

# Sobre la nueva sección «de la administración desleal» de la reforma del código penal

*¿Fin de los conflictos doctrinales  
y jurisprudenciales entre la administración desleal  
y la apropiación indebida?*

[«About the new section «false administration»  
of the Criminal code reform]

*(Is the end of the conflicts regarding the false administration  
and the misappropriation crimes?)*



AZAHARA COTS Y BORJA ALMODÓVAR

Abogados

**Fecha de recepción:** 6 de junio de 2014.

**Fecha de aceptación:** 1 de septiembre de 2014.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. ■ II. APROPIACIÓN INDEBIDA VS. ADMINISTRACIÓN DESLEAL. ■ III. ALGUNAS CONFUSIONES Y CONFLICTOS ENTRE AMBAS FIGURAS. ■ IV. REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: ¿PUNTO Y SEGUIDO A LOS CONFLICTOS INTERPRETATIVOS ENTRE AMBOS TIPOS? ■ V. CONCLUSIONES.

## Resumen

Los delitos de apropiación indebida y administración desleal acarrear desde hace décadas múltiples problemas de interpretación. Ello es debido a su confusa redacción e inclusión en el Código penal de 1995 como tipos

diferenciados, pero cuyo ámbito de influencia en torno a las conductas delictivas de ambas figuras se solapan, sobre todo tras interpretaciones jurisprudenciales que han dado a las mismas idéntico alcance. Hay tres momentos temporales diferenciados que nos ayudan a entender mejor la evolución de ambos delitos: su redacción anterior a 1995, la inclusión en el vigente Código penal, y las propuestas de cambio que realiza el Proyecto de reforma que actualmente se encuentra en tramitación. Intentaremos mostrar cómo a lo largo del tiempo se han ido despejando las dudas que inicialmente enfrentaban la teoría del texto legal de ambos tipos con su aplicación práctica, así como surgiendo otras no de menor complejidad. Así, en este trabajo venimos a realizar una distinción entre ambos tipos penales a lo largo del tiempo, explicando sus semejanzas y diferencias, las zonas grises donde puede haber duplicidades entre ambos, y las propuestas de cambio para una mejor comprensión de su definición legal.

### **Palabras clave**

Administración desleal, apropiación indebida, patrimonio, propiedad, abuso, infidelidad.

### **Abstract**

Misappropriation and false administration crimes mean for decades many problems of interpretation, due to their confused wording and their inclusion in the Penal Code of 1995 as differentiated criminal offenses, but whose area of influence on the criminal conduct of both offenses overlap, mainly with interpretation by the Courts that provide them a similar scope. There are three stages that help to explain and understand both criminal offenses evolution: their wording before the Penal Code of 1995, their inclusion in the Penal Code of 1995 and the proposals for change of the Project to reform Criminal Code, actually on the parliamentary process. We will try show how over time the initial doubts about both offenses have been cleared, but other have also emerged. Thus, in this article we made a distinction between both criminal offenses over time, explaining their similarities and differences, grey areas where is possible overlapping and the proposals of change to achieve a better understanding of their legal definition.

### **Keywords**

False administration, Misappropriation, heritage, property, abuse, infidelity.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La redacción actual de nuestro Código penal contempla un delito específico de administración desleal en el ámbito societario (artículo 295). Sin embargo, consciente de la posibilidad de comisión de esta modalidad fraudulenta fuera del ámbito

societario, nuestro Tribunal Supremo viene interpretando desde hace décadas que el artículo 252 (apropiación indebida) incluye también otras fórmulas de administración desleal, que se encuadran dentro del tipo de apropiación a partir del concepto de «distracción». Así, ambos tipos penales se encuentran redactados en el Código penal vigente de la siguiente forma:

*Artículo 252.—Apropiación indebida.*

*«Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».*

*Artículo 295.—Administración desleal.*

*«Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».*

Tales circunstancias han dado lugar a no pocas duplicidades aún no resueltas satisfactoriamente, ni por la doctrina ni por nuestra jurisprudencia. Así, la principal crítica que tradicional y mayoritariamente viene siendo esgrimida reside precisamente en la interpretación extensiva de importantes resoluciones judiciales —del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional—, en torno a las conductas de administración desleal que pueden ser objeto de apropiación indebida, a través de la vía del término «distracción»<sup>1</sup>. Precisamente en el sentido de que, el hecho de entender que la redacción del tipo de apropiación indebida sanciona, además de la clásica modalidad de apropiación ilícita derivada del incumplimiento de la obligación de devolver, la administración desleal derivada de la distracción de dinero ajeno, puede llegar a vaciar de contenido el artículo 295 que precisamente castiga la administración desleal (si bien, condicionada a unos sujetos específicos, los administradores).

Tal circunstancia es precisamente la que ha empujado al Proyecto de Reforma del Código penal en tramitación a optar por la introducción, dentro del Capítulo VI del Título XIII, de una nueva sección «de la administración desleal», que establece los siguientes tipos:

*Artículo 252.—Administración desleal*

*«Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno,*

1. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., El delito societario de administración desleal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 103; CASTRO MORENO, A., El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, pp. 189 y ss.

*emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. (...)».*

**Artículo 253.–Apropiación indebida**

*«Serán castigadas con penas del artículo 249 ó, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido. (...)».*

En efecto, según la exposición de motivos del Proyecto, la razón de dicha modificación –que conllevaría, además, la derogación del actual artículo 295– reside precisamente, en primer lugar, en que si bien el vigente Código penal optó en su momento por tipificar como delito societario la administración desleal, éste es realmente un delito patrimonial que puede tener como sujeto pasivo tanto a personas físicas (que actualmente no se incluyen en el tipo) como jurídicas. Por otro lado, porque de hecho la jurisprudencia ya venía reconociendo la posibilidad de condenar *ex artículo 252* determinados supuestos de administración desleal cuando se proceda a dar «a la cosa recibida un destino distinto al pactado», sin necesidad de enriquecimiento del sujeto activo.

Al estudio de estas dos figuras, así como la pretensión de la reforma de superar los problemas ocasionados en el pasado como consecuencia de las dificultades interpretativas que tradicionalmente han venido ocasionando tanto la administración desleal como la apropiación indebida, dedicaremos las siguientes páginas.

## II. APROPIACIÓN INDEBIDA VS. ADMINISTRACIÓN DESLEAL

No existe, ni entre los posicionamientos mayoritarios de nuestra doctrina científica, ni entre la jurisprudencia, ningún tipo de discusión sobre la realidad de dos tipos o figuras claramente diferenciadas<sup>2</sup>. La apropiación indebida implica el incumplimiento definitivo de una obligación de entregar o devolver. Por su parte, la administración desleal tiene por objeto la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad en perjuicio de ésta –acto de disposición en perjuicio propio y beneficio ajeno–, en el entendimiento de un uso o abuso del administrador respecto de los bienes de la entidad que supone una extralimitación de sus facultades. Más dificultades encontramos, no obstante, en la definición de la línea divisoria que determinaría el paso de un tipo penal a otro.

De este modo, en la apropiación indebida, se parte del presupuesto de que el presunto autor (i) recibe una cosa –mueble, incluido dinero– (ii), con obligación de devolver o de darle un destino preciso, que (iii) incumple. En la administración desleal, no existe

2. Por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 647; GÓMEZ BENITEZ, J. M., De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal, *La Ley*, núm. 6, 1998.

en cambio ningún obligación de devolver, sino más bien una infracción del deber de salvaguarda del patrimonio de la sociedad, bien mediante disposiciones ilícitas del mismo, bien contrayendo obligaciones a su cargo.

Incluso desde el punto de vista del bien jurídico protegido, parecen claras las diferencias, ya que mientras para la apropiación indebida éste residiría en la propiedad, en la administración desleal lo sería el patrimonio<sup>3</sup>. De igual modo, mientras la primera implica la disposición del bien en calidad de dueño, con el consiguiente incumplimiento de la obligación de devolver, la segunda implica la realización de actos –no dominicales– en perjuicio de la víctima. Es por ello por lo que se entiende que, en la medida en que la administración desleal sanciona conductas no apropiatorias *per se*, la disposición ilícita tiene una menor gravedad o, si se quiere, una condición de subsidiariedad<sup>4</sup> respecto de la apropiación indebida.

De lo anterior se colige fácilmente que la apropiación indebida es perfectamente compatible con las apropiaciones ilícitas de dinero o, incluso, con determinadas actuaciones conforme a las cuales a estas disposiciones de dinero no se ha dado el destino acordado. Sin embargo, y aquí es donde surge la problemática, en no pocas ocasiones se han llegado a tildar tales actuaciones como delitos de administración desleal en vez de apropiaciones indebidas.

La distinción, reside en que la apropiación indebida, como decimos, exige la acreditación de una auténtica apropiación de dinero –o cualquier otro bien mueble–, bien en beneficio del autor (apropiación en sentido estricto), bien en beneficio de un tercero (distracción). Así, cuando se verifique un genuino acto apropiatorio estaremos ante un supuesto del artículo 252 y, cuando estemos ante usos o disposiciones ilícitas que impliquen un perjuicio patrimonial, ante una administración desleal del artículo 295<sup>5</sup>.

De este modo, apropiarse y distraer, siguiendo las posiciones mayoritarias, no deben ser interpretados como los elementos distintivos de la apropiación indebida y la administración desleal. En el delito del artículo 252, cuando se habla de distraer, el tipo penal lo hace en términos equivalentes a los de «apropiación» o «negar haber recibido», pues todas ellas vienen referidas a la incorporación del bien al propio patrimonio, o al incumplimiento de la obligación de devolver. Por el contrario, las disposiciones fraudulentas a las que hace referencia el artículo 295 vienen referidas más bien a supuestos de deslealtad o fraude hacia la propia sociedad<sup>6</sup>.

3. *Vid.*, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico, op. cit.*, pp. 648 y 649; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 456; SÁNCHEZ-VERA, J., o RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Estudios de Derecho penal económico*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 103 y 104, para quien el bien jurídico protegido por el artículo 295 residiría en el patrimonio de los socios, los depositantes, los cuentaparticipes o los titulares de bienes, valores o capital administrados por la sociedad. *Cfr.* SILVA CASTAÑO, M<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, Madrid, p. 71. *Vid.* también SÁNCHEZ-VERA, J. *Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial*, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.) vol. 2, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1207-1226, para quien junto al delito de apropiación indebida se contiene un delito de administración desleal que tutela el patrimonio.

4. BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico, op. cit.*, pp. 648 y 649.

5. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, op. cit.*, pp. 480 y 481.

6. BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico, op. cit.*, p. 654.

### III. ALGUNAS CONFUSIONES Y CONFLICTOS ENTRE AMBAS FIGURAS

La tipificación de los delitos de apropiación indebida y administración desleal conforme al vigente Código penal plantea actualmente dos problemas fundamentales. Primero, y como bien apunta la reforma en tramitación, la administración desleal regulada en el artículo 295 únicamente cabe en la administración de sociedades, pero no de bienes de personas físicas. Tal circunstancia implicaría que quedarían fuera, en principio, la administración de patrimonios de individuos, salvo que pudieran ser incardinables dentro de los supuestos tradicionales de apropiación indebida<sup>7</sup>. Dichas limitaciones resultan, de hecho, aún más restrictivas, si tenemos en cuenta particularidades propias de los delitos societarios, como que la autoría únicamente cabe en los administradores de hecho o de derecho –infracción del deber de lealtad hacia los bienes administrados–, perseguible sólo a instancias del agraviado ex artículo 296, o el hecho de que las penas puedan ser inferiores a las previstas en el artículo 252 para el delito de apropiación indebida. Y, en este estado de cosas, cabe señalar que tales circunstancias, no en vano, y con motivo de los primeros intentos de regular los denominados delitos societarios, fueron criticadas ya en la década de los 80 por la doctrina penal, que advirtió sobre los riesgos inherentes a este tipo de restricciones injustificadas<sup>8</sup>.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, la corriente jurisprudencial desarrollada especialmente en la década de los 90 ha generado también importantes conflictos, desde que, en contra de las posiciones doctrinales mayoritarias, comenzó a defender de forma expansiva la existencia de un delito de administración desleal dentro del propio artículo 252. A partir de dicho momento es cuando empieza a vislumbrarse una confusión cada vez más oscura entre ambas figuras delictivas, si bien en su última etapa tendente a una relativa modulación de tales interpretaciones.

En esencia, son dos los razonamientos que justificarían dicha corriente, partiendo de reinterpretaciones hasta cierto punto excesivas de los términos antes apuntados «distracción» y «dinero» del tipo penal. De un lado, por cuanto que, en la medida en que el dinero no es un bien fungible, no puede ser susceptible de apropiación –indebida– en sí mismo. De otro, porque, de no admitir la posibilidad de sancionar la administración desleal de patrimonios individuales, cabría la posibilidad de que éstos quedasen impunes. Es a partir de dicho momento cuando se entiende que es posible sancionar por la vía del artículo 252 como administración desleal distracciones de dinero pese a no ser apropiatorias *per se*.

Por su parte, las doctrinales críticas empiezan desde el mismo momento en que el artículo 252, a la luz de dicha corriente jurisprudencial, comienza a incorporar todos los supuestos tradicionales de administración desleal, vaciando por tanto el sentido del artículo 295.

Más en concreto, el problema lo encontramos con mayor claridad a raíz de determinadas sentencias que vienen a diluir la pretendida distinción entre ambos tipos pe-

7. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., Delitos societarios, en Derecho penal económico, CGPJ, Madrid, 2001, p. 614.

8. Vid. STAMPA BRAUN, J. M<sup>a</sup>, BACIGALUPO ZAPATER, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, quienes con motivo el Proyecto Ley Orgánica del Código penal de 1980, donde se planteaba por vez primera la posibilidad de regular los entonces denominados «delitos financieros», criticaron deficiencias tales como, en lo que aquí interesa, la limitación de la denominada «administración fraudulenta» sólo al ámbito societario cuando podría darse en cualquier tipo de relación comercial y civil.

nales hasta el punto de afirmar que ambos tipos eran prácticamente equivalentes. En efecto, la jurisprudencia mayoritaria e inicial, una vez se incluyó en el Código penal de 1995 el artículo 295 de administración desleal, llegó al punto de interpretar que existía un solapamiento con el artículo 252 CP (apropiación indebida), dada la modalidad de apropiación indebida consistente en «distracción» –asimilable con administración desleal–.

Son muchos los ejemplos jurisprudenciales que plantean estas equivalencias, pudiendo citarse, a mero título de ejemplo, la STS 1835/2002, de 7 de noviembre, que trató el supuesto de un administrador que trasvasa capitales de una sociedad a otra de su propiedad, sin autorización del Consejo de administración, entendiéndose que en el caso concreto concurrían ambas infracciones, tanto apropiación indebida como administración desleal, y que existía un concurso de normas que se debía resolver a favor del artículo 295, por ser éste el delito más grave. En este supuesto entendió la Sala que el tipo del artículo 295 entraba en colisión con el delito de apropiación indebida del artículo 252, por cuanto este último no establecía una tipificación especial del sujeto activo, ni distinguía perjudicados. Así, se entendía que el artículo 295 y el artículo 252 eran dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, que al resultar simultáneamente aplicables debían resolverse por la vía del artículo 8 4º del Código penal (aplicación del tipo de mayor gravedad).

Seguía esta Sentencia la doctrina asentada en el caso «Argentia Trust» (Sentencia de la Sala de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo), en la cual se afirmaba que el artículo 535 del Código penal de 1973 no había sido sustituido por el artículo 295 (administración desleal), sino por el artículo 252 (apropiación indebida) que reproducía sustancialmente su contenido. Por ello, ciertos actos de administración desleal serían subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el 295, ya que los tipos en ellos descritos parcialmente se solapan, como «círculos secantes». Tal situación debía resolverse con aplicación del artículo 8 4º del Código penal antes comentada.

Según esta teoría, en el artículo 252, por tanto, no se recogería únicamente la clásica conducta de apropiación, en el sentido literal del término, sino también la de administración desleal, en su modalidad de «tipo de infidelidad» o ruptura de la lealtad, o «tipo de abuso» –abuso de las funciones propias del cargo–:

**«En el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían 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 distrayendo 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 administrador como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”.**

*“La conducta llevada a cabo por el administrador “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 administra-*

*dor, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo».*

Como se argumentaba en el caso «Argentia Trust», la conducta de administración desleal merecía reproche penal, por cuanto, aunque la misma hubiese tenido lugar anteriormente al Código penal de 1995, y a la inclusión del artículo 295, ya el artículo 252 regulaba esta modalidad y, por tanto, la misma debía quedar cubierta por el tipo.

Esta doctrina, por lo demás, había sido previamente iniciada por las sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 14 de marzo de 1994, que especificaban que el artículo 535 no contenía únicamente el tipo clásico de apropiación indebida de las cosas, «*sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregadas a dicho principal no lo hacen distraendo el dinero de cualquier manera*»<sup>9</sup>.

A pesar de ello, y de que efectivamente el tipo de apropiación indebida está compuesto por dos modalidades: apropiación y distracción, surgían varios interrogantes: (a) si la conducta de administración desleal se encontraba ínsita en este último supuesto (en el artículo 252 CP de apropiación indebida), ¿por qué fue necesario redactar un tipo específico dentro del capítulo de delitos societarios conocido como «administración desleal o fraudulenta»?; (b) si tal conducta ya estaba tipificada, ¿por qué el legislador vio necesaria la inclusión del artículo 295 en el Código penal de 1995? Es por ello por lo que, esta interpretación del Tribunal Supremo, al incluir en el artículo 252 todos los supuestos de administración desleal, vaciaba de facto el contenido del artículo 295.

No obstante lo expuesto, estas extralimitaciones han dado lugar a que, en tiempos recientes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya intentado dar un giro a las interpretaciones expansionistas llevadas cabo respecto del artículo 252, intentando buscar algún tipo de distinción con el artículo 295 del Código penal.

Así, el Alto Tribunal, en su Sentencia de 29 de julio de 2002 (Caso Banesto) realizó varias matizaciones a lo hasta entonces entendido. Sin que se produzca apropiación del patrimonio social, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que no integran beneficios, no constituyen una definitiva apropiación indebida. La disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable (pero sin apoderamiento), constituye el tipo objetivo de la conducta de administración desleal. Sin embargo, cuando el administrador realiza actos encaminados a la adjudicación (apropiación) de bienes, nos encontramos con el acto típico de apropiación indebida (no de administración desleal). En definitiva, si el administrador se apropia de los bienes administrados, cometería una conducta de apropiación indebida; si los administra deslealmente y causa un perjuicio económico a la sociedad con ello, su conducta sería propia de administración desleal.

Por otra parte, en el año 2006, tuvieron lugar dos importantes resoluciones en lo que ahora nos interesa, dictadas en los casos BSCH y BBVA. En el caso BSCH, de 17 de julio de 2006 (Ponente: Sánchez Melgar) se especificaba que «*el delito del artículo 252 contiene dos modalidades delictivas: la apropiación en sentido estricto, que supone la*

9. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1994 (Ponente: Bacigalupo) FJ 3º.



*incorporación de la cosa al patrimonio del autor; y la distracción, que se produce 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».*

Ahora bien, aun cuando estas resoluciones empiezan a establecer diferencias entre la administración desleal del citado artículo y la tipificada en el 295, siguen estimando sin embargo que el delito de apropiación indebida del artículo 252 contiene una modalidad de administración desleal. La matización que realiza reside en que la administración desleal que configura la conducta castigada como apropiación indebida es una modalidad de distracción que tiene lugar fuera de las facultades de administración, con vocación definitiva; en cambio, la administración desleal propia del artículo 295, consiste en una administración fraudulenta que tiene lugar dentro de las facultades de administrador, pero las mismas son indebidamente ejercidas:

*«(...) 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 tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador».*

Por tanto, aquí encontramos matizaciones y diferencias que hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo no había tomado en consideración con la superposición de ambas figuras: el administrador desleal del artículo 295 actuaría como tal administrador y dentro de los límites que se señalan en sus funciones, aunque al hacerlo dispone fraudulentamente de los bienes sociales causando un perjuicio. Su exceso es intensivo, ya que se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Sin embargo, la apropiación indebida supone una disposición de bienes cuya administración ha sido encomendada, superando las facultades de administración, fuera de lo que el título de recepción permite.

Esta línea es seguida por el caso BBVA (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2006; Ponente: Bacigalupo Zapater), al considerar que el tipo delictivo contenido en el artículo 252 se refiere al tipo de abuso y no de infidelidad:

*«La expresión distraer dinero debe ser entendida en el sentido tradicional de abuso de poderes otorgados por Ley por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición. En este sentido la doctrina de principios del siglo XX ya definía el delito de administración desleal de la misma forma y en términos aplicables en el derecho vigente, diciendo que “el tipo de la administración desleal puede ser definido, de la manera más amplia posible, como el delito que comete todo el que por disposición de la Ley o por una negocio jurídico está llamado a disponer sobre un patrimonio ajeno, será culpable de administración desleal, cuando esta disposición lesione dolosamente los derechos del titular”. De allí que la acción típica se concebía como “perjudicar antijurídicamente el patrimonio ajeno y ello precisamente por medio del abuso de poder que le ha sido acordado”».*

En el supuesto concreto, se concluyó la absolución por cuanto no había existido extralimitación en las funciones del entonces Presidente del Consejo de Administración. Así pues, los elementos de la administración desleal del artículo 252 que cabe extraer de dicha Sentencia son: (i) el carácter de administrador; (ii) *el exceso respecto de los poderes de administrador* y (iii) el perjuicio patrimonial.

Ambas resoluciones (casos BSCH y BBVA) seguían la distinción llevada a cabo por el Tribunal Supremo en la Sentencia 1212/2003, de 9 de octubre, en la cual se diferenciaban claramente ambas figuras:

**«Administración fraudulenta:** 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 29, 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.

**«Apropiación indebida:** supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite

*«En el artículo 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, 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. El delito del artículo 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».*

Más recientemente, con posterioridad a dichas sentencias, resulta de interés la dictada por el Tribunal Supremo el 21 de junio de 2007 (Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca), la cual llega a la misma conclusión que las anteriormente mencionadas: «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 artículo 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 ejecuten fraudulentamente respecto de la sociedad o resulten abusivas y perjudiciales para esta, la conducta quedará subsumida en el artículo 295 del Código penal».

Por tanto, una vez vista la evolución jurisprudencial en torno a los artículos 252 y 295 del Código penal, el panorama jurisprudencial que se ha ido perfilando se basa en que la actuación de los administradores, *dentro de sus facultades de disposición*, sólo puede ser subsumida en el artículo 295, no en el 252. Pues la esencia de la administración desleal, según hemos comprobado en las últimas resoluciones mencionadas, es que el órgano de administración actúa fraudulentamente pero dentro de las facultades que tiene asignadas. Si, por el contrario, existen *obligaciones externas que exceden de las facultades internas de administración* (como son los mandatos de entrega o devolución) existiría un exceso en las facultades propias de un administrador y, en consecuencia, un abuso, que debería dilucidarse según el artículo 252 del Código penal (apropiación indebida)<sup>10</sup>.

#### IV. REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: ¿PUNTO Y SEGUIDO A LOS CONFLICTOS INTERPRETATIVOS ENTRE AMBOS TIPOS?

Tal y como se ha expuesto al inicio del presente trabajo, el Proyecto de reforma del Código penal actualmente en fase de tramitación parlamentaria propone diferenciar dos tipos independientes, la apropiación indebida propiamente dicha (artículo 253 en la nueva redacción) y la administración desleal (artículo 252).

Pues bien, la creación de un delito de administración desleal genérico (abierto para todo tipo de sujetos que «tengan facultades de administrar sobre un patrimonio ajeno») supone una indudable mejora, dada la eliminación de la inseguridad jurídica que representa la duplicidad de tener varios tipos delictivos que pueden llegar a sancionar la misma conducta —al menos en opinión de algunas corrientes jurisprudenciales analizadas—, el sinsentido que supone dar por supuesto que únicamente los administradores sociales o socios pueden tener facultades para administrar patrimonios ajenos. A la vista está,

10. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?*, en *La administración desleal de los órganos societarios* (coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 151 y ss.

tras lo aquí analizado, que la jurisprudencia no consiguió resolver satisfactoriamente las complejas relaciones entre el artículo 295 y el 252 del Código penal.

Al respecto, el Proyecto de reforma del Código penal parte de una premisa cierta: la administración desleal y la apropiación indebida son dos figuras delictivas diferentes. La administración desleal consiste en causar un perjuicio patrimonial infringiendo un deber de salvaguarda de dicho patrimonio, que surge de la especial relación que tiene el autor con el mismo. El punto de partida es que el autor tiene capacidad para disponer del patrimonio ajeno de manera jurídicamente relevante. La apropiación indebida, sin embargo, parte de otra premisa: el autor del delito tiene en su poder un elemento o varios del patrimonio ajeno, pero no tiene capacidad para disponer de estos activos de una forma jurídicamente válida.

De este modo, el exceso en el ejercicio de las facultades de administración del que hablamos puede ser cometido por cualquier sujeto que tenga encomendadas tales facultades, no únicamente por administradores o socios. Por tanto, no limitar en la redacción del artículo 252 del Proyecto de reforma la conducta de administración desleal únicamente a autores que sean administradores sociales o socios nos parece un acierto, por cuanto los patrimonios no análogos a sociedades y cuyos titulares no participen de modo permanente en el mercado, quedarían fuera del ámbito del supuesto típico (como sucede ahora en el artículo 295 del Código penal).

Adicionalmente, el hecho de que desaparezca de la conducta de administración desleal el requisito de que el sujeto activo del delito sea el administrador de hecho o de derecho de una sociedad o el socio de una sociedad constituida o en formación despeja también las dudas sobre el doble encuadre que sufría la conducta del administrador de una sociedad que disponía fraudulentamente de los bienes de la misma. En estos casos, la conducta del mismo podía incardinarse en las dos figuras delictivas que venimos analizando: apropiación indebida en la modalidad de distracción/administración desleal. Sin embargo, el Proyecto de reforma del Código penal mantiene en el tipo de administración desleal del nuevo artículo 252 la conducta de exceso en el ejercicio de las facultades conferidas para administrar un patrimonio ajeno para todo tipo de sujetos, conscientes de que no sólo se conceden facultades de administración a administradores sociales o socios (pensemos, por ejemplo, en interventores, representantes, etc.).

Sentado lo anterior, llama la atención no obstante que se tipifique de forma prioritaria la administración desleal, y que en un segundo plano aparezca tipificada la apropiación indebida, cuando precisamente es la apropiación indebida la figura de la que parten los supuestos de administración desleal. Habida cuenta de que el delito de administración desleal, como se ha dicho, es una modalidad tildada por algunos autores como subsidiaria de la administración desleal, hubiera sido recomendable que la primera hubiera ido en primer lugar<sup>11</sup>.

Por otro lado, y entrando ya en el análisis de ambos tipos penales, con la nueva redacción que propone el Proyecto, el legislador parece haber optado porque la conducta típica del delito de apropiación indebida deje de estar integrada por los dos verbos «apropiarse y distraer», para referirse únicamente al sentido más puro de la conducta de

11. *Vid.* CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado*, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; coord. DOPICO GÓMEZ ALLER, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 774.

apropiación: «se apropiare para sí o para un tercero». Esto supone un cambio que eliminaría la duda sobre si una conducta de «distracción» propiamente dicha integra el delito de apropiación indebida (en su modalidad de distracción) o de administración desleal, o de ambas. Con la nueva redacción propuesta, la distracción se encuadraría únicamente en la conducta de administración desleal, definida en la nueva redacción del artículo como «excederse en el ejercicio de las facultades encomendadas».

Sin embargo, a pesar de que indudablemente prescindir del concepto de «distracción» del delito de apropiación indebida elimina con rotundidad cualquier duda sobre las conductas que lo integran, lo cierto es que también implica una excesiva restricción del tipo penal. De hecho, a nuestro entender tal circunstancia dará lugar a nuevos conflictos interpretativos en el futuro. Teniendo en cuenta que, como ya hemos apuntado al inicio de este trabajo, la apropiación indebida es posible, tanto con el incumplimiento de la obligación de devolver, como dando un destino distinto (distracción) al bien recibido, la supresión de dicho términos resulta a todas luces innecesaria.

Así es, la conducta relativa a la distracción integrada en el tipo de apropiación indebida es perfectamente posible y compatible con la conducta de administración desleal tipificada de forma separada. En la misma, el sujeto no se está excediendo de las facultades que le han sido encomendadas en relación con el patrimonio que posee, sino simplemente, y sin ningún título que lo legitime para disponer de tal patrimonio, el sujeto procede a desviar tal patrimonio hacia un tercero, el cual no le ha sido encomendado a través de ninguna facultad o título especial, sino simplemente se le ha otorgado con la obligación de devolución.

Sin embargo, la conducta de distracción que forma parte del delito de administración desleal en el actual Código penal parte del requisito de haber obtenido la administración del patrimonio objeto de la conducta a través de un título jurídico o de salvaguarda de dicho patrimonio administrado, y la infracción tiene lugar, como señala el Proyecto de reforma del Código penal, a través de un exceso en las facultades de administración. La clave estaría en el concepto «exceso en las facultades». En la apropiación indebida, el sujeto activo del delito no se excede de ninguna facultad, simplemente se apropia o distrae un patrimonio que le ha sido dado con obligación de devolución.

Por ello, al haber modificado la redacción del delito de administración desleal, en el sentido de determinar que la conducta consiste en un exceso de facultades encomendadas, no era necesario eliminar de la conducta de apropiación el verbo «distraer» además del que supone el concepto puro de apropiarse, por cuanto «cometer un exceso en el ejercicio de las facultades encomendadas» y «distraer», son conductas diferentes, al no existir tales facultades en el hecho de la distracción. En orden a evitar interpretaciones confusas, quizás pudo haberse optado por utilizar terminologías distintas, o incluso por especificar en qué consiste la distracción e la apropiación indebida, pero resulta innecesaria la eliminación del término.

A todo lo anterior, cabría añadir además que la nueva redacción del delito de apropiación indebida del artículo 253 del Código penal, según el Proyecto en curso, adolece a nuestro juicio de otra inclusión importante, al suprimir las apropiaciones indebidas de dinero. La conducta de apropiación indebida propuesta por el Proyecto de reforma se limita en su contenido a incriminar la apropiación de bienes muebles (deja fuera del tipo, por tanto, el dinero, efectos, valores, o cualquier otro activo patrimonial que antes sí contemplaba), limitando desde nuestro de vista, de forma injustificada, el alcance incriminatorio. En la práctica, esto supondrá que las apropiaciones de dinero sean conducidas

al tipo del nuevo artículo 252, objeto de administración fraudulenta. Esta interpretación no estará exenta de problemas<sup>12</sup>, sobretodo, teniendo en cuenta dos factores determinantes:

- Dejando de un lado las discusiones sobre el concepto de distracción, no todas las apropiaciones de dinero son objeto de un exceso en el ejercicio de facultades de administración encomendadas. Hay conductas de distracción en las que la misma no se comete a través de un exceso de facultades conferidas, al no existir tales facultades.
- Puede haber casos de apropiación de dinero en los que el bien se integre dentro del patrimonio del autor del delito; o, dicho en otras palabras, en los que no se dé al dinero un destino o uso ilícito, sino que el mismo pase a integrar directamente el patrimonio de la persona a la cual se confía con obligación de devolución. A nuestro juicio, los casos de apropiación de dinero, aunque sean realizados por un administrador (pensemos en el supuesto típico de un director de banco que utiliza el dinero de la caja fuerte, por ejemplo, para sus gastos personales) deben encuadrarse en la conducta de apropiación indebida en su modalidad de distracción, no de administración fraudulenta, ya que el bien (en este caso, económico) se integra dentro del patrimonio del autor del delito<sup>13</sup>. Como ha venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada al respecto, el dinero no puede ser objeto de apropiación indebida en el sentido más puro del término, ya que es un bien fungible (intercambiable), pero sí puede ser objeto de «distracción», como hasta ahora viene siendo reconocido en el actual artículo 252. Al desaparecer tanto esta modalidad de dar destino diferente, como el concepto de dinero como objeto del delito, quedan vacías de contenido dichas conductas, sin tipificación y, por tanto, deberán ser reconducidas a tipos distintos en los que no tienen por qué encajar a priori, como hemos comentado.

A la vista de lo anterior, cabe afirmar que el Proyecto de reforma del Código penal supone la eliminación de incógnitas importantes, diferenciando por fin entre dos conductas que son esencialmente distintas, como son la apropiación indebida y la administración desleal. Asimismo, disipa las dudas sobre la diferenciación en supuestos en que los sujetos activos sean administradores o socios. Sin embargo, hay diversas modificaciones que dejan la puerta abierta a posibles interpretaciones que no estarán exentas de dificultades, sobretodo en términos jurisprudenciales, tal cual es la importante eliminación del dinero como objeto del delito de apropiación indebida. Habrá que esperar a la entrada en vigor del Proyecto de reforma del Código penal para comprobar la aplicación real de las nuevas consideraciones en torno a ambos delitos.

## V. CONCLUSIONES

Los problemas interpretativos que generan los actuales artículos 252 y 295 del Código penal han llevado al Proyecto de reforma del Código penal en tramitación a pro-

12. Vid. NIETO MARTÍN, A., Administración desleal, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; coord. DOPICO GÓMEZ ALLER, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 792.

13. Vid. CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado*, op. cit., p. 775.

poner la introducción, dentro del Capítulo VI del Título XIII, de una nueva Sección «de la Administración desleal» que diferencia entre dos tipos diferentes: artículo 252 (administración desleal) y 253 (apropiación indebida). Pretende el legislador despejar así las confusiones jurisprudenciales que se han ido sucediendo a lo largo de las últimas décadas.

Así, el Proyecto diferencia dos tipos independientes y diferentes. De un lado, el delito de apropiación indebida abarcaría únicamente la modalidad tradicional de «apropiación», dejando de lado las «distracciones» de bienes muebles. La línea defendida por la última jurisprudencia en torno a la cuestión, también tendría su reflejo en la nueva redacción del delito de administración desleal, cuya conducta se definiría como un «exceso en el ejercicio de las facultades encomendadas». Asimismo, el delito de administración desleal ya no se encontraría limitado al ámbito societario, sino que se convertiría en un tipo genérico, eliminando así la posibilidad de que existan conductas constitutivas de administración fraudulenta que se encontrasen impunes (administración de patrimonios fuera de la sociedad).

Sin embargo, esta nueva tipificación no está exenta de controversias. En primer lugar, por eliminar de la conducta de apropiación indebida el dinero, efectos, valores o activos patrimoniales, cuando tradicionalmente la apropiación indebida ha admitido tal posibilidad. De otro lado, al no admitir tampoco la «distracción» de bienes en el actual artículo 253, a pesar de que la apropiación indebida persigue, tanto las apropiaciones ilícitas *per se*, como los actos ilícitos de disposición conforme a los cuales no se da al bien el destino acordado.

Con todo ello, no podemos dejar de pensar que el Proyecto de reforma del Código Penal no supone el fin de las zonas grises entre la apropiación indebida y la administración desleal, sino, quizás, una nueva vuelta de tuerca no exenta de futuros conflictos interpretativos.