

LA LLEY

ADMINISTRACION DESLEAL Y APROPIACION INDEBIDA

Miguel Bajo Fernández
Catedrático. Abogado

I Hipótesis de la que se parte

Es muy **abundante la literatura** jurídico penal que examina las relaciones entre los delitos de apropiación indebida del art. 252 y el de administración desleal del art. 295. La Jurisprudencia, fundamentalmente a través de los pronunciamientos de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, ha terciado en la disputa. Pretendo aquí exponer las razones de mi opinión, según la cual ambas figuras de delito abarcan sectores diversos de la realidad, siendo el art. 295 (administración desleal) **norma subsidiaria**.

La apropiación indebida incluye actos de disposición en concepto de dueño (enajenación, gravamen, uso, disfrute, posesión etc.) con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver y con el ánimo de no entregar ni devolver lo que constituye un **acto ilícito dominical**, mientras la administración desleal implica un acto de disposición, no en concepto de dueño, sin significar incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver o, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver lo que constituye un **uso ilícito no dominical**.

A la fundamentación de estas premisas, dedico las páginas siguientes.

II El delito de administración desleal

Art. 295: “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 bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente valuable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

Los comportamientos descritos en el art. 295 consisten en **disponer** fraudulentamente de los bienes de la sociedad, y **contraer** obligaciones a su cargo, siempre que concurra abuso de las funciones propias de su cargo y, aparte del dolo, beneficio propio y perjuicio ajeno.

La conducta típica queda **consumada** cuando se produce efectivamente (“directamente”) un perjuicio en el patrimonio social¹.

¹ L. ARROYO ZAPATERO, *Los delitos societarios en el Proyecto de 1992*, pág. 58. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, pág. 3052. A. CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, pág. 401. P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, pág. 577. M. GARCÍA ARÁN, *Consideraciones sobre los delitos societarios en el Código penal*, pág. 107. J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, págs. 94 s. J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, págs. 1 s. C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos societarios*, pág. 503. A. MORENO CÁNOVES/F. RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, pág. 341. T. RODRÍGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, pág. 128. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Los nuevos delitos pseudosocietarios*, pág. 91. B. DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el*

1. Disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad

El verbo típico es disponer y la acción es la **disposición** fraudulenta de los bienes de la sociedad. La palabra “disposición” es común entre los delitos patrimoniales y económicos. Así, además de reseñar el comportamiento en el presente delito societario del art. 295, sirve para describir parte de la conducta del delito de estafa (“acto de disposición”) del art. 248 y lo utiliza la doctrina para la consumación de la apropiación indebida del art. 252 que se produce con la “disposición” de la cosa².

Pues bien, **disponer** es incorporar la cosa ajena al propio patrimonio. Pero, en la presente figura delictiva no ha de entenderse en el sentido de la consumación de la apropiación indebida (incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver) o en la significación del acto de disposición de la estafa (entrega de la cosa por parte del engañado), sino en el entendimiento de incorporación de la cosa *sin ser definitivo el incumplimiento de entregar o devolver y, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver*.

Se exige, además, la producción de un perjuicio en el patrimonio social consecuencia de la actuación sobre los bienes societarios. Es decir, en el art. 295 el legislador está pensando en un acto de disposición en **beneficio propio y perjuicio ajeno**, pero no como incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, sino como uso o abuso del administrador respecto de los bienes de la sociedad de modo que supone una extralimitación de las facultades. De tal modo, que si en lugar de este comportamiento, el administrador dispone de la cosa como propia implicando el

Código penal de 1995, pág. 144. M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, pág. 188. J. TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos societarios*, pág. 286; el mismo, *Derecho penal de la empresa*, pág. 83. J.M. VALLE MUÑIZ, en G. QUINTERO OLIVARES/J.M. VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, págs. 689.

En contra, hay algunos autores que consideran innecesaria la producción de un perjuicio, C. JIMÉNEZ VILLAREJO, *De los delitos societarios y contra los consumidores*, pág. 25. J.M. MARTÍNEZ-PEREDA, *Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, pág. 192.

² Sobre la apropiación indebida vid. ampliamente M. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial) Delitos patrimoniales y económicos*, Cap.IX.

incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, no concurriría el art. 295, sino la apropiación indebida del art. 252.

Conviene recordar aquí que se produce en la literatura jurídica una utilización errónea de las expresiones “acto de dominio” y “usos ilícitos no dominicales” procedente del **falso entendimiento** de que el uso no sea un comportamiento de dominio. En efecto, como acto dominio algunos autores sólo incluyen la enajenación y el gravamen, entendiendo la posesión, el uso y el disfrute como ajenos al concepto de dueño³ y conformando los “usos ilícitos no dominicales”. En realidad, el uso y disfrute son también facultades del dueño, **acto dominical**. No son actos dominicales aquéllos que se realizan no en concepto de dueño y, por tanto, con la intención de reponer o, si hubo desplazamiento, con la intención de entregar o devolver y éstos sí se podrían llamar correctamente “usos ilícitos no dominicales”. En consecuencia, la expresión “acto dominical” debería reducirse a los supuestos de apropiación indebida, mientras que los casos de administración desleal los denominaríamos uso ilícito no dominical perjudicial.

Claro está que aquél uso o abuso fuera de las facultades del administrador –“**con abuso de las funciones propias de su cargo**”-, tiene que concurrir con **ánimo de lucro** ("en beneficio propio o de un tercero") y real **perjuicio** económicamente evaluable a sus socios, *depositantes*⁴, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren⁵. Es, pues, un delito de lesión y no de peligro. Concebir el delito, según quieren algunos imitando la situación legal alemana, como un delito de peligro, con independencia de que no lo permite el texto legal, significaría un adelantamiento de la punición lesivo del carácter fragmentario del Derecho penal en un sector de excesivo rigor represivo.

3 Vid. A. CASTRO MORENO, pág. 292.

4 Se ha denunciado la torpeza del legislador al usar la expresión “depositario” cuando quiere decir “depositante”. Vid. A. MORENO CÁNOVES/F. RUIZ MARCO, pág. 339. DEL ROSAL, pág. 137. C. SUÁREZ GONZÁLEZ, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO/A. JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código penal*, pág. 847. Quiere salvar la torpeza del legislador A. CASTRO MORENO, págs. 391 y ss. quien, después de confirmar que en el Parlamento lo que se pretendió fue proteger a los depositantes, entiende que éstos pueden quedar incuados entre los titulares de bienes, valores o capital administrados a que se refiere el art. 295 más adelante, y que los depositarios pudieran ser las propias entidades.

5 Teme E.BACIGALUPO, , *La problemática de la administración desleal en el Derecho español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)*, pág. 397, que la referencia a tales objetos dificulte la diferenciación con el delito de apropiación indebida, pero creemos que tal enumeración carece de significación para el comportamiento típico. Comparte la misma

A) Apropiación indebida y Administración desleal

1. El delito de administración desleal puede entrar en **concurso de delitos** con variadas figuras delictivas. Por ejemplo, con los delitos de insolvencia provocada por la desleal administración⁶.

Pero, el parecido que existe entre la administración desleal con las conductas descritas hoy en los arts. 252 (apropiación indebida) y 248 (estafa) del Código penal, permite la producción de **concursos de normas**⁷ que requiere una más precisa reflexión sobre todo si tenemos en cuenta que el vocablo "disponer" se utiliza en los tres preceptos⁸.

Frente a la **estafa** podemos cifrar la distinción en la exigencia, para la estafa, de un engaño como conducta determinante del acto de disposición y el perjuicio, mientras que en la administración desleal del patrimonio ajeno simplemente se abusa de una relación de confianza preexistente⁹. Como sostiene Bacigalupo¹⁰, si se puede hablar de "engaño" en el sentido de desleal, el que engaña, en el delito societario, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluye la tipicidad del delito de estafa. Es difícil, aunque no imposible, que la estafa y la administración desleal se encuentren en relación de concurso de normas por la índole de sus respectivos requisitos.

2. Con la **apropiación indebida** la cuestión es algo distinta.

duda, DEL ROSAL BLASCO, pág. 144.

6 T. RODRIGUEZ MONTAÑES, pág. 130 admite el concurso; también P. FARALDO CABANA, pág. 585.

7 En contra, A. CASTRO MORENO, pág. 471: "la apropiación indebida y la administración desleal de sociedades nunca pueden entrar en concurso de leyes o normas".

8 Vid. Por todos J. TERRADILLOS BASOCO, pág. 287 y C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, pág. 3049.

9 Vid. Por todos A. CASTRO MORENO, págs. 358 y ss.

10 E. BACIGALUPO, "La administración desleal en el nuevo Código penal", pág. 524 ss.

“La administración desleal no es una apropiación indebida”¹¹. Así comienza uno de sus trabajos sobre administración desleal, un conocido comentarista, y no es una perogrullada. Conviene la doctrina en que son distintos los bienes jurídicos¹², siendo la propiedad (o el derecho de crédito para el caso del dinero) el objeto de protección en la apropiación indebida, frente al patrimonio en el delito de administración desleal.

El delito de administración desleal discurre entre **dos límites**. De un lado, el que supone el delito de apropiación indebida, es decir, la disposición de los bienes, en concepto de dueño, de modo que implique incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. De otro lado, aquéllos usos realizados, no en concepto de dueño (usos ilícitos no dominicales), que si no producen perjuicio son impunes.

La apropiación indebida está perfectamente definida en el art. 252 como la incorporación de la cosa al propio patrimonio de modo que implique incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver¹³. Entre el delito de apropiación indebida (art. 252) y la administración desleal (art. 295) hay una **relación de subsidiariedad**, siendo esta última la norma subsidiaria que sólo se aplicaría en defecto de la apropiación indebida¹⁴. Y esto es así, no sólo por las razones dogmáticas que exponemos a continuación, sino también por las que se derivan de la interpretación histórica. En efecto, no puede olvidarse que el delito de administración desleal del art. 295 nace con la vocación de colmar una laguna existente entre el delito tradicional de apropiación indebida y la responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y siguientes del Código civil. Es decir, aparece con la pretensión de castigar *subsidiariamente*, los comportamientos que queden fuera de la apropiación indebida. La propia pena

¹¹ J.M. GOMEZ BENITEZ, *El delito de administración desleal*, pág. 203; el mismo, *De nuevo*, passim. En otro sentido negando sustantividad propia al delito de administración desleal frente a la apropiación indebida, J. DIAZ-MAROTO, pág.162.

¹² C. MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico – Parte especial*, pág. 267. E.BACIGALUPO, *La problemática*, pág. 388, por todos.

¹³ Vid. ampliamente M. BAJO FERNANDEZ, *Derecho penal*, Cap. IX. T. RODRIGUEZ MONTAÑES, pág. 15: “la conducta de distraer dinero no es equivalente a la mera administración desleal del mismo, sino que ha de implicar la realización de actos de disposición inequívocamente dominicales más allá de la esfera de competencias propias del cargo de administrador, esto es, actos que supongan una indebida atribución de dominio”.

¹⁴ De relación de especialidad prefiere hablar J.M. GOMEZ BENITEZ, *La Ley*, pág. 2053, pero no se explica, entonces, cuál es la norma general y cuál la especial porque sobre ambas pesan las mismas razones para lo uno que para la otro. Preferimos la relación de subsidiariedad porque la vocación del nuevo delito de administración desleal es la de colmar una laguna entre la apropiación indebida y la responsabilidad civil o mercantil

corroborar este entendimiento ya que el art. 295 ofrece al Juez una alternativa entre prisión o multa, extensión de arbitrio indicativo del carácter subsidiario del precepto¹⁵.

Pues bien, a nuestro entender la **apropiación indebida** (art. 252), como norma principal, **abarca**:

- 1) Los supuestos en los que la disposición (acto dominical por el que el sujeto se comporta como dueño) implica incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver con ánimo de no hacerlo, es decir, con ánimo de no entregar o devolver y ello
- 2) tanto en los casos en los que se administran bienes de personas jurídicas o entes colectivos¹⁶ como aquéllos en los que es una persona física la titular del objeto.

Sin embargo, la disposición de bienes del delito de **administración desleal** (art. 295), como norma subsidiaria, **comprende**:

- 1) Los supuestos en los que o no hay obligación de entregar o devolver, o, existiendo dicha obligación, el sujeto actúa desde el principio con ánimo de así hacerlo, es decir, con ánimo de entregar o devolver (uso ilícito no dominical) produciendo un perjuicio, y ello
- 2) sólo en los casos en los que se administran bienes de sociedades, en el sentido que da a la sociedad el art. 297. Nunca, cuando se administran bienes de personas físicas¹⁷.

