivos de este Real Decreto-ley que viene a **culminar la recapitalización y reestructuración del sistema financiero** manteniendo los rasgos esenciales del mismo:*

- La unificación de los hasta ahora tres fondos de garantía de depósitos en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que mantiene las funciones y rasgos característicos de los tres fondos a los que sustituye.

*- La **actualización y fortalecimiento** de la segunda función del sistema: el **reforzamiento de la solvencia y funcionamiento de las entidades**, también conocida como función de resolución, a fin de garantizar la actuación flexible del nuevo Fondo unificado.*

Finalidad coincidente con los bienes jurídicos tutelados por el delito de administración desleal: "en este ámbito exclusivo de la administración desleal, 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" (SSTS 279/2007, de 11 de abril ó 769/2006, de 7 de junio. (negrita nuestra)

Dicho de otro modo, la actuación del Fondo en el saneamiento de la entidad financiera, no es consecuencia de decisión discrecional, sino que es la normativamente encomendada a esta entidad, cuando los presupuestos de la misma resulten necesarios para *el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país* ; función potenciada tras las crisis de los años ochenta, época en la que se ubica los hechos que contempla la sentencia del caso *Banesto* antes citada.

Consecuentemente, el FGD, resulta efectivamente directamente perjudicado no ofendido por el delito, del mismo modo, como indica la recurrente, que el servicio de bomberos en un delito de incendio, o quien resulta lesionado en acción de salvamento tras un delito de estragos (STS 30/2001, de 17 de enero; la relación causal es directa, en cuanto que el saneamiento financiero por parte del Fondo, no deriva de un mero voluntarismo discrecional, sino exigida por la estabilidad financiera del país; ello al margen de que la responsabilidad civil en su caso, se limite al importe concreto que la actividad delictiva imputada haya originado (cuestión sobre la que obra informe pericial y ratificación en la vista) e inclusive de a quien corresponda percibirla, en función de las condiciones de adjudicación del Banco CAM, por parte del Fondo. Refuerza esta conclusión, la consideración que obra en la autorización como ayuda estatal por parte de la Comisión Europea, de la referida adjudicación a favor del Banco de Sabadell, obrante en el DOUE (2013/C 371/01, de 19 de junio), donde en la casilla correspondiente al objetivo se indica *remedio de una perturbación grave en la economía*.

Consecuentemente, esos concretos daños patrimoniales, aunque integren una cifra menor en relación con el monto total del saneamiento, resultan originados por la actividad delictiva en la forma que se formula la acusación, de manera directa, pues concurren a generar esa necesidad de saneamiento de la entidad (así ponderado por la propia Comisión de la Unión Europea, que de otro modo no hubiera aprobado la adjudicación al Banco de Sabadell por un euro, operación calificada como de ayuda estatal a los efectos de los artículos 107 y 108 del TFUE, precisa para a la estabilidad financiera, por quien tiene encomendada normativamente esta función.

Desde criterios de imputación objetiva, en la formulación de la relación de causalidad, el peligro generado según la acusación enunciada, por José Enrique, obviamente en concurrencia no consensuada con otros muchos, genera el peligro para la estabilidad financiera, que el FGD debe solucionar por encomienda legal; de modo que los daños originados, en esa tarea de salvamento, deberían ser pechados por quien crea la situación de peligro, en la proporción que su conducta conlleva. La situación de peligro generada es conducta calificada como delictiva, luego quien realiza las tareas de salvamento o saneamiento y reflotación, es perjudicado directo con plena legitimación para actuar como acusación particular.

Concluyendo en el FJ 9º lo siguiente:

“En definitiva, el FGD, no debería haber sido apartada de su condición de acusación particular y de nuevo la argumentación para denegar la legitimación por parte de la resolución recurrida, carece de razonabilidad, al derivarla de criterios exclusivamente temporales, que su intervención es posterior y no coetáneo a la consumación del delito; cuando el perjuicio no resulta extraño que se origine ulteriormente, como sucede en los casos que tras la comisión delictiva, una persona resulte dañada (o cause daños a un tercero) durante el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero; lo determinante no es el cuándo, aunque fuere lo más frecuente, sino la existencia de relación de causalidad directa con el ilícito penal; atendido siempre desde la perspectiva de la esfera de la víctima. **En autos, no sólo se trataba de un patrimonio, sino: a) de la propia vida jurídica de una persona moral de tipo fundacional, donde justamente el patrimonio puesto al servicio de un fin social, le otorga su personalidad jurídica; y b) del propio sistema financiero, como hemos reseñado y admite la propia Comisión de la Unión Europea.** (negrita nuestra)

Así la STS 225/2005, de 24 de febrero, luego reiterada por la 560/2009 de 27 de mayo y la 954/2010, de 3 de noviembre indica que "será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo".

En autos, el FGD, no actúa en virtud de una relación previa con el imputado; sino como la entidad especializada que normativamente sustituye la acción directa del Estado, prevista tanto para garantizar los depósitos existentes en las entidades de crédito, como para reforzar de solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito; y en esta última condición actúa, finalidad coincidente con el bien jurídico colectivo tutelado a través del delito de administración desleal, conforme antes hemos descrito; actuación llevada a cabo en defensa de los intereses de los depositantes, subsistencia de la entidad financiera y del propio Fondo, lo que evitó que alternativamente tuviera que responder frente a los depositantes hasta la cantidad de 100.000 euros si hubiera acaecido que no hubiera logrado sanear la entidad; además de evitar el riesgo que para el conjunto financiero hubiera supuesto el hundimiento de la entidad, que finalmente se logró sanear. Su actuación, por ende, no se debió, a responder en función de la garantía contraída con los depositantes; sino al saneamiento de la entidad, ante la "perturbación grave de la economía", que ponía en riesgo el sistema financiero en su conjunto.

En definitiva, la argumentación de la resolución recurrida para denegar la legitimación al FGD, también deriva de un patente error, que le origina un obvio perjuicio y obvia indefensión.

Indefensión material, por cuanto no ha sido ponderada su acusación que a diferencia de la formulada por el Ministerio Público, sustentada en la simulación contractual para eludir los controles preceptivos (calificada de contrato simulado en perjuicio de tercero) la fundamentaba en la posición institucional de la Comisión de Control -tanto en su condición de órgano de Gobierno y Administración como en su función de Comité de Auditoría- y de las específicas funciones del imputado, Presidente de dicho órgano con la concesión de créditos en perjuicio de la entidad (que

consecuentemente calificaba como administración desleal). En definitiva hechos y tipificaciones diversas, que al no haber tenido en cuenta su acusación, no han recibido respuesta alguna por el Tribunal de instancia.

Ello conllevará la nulidad interesada, pues supone, tanto en relación con este recurso como el formulado por la otra recurrente, que el perjuicio que se origina no sólo existe de manera individual para cada una de las acusaciones particulares indebidamente apartadas; sino para la acusación en general, al comprometer gravemente la eficacia persecutoria de los delitos imputados”

Queda claro, pues, que para la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que en este caso siguió el informe de la Fiscalía, el bien jurídico colectivo consistente en la protección del orden socioeconómico, además de la protección del propio patrimonio ajeno social, no puede estar fuera del delito de administración desleal de patrimonio ajeno social o societario, tanto antes como después de la reforma penal del 2015.

2. El tipo objetivo.

Analizaremos el nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP/2015, si bien recogemos el análisis que hicimos sobre el delito de administración desleal de patrimonio social del derogado art. 295 CP/95²⁰ *mutatis mutandien* lo que sea aplicable al nuevo delito y también por regir aquél para hechos anteriores a 1 julio 2015, si resultara de aplicación más favorable.

2.1. Los sujetos del delito.

2.1.1. El sujeto activo.

La determinación del sujeto activo en el tipo objetivo determina que estos delitos sean llamados delitos especiales propios.

El nuevo art. 252 CP/2015 se refiere a “*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*”, es decir, a los administradores de derecho pero omite la referencia a los administradores de hecho y a los socios, que sí recogía el derogado art. 295 CP/95.

En efecto, a los *administradores de hecho y de derecho*, citados en el artículo 290 CP y por remisión los arts. 293 y 294 CP, respecto de cuyo cometido se configuran como

²⁰SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, MJ, *Delitos societarios...* citado (3ª edición, (2013), capítulo VII, págs. 499 y ss.

sujetos en exclusividad, se añadían en el derogado art. 295 CP/95: los *socios* de cualquier *sociedad constituida o en formación*. Por lo que resultaban igualmente aplicables las observaciones efectuadas en su momento, acerca tanto de la calidad de socio como respecto de los conceptos de sociedad constituida o en formación, examinados con carácter general dentro del estudio del delito de falseamiento de balances de cuentas e informes, al inaugurar el elenco de los delitos societarios utilizando en su tipología elementos comunes a todos ellos²¹.

El *socio* se integraba, en efecto, como sujeto activo en una asociación voluntaria de personas con la intención primera de contribuir a la constitución del fondo patrimonial necesario, aportando o poniendo en común bienes industria o alguna de estas cosas.

En principio, como socio la aportación de bienes comporta un desplazamiento de la titularidad de un patrimonio —el particular del socio— a otro —el de la sociedad en la que participa—. Esta aportación puede ser de cosas-bienes inmuebles, muebles o semovientes, o de derechos-reales, de crédito, etc. La aportación de industria implica una mera actividad personal con valor patrimonial —trabajos, servicios—.

En este punto, sin embargo, como observa URÍA, aunque en los términos en los que se expresa el art. 116 del Código de comercio parece admitirse la constitución de sociedades con simples aportaciones de industria, del contenido de otros preceptos resulta que respecto a toda clase de sociedades, cualquiera que sea el régimen de responsabilidad de sus socios por las consecuencias de la gestión social, deben constituirse con un fondo real de bienes aportados por todos o al menos una parte de los socios.

En cualquier caso los socios se unen para colaborar en la explotación de una empresa. En este orden, la sociedad es la forma jurídica más adecuada para el ejercicio de una actividad económica organizada en empresa. La empresa social —como observa el autor aludido— es un quehacer común y esto supone que todos los socios, en mayor o menor grado, según la clase de sociedad, puedan y deban colaborar en la marcha de los asuntos sociales y en la consecución del fin común. La idea de colaboración —*iusfraternitatis* o *affectiosocietatis*— en la que descansa toda sociedad, es una de las características más significativas para distinguir esa figura jurídica de otras afines, como la de cuentas en participación, las comunidades de intereses o las sociedades de ganancias²².

Trasladados estos planteamientos a la sociedad anónima, como más representativa —junto a la sociedad de responsabilidad limitada— de las sociedades operativas, la ley no exige para ser nombrado administrador, ninguna cualidad especial, pudiendo ser tanto una persona física como jurídica, ya que a menos que los estatutos dispongan lo contrario no se requiere para serlo ostentar la cualidad de accionista (art. 212.2 TRLSC 2010, antes art. 123.2 LSA), bastando que tenga capacidad legal para obligarse.

La adición, sin embargo, de estos últimos a los tradicionales sujetos activos de la

²¹*Vid.* Sobre el concepto de administrador de hecho y apoderado, la STS —2.ª— 59/2007, de 25 enero (Martínez Arrieta)

²²*Cfr.* URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997. nota 35, págs. 164-165.

infracción del derogado art. 295 CP/95, parecía responder a una previsión más efectista que efectiva, en la medida en que los socios que no ostentan a su vez la condición de administradores tienen escasas ocasiones para ejecutar la conducta descrita en el tipo en sociedades anónimas, al carecer en su calidad de partícipes de funciones de facultades de disposición, así como de asumir obligaciones que puedan afectar al patrimonio social.

No obstante, en las sociedades de corte personalista, como acaece con la compañía colectiva o comandita simple, los socios que tengan acceso a la administración podían, potencialmente, llevar a cabo el injusto configurado en el derogado art. 295 CP/95²³.

Por lo que, en conclusión, a excepción de los supuestos en los que los socios integrados como administradores de hecho en las sociedades de capital, verifiquen los injustos descritos en el precepto, los acometan en su fase interina de *sociedad en formación* o lo sean de sociedades de corte personalista, no parecía factible, en principio, desde su intervención formal en los órganos sociales, que pudieran perpetrar la conducta del derogado art. 295 CP/95.

Todo ello, no obstante, sin olvidar que el precepto en el que se incardina debe interpretarse en sintonía con el marco en el que se encuadra, ya que si en el orden mercantil no resulta previsible la conducta sí la posibilita el sistema punitivo en el que se integra el precepto. Así se destaca en el artículo comentado como objetivo del infractor: la disposición fraudulenta por parte del mismo. Por lo que si los supuestos de gestión directa del socio en la administración son escasos, sí podría por medio de actuaciones engañosas ampliar sus horizontes de actuación, siempre que el proceder que lleve a cabo se verifique a través del *abuso de funciones* exigido en el derogado art. 295 CP/95²⁴, que ha quedado sustituido por la frase “las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas” en el nuevo art. 252 CP/2015.

Por otra parte, es de destacar la autonomía otorgada en el derogado art. 295 CP/95 a la actuación de los socios que pueden ejecutar la acción con independencia de la intervención de los administradores, al redactarse descriptivamente el precepto con la conjunción disyuntiva «o» en lugar de la copulativa «y»: propuesta en la enmienda parlamentaria que motivó su adición como sujeto activo, y que de prosperar hubiera acarreado un problema semántico de impredecibles consecuencias, al no aparecer claro si la acción predicada era acumulativa o se establecía una intervención alternativa de ambos sujetos²⁵.

²³ Artículo 129 CCom.: «Si la administración de las compañías colectivas no se hubiese limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad».

Artículo 130 *idem*: «Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeren respondan a la masa social del quebranto que ocasionarem».

²⁴La inclusión de los socios como sujetos activos del delito, que no dejó de causar perplejidad en algún sector de la doctrina se produjo por mor del Grupo Popular a través de una enmienda «*in voce*» como se desprende del Diario de sesiones del Congreso de los Diputados del día 6 de junio de 1995, pág. 15.

²⁵*Vid.* nota *ut supra*: «Aceptamos también la enmienda “*in voce*” del Grupo Popular al art. 296, que

Interpretando el derogado art. 295 CP/95, la jurisprudencia había resuelto casos en los que el sujeto activo no tiene la condición fijada en el tipo, que es un delito especial propio, cuando se ha dado la cooperación necesaria *ex art. 28 b) CP*, como se recoge en la STS —2.^a— 350/2011, de 2 febrero 2011.

En el nuevo tipo delictivo del art. 252 CP/95 habrá que estar al concepto de administrador de derecho ya estudiado en el examen de otros delitos societarios del art. 290 CP y por remisión los arts. 293 y 294 CP²⁶.

Va a resultar problemática la consideración como sujeto activo al administrador de hecho, a que se refería el derogado art. 295 CP/95, ya que como hemos expuesto *supra* entendemos —en contra del criterio del informe de 8 enero 2013 del Consejo Fiscal y de un sector de la doctrina (CADENA, 2016)- que, salvo matizaciones, no es aplicable el art. 31 CP por cuanto —en palabras de FARALDO (2015, 419) el art. 31 CP “*sólo es aplicable al administrador de hecho de una persona jurídica que desempeñe el cargo de administrador de otra persona jurídica, no al que aquí nos ocupa*”²⁷.

No obstante, no podemos olvidar que el administrador de hecho no ha quedado al margen de la categoría de sujetos activos del “nuevo” delito de administración desleal de patrimonios ajenos cuando estos son patrimonios sociales²⁸, ya que siguiendo su caracterización ya expuesta por la STS -2^a- 59/2007, de 25 enero, citada, “*el que manda en la empresa*” o “*el que sin ostentar la condición de administrador de derecho ejerce poderes de decisión*”, es decir, el *dominus* el que tiene el dominio del hecho de la acción, no es ajeno o bien a la autoría *ex art. 28 CP* ocupando la posición de principal en la autoría mediata o instrumental —siendo el instrumento el formalmente considerado administrador de derecho- o bien a otras formas de participación criminal como la inducción y cooperación *ex art. 28 CP* o la complicidad *ex art. 29 CP*.

En las estructuras organizativas piramidales es patente que aquellos que ocupan los cargos más elevados de la organización y son los autores intelectuales de las conductas penales se alejan ostensiblemente de la realización de las conductas materialmente típicas, que vienen realizadas por quienes ocupan los escalones intermedios o inferiores de la organización, sobre los que pesan las pruebas directas de la autoría²⁹. Quedarse, en

incluye entre los sujetos activos, susceptibles de incurrir en la transgresión penal a la que se refiere este artículo, no sólo a los administradores de hecho o de derecho, sino a los propios socios de estas entidades mercantiles. La inclusión de la expresión “*y los socios*” después de “*los administradores de hecho o de derecho*” nos parece pertinente en la forma en que la plantea en el Grupo Popular»

²⁶Véase SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO, citada, 2013.

²⁷RAMOS (2015, 533) se muestra favorable a considerar sujeto activo al administrador de hecho, en base al art. 1888 y ss. CC y art. 31 CP.

²⁸NUÑEZ CASADO (2017, 234) se muestra partidaria a la inclusión de los administradores de hecho. SÁNCHEZ MELGAR (2016, 289) parece dudar de ello, al no aparecer mencionados en el art. 252 CP/2015 al contrario de lo que ocurría en el art. 295 CP/1995. Este último autor, citando a BACIGALUPO indica que no existe un concepto de administrador en el CP, debiendo inferirse del recogido en el art. 209 LSC para aquel que tiene facultades de gestionar y representar un patrimonio ajeno. También se cita el art. 236.3 LSC sobre el administrador de hecho o de derecho.

²⁹Esta idea se expresa con acierto por el magistrado Jorge Barreiro en el Voto particular emitido en la STS -2^a- 657/2013, de 15 julio (Granados), en el que se absuelve extrañamente al ex presidente de les Illes Balears, Jaume MATAS PALOU en el llamado “Caso Concurso”, “Caso Contrato Menor” y “Caso Subvención”, de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, confirmando la condena por un delito de tráfico de influencias. Ver DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *El delito de tráfico de*

consecuencia, con el castigo de esos sujetos y no abarcar a los primeros, no es correcto, tanto desde el punto de vista de la delimitación del sujeto activo como de la conducta típica.

Es importante observar, que cuando el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252/CP 2015 se proyecta sobre patrimonios sociales y, por tanto, tiene un carácter de delito societario, debe aplicársele las mismas consideraciones que sobre el sujeto activo de los demás delitos societarios se han hecho, en especial, los conceptos de administrador de hecho y de derecho.

Esos sujetos activos se nombran expresamente en los demás delitos societarios, es decir, en los arts. 290 CP (falsificaciones contables), 293 CP (negación de derechos a los socios) y 294 CP (obstaculización a la acción inspectora). Y se nombraban en el derogado art. 295 CP/95. En consecuencia, entendemos que en el nuevo art. 252/CP cuando la administración desleal se refiere a un patrimonio ajeno social o societario también pueden ser sujetos activos los administradores de hecho, que lo son para los demás delitos societarios de los arts. 290, 293 y 294 CP.

Téngase en cuenta que el Código de Comercio en su arts. 281 y ss. contempla otras formas del mandato mercantil, entre las que se encuentran los apoderados o mandatarios generales o singulares, los gerentes y factores. Como se indica en el Capítulo II de este libro, epígrafe 2.II.1.1., desde el punto de vista normativo estas personas no son administradores en sentido estricto pero pueden tener la consideración de administradores de hecho, salvo que se consideren que por la vía negocial adquieren la condición de administradores de derecho.

También serían administradores de hecho aquellos que pudieron serlo de derecho por haber sido nombrados y aceptado el cargo, constituyéndose en órgano social administrativo, se encuentran incursos en vicio que le inhabilite por la función: por nulidad de su nombramiento, por la falta de inscripción del mismo en el Registro o porque hayan cesado su mandato por revocación o cumplimiento del término.

En esta línea expansiva, no puede omitirse la inclusión dentro del concepto de administrador de hecho de aquellos a los que les hubiese caducado el nombramiento.

Así las cosas, se puede concluir que en definitiva, desde una perspectiva netamente penal, puede extenderse, en un sentido amplio, el concepto de administrador de hecho a todo aquel que materialmente ejerza en la sociedad un poder decisorio sobre las parcelas de gestión examinadas: particularmente, además, en los supuestos de socio único o integrado en un grupo mayoritario que no forma parte de los órganos de administración formal, y a los que impone sus decisiones, a través de las órdenes oportunas que éstos se limitan a ejecutar como meros voceros del parecer de aquél. Situación de prevalencia que también puede hacerse extensiva a las sociedades en “holding” en las que el criterio viene establecido por la sociedad madre, cuyos administradores de derechos, se convierten en administradores de hecho de las sociedades filiales que acatan la dirección de aquella sin alternativas. Y todo ello, sin perjuicio de la delimitación de

influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica), editorial La Ley, 2014, y mi comentario jurisprudencial crítico a esta sentencia en el diario La Ley nº 8201, jueves 28 noviembre 2013.

dicho concepto frente al de administrador de derecho en el área mercantil en la que las funciones de éste y los cauces en su favor por la propia configuración del orden asegurado sin que ello comporte una minoración de la responsabilidad de los administradores de hecho respecto a los de derecho, sino únicamente el establecimiento de una necesaria prelación procesal para la exacción de sus respectivas responsabilidades en los supuestos de concurrencia (STS -1ª- 30 julio 2001).

Por último, el *extraneus*, como sujeto activo, es contemplado en este delito especial propio como una modalidad de participación accesorio de cooperación necesaria *ex art.* 28 CP, en la STS -2ª- 350/2011, de 2 febrero (Ramos). Es decir, no son autores sino que se reputan autores en concepto de partícipes. Ello quiere decir, que el principio de accesoriedad que rige la participación exige la concurrencia de un autor principal del hecho delictivo, bien sea único o plural (coautoría) por lo que el *extraneus* tendrá responsabilidad penal como partícipe siempre que exista un autor o coautor del hecho.

2.1.2. El sujeto pasivo.

En el nuevo art. 252 CP/2015 la conducta típica se refiere a la administración del “*patrimonio ajeno*” y tiene que causar un perjuicio “*al patrimonio administrado*”. El sujeto pasivo será el titular de ese patrimonio ajeno administrado, que puede ser una persona física o jurídica. En el caso de los delitos societarios, que estamos examinando en esta obra, el titular es la sociedad ya que el patrimonio administrado hay que entenderlo como patrimonio social o societario.

La STS -2ª- 719/2015, de 10 noviembre (Sánchez Melgar) sostiene en su FJ 3º que:

“ (...) en el delito de administración desleal el perjuicio no se origina a un tercero, sino a la sociedad administrada, o bien el perjuicio se genera a algunos de sus socios; en palabras del nuevo art. 252 del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) «al patrimonio administrado», y tal perjuicio se traslada a los socios como es natural. En realidad, el concepto de patrimonio administrado es similar al del art. 295 que, en cierto modo, sustituye, en tanto que en éste el perjuicio había de originarse a «sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren», que es una descripción más detallada pero que responde al propio concepto, pues todos esos elementos se corresponden, sin duda, con el concepto de patrimonio administrado. No puede entenderse que el patrimonio administrado se lesione y a los socios tal perjuicio no les afecte. Económicamente la correspondencia es un hecho innegable.

El art. 295 ha sido suprimido, y traspasado su contenido al nuevo art. 252, bajo el *nomen iuris* de una Sección que se intitula "De la administración desleal". Este nuevo precepto castiga a 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. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como en el derogado art. 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal, excediéndose de sus facultades, esto es, actuando antijurídicamente, y de esa manera causen a dicho administrado un perjuicio de naturaleza patrimonial. La Ley de Sociedades de Capital ofrece pautas para determinar el vínculo de lealtad que se quebranta, pero no tipifica el delito.

El perjudicado por este delito no debe ser un tercero a la sociedad, pues si lo fuera el tipo aplicable debería ser el art. 253, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, es decir, constituiría una apropiación indebida.

En efecto, la STS 476/2015, de 13 de julio, ha declarado que la diferencia entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal con arreglo a los criterios jurisprudenciales, se ha de cifrar en lo siguiente: Cuando el acusado dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, ha de aplicarse el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 del C. Penal). Se aplica el delito societario del art. 295 del C. Penal cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por darle un destino al dinero distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce.

En el caso enjuiciado, el perjudicado lo habrá sido el socio de Inverurge -Sr. Fausto -, que puso dinero en la sociedad, de la cual era partícipe social al 49%, mediante la aportación dineraria que efectúa una tercera sociedad controlada por él, la citada IberConnection Publicidad. En consecuencia, la perjudicada es la sociedad de la cual aquel es socio”

Tras la reforma penal de 2015, como hemos referido *supra*, en opinión de FARALDO (2015, 418), en el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015, quedan fuera de los sujetos pasivos los cuenta partícipes dado que en este caso no concurre la nota de ajenidad del patrimonio administrado, salvo que el cuenta partícipe no transmita el bien que se integra en el patrimonio administrado sino simplemente su uso, como sería el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local.

La STS —2.^a— 655/2010, de 13 julio (Berdugo), sobre el sujeto pasivo, decía lo siguiente:

«El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, 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”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.»

RAMOS (2015, 533) sostiene que “La condición de sujeto pasivo vendrá determinada por la titularidad exclusiva o compartida del patrimonio administrado, aunque en el caso de determinadas masas patrimoniales sin titular (por ejemplo, herencia yacente) o de entidades sin personalidad jurídica (por ejemplo, sociedades irregulares) sea preciso acudir a determinadas ficciones (artículos 6.4º y 5º y 7.5 y 6 LEC). De cualquier manera, recuérdese que tras la reforma no será aplicable el requisito de perseguibilidad previsto en el art. 296 CP”

Con la nueva redacción del art. 252 CP/2015, hay que concluir que el sujeto pasivo

es el titular del patrimonio ajeno administrado, el cual en el caso que examinamos, será el titular del patrimonio ajeno administrado social o societario. Fórmula amplia que comprende todos los supuestos examinados en el estudio del derogado art. 295 CP/95³⁰

2.2. La conducta típica.

2.2.1. La acción típica: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad como alternativa a la contracción de obligaciones.

El nuevo art. 252.1º CP/2015 considera conducta típica del delito de administración desleal de patrimonio ajeno la infracción por exceso de las facultades de administración de dicho patrimonio por parte de los administradores que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

La conducta típica del derogado art. 295 CP/95 se refería a los administradores 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 de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio económicamente evaluable.

Como se ve, en cuanto al tipo objetivo, se mantiene el tipo de abuso, ya que en el derogado art. 295 CP/95 se mencionaba expresamente “*con abuso de las funciones propias de su cargo*” y en el nuevo art. 252.1º CP/95 se castiga la infracción “*con exceso de las facultades de administración*”. El tipo subjetivo se verá más adelante pero ya se puede decir que el nuevo art. 252.1º CP/2015 suprime el ánimo de lucro propio o de tercero y sólo exige que el dolo del autor abarque la intención de causar perjuicio al patrimonio administrado. Es un tipo de resultado y de daño.

También, ambos tipos objetivos exigen la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, que si bien en el nuevo art. 252.1º CP/2015 no se especifica que sea “*económicamente evaluable*”, debe interpretarse que así tiene que ser ya que el nº 2 del mismo precepto determina la necesidad de esa evaluación al indicar “*si la cuantía del perjuicio patrimonial no excede de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses*”, configurando así el delito leve de administración desleal de patrimonio ajeno.

A mayor abundamiento, esta evaluación económica es obligada para la penalidad, ya que el art. 252.1º CP/2015 se remite a los arts. 249 o, en su caso, al art. 250, que obligan a valorar “*el importe de lo defraudado*” (art. 249), especialmente el art. 250, que recoge tipos agravados en función a la valoración económica del perjuicio causado cuando excede de 50.000 euros (art. 250.1º.5º CP)

En el ámbito de los delitos societarios, puede interpretarse que las modalidades principales de la conducta típica del delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP/2015 mantiene las del derogado art. 295 CP/95, ya que, como se ha explicado antes, el tipo penal si bien pretendía sólo recoger un tipo de abuso, al final también ha recogido un tipo de infidelidad, al contemplar en la acción típica las facultades para *administrar* en lugar de las para *disponer* que venían en la redacción

³⁰Vide in extenso SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, MJ, *Delitos societarios...* citado (3ª edición, (2013), capítulo VII, págs. 499 y ss.

original del precepto en el Anteproyecto ley.

Administrar una sociedad según el art. 209 TRLSC 2010, ya que no hay un concepto penal de administración, es gestionarla y representarla en los términos de la misma ley. Como indica BACIGALUPO (2015)³¹ siguiendo al modelo austríaco “que inspiró al legislador español en la reforma de 2015 en esta materia, las facultades de administración presuponen que alguien tenga la posibilidad de *disponer* de los bienes patrimoniales ajenos administrados y de *obligar* a ese patrimonio frente a terceros. Precisamente en esto consiste gestionar y administrar. Quien gestiona puede disponer y quien representa puede obligar. En la doctrina austriaca se afirma que “la administración desleal presupone el poder para crear efectos jurídicos para otro”

Esa remisión al concepto de administración permite interpretar que se mantienen las modalidades del tipo de infidelidad contenido en el derogado art. 295 CP/95 ya que la administración en las sociedades mercantiles conlleva para los administradores la observancia de los deberes establecidos legalmente en el TRLSC 2010, según redacción dada por Ley 31/2014, de 3 diciembre.

En especial, los de diligencia, lealtad y fidelidad *ex* arts. 225 a 231 TRLSC 2010, que conlleva un régimen específico, incluidas las acciones de responsabilidad previstas en el art. 236 TRLSC 2010 *ex* art. 232 del mismo cuerpo legislativo.

Por ello, mantenemos las consideraciones que hacíamos en nuestros anteriores estudios alrededor de las modalidades del derogado art. 295 CP/95, que se expresan a continuación.

El comportamiento se desdobra en la opción disyuntiva que el precepto establece, a saber: «*disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta*»³².

La primera modalidad dinámica comporta, desde su literalidad, *un acto de disposición*, y en ese orden el DRAE entiende por *disponer*, entre otras acepciones ajenas a la perspectiva jurídica abordada, la acción de: «Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute». Por lo que en consecuencia tanto comportará aquella la extracción del patrimonio social de un bien que le pertenezca o administre con el fin de trasladar su titularidad a un tercero, como la disminución de su valor con la imposición de un gravamen en beneficio de éste. Por lo que pueden incluirse dentro de esta primera modalidad tanto los actos paradigmáticos de traslación de la propiedad (enajenación, *permuta*) como aquellos que

³¹El cual, por otra parte, se extiende en el estudio de las causas de justificación de este delito que excluirían la antijuricidad en base a las dispensas de los deberes de los administradores contenidas en el art. 230.2 LSC 2010 según redacción dada por Ley 31/2014 o, excepcionalmente, en los supuestos de delegación “*en los casos en los que los consejeros no hayan realizado personalmente la acción requerida por la protección del patrimonio administrado, pero la hayan encomendado a personas capacitadas para hacerlo de una manera formal y hayan ejercido la vigilancia debida sobre el buen desempeño del delegado*”. Sobre los problemas de la delegación en relación con la autoría, véase CADENA, 2016.

³² La incorporación de dicha opción en la conducta típica se introdujo en el texto de 1995 por mor de la enmienda 400 del GPP, sustituyendo a la redacción inicial que recogía una fórmula más amplia y abstracta.

únicamente conlleven su uso o utilización sin afectar a su titularidad³³.

Frente a esta acepción amplia se destaca otra restringida que incluso llegó a tener eco en alguna resolución judicial³⁴, limitando el comportamiento desleal a los actos concretos de disposición fraudulenta *stricto sensu*, muy distanciada, en todo caso, de otros posicionamientos de la doctrina científica reduciendo los comportamientos dispositivos a la acción de verificar estrictamente actos de apropiación o distracción de los bienes sociales, lo que de admitirse comportaría verdaderas dificultades a la hora del deslindar el delito de administración desleal del de apropiación indebida³⁵. Mas allá, incluso, para CASTRO MORENO y otros autores —abundando en la tesis antes discutida— la disposición de los bienes sociales nunca será siquiera una apropiación indebida. «Así cuando la conducta llevada a cabo revele una auténtica voluntad apropiatoria la calificación que corresponderá será la de apropiación indebida. Cuando el acto dominical ilícitamente realizado no sea de carácter definitivo, el delito a aplicar será el de administración desleal de sociedades»³⁶.

FERNÁNDEZ TERUELO, sin embargo, se inclina por una interpretación más amplia del concepto de *disposición* que desborda el marco asignado en el orden civil a la clásica división tripartita de los actos jurídicos, en actos de *administración*, de *conservación* y *disposición*. Para el comentarista citado es la exigencia de que tenga lugar una *modificación jurídica* la que impide asimilar la concepción civil del acto de disponer a las exigencias del tipo penal comentado. Y ello en razón de que la figura de la administración desleal, comporta una aceptación más amplia en su comprensión «que puede incluir conductas no apropiatorias, pero perjudiciales, para patrimonio administrado». Añadiendo que «si en la apropiación indebida el autor se apropia indebidamente, en la administración desleal el administrador administra de un modo desleal» para concluir con la afirmación de que: el castigo de tales conductas no es posible con las manifestaciones propias de la apropiación indebida, que comportan la

³³ De esta opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien «La acción típica es objeto de una definición de gran amplitud, al poder realizarse disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrayendo obligaciones a cargo de ésta. Al margen de los supuestos más flagrantes en los que el administrador se apropia directa o indirectamente de bienes cuya gestión le está encomendada, pues el delito se verifica también cuando se produzcan un *abuso de la firma social* y el administrador contraiga obligaciones por cuenta de la sociedad que obedezcan a motivos impropios y que no estén amparadas por la búsqueda del interés social. La extensión de la fórmula legal refleja claramente la voluntad del legislador de abarcar con esta figura delictiva prácticamente cualquier supuesto de administración fraudulenta, por el que los administradores se sirvan de sus facultades gestoras para obtener una ganancia personal o para beneficiar a un tercero en detrimento de los genuinos intereses sociales (algo que también parece confirmar la propia experiencia de otros ordenamientos en los que el tipo penal equivalente suele ser objeto de una profusa aplicación; así ocurre, por ejemplo, en Francia, donde actualmente está en curso un debate parlamentario sobre la posible reforma del delito de «*abuso de bienes sociales*» al objeto delimitar su ámbito de aplicación, como consecuencia de ciertos casos especialmente polémicos que han afectado a dirigentes de grandes empresas» (*Los delitos societarios, un enfoque mercantil*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1996, págs. 96-97).

³⁴ Cfr., en este orden, el Auto de la Sección 6.ª, de la AP de Barcelona de 29 de junio de 1999, rec. 298/1999 (Béjar García)

³⁵ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, GARCÍA ARÁN, MARTÍNEZ PEREDA, GARCÍA-VALDÉS, citados por CASTRO MORENO, A. en *op. cit. ut supra: El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, nota 357, pág. 295.

³⁶ *Ibidem*, pág. 299.

exigencia de que se produzca una transformación de la lícita posesión en ilícita propiedad, pudiendo ser suficiente su uso, tenencia o utilización siempre que se verifique de manera fraudulenta. Lo que permitirá sancionar los usos lícitos del patrimonio administrado sin necesidad de probar su apropiación, así como otros muchos supuestos en los que se constate un perjuicio patrimonial consecuente con una fraudulenta administración³⁷, como los derivados de todo uso abusivo o impropio contrario al interés social, en los que sería suficiente con que la conducta de los administradores a la hora de disponer del dinero, los valores o los bienes se hubiera guiado por el fin espurio de perseguir un interés ajeno al societario³⁸.

En segundo lugar, el precepto establece como acción dinámica la de *contraer obligaciones a cargo de la sociedad* gravando con las mismas el activo de la entidad con prestaciones cuya satisfacción soporta éste y cuya realización conforma el *abuso* al que hemos aludido, al constituir en sí mismas extra-limitaciones o desviaciones de los cometidos del administrador.

Las obligaciones asumidas comportan, en consecuencia, una disminución del patrimonio social, que tanto se puedan expresar a través de negocios que impliquen traslación de dominio de un bien concreto, propiedad de la entidad, como de la imposición de cargas a éstos (*hipoteca, prenda, etc.*). En este orden, además del uso de dichas garantías en detrimento de la sociedad, podrían incardinarse acciones fraudulentas como la obtención por los administradores de créditos en su propio y exclusivo beneficio, cuyo incumplimiento generaría además la ejecución de la garantía; la transferencia a la sociedad de los aspectos negativos o las cargas derivadas de una operación propia de los administradores o la adquisición de acciones de la sociedad con cargo al patrimonio de la misma y «aparcadas» en poder de fiduciarios con el fin de disponer de sus derechos políticos para definitivamente conseguir la mayoría necesaria para la aprobación de su política de gestión o de acuerdos polémicos³⁹.

En ambos casos la *actuación* debe ser *fraudulenta*, en razón de que la administración del patrimonio no se orienta prioritariamente al beneficio de la sociedad, sino al de los administradores o terceros⁴⁰.

Con el dual proceder se configura un *delito de resultado material de lesión*, en razón de que para su consumación se exige desde el precepto que se cause un perjuicio susceptible de cuantificarse y en consecuencia económicamente evaluable al sujeto pasivo, es decir, al titular del patrimonio ajeno social administrado *ex* nuevo art. 252.1 CP/CP 2015.

³⁷Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO: *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, editorial Dykinson, Madrid, 1998, nota 237, págs. 333-334.

³⁸Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: *Los delitos societarios*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1996, nota 69, pág. 187, asimilando esta última modalidad de fraude al *usageabusif*, del derecho francés, consistente en: destinar a un fin que no es el propio, las cosas recibidas o acto contrario a la finalidad de un derecho. Con cita de su vez de DELMAS-MARTY en *Droit Penal des affaires*, Tomo 1-2, 3.ª Edición, París, págs. 45 y 288.

³⁹Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia*, VVAA, editorial Trivium, Madrid, 1997, nota 54, pág. 3050.

⁴⁰Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: *Los delitos*, *vid. op. cit. ut supra*, nota 69, págs. 186-187.

Mayor dificultad supone desentrañar cuando el perjuicio aludido ha sido como consecuencia directa de actuación de los administradores —como exige el precepto— o indirecta o refleja, en cuyo caso, no quedaría cubierta la transgresión por el precepto abordado.

La cuestión no deja de ser relevante planteando —a juicio de VALLE MUÑIZ— serios problemas de interpretación, al imponerse normativamente las condiciones en sede de relación de causalidad de *imputación objetiva* que en la práctica pueden suponer barreras infranqueables para la intervención penal.

Y es que en efecto —como observara el malogrado autor— «a poco que se conozca la realidad del mundo societario se convendrá en que las posibilidades de imputar objetivamente una disminución del valor económico del patrimonio de un socio a determinado comportamiento del administrador o administradores de una sociedad mercantil es mínima. Las innumerables variantes a que está sujeto el valor económico de la participación de un sujeto en una sociedad mercantil, convierten en gigantesca la tarea de aportar elementos probatorios que permitan afirmar el nexo causal y las condiciones de imputación objetiva»⁴¹.

En cualquier caso, ambos comportamientos: disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y contracción de obligaciones a cargo de ésta, no deben conducir a una separación conceptual de su significado, en la medida en que en muchas ocasiones pueden coincidir.

En este orden, en efecto, la segunda de las conductas descritas constituye con su amplitud una modalidad de administración irregular abierta a cualquier tipo de gravamen sobre bienes inmuebles que se traduzcan en una reducción o disminución de su valor venal.

En esa dimensión, la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad para garantizar el cumplimiento de obligaciones personales, constitutiva de uno de los ejemplos más típicos de administración desleal, se configura estructuralmente como un acto complejo en la dinámica descrita en el derogado art. 295 CP/95, aplicable al nuevo art. 252 CP/2015, que tanto puede incardinarse como acto de disposición fraudulenta de bienes sociales: cuando el crédito se solicite en nombre de la sociedad y para ella desnaturalizando su finalidad al aplicarlo a los usos propios del administrador, como contracción de obligaciones: cuando el préstamo se solicita a nombre de los administradores gravándose no obstante el patrimonio social en garantía de su devolución.

A lo largo de estos años, la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS, si bien se ha esforzado en distinguir el delito de administración desleal del delito de apropiación indebida, como se ve en los supuestos concursales, ha ido emitiendo algunos pronunciamientos sobre la conducta típica del derogado art. 295 CP/95, extrapolable al nuevo art. 252.1 CP/2015, en su modalidad de administración desleal de patrimonio ajeno social, que inciden en cuestiones como doctrina general sobre la cuestión, el concepto de perjuicio, el engaño, las modalidades de administración desleal y requisitos, que pasamos a extractar.

⁴¹Cfr. VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código Penal*, VVAA, editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, nota 85, pág. 1335.

A modo de doctrina general sobre la conducta típica, la STS —2.^a— 769/2006 de fecha 7 junio (Saavedra) señala lo siguiente en su FJ 2.º:

«Centrándonos ya en este ámbito exclusivo de la administración desleal, 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. Hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas, SSTs 867/2.002, caso Banesto, y 71/2.004, caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su 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, sino únicamente que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo. El tipo, pues, no requiere en todos sus casos de un “animus rem sibi habendi”, aunque tampoco lo excluya, y para su perfección en el plano subjetivo sólo precisa de un dolo genérico sobre el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal. Si el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa prevaliéndose de las funciones propias de su cargo con la intención de obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. De entre los elementos objetivos del tipo, debemos destacar a los fines del presente recurso el perjuicio social y el correlativo beneficio propio o de terceros. Como ya hemos dicho, este “beneficio” del que habla el art. 295 del Código Penal no implica forzosamente un ingreso en el patrimonio personal de bienes pertenecientes a la sociedad (supuesto al que ya hemos hecho mención y que esta Sala ha resuelto en numerosas ocasiones, interpretando conjuntamente los arts. 295 y 252 del Código Penal), sino que basta con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada del comportamiento desleal. Esta conducta puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros —o, normalmente, competidores— proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del “perjuicio social” y del “beneficio ajeno a la sociedad” puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económicamente evaluable a los socios depositantes, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren.»

La STS —2.^a— 655/2010, de 13 julio (Berdugo) señala:

«...el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes (“depositarios” dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por

la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, 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”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.

El delito es de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un “perjuicio económicamente evaluable”, entendiendo por “perjuicio” tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. “Económicamente evaluable” significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, 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 —como se dice en la STS. 841/2006 de 17.7— 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 comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11.7, 402/2005 de 10.3, 554/2003 de 14.4». (F. J. 5.º)

Sistematizando los requisitos del tipo, la STS —2.ª— 1046/2010, de 29 noviembre (Sánchez Melgar) dice:

«Como hemos declarado en la STS 91/2010, de 15 de febrero, son sus requisitos:

a) En cuanto al sujeto activo, que se trate de los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación.

b) La acción nuclear es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes, o, también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad. La nota de lo “fraudulento” queda reflejada en el “abuso” al que nos referiremos seguidamente, y se constata en el perjuicio que ha de producirse.

c) Un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales.

d) *El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. Hemos dicho en STS 841/2006, de 17 de julio, que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. 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.*

e) *Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero.*

f) *El tipo no conlleva necesariamente el “animus rem sibi habendi”, aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.*

g) *Este precepto requiere que la puesta en escena del mismo, lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación, pero no en una sociedad disuelta.*

h) *Finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que cualquier cuantía defraudada o distraída, permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión.*

Como hemos visto, el texto legal no se refiere a un perjuicio a la sociedad, aunque esta Sala Casacional ha interpretado que todo perjuicio a un socio causa un daño a la masa social en cuanto tal, pero la indemnización civil hubiera debido ser personal, a pesar de la mención del fallo de la sentencia recurrida, y el razonado “daño a la sociedad”, en el fundamento jurídico sexto in fine, en donde se explica que el daño es cierto pero de difícil determinación por tratarse de expectativas, y se fijó en la suma de diez mil euros de forma alzada. Pero, de todos modos, del texto del art. 295 del Código penal lo que queda absolutamente claro es que el abuso en las funciones del cargo por el administrador en la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad se ha de corresponder con una sociedad constituida o en formación, y

de modo alguno con una sociedad disuelta, como es el supuesto enjuiciado». (F. J. 3.º)

Sobre el concepto de perjuicio, la STS —2.ª— 841/2006, de fecha 17 julio 2006 (Sánchez Melgar) ha indicado:

«Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. 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. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse.

De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. 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». (F. J. 12.º)

La desviación de dinero a otra sociedad integra el concepto de perjuicio en el delito societario del derogado art. 295 CP/95, según STS —2.^a— 202/2011, de 18 marzo 2011 (Maza), al igual que los daños morales (STS —2.^a— 565/2007, de 21 junio 2007 (Colmenero))

Acerca de la interpretación dada al carácter fraudulento en relación con el engaño, la STS —2.^a— 565/2007, de 21 junio (Colmenero) dice:

«El delito societario que aparece por primera vez en el art. 295 del Código Penal vigente no puede entenderse de forma que venga a suponer un tipo privilegiado respecto de acciones ya penadas en el art. 535 del Código Penal anterior y en el art. 252 del vigente cuando se ejecuten en el ámbito societario por socios o administradores. Por el contrario, debe entenderse que se trata de conductas no sancionables conforme al art. 252, que si resultan merecedoras de pena a juicio del legislador es a causa del marco societario en el que se producen, lo que les asigna una mayor gravedad. Aunque sea discutible doctrinalmente si la sanción debería extenderse a cualquier clase de administradores, la ley solo se refiere a los socios o administradores, de hecho o de derecho, de cualquier sociedad constituida o en formación, lo que excluye a los demás. Consecuentemente, los actos de distracción de dinero o bienes fungibles, así como los de apropiación de cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, seguirán encontrando su acomodo en el art. 252, se ejecuten en el ámbito societario o fuera de él. Cuestión diferente es la relativa a la distinción entre los actos de distracción, sancionados conforme al art. 252, y los de administración fraudulenta o abusiva del art. 295. Es claro que los actos de distracción de dinero, dándole un destino definitivo diferente del asignado por quien puede hacerlo en el marco del funcionamiento de la sociedad, exceden de las facultades del administrador, lo que las situaría dentro del ámbito del art. 252. Por el contrario, cuando los actos de disposición de los bienes sociales o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad se realiza dentro de las facultades del administrador, aunque se ejecutan fraudulentamente respecto de la sociedad o resultan abusivas y perjudiciales para ésta, la conducta quedará subsumida en el art. 295 del Código Penal.

Argumenta el recurrente que, siendo necesario el engaño en el delito societario por el que ha sido condenado, y excluyendo la Audiencia la presencia de ese elemento en los hechos enjuiciados, la conclusión lógica sería la absolución por imposibilidad de aplicar el referido precepto. El argumento no puede ser acogido. Es cierto que el tipo exige que la disposición de los bienes de la sociedad por parte del socio o administrador (el socio que puede disponer legalmente es en realidad un administrador al menos de hecho), se realice fraudulentamente, lo cual se relaciona con la idea del engaño. Pero es un engaño en sentido distinto del exigido para la construcción del delito de estafa, pues es claro que mientras en este último delito el engaño es causal respecto del acto de disposición que origina el perjuicio, en el delito societario es únicamente una característica de la acción, es decir, del acto de disposición, que siendo perjudicial para el patrimonio de los socios o de los demás a los que el tipo se refiere, se presenta engañosamente como un acto ordinario de administración, pero no tiene en ningún caso carácter causal respecto de aquél». (F. J. 4.º)

Por lo que respecta a las modalidades típicas, la STS —2.^a— 603/2009, de 19 mayo (Colmenero) señala que:

“3. La jurisprudencia de esta Sala respecto del delito societario del art. 295 del Código Penal, comenzó señalando que, como decía la jurisprudencia anterior al Código vigente, en el art. 535 se yuxtaponían dos modalidades. La clásica de apropiación de cosas muebles ajenas y la que llamó en la STS 224/1998 “gestión desleal”, denominada según el propio Código, “distracción”, que comete, entre otros, el administrador cuando da al dinero recibido para su administración, un destino distinto del procedente causando así un perjuicio al titular del patrimonio administrado. Se sostenía entonces que el art. 295 “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...”. Y, acudiendo a la figura de los círculos secantes, añadía que “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”.

Esta línea jurisprudencial, que fue seguida por otras sentencias, entre ellas la STS n.º 1965/2000, de 15 de diciembre; STS n.º 1040/2001, de 29 de mayo, en parte, y STS n.º 37/2006, de 25 de enero, entre otras, convive con otra línea iniciada en la STS n.º 867/2002, de 29 de julio, en la que, acudiendo a la figura de los círculos secantes, se distinguía más precisamente entre ambas figuras delictivas. Y se decía que el administrador, que se sitúa en el punto de contacto de ambos círculos, puede actuar en uno o en otro, incurriendo en apropiación indebida por distracción de dinero, o bien en delito societario por administración desleal. Línea que fue seguida y ampliada en la STS 915/2005, de 11 de julio, luego reiterada en la STS n.º 565/2007, de 21 de junio, en la que, diferenciando entre las acciones del administrador de una sociedad que dentro del ámbito de sus funciones ejecuta fraudulentamente actos de disposición de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, de aquellas otras en las que, superando las facultades atribuidas, realiza actos sobre el patrimonio administrado que suponen apropiación de los bienes o distracción del dinero recibido, entendiéndose por esto último, actos de disposición de significado equivalente al acto de apropiación, en cuanto separan definitivamente el dinero recibido del destino fijado al realizar la entrega, en tanto que ésta incorpora una obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad. Y así se decía que la distracción tiene lugar “cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”.

Podría decirse, en este sentido, que en el primer caso, administración desleal del art. 295, se infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, causando un perjuicio como consecuencia de actos de administración (actos de disposición sobre bienes de la sociedad o suscripción de obligaciones a su cargo) fraudulentamente adoptados, mientras que en el caso de la distracción de dinero, (art. 252), lo característico es el abuso de las facultades del administrador, que aprovecha su posición para ir más allá de aquello a lo que está autorizado, causando también un perjuicio al titular del patrimonio administrado, pero no como consecuencia de la adopción de actos auténticos de la administración encomendada, sino a causa del desvío del dinero recibido hacia un objeto o finalidad distintos de los prefijados en el título de recepción, y consiguientemente, fuera de los

límites establecidos por su competencia como administrador.

Para esta segunda línea de interpretación de los tipos no puede afirmarse que el art. 295 tipifique conductas ya antes sancionadas en el anterior art. 535, asignándoles ahora menor pena en atención a su comisión por un administrador en el ámbito societario, pues tal entendimiento de la ley carece de justificación posible. En consecuencia, deberá tratarse de conductas distintas de las que se comprendían entonces en aquel artículo y ahora en el art. 252. La cuestión, pues, es el criterio diferencial que permita, además, justificar la menor pena para el delito societario, lo cual no ocurre en todas las legislaciones (a estos efectos, art. 266 del Código Penal alemán). Criterio que, para la línea jurisprudencial citada en segundo lugar, tiene en cuenta que en la distracción de dinero del art. 252, el autor realiza actos que implican un abuso de sus facultades de carácter extensivo, operando más allá de las facultades atribuidas, ejecutando aquello que de ninguna forma podría ejecutar, al situar los caudales administrados definitivamente fuera del control de quien se los encomendó sin que éste reciba contraprestación alguna, mientras que en la administración desleal del art. 295, el abuso requerido por el tipo es solo intensivo, actuando dentro de lo permitido por las facultades que le corresponden, pero de forma desleal, traicionando el deber de fidelidad con la sociedad titular de los bienes o caudales que administra, al realizar fraudulentamente, en cuanto se separa de los fines sociales, actos de disposición o al contraer obligaciones a cargo de aquella, de los que se deriva un perjuicio para los socios o demás sujetos a los que se refiere el tipo. Sin duda existirán supuestos dudosos, en los que la apariencia de la acción pueda ajustarse más a la administración desleal aunque el resultado lo acerque a los casos de distracción. Un criterio de distinción útil sería la admisibilidad de la operación según criterios aceptados dentro del funcionamiento normal del mercado de que se trate, concepto necesariamente indeterminado. La jurisprudencia ha señalado (STS n.º 949/2004) en este sentido, que el tipo de la infidelidad del administrador del art. 295 “se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad”. (F. J. 1.º)»

Más reciente, en el mismo sentido, STS -2ª- 47/2016, de 3 febrero (Andrés), que recuerda en FJ 5º: “ (...) esta sala tiene declarado en múltiples sentencias, uno de los elementos integrantes, sino *quo non*, de la conducta punible consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo y en perjuicio de esta (por todas, STS 864/2008, de 16 de diciembre) (...)”

Tras la reforma del 2015, en los años 2016 y 2017, la jurisprudencia⁴² ha ido insistiendo en las diferencias ya apuntadas entre el delito societario de administración desleal y el de apropiación indebida.

Entre las últimas, la STS -2ª- 31/2017, de 26 enero (Colmenero) señala:

FJ 9º

NOVENO.- En el tercer motivo, al amparo del [artículo 849.1º de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), denuncia inaplicación indebida del [artículo 252 del C. Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) en su redacción anterior a la reforma operada por la [LO 1/2015 \(LA](#)

⁴²Véase índice epígrafe 5º de esta ponencia donde se relacionan las sentencias dictadas desde 2014 a 2017.

[LEY 4993/2015](#)), pues sostiene que los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida. Afirma que ha existido distracción de dinero respecto de su destino correspondiente, en la medida en que se dispuso del dinero dándole un destino diferente del que correspondía, en perjuicio de la sociedad titular del mismo, y sin que la devolución tenga otra trascendencia que la relativa a la indemnización o a la posible reparación parcial del daño.

1. La jurisprudencia mayoritaria ha entendido en general que ([STS nº 915/2005 \(LA LEY 13245/2005\)](#)) "... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada ".

La exigencia de que el acto de disposición del dinero tenga vocación definitiva se deriva de la naturaleza dominical que al mismo ha venido atribuyendo la jurisprudencia ([STS nº 868/1996, de 13 de noviembre](#) ; [STS nº 135/1998, de 4 de febrero](#) ; [STS nº 235/1998, de 20 de febrero](#) ; [STS nº 762/2012, de 9 de octubre \(LA LEY 155314/2012\)](#) ; [STS nº 358/2014, de 28 de abril \(LA LEY 59773/2014\)](#) ; y [STS nº 735/2014, de 11 de noviembre \(LA LEY 165645/2014\)](#) , entre otras) de manera que los meros usos temporales quedan excluidos del delito de apropiación indebida. Dejando a un lado cuestiones probatorias, el delito de apropiación indebida requiere que el sujeto que ha recibido legítimamente dinero en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, realice sobre el mismo un acto de disposición, dándole un destino diferente con significado apropiativo, esto es, con el carácter definitivo que acompaña a la disposición como si fuera su dueño.

En la [STS nº 700/2016, de 9 de setiembre \(LA LEY 112858/2016\)](#) , con cita de la [STS 163/2016, 2 de marzo \(LA LEY 10075/2016\)](#) , se 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 (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas [STS 476/2015, de 13 de julio \(LA LEY 102305/2015\)](#) . En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la [LO 1/2015 \(LA LEY 4993/2015\)](#) , el 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 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 definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, recogiendo las anteriores, la [STS nº 906/2016, de 30 de noviembre \(LA LEY 174660/2016\)](#) y la [STS nº 476/2015, de 13 de julio \(LA LEY 102305/2015\)](#), entre otras.

2. En el caso, el Tribunal ha considerado acreditado que el acusado tenía, desde un principio, el designio de utilización temporal de las cantidades de las que dispuso ilegítimamente, para su beneficio y causando un perjuicio a la sociedad a la que pertenecían, excluyendo, pues, que los actos de disposición de aquellas supusieran darle a las mismas un destino definitivo. La valoración probatoria del Tribunal resuelta lógica si se tiene en cuenta las fechas de devolución de las cantidades dispuestas, así como que se efectuó sin que las operaciones hubieran sido descubiertas por terceros y sin que, consecuentemente, mediara reclamación alguna.

Si se han excluido actos de significado apropiativo, de naturaleza dominical, sobre ese dinero, en tanto que la disposición era con la finalidad acreditada de un uso temporal, seguido de la devolución, queda excluido el delito de apropiación indebida.

Argumenta el recurrente, en relación con la disposición y la forma de devolución de la cantidad de 1.683.000 euros, que la posibilidad de compensarlo con una deuda de URBEM a REGESTA surge muy posteriormente al acto de disposición, pues mientras esta última tiene lugar el 4 de marzo de 2011, la sentencia de la que se deriva la compensación es de fecha 17 de octubre de ese mismo año. Estos elementos permiten esa argumentación, que sin duda fue sometida al criterio del Tribunal, pero no impiden considerar acreditado que la voluntad de devolución, en su momento, ya existía desde el acto de disposición, dada la forma en la que se efectuó la de las cantidades de las que se había dispuesto el año anterior. No se demuestra con ello, por lo tanto, que la argumentación del Tribunal de instancia no sea razonable.

En consecuencia, el motivo se desestima.

El auto 534/2017, de 23 febrero (Palomo-Rec. 1939/2016) se refiere a un delito de administración desleal en concurso de normas con un delito continuado de apropiación indebida, lo que determina la condena por apropiación indebida, señalando lo siguiente:

“SEGUNDO.- *Por razones de sistemática se analizarán de forma conjunta los primeros once motivos. En todos ellos, la parte recurrente alega, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por indebida aplicación de los artículos 295, 252, 250.1.5º, 74, y 28 del Código Penal.*

A) Aduce, en síntesis, que no consta el beneficio obtenido. Tampoco consta el requisito de abuso de las funciones propias del cargo de administrador para poder aplicar el artículo 252 del Código Penal. Alega que no se ha podido determinar la cuantía del dinero apropiado ni el perjuicio económico de EXCAVACIONES y PROYECTOS DEL NORTE S.L. Faltan, además, los requisitos para considerarlo autor. Por lo que se refiere a la continuidad delictiva, aduce que no concurre una pluralidad de acciones. Además, la cantidad de los defraudado no superaría los 50.000 euros.

B) En el cauce casacional utilizado es necesario partir de manera inexcusable del más absoluto y riguroso respeto de los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico, ni incorporar otros que no se encuentran en aquél (STS 4710/2010, de 15 de septiembre).

C) De conformidad con la doctrina que antecede, el recurrente debe respetar los hechos declarados probados tal y como han sido redactados. La sentencia recurrida indica que el acusado, como administrador único de UTE GALDAKAO, emitió los 5 pagarés y la letra de cambio, conforme el factum transcrito. El acusado los cobró, por lo que obtuvo un beneficio de ello. Así las cosas, ello se corresponde con el delito de apropiación indebida por el que se le condena, por lo que, los hechos probados convierten en correcta la subsunción normativa realizada por el Tribunal de instancia. Al presentar el acusado la condición de administrador único de la UTE indicada y actuar, con la emisión de los efectos cambiarios, en perjuicio de ella, la aplicación del delito de apropiación indebida en concurso de normas con el delito de administración desleal es correcta.

En relación con el delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal, hemos dicho que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero (STS 165/2016, de 2 de marzo, entre otras y con mención de otras). Asimismo, hemos dicho que este delito se comete cuando el administrador perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, siendo esencial que el perjuicio patrimonial del administrado se produzca como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función, esto es, como consecuencia de una gestión en la que aquél ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status (STS 448/2012, de 30 de mayo, entre otras y con mención de otras).

La Sala de instancia, por otro lado, condena al acusado por un delito continuado, lo que cuestiona la parte recurrente. El Tribunal de instancia declara probados varios actos de libranza de efectos mercantiles que supusieron disposición de dinero. En concreto, seis, entre los meses de marzo y agosto de 2011, de manera que existió la pluralidad de acciones que niega el recurrente. En consecuencia, la aplicación del artículo 74 del Código Penal se considera correcta.

La concurrencia de la agravante por razón por la cuantía deriva, según el Tribunal de instancia, porque, conforme el factum declarado probado, dos de los efectos cambiarios superaban los 50.000 euros. En concreto, se reseña la cantidad de

58.553,74 euros, respecto de uno; y la cantidad de 62.137 euros, respecto del segundo. En consecuencia, la aplicación del artículo 250.1.5º del Código Penal es correcta.

Por todo lo cual, procede la inadmisión de los motivos alegados conforme al artículo 885 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”

Por último, haremos referencia a un caso mediático que ha tenido una gran repercusión pública, el de las tarjetas black de Caja Madrid y Bankia, si bien todavía no hay pronunciamiento de la Sala 2ª del TS.

Reproducimos lo indicado en la sentencia de la Sección 4º de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre los delitos de apropiación indebida y administración desleal, optando el Tribunal por castigar por delito de apropiación indebida. Tesis que ya adelantó la Sala 2ª en su STS -2ª-905/2014, de 29 diciembre (Conde-PumpidoTourón- Uso privado de tarjetas de empresa por el administrador social que no responden a gastos por representación: apropiación indebida).

Sentencia nº 4/2017, de 23 febrero (Sección 4ª Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-ponente Palacios)

FJ

“OCTAVO.- Analizada la prueba practicada y su resultado, se ha de concluir que los acusados Miguel Blesa de la Parra y Rodrigo de Rato Figaredo, son autores de un delito de apropiación indebida, ya definido, viniendo igualmente acusados conjunta o alternativamente, de un delito de administración desleal previsto en el artículo 295, vigente con anterioridad a la reforma legal operada por LO 1/2015.

La STS nº 906/2016, de 30 de noviembre de 2016, cuando se refiere a que la jurisprudencia trató de encontrar elementos y criterios que permitieran una distinción entre ambos delitos, menciona la STS nº915/2005, de 11 de julio, en la que se decía que “Cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la

deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTs 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio)”. “Como corolario, podría afirmarse que los actos de significado apropiativo están fuera de las facultades del administrador respecto del patrimonio administrado, tanto si tienden al beneficio propio como al ajeno, y por lo tanto constituirían delito de apropiación indebida. Mientras que los actos caracterizados por el empleo o uso abusivo del patrimonio administrado, dentro de las facultades del administrador, constituirían delitos de administración desleal del artículo 295, siempre que cumplieran las demás exigencias del tipo descrito en ese artículo.”

En sentencias como la STS 462/2009 de 12 de mayo, la STS 517/2013 de 17 de junio, la STS 656/2013 de 22 de julio, la STS 206/2014 de 3 de marzo, entre las más recientes, se señala que las conductas descritas en el artículo 295 del Código Penal reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, por lo que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no constituyen actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves de ahí la diferencia de pena que los contemplados en el artículo 252 del Código Penal.

Finalmente, la STS. 622/2013 de 9 de julio, cuando aborda la distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 del Código Penal, afirma que no se comete con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia.

Trasladado al caso que nos ocupa, los acusados Miguel Blesa de la Parra y Rodrigo de Rato Figaredo, a la sazón los presidentes ejecutivos del Consejo de Administración de Caja Madrid en distintos periodos temporales en los que se sucedieron y el segundo en ese mismo cargo al frente del Consejo de Administración de Bankia, máximos responsables en la gestión y administración del caudal de una y otra entidad, se erigieron en el detonante de una práctica que por situarse al margen de las previsiones legales, estatutarias y contractuales, propiciaba la salida de fondos de la entidad de forma definitiva en claro detrimento del patrimonio de sendas entidades.

La absoluta inconveniencia por la decisión adoptada, en cuanto que nada opusieron, sino al revés, a que se pudiera lograr un enriquecimiento con unas cantidades dinerarias, de las que eran los primeros en lucrarse, a través de unas tarjetas de empresa de las que uno y otro fijaban los importes y señalaban a los que se verían favorecidos, ponía en peligro el patrimonio de sendas entidades. De tal modo, de los acusados citados dependió ese proceder contrariando los intereses de Caja Madrid y Bankia, materializándose el perjuicio que propiciaron acto seguido con el empleo de las tarjetas a favor de los que fueron sus usuarios, siendo en ese instante cuando se produce la pérdida definitiva del caudal ilícitamente dispuesto y situándose en ese momento al que se refieren los pronunciamientos judiciales sobre el delito de apropiación indebida cuando aluden al “punto sin retorno” (STS 374/2008 de 24 de junio).

Lo que se recibe en administración, que es el caudal de las entidades, no se puede aplicar a finalidades distintas de las autorizadas. La prueba practicada pone de manifiesto que uno y otro lejos de cuestionar a qué respondía la emisión de las tarjetas corporativas que posibilitaron la salida ilícita de fondos de la entidad, se rindieron a una práctica que dilapidaba el patrimonio gestionado.

No es de recibo que se diga que se desconoce el fundamento legal y que se trataba de una práctica institucionalizada, pues aparte de que quien así se pronuncia son los presidentes ejecutivos, tal proceder suponía, obligar a la sociedad al abono de unas sumas dinerarias carentes de cobertura legal o de otro tipo, anteponiéndose por encima de cualquier otra consideración, el beneficio que iba a reportar a los múltiples favorecidos, comenzando por estos acusados, con la correlativa merma del caudal del que eran sus máximos gestores.

Los Sres. Blesa y de Rato son los que tienen el dominio del hecho, pues el reverso de la decisión asumida era la de eliminar las tarjetas referidas en esta resolución. Su proceder además propiciaba una apariencia de buen hacer por tratarse de los presidentes ejecutivos y una asimismo aparente garantía de tratarse de la cobertura apta para la aceptación de las tarjetas y uso por los beneficiados, lo que ya se avanza, no significa que dicha circunstancia desplace la conducta penal de estos últimos, interesando a ambos mantenerlas al ser sus primeros beneficiados, anteponiendo el beneficio que reportaba al perjuicio que se irrogaba a las entidades. El perjuicio irrogado a Caja Madrid y Bankia, consta acreditado, lo que se abordará en otro apartado de esta resolución”

2.2.2 El abuso de confianza como presupuesto para su configuración.

Como se ha expuesto *supra*, el nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno, cuando se refiere al patrimonio ajeno social o societario, no sólo es un tipo de abuso, como sostiene parte de la doctrina tras los avatares del *iter legislativo* que abocó a la actual redacción del art. 252.1 CP/2015, en el que aparentemente se suprimieron las referencias contenidas en el texto del Anteproyecto a la infidelidad, sino que mantiene el tipo de infidelidad al referirse la conducta típica al que tiene facultades de “*administración*”, en las que, sin duda, se encuentran los deberes de lealtad y fidelidad de los administradores sociales, establecidos legalmente en el TRLSC 2010.

También sostenemos que la infidelidad que se produce por la quiebra de la confianza es inherente al tipo penal. En el mismo sentido, pensamos, se pronuncia la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS -2ª- 599/2014, de 18 julio (Del Moral) suprime la agravante de abuso de confianza en el delito de administración desleal del derogado art. 295 CP/95 al estimar que sólo se podría admitir si su fuente fuera ajena a la administración desleal (v.gr. amistad anterior)“ (...) *Toda administración desleal comporta por definición un abuso de confianza pues ha de ser efectuada por quien ostenta un cargo -administrador social- que se basa precisamente en relaciones de confianza. El abuso de las funciones del cargo que exige el tipo implica por lógica habitualmente un abuso de la confianza en la que ordinariamente descansa ese cargo (...) El quebrantamiento de vínculos de confianza es elemento ínsito en toda administración desleal.*”

Por ello, mantenemos las reflexiones que hacíamos sobre el derogado art. 295 CP/95 en punto al abuso de confianza.

En la indagación de la esencia de su antijuricidad se ha discutido si la misma radica en un abuso de poder o en la infracción de los aludidos deberes de lealtad y fidelidad, cuando realmente en ambas clase de comportamientos con infracción de los deberes del cargo confluyen en los distintos tipos de administración desleal descritos en el precepto, aunque en el mismo parece darse una mayor relevancia al abuso definido en la descripción típica, referido objetivamente a la función propia de su cargo, más que los principios en que definitivamente deben soportarse⁴³.

En ese orden el cargo de administrador se sustenta en una relación de confianza que no puede comprenderse sin la exigencia paralela de los deberes de diligencia y de lealtad frente a la sociedad y frente a sus órganos. Ya que en efecto, los administradores se hallan vinculados con la sociedad con una peculiar relación conocida en el ámbito norteamericano con la denominación de «*fiduciary relationship*» que se traduce en un régimen de incompatibilidades entre la gestión de sus intereses y los de la sociedad, a la vez que primordialmente arbitra una amplia serie de medidas para garantizar que la conducta de los administradores discorra por cauces de diligencia y de lealtad.

En esa línea de intenciones el deber que diligencia trata de evitar que los administradores gestionen negligentemente los intereses de la empresa, dedicando más tiempo a los suyos personales que a los de ésta.

La *lealtad*, sin embargo, no debe confundirse con la obediencia ciega en la medida en que la misma no exonera a los administradores del cumplimiento de sus obligaciones legales. La lealtad debe entenderse como un comportamiento de sumisión y fidelidad cuya finalidad es evitar que los administradores obtengan beneficios a expensas de la sociedad en un conjunto de situaciones en las que pueden entrar en conflicto los intereses propios de éstos frente a los de la sociedad que administran.

En la misma línea el *deber de fidelidad* entraña un comportamiento consciente de subordinación de aquellos intereses a los de éstos. Y así particularmente, cuando los intereses protegidos por la obligación jurídica que dé origen al vínculo son de naturaleza patrimonial, aparece una obligación de fidelidad patrimonial, que comporta cuando menos el deber de no dañar en beneficio propio o ajeno, o, sin propósito definido, los intereses administrados. Por lo que, en consecuencia, el deber de fidelidad impone una serie de comportamientos, lesivos, que consisten básicamente en la proscripción de actos que supongan primar los intereses personales o de terceros por encima de aquellos cuya tutela se ha entregado al administrador, y activos, en cuanto el sujeto obligado debe tomar las medidas que sean necesarias para la protección de los intereses encomendados a su cuidado⁴⁴.

En cualquier caso, el *abuso* de las funciones propias de su cargo, “*infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas* (las facultades para administrar un patrimonio ajeno)”, exigido en el apartado 1º del art. 252 CP/2015 y antes en el

⁴³Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Comentarios al nuevo*, *vid. supra*, nota 54, págs. 3047-3048.

⁴⁴Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Tirant monografías, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, nota 67, págs. 555 y 556.

derogado art. 295 CP/95, supone una quiebra de los deberes de fidelidad, y lealtad examinados. Su adición, sin embargo, no parece modificar la estructura del tipo, hasta el punto de poder resultar superflua⁴⁵, dado que solamente a través del *ejercicio del cargo* se puede llevar a cabo la acción. De lo que se infiere que más que reforzar el dolo del autor lo que se ha pretendido es delimitar el marco de su proyección. Pudiendo afirmarse que sólo los actos propios del cargo son aptos para la realización de la conducta y que cuando ésta se verifica sin relación con ellos el precepto no podrá aplicarse ante la inconcurrencia del condicionamiento normativo aludido, sin perjuicio de que los actos realizados fuera de aquéllas —al margen de su vinculación funcional con la sociedad— pueden tener otra dimensión delictiva: hurto, estafa, apropiación indebida, etc.

El abuso de funciones configurado en el precepto presenta de hecho los mismos presupuestos para su configuración que el *abuso de confianza* regulado como circunstancia agravante en el número 6 del art. 22⁴⁶. Supone la presencia de un *plus* de perversidad en el quehacer del agente, lo que en principio acentúa las reprochabilidad de su conducta al quebrantar la inevitable lealtad que debe presidir relaciones especiales o vínculos profesionales laborales, de servicio, dependencia, subordinación, comunidad, convivencia y hasta de amistad, compañerismo y equivalentes, así como un atentado contra los deberes sociales, morales o éticos que el sujeto no duda conculcar y hollar en aras de la consecución de sus propósitos.

Desde esta perspectiva, el prevalimiento por el culpable de la confianza que le fue dispensada —tanto de hecho por la duración establecida, como de derecho por la regulación de la función—, propicia y facilita la ejecución del acto en condiciones de privilegio o ventaja sobre cualquier otra persona ajena al vínculo constatado o que se halle fuera de la situación favorecedora.

La existencia del abuso comporta, en definitiva, el quebrantamiento de un crédito otorgado por parte de la persona física o entidad que lo reconoce⁴⁷. No obstante, tal agravación no debe sobrevalorarse en aquellos delitos en los que la relación de confianza es consustancial a los mismos, como ocurre, inevitablemente, en el delito de administración desleal del derogado art. 295 CP/95 y del actual art. 252.1 CP/2015 en el que su quebrantamiento comporta un ataque «necesario» a un elemento esencial de su estructura entitativa, hasta el punto de que no producirse carecería de sentido la incriminación de dichas conductas, tanto desde una perspectiva ética como jurídica, particularmente desde ésta, en la que el reproche penal se construye sobre la base real de su exigencia y la correlativa preexistencia de la confianza que el desempeño del cargo entraña.

Por lo que en definitiva, se aboga por la supresión *de legeferenda*, de la expresión

⁴⁵ En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Comentarios al nuevo, vid. supra*, nota 54, pág. 3050.

⁴⁶ Artículo 22.6 CP: «*Son circunstancias agravantes...*

6. *Obrar con abuso de confianza*».

⁴⁷ En tal sentido las SSTs de 31 de enero de 1985, en 20 de junio y 15 de diciembre de 1986, 30 de enero de 1987, 26 de junio de 1989 y 14 de octubre de 1991.

comentada que anunciando un reforzamiento de la voluntariedad consciente en otros delitos, como el supuesto agravado de la estafa del artículo 250.7 CP, carece de relevancia y significado en el aludido, en los que impregna de manera necesaria el dolo del infractor, no poseyendo otro alcance semántico que el expresado en la dinámica descrita en el precepto, sin necesidad de su concreta mención.

Con ello, nos evitaríamos polémicas innecesarias acerca de si el art. 252.1 CP/2015 contiene un tipo de abuso y no de infidelidad cuando la infidelidad es inherente al abuso al quebrar éste la confianza que sustenta aquella.

2.2.3. El objeto de la acción.

Desde la literalidad del derogado artículo 295 CP/95, se erigían como objeto material de la acción: *los bienes de la sociedad y el patrimonio social*, en detrimento de los cuales los administradores o socios disponen fraudulentamente o contraen obligaciones. El nuevo artículo 252 CP/2015 se refiere al patrimonio ajeno administrado⁴⁸, que es equivalente en el ámbito societario al anterior objeto material de la acción, como ya hemos dicho reconoce la STS -2ª-719/2015, de 10 noviembre, ya citada.

Tal nitidez se compadecía mal en el derogado art. 295 CP/95 con la descripción de los bienes, valores o capital administrados que se efectuaba a renglón seguido al delimitar los titulares perjudicados, a diferencia de la redacción del art. 302 en el PCP de 1992 en el que se recogía a la sociedad como perjudicada junto a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de aquéllos quedando claro que la acción recaía sobre los bienes de ambos (sociedad y titulares citados). En derogado art. 295 CP/95 sólo se hacía alusión, en cambio, a los bienes de la sociedad, con independencia de que la conducta perjudique a los de aquéllos.

De esta forma los bienes, valores o capital administrados no parecían conformar el verdadero objeto material del delito, al circunscribirse éste con exclusividad al patrimonio de la sociedad, haciéndose alusión inmediatamente en el precepto a los posibles perjudicados por el delito. En este punto —opina BACIGALUPO ZAPATER— «lo cierto es que resulta totalmente incomprensible que el hecho de contraer obligaciones en perjuicio de otro sólo sea delito si se trata del patrimonio de una sociedad. Si estos hechos son merecedores de pena deben serlo todos los que implican obligar a otro en forma perjudicial»⁴⁹. Por lo que puede afirmarse que no obstante las modificaciones introducidas en el texto inicial del Código Penal de 1995 el espíritu de la norma pretendía cubrir el espacio inicialmente reseñado, ampliatorio del objeto material a toda clase de bienes como valores o capital de los depositarios, cuentapartícipes u otros titulares, como habría hecho el ACP 1992, al no existir justificación alguna para los cambios introducidos en ese orden.

⁴⁸RAMOS (2015, 534) señala que “Por patrimonio deberá entenderse el conjunto de bienes, de derechos y de obligaciones, incluyendo las expectativas razonables de beneficio o ganancia, pertenecientes a una determinada persona, física o jurídica, pudiendo tener también carácter colectivo”

⁴⁹Cfr. BACIGALUPO ZAPATER en «La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*, Madrid, 1995. Citado por FaraldoCabana, en nota 67, pág. 567.

En todo caso la confusión podía salvarse sin mayores problemas con una interpretación amplia en sede de la expresión *bienes de la sociedad*, dentro de la amplitud con que el art. 333 y ss. del Código Civil define el término «*bienes*»⁵⁰.

En esa línea, MORENO CANOVESy RUIZ MARCO opinaban que «el concepto de bienes hay que entenderlo de la manera más amplia y omnicomprendiva (bienes y derechos valorables económicamente y puestos a disposición de la entidad bajo la protección del ordenamiento jurídico) de modo que abarque cuanto tenga o pueda tener utilidad o beneficio para la sociedad, siempre que sea económicamente evaluable. Deben incluirse tanto los económicamente evaluables, como aquellos que no lo sean en su materialidad, siempre que, en el caso de estos últimos su ataque produzca perjuicios susceptibles de valoración económica, *vgr*: la cartera de pedidos de una mercantil que puede ser dispuesta a favor de un tercero, originando la consiguiente disminución del volumen de ventas, y, por ende, de la hipotética cifra de beneficios. Los bienes así conceptuados han de pertenecer, por cualquier título legítimo (reconocido por ordenamiento jurídico, incluso, la posesión) a la sociedad, integrando su patrimonio o, al menos, siendo susceptibles de constituir el objeto de la facultad de disposición atribuida al órgano social»⁵¹.

En la misma orientación CASTRO MORENO, siguiendo la amplitud de miras, con que el término de bienes se interpreta en el sistema francés lo entiende como «El conjunto de patrimonio mobiliario e inmobiliario de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza de estos bienes: dinero y fondos sociales, mercancías, mobiliario, material, crédito y efectos, derechos incorporados a la sociedad o a su patrimonio, como patentes, derecho o elementos incorporeales o intangibles cuyo destino es la realización del objeto social y sin importar el título en virtud del cual son poseídos por la sociedad», para concluir, en definitiva, que los *bienes sociales* son cada uno de los elementos con contenido

⁵⁰ Artículo 333 CC: «*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles*».

Artículo 336: «*Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o una familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios*».

En tal sentido, puntualiza la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1912 son muebles: los títulos valores; la de 30 de marzo de 1918: las acciones de las sociedades propietarias de minas; la de 23 de marzo de 1946: la concesión de suministros de gasolina. Por su parte la Ley 16 de diciembre de 1954 (BOE de 18 de diciembre de 1954) establece que son muebles: las cosas susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Artículo 347: «*Cuando por disposición de la Ley o por declaración individual, se usa la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidos en ella, respectivamente, los enumerados en el capítulo I y en el capítulo II (arts. 333 a 345)*.

Cuando se use tan sólo la palabra “muebles” no se entenderán comprendidos: el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías o carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la Ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario».

⁵¹Cfr. MORENO CANOVESy RUIZ MARCO: *Vid. supra op. cit.*, nota 115, págs. 294-295.

económico que forman el patrimonio de la sociedad⁵².

Concepción que compartimos plenamente en la medida en que con dicha interpretación la cobertura del precepto permite amparar tanto las *propiedades sociales*, y esto es: los bienes pertenecientes a la sociedad, como el denominado *patrimonio de afectación*, esto es, el conjunto de bienes que la sociedad posee por título distinto al de propiedad con el específico cometido de proceder a su gestión, custodia y administración⁵³.

3. El tipo subjetivo.

El nuevo art. 252 CP/2015 no hace referencia, como lo hacía el derogado art. 295 CP/95 a que acción debía hacerse “*en beneficio propio o de un tercero*”, exigiendo sólo que cause perjuicio al patrimonio administrado.

Se plantea, pues, si es necesario en el tipo subjetivo la concurrencia del ánimo de lucro o sólo basta que el dolo abarque la causación del perjuicio al patrimonio administrado.

En principio, dado que el tipo actual no hace referencia al ánimo de lucro, puede sostenerse que éste ahora no es necesario⁵⁴. Pero si es exigible que el dolo comprenda la causación del perjuicio al patrimonio administrado⁵⁵. No cabe el tipo imprudente *ex art. 12 CP*, al no estar previsto expresamente⁵⁶.

⁵²Cfr. CASTRO MORENO, A.: *Vid. op. cit. ut supra*, nota 357, págs. 379-380.

⁵³En ese orden de previsión la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1981, denunciando el vacío normativo existente, afirmaba respecto del delito de apropiación indebida su necesidad de extenderlo a conductas desleales con aprovechamiento ilegal y enriquecimiento torcido, que valiéndose de claras extralimitaciones de función lesionaban intereses varios importantes. En la misma se afirmaba, respecto al administrador de una sociedad anónima, que aún teniendo la cosa en virtud del título como órgano de la sociedad con facultades de disposición, sin embargo estas eran limitadas, al no tratarse de un patrimonio libre, con pleno uso de su administrador, sino de un «*patrimonio de afectación*» que comportaba el que siempre que el administrador utilizase los fondos sociales desviando la masa patrimonial del objetivo al que estaba afectada, con perjuicio para la sociedad, concurrirían los requisitos de la apropiación indebida.

⁵⁴En el mismo sentido, CADENA, 2016.

⁵⁵La doctrina coincide que sólo cabe el tipo doloso y no el imprudente. MANZANARES (2015, 219) sostiene que “Por lo que hace al tipo subjetivo, en Alemania no se exige intención de enriquecimiento, pero sí dolo, aunque sea eventual. Este ha de referirse al uso indebido de competencias. Nada se opondría en España a la comisión por dolo indirecto, eventual o condicional, pero en el bien entendido de que no se contempla en nuestro nuevo artículo 252 ninguna figura imprudente, debiendo aplicarse así lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal”. RAMOS (2015, 536) afirma que el dolo debe de abarcar necesariamente la existencia del deber de custodia infringido y la causación del daño, aunque no su entidad o importancia. No se precisa lucro. Añadiendo este autor que “Por lo demás, debe poder reconocerse en el sujeto activo cierta independencia de criterio y cierto ámbito de discrecionalidad en la decisión de comprometer el patrimonio administrado, de forma que cabe excluir el ánimo en los supuestos del mero ejecutor de órdenes o de simples actuaciones consentidas”

⁵⁶CARDONA (2015) señala que las modalidades imprudentes sólo pueden reconducirse a la responsabilidad civil societaria regulada en el TRLSC 2010. Para una consulta de jurisprudencia civil sobre la responsabilidad de los administradores, *vide* DEL OLMO GARCÍA, Adela, *Sociedades de*

No obstante, mantenemos lo que señalábamos sobre el tipo subjetivo del injusto del derogado art. 295 CP/95, en la medida que pueda ser aplicable al nuevo precepto del art. 252 CP/2015.

La descripción utilitarista incorporada en el derogado art. 295 CP/95 se refería a que la acción diseñada se acometiera «*en beneficio propio o de un tercero*» destacando un elemento subjetivo del injusto equiparable al *ánimo de lucro* exigido en el artículo 291 a los accionistas y administradores, cuya inexistencia llevaría aparejada la inaplicación del precepto a situaciones en las que llevándose a término los comportamientos descritos éstos no reportasen beneficio alguno para los sujetos activos de la infracción o terceros interesados. Entendiéndose esa falta de beneficio afectada a la estructura del tipo y no a su grado de ejecución.

El beneficio aludido, que en otros comportamientos delictivos puede desbordar el marco económico en el que normalmente se patentiza afectando a otras áreas del bienestar, en el derogado art. 295 CP/95 debía restringirse el aspecto crematístico o pecuniario, de tal manera que se excluya cualquier otro beneficio que no es traducible en dinero. Y ello en razón de que la pena privativa de libertad con que se sanciona la conducta se contempla como principal alternativa a la de multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

Se exigía además en el precepto, en el área de la intencionalidad, que la acción típica se verifique con *abuso de funciones* y de *manera fraudulenta*, lo que refuerza la teoría de que únicamente a través del *dolo directo* de primer o segundo grado puede cometerse la infracción. Conceptos, por otra parte, que ya han sido abordados al analizar el contenido de la conducta típica y a los que nos remitimos en aras de evitar repeticiones.

Con la concurrencia de los tres elementos subjetivos descritos: *beneficio propio o de un tercero*, *abuso de funciones* y *disposición fraudulenta* se robustecía de tal manera el dolo del autor que permite concluir con la eliminación del *dolo eventual* como expresión de conciencia del autor.

Destaca FERNÁNDEZ TERUELO la relevancia que en los denominados *negocios de riesgo* puede presentar la conducta del administrador y en ese orden resulta una cuestión espinosa hasta qué punto la conducta de éste puede considerarse correcta en relación con los riesgos asumidos por él y donde radica su punto de inflexión por desproporcionada.

Y es que en efecto, aunque lo contingente es un elemento consustancial al mundo de los negocios, ello no conlleva que todo riesgo pueda ser tolerado, existiendo unas exigencias que no permiten actuar cuando aquél adquiere tintes temerarios y, sobre todo, desproporcionados, situándose su estrategia fuera de toda lógica empresarial.

En estos casos, ante la inoperancia de las figuras tradicionales para limitar tales conductas, en la medida en que el delito de apropiación indebida no podría cubrir aquellos supuestos en los que no hubiere actos de disposición, el derogado art. 295 CP/95 permitía sancionar situaciones de riesgo con disposición patrimonial o sin ella cuando contraiga obligaciones el administrador que atenten contra el capital social o de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital

capital: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Crónica de los años 2010-2015*, editorial Sepín, Mercantil, Las Rozas (Madrid, 2016, pp. 349 a 461.

administrados, siempre que dicha actuación sea ejecutada en beneficio propio o ajeno. Resultando, en consecuencia, atípicas aquellas actuaciones en las que existiendo un riesgo negocial desproporcionado no confluente el requisito del interés particular del administrador para sí o para un tercero⁵⁷.

Sin embargo, a la exigencia del beneficio reportado debe añadirse, para que el riesgo desproporcionado asumido pueda ser objeto de reproche penal, el que además se cause, efectivamente, un *perjuicio evaluable* y que sea directamente como consecuencia de la desleal gestión. En tal tesitura y en la medida que se trata de un *delito de resultado material de lesión*, parece poco menos que improbable que la mera asunción de un riesgo poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad o de las personas descritas en el precepto pueda ser sancionada con aplicación de este precepto so pena de transmutar la esencia del delito transformándolo en un delito tendencial; y sólo cuando este riesgo se materialice en un perjuicio concreto la acción ejecutada será cubierta por el limitado marco previsor del precepto⁵⁸.

Sin embargo, no puede desdeñarse, no obstante la estructura típica de resultado material del tipo societario comentado, situando al momento consumativo en el instante en que se causa directamente el perjuicio patrimonial a los sujetos pasivos, que existen situaciones de riesgo susceptible de sanción por la vía de las *formas imperfectas de ejecución* y en concreto de la *tentativa*. En este orden, las hipótesis de administración desleal dirigidas al logro del doble objetivo normado que entrañando peligro no lleguen a generar un perjuicio a los sujetos pasivo recogidos en el precepto, podrá ser castigadas con la pena inferior en grado de conformidad con lo previsto en el art. 62 CP.

En todo caso, los supuestos en los que el administrador actuando con *riesgo desproporcionado* o indiligentemente con desidia, en tal manera que infrinja las referencias inexcusables impuestas a sugestión por los arts. 127 LSA y 61 LRSL entre otros, de «*desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal*» causando un perjuicio a la sociedad evaluable económicamente aunque no obtenga aquél el beneficio alguno, su responsabilidad podrá serle exigida conforme a lo dispuesto en el art. 225.1 TRLSC 2010, antes los arts. 133 LSA y 69 LRSL, por la vía abierta en el art. 238 TRLSC 2010, antes en los arts. 134 y 135 LSA con el ejercicio de *acción social* por la sociedad y los perjudicados, o por la *individual reservada* a éstos cuando la actuación de los administradores lesione directamente sus intereses.

4. Bibliografía

A) Libros

FARALDO CABANA, Patricia

⁵⁷Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO: *Vid. op. cit. supra*, nota 237, pág. 347.

⁵⁸La STS de 23 de julio de 1973, reconoció la atipicidad de este tipo de actuaciones durante la vigencia del Código derogado «al existir un vacío normativo legal en nuestra patria», afirmando que los delitos financieros de mero riesgo o peligro requieren para tener vida «una previa tipicidad específica y formal que anticipe la punición ante el mero peligro abstracto o concreto».

Los delitos societarios. Adaptada a la reforma del Código Penal de 2015, editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2ª edición, 2015.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando
DOLZ LAGO, Manuel-Jesús

Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, editorial La Ley (WoltersKluwer), Las Rozas (Madrid) 4ª edición, febrero 2017. 1521 pp.

b) Artículos doctrinales

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

“El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU”, *Diario La Ley* N° 7295 de 1 de diciembre 2009.

“La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley* núm. 8637 de 3 noviembre 2015.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel

“Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015”. Ponencia Cursos de Formación Continua Fiscalía, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 31 marzo 2016.

CARDONA TORRES, Juan

“El delito societario de administración desleal (Supresión del artículo 295 del Código Penal)”, *Diario La Ley* núm. 8534 de 7 mayo 2015.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús

- “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro”, *Diario La Ley* núm. 8290, jueves 10 abril 2014.

- “La responsabilidad penal del administrador de sociedades: aspectos del delito de administración desleal de patrimonios ajeno tras la reforma penal del 2015”, publicado en el libro del I Congreso Nacional de Prevención de Delitos e Insolvencia en la PYME, editorial fe-de-erratas. 5 mayo 2016.

- “Aspectos sobre la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida tras la L.O. 1/2015”, en *Revista Ministerio Fiscal 1/2016*, Fiscalía General del Estado, pp. 157 a 208.

- “Los delitos societarios ante la legislación *gatopardiana* de la crisis económica”, *Diario LA LEY* nº 8874, de 1 diciembre 2016.

- “Crisis económica y derecho penal económico: una interpretación”, revista *SISTEMA* nº 246, Abril 2017, págs. 57-80

GARRIDO LORENZO, M^a Ángeles

“Los delitos societarios, especial referencia al delito de administración desleal”, en *Cuadernos Digitales de Formación* nº 13, 2014, Consejo General del Poder Judicial.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa

“Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17-02 (2015)

GUIMERÁ FERRER-SAMA, Roberto

“La nueva configuración y reubicación del delito de administración desleal”, *Revista SEPÍN Penal*, Octubre 2015.

LUZÓN PEÑA, D. Y ROSO CAÑADILLAS, R.

- “La administración desleal en el Derecho español”, *InDret*, Barcelona, 2010

- “Concurso entre apropiación indebida y administración desleal”, *Diccionario Derecho penal económico* (dirigido por BOIX REIG, J.), Madrid, Iustel, 2008, pp. 33 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

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

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos

“Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XXXV (2015) pp. 457 a 566.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena

“Regulación en España de la administración desleal de patrimonio ajeno”, en *Sistemas penales comparados sobre la administración desleal de patrimonio ajeno. Revista Penal* nº 39. Enero 2017, págs. 233 a 237.

PREGO OLIVER, Adolfo

“Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación”, *Diario La Ley* núm. 719 de 20 febrero 2009.

c) Comentarios al Código Penal tras la reforma LO 1/2015

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto

“Comentario al art. 252 CP”, en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (dirigido por SÁNCHEZ MELGAR, Julián), editorial SEPÍN, 4ª edición, Madrid, 2016, Tomo II, pp.1938 y ss.

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.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

Comentarios a los arts. 252 a 254 CP, *La reforma del Código Penal de 2015, conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, editorial La Ley (WoltersKluwer), La Ley Temas, 2015, pp. 217 a 222.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Belén

Comentarios a los arts. 252 y 253 CP, en ROMA VALDÉS, Antonio, *Código Penal Comentado*, editorial Bosch, 2015, pp. 431 a 435.

MUÑOZ CUESTA, Javier

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo

Delitos de administración desleal y apropiación indebida, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 157 a 162.

RAMOS RUBIO, Carlos

“El nuevo delito de administración desleal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (director) *Comentario de la reforma penal de 2015*, editorial Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 527 a 537.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín
COLINA OQUENDO, Pedro

Comentarios a los arts. 252 a 254, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Director) y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA (Coordinador) *Código Penal actualizado con las reformas de las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, editorial La Ley (WoltersKluwer), Las Rozas (Madrid), 5ª edición (2015) pp. 1323 a 1381

d) Comentarios de jurisprudencia

ALLUÉ FUENTES, Alfonso

“Criterios jurisprudenciales para la diferenciación entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal”, anterior a la reforma LO1/2015, *Foro FICP –Tribuna y Boletín de la FICP* nº 2015-3 (noviembre) pp. 157 a 166.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús

“Comentario a la STS -2ª- 338/2014, de 15 abril (Varela). Delito societario de administración desleal y delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción”, *Diario La Ley* núm. 8342, viernes, 27 junio 2014.

“Comentario a la STS -2ª- 655/2014, de 15 octubre (Giménez). Delito de administración desleal. Inexistencia: administrador de fincas que dispuso para si indebidamente de fondos de la comunidad de usuarios de un aparcamiento sin su autorización”, *Diario La Ley* núm. 8483, miércoles 18 febrero 2015.

“Comentario a la STS -2ª- 905/2014, de 29 diciembre (Conde-PumpidoTourón). Uso de tarjetas de empresa: delitos de apropiación indebida o delito societario de administración desleal”, *Diario La Ley* núm. 8533, miércoles 6 mayo 2015.

e) Recopilaciones de jurisprudencia mercantil

DEL OLMO GARCÍA, Adela

Sociedades de capital: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Crónica de los años 2010-2015, editorial SEPÍN, Mercantil, Las Rozas (Madrid), 2016.

5.- Relación extractada de jurisprudencia reciente sobre el derogado art. 295 CP/95 con breves referencias al nuevo art. 252.1 CP/2015.

Año 2014:206/2014, de 3 marzo (Sánchez Melgar-diferencias apropiación indebida y administración desleal en concurso con falsedad de uso-); 338/2014, de 14 abril (Varela-diferencias apropiación indebida y administración desleal-); 441/2014, de 5 junio (Marchena-Concurso real delitos de falsedad en documento mercantil y administración desleal); 464/2014, de 3 junio (Palomo-Falsedad contable-administración desleal); 477/2014, de 10 junio (Martínez Arrieta-certificación falsa celebración de Junta por administrador- negación derechos de socios- administración desleal); 599/2014, de 18 julio (Del Moral-Suprime agravante de abuso de confianza en el delito de administración desleal por ser inherente al tipo-); 655/2014, de 15 octubre (Giménez-Absolutoria. Delitos de estafa-apropiación indebida-administración desleal-administrador de fincas no es administrador social); 691/2014, de 23 octubre (Ferrer-Absolutoria delitos societario administración desleal y apropiación indebida-); 767/2014, de 4 noviembre (Granados-Contrato de una sociedad de cuentas en participación); 784/2014, de 20 noviembre (Giménez-delito de apropiación indebida en concurso de normas con delito de administración desleal); 808/2014, de 245 noviembre (Maza-delitos de administración desleal e insolvencia punible en concurso real) y 857/2014, de 2 diciembre (Giménez-Delito de estafa y no de administración desleal) y 905/2014, de 29 diciembre (Conde-PumpidoTourón-Uso privado de tarjetas de empresa por el administrador social que no responden a gastos por representación: apropiación indebida).

Año 2015:284/2015, 12 mayo (Monterde-Negativa derechos socios-administración desleal); 433/2015, de 2 julio (Granados-Apropiación indebida y administración desleal: delimitación. Referencia a la reforma penal 2015); 476/2015, de 13 julio (Jorge Barreiro-Falsedades contables, apropiación indebida. Relaciones con el delito de administración desleal se simplifican al quedar derogado el delito societario en 2015); 647/2015, de 23 octubre (Sánchez Melgar-Absolutoria del delito de administración desleal); 665/2015, de 29 octubre (Jorge Barreiro-Sin pronunciamientos sustantivos-); 719/2015, de 10 noviembre (Sánchez Melgar-Referencias en concepto de *obiter dicta* al nuevo delito de administración desleal genérico de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015-); 724/2015, de 17 noviembre (Palomo- Caso CAM-Bien jurídico protegido: sistema financiero); 797/2015, de 24 marzo (Conde-PumpidoTourón- Malversación como modalidad de administración desleal-Caso Alcaldesa de Jerez); 836/2015, de 28 diciembre (Marchena-Apropiación indebida en modalidad administración desleal)

Año 2016:47/2016, de 3 febrero (absolutoria-Andrés); 147/2016, 25 febrero (Sánchez Melgar, apropiación indebida); 150/2016, de 25 febrero (Maza- apropiación indebida compañías aéreas); 417/2016, de 1 junio (Conde-PumpidoTourón, delito administración desleal anterior reforma 2015. Concreción de perjuicio); 565/2016, de 28 junio (Granados-delitos societarios); 622/2016, de 12 julio (Colmenero-Administración desleal y apropiación indebida); 627/2016, de 13 julio (Del Moral-delimitación entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida: antiguos arts. 252 y 295 CP); 700/2016, de 9 septiembre (Marchena- Apropiación indebida, reforma 2015, directivos de Caixa Nova Galicia); 890/2016, 25 noviembre (Maza-Administración desleal y apropiación indebida); 906/2016, de 30 noviembre (Colmenero- Caso CAM, apropiación indebida y administración desleal).

Año 2017: 31/2017, de 26 enero (Colmenero- Delito societario de administración desleal- Disposición temporal de fondos por el administrador sin autorización de la entidad- perjuicio se identifica con la imposibilidad de que la entidad dispusiera de los mismos-unidad de acción típica excluyente de la continuidad); **76/2017**, de 9 febrero (Palomo- delito de apropiación indebida. Coproductora y a su vez productora ejecutiva que destina el dinero entregado por la otra coproductora a fines diversos de la producción pactada); **Auto 534/2017**, de 23 febrero (Palomo-delito de administración desleal en concurso de normas con un delito continuado de apropiación indebida); **Caso tarjetas black –Caja Madrid y Bankia-** Sentencia nº 4/2017, de 23 febrero (Sección 4ª Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-ponente Palacios) condena por apropiación indebida. Ver **STS -2ª- 905/2014**, de 29 diciembre (Conde-PumpidoTourón-Usos privados de tarjetas de empresa por el administrador social que no responden a gastos por representación: apropiación indebida).