15 BACIGALUPO, E., *La administración desleal en el nuevo Código penal*, pág. 532, para desactivar el argumento observa que mientras el delito de apropiación indebida tiene la correspondiente falta en la que se prevén penas leves, el legislador ha querido en el delito de administración desleal incluir la alternativa de la pena leve en el propio tipo de delito del art. 295, concediendo al juez el arbitrio de la pena de multa.

16 O sociedades en el sentido del art. 297 Código penal.

17 Téngase en cuenta, que esta limitación no tiene ninguna explicación sustancial, es decir, es absurda, pero es una deficiencia legislativa que es imprescindible tener en cuenta cuando afrontamos la diferencia de ambos preceptos.

Por ejemplo¹⁸, no hay obligación de entregar o devolver, y estaríamos en un caso de administración desleal del art. 295, en los casos de cobro de “**comisiones**” pagadas a los administradores por terceros. Piénsese en las compras o ventas de bienes de la sociedad en las que el administrador cobra una comisión **de un tercero** por la operación. Es difícil pensar que aquí exista un título contractual entre administrador y sociedad administrada por el que aquél tenga que “entregar o devolver” la comisión, salvo pacto expreso, reduciéndose el cobro de comisiones a simple deslealtad. No sería posible, pues, el castigo por apropiación indebida del art. 252 (norma principal). Sólo sería factible apelar a la norma subsidiaria del art. 295. El perjuicio social se cifra en que el importe de la comisión cobrada por el administrador, por funciones a las que está obligado por su cargo, influye en el precio final de la operación en detrimento de la sociedad.

Distinto es el caso en que la **comisión es pagada por la propia sociedad administrada** a su administrador o a sociedades vinculadas, retribuyendo funciones a las que está obligado por su cargo. Este es un supuesto evidente de apropiación indebida porque supone una disposición de la cosa con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver¹⁹. Será atípico, sin embargo, el caso en que la sociedad paga comisiones con contraprestación cierta a precio de mercado por acciones a las que el administrador no está obligado por su cargo.

También sería administración desleal del art. 295, el supuesto de extralimitación de facultades para **otorgar créditos** a terceros. Con independencia de que tal comportamiento podría, incluso, constituir la modalidad de “contraer obligaciones a su cargo” del propio art. 295 ya que la entidad puede quedar obligada pese a la extralimitación, lo cierto es que no existe, para el administrador, una relación contractual con la entidad que obligue a “entregar o devolver” y difícil será, por ello, sostener el delito de apropiación indebida. Se cumplen, sin embargo, todos los elementos del delito del art. 295.

Incluso, podríamos aprovechar aquí para meter “por la puerta” en el art. 295 lo que la jurisprudencia ha “sacado por la ventana” en el delito de apropiación indebida. El

¹⁸ Una excelente exposición de supuestos con su crítica en **A.** CASTRO MORENO, pág. 313 y ss.

Tribunal Supremo extrae del delito de apropiación indebida los supuestos de **préstamo mutuo** y contrato irregular de cuenta corriente²⁰. El argumento jurisprudencial para proceder de este modo, consiste en que el art. 1753 del Código civil y 309 el Código de comercio expresamente indican que se transmite la propiedad. Pues bien, esta dificultad no es óbice alguno para el delito de administración desleal del art. 295, por lo que se puede incluir en esta norma (sin más limitación que el caso en que el prestamista sea una persona física que continuaría impune). En efecto, el prestatario no tendría obligación de entregar o devolver porque se convierte en propietario de la cosa, sustentando simplemente una obligación de pago de cantidad equivalente.

El **autopréstamo** fuera de las facultades del administrador, en el que hay desde el principio intención seria de entregar o devolver o, si se quiere, intención de pago, no puede castigarse como apropiación indebida, por lo menos, por falta de dolo. Pero, no existe dificultad alguna para subsumirlo en el comportamiento de disponer fraudulentamente de bienes de la sociedad del art. 295, fundamentalmente en los casos en que no se acuerdan intereses o éstos son inferiores a los de mercado. Pero también sería delito de administración desleal cuando, pese al pacto de intereses, la sociedad no se encuentra en situación de afrontar el negocio sin riesgo de insolvencia²¹.

Esta conducta suele quedar revestida por el autor con fórmulas de apariencia lícita como los **negocios de riesgo** para la sociedad²². Es decir, aquéllos en los que el beneficio para la sociedad es altamente inseguro o los negocios puramente especulativos. La doctrina entiende que aquí cobra especial significación el **consentimiento** o conformidad, presunta o no, de la entidad representada²³. Si se trata realmente de un negocio arriesgado con consentimiento tácito de la sociedad, no hay delito alguno porque la actividad entra dentro de la función administradora del autor. El éxito debe redundar en beneficio de la sociedad, así como el fracaso debe hacerlo en su

¹⁹ J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, pág. 2056.

²⁰ Una amplia exposición de la cuestión en M. BAJO FERNÁNDEZ, ob.cit. Cap.IX.

²¹ En otro sentido, A. CASTRO MORENO, , pág. 315. J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal*, pág. 3. F. MUÑOZ CONDE, *Delincuencia económica*, pág. 275. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, págs. 59 s. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 386, quienes entienden que si el autopréstamo no causa perjuicio constituye más bien un delito de apropiación indebida.

²² Opinan que no hay delito cuando no hay daño social A. CASTRO MORENO, pág. 404. J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito*, pág. 3.

²³ Vid., por todos, E.BACIGALUPO, en *Curso de Derecho penal español*, págs. 141 s.

perjuicio. Pero, aquí estamos ante un problema de prueba. Existen casos en los que el administrador obra de tal modo que, en caso de éxito, se entienda como autopréstamo en beneficio de sí mismo (sólo tiene que devolver el préstamo y los intereses convenidos pero no el resultado beneficioso) y en caso de fracaso se entienda como negocio arriesgado de la sociedad con perjuicio para ella.

Dentro del supuesto de autopréstamo deben incluirse también los **avales** a cargo de la sociedad que garanticen deudas personales del administrador o personas vinculadas. Constituyen delito de administración desleal fundamentalmente cuando no hay retribución de la garantía o es por debajo del precio del mercado, o coloca a la sociedad en la imposibilidad de afianzar su propia necesidad de financiación.

Los **usos temporales** que no supongan pérdida o deterioro de la cosa o las desviaciones temporales del dinero, no implican en ocasiones incumplimiento definitivo de entregar o devolver, lo que convierte el hecho en administración desleal si hay perjuicio²⁴.

3. La **jurisprudencia**, vigente el anterior Código penal, sintió la necesidad de abrir la apropiación indebida a campos propios de la administración desleal, al menos en los casos de dinero. Así en STS 14 marzo 1994 (ponente: E. Bacigalupo) se sostuvo que en los casos de apropiación indebida de dinero, no se requiere una acción de apropiación – s.c. incorporación de la cosa al propio patrimonio- ni *animus rem sibi habendi* o ánimo de tener la cosa como propia. La propia sentencia cita como antecedentes las SSTS 20 julio 1993, 24 febrero 1994 y, especialmente, 7 marzo 1994 en que aprecia apropiación indebida en la administración desleal de dinero ajeno fuera del ámbito societario, entendiendo que la mal llamada apropiación indebida de dinero es una gestión desleal. Para dar coherencia a esta tesis, la línea jurisprudencial que comentamos refirió el verbo típico “distraer” al dinero y el “apropiarse” al resto de cosas muebles susceptibles de apropiación. Conforme a esta tesis destinar **dinero** a fines distintos a los adecuados (“distraer”) sin ánimo de apropiación sería conducta típica del delito de apropiación indebida, pese a ser una gestión desleal, sin *animus rem sibi habendi*, que no lesiona la propiedad sino el patrimonio.

²⁴ J.M. GOMEZ BENITEZ, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”,

La génesis²⁵ de esta concepción jurisprudencial se explica frente a un Código penal, el de 1973, que no contiene ninguna figura delictiva de administración desleal al estilo del actual art. 295 dando lugar a interpretaciones muy discutibles, fundamentalmente, en lo relativo a la apropiación indebida de *dinero*.

En efecto, el Tribunal Supremo de forma -a nuestro juicio- arbitraria, pero coherente con lo que ocurre en el Derecho comparado y defiende la doctrina, excluye del delito de apropiación indebida ciertos supuestos de apropiación de dinero e incluye otros. Así, se incluyen el depósito, comisión o administración de dinero porque parece deducirse del texto legal, y excluye el **préstamo mutuo** desde que Pacheco, y en general todos los comentaristas decimonónicos, criticaran severamente su inclusión en el Código penal de 1848²⁶. Se explica esta excepción porque el dinero pasa al dominio del que lo recibe, no sólo por ser el bien fungible por excelencia, sino especialmente porque lo dispone el art. 1753 del Código civil al regular el préstamo mutuo (“adquiere su propiedad”).

Igualmente, porque se entiende que el **depósito irregular** en cuenta corriente, al implicar la entrega de cosas fungibles con transmisión de la propiedad, constituye en realidad un préstamo mutuo (art. 309 del Código de comercio), la jurisprudencia lo excluye también de la apropiación indebida²⁷.

Esta discutible conclusión –volvemos a insistir- se dice venir impuesta por el hecho de que el art. 535 del viejo Código penal incluye el dinero como objeto de apropiación indebida y que el art. 1753 (del Código civil al que remite el 309 del Código de comercio) considera que en el préstamo mutuo, el mutuatario adquiere la propiedad del dinero²⁸ y contra él, el prestamista (o el depositante) sólo tiene un derecho de crédito a utilizar por las vías procesales civiles.

pág. 3.

25 Sobre el origen del problema vid. E.BACIGALUPO, “La administración desleal en el nuevo Código penal”, *passim*.

26 Vid. M. BAJO FERNANDEZ, Cap. IX, NM 89. M. BAJO FERNÁNDEZ/M. PÉREZ MANZANO/C. SÚAREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, Cap. IX, NM 89.

27 Vid. M. BAJO FERNANDEZ, Cap. IX, NM 89. M. BAJO FERNÁNDEZ/M. PÉREZ MANZANO/C. SÚAREZ GONZÁLEZ, Cap. IX, NM 89.

28 Vid. SSTS 9 febrero 1984, 6 julio 1984.

No se le escapa al lector que el argumento es de los que **prueban demasiado** porque, siendo el dinero el bien fungible por excelencia, su propiedad se transmite con la simple *traditio*, de modo que no habría nunca apropiación indebida de dinero ni siquiera el recibido por administración depósito o comisión, sino simple gestión contraria al deber de fidelidad. Lo que carece de fundamento es aplicar el argumento en un caso (préstamo mutuo) y no en los demás (depósito, comisión o administración), sin que sirva de razón que el art. 1753 expresamente señale la transmisión de la propiedad del dinero ya que es una advertencia innecesaria dada la fungibilidad del dinero.

Con anterioridad al Código de 1995 sólo era posible, para otorgar congruencia al problema, la siguiente **opción**: la primera, la creación, como en ese momento ocurría en el Derecho comparado y acontece también hoy en nuestro Derecho, de un delito de administración desleal que incluyera los casos de préstamo mutuo²⁹; la segunda, dar cabida en la apropiación indebida a todos los supuestos de dinero distinguiendo entre el comportamiento de “distraer” referido al dinero y “apropiarse” dirigido a los demás bienes³⁰. Fue esta última tesis la que se adoptó sin percatarse que se convertía en incoherente cuando aparece el delito de administración desleal en el Código penal de 1995.

En síntesis, la línea interpretativa que comienza con la STS 14 marzo 1994 tiende a hacer congruente la apropiación indebida de dinero y corregir la atipicidad del préstamo mutuo³¹ pero es insostenible con el nuevo Código penal de 1995. Sin embargo, en la

29 Como es natural, el juez no puede esperar la iniciativa legislativa para fallar en el asunto encomendado.

30 En la distracción de dinero no se lesiona el derecho de propiedad sino, a lo sumo, el patrimonio o el derecho de crédito, dado que el dinero es bien fungible sin posibilidad de distinción con el resto del dinero del patrimonio del autor. De hecho sólo podría apreciarse el delito en caso de insolvencia, pues de lo contrario, no habría forma de entender consumado el delito de distracción de dinero. En consecuencia, de exigir siempre la insolvencia, estaríamos en presencia de un delito contra el derecho de crédito al igual que el alzamiento de bienes, en el que el desvalor de acción estaría constituido por la deslealtad. Sobre esta cuestión vid. Fundamentalmente A. MANJON CABEZA y N. DE LA MATA.

31 Interesa transcribir las palabras de la STS 14 marzo 1994: “El art. 535 (del anterior Código penal) no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también, en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcance limitado, 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. En esta hipótesis particular no se afecta a la propiedad de cosas mediante apropiación ni la propiedad del dinero pues ello no sería posible dado su carácter fungible. Se trata, por el contrario, de una forma de realización del tipo que requiere un perjuicio patrimonial ocasionado al titular del patrimonio administrado ni al patrimonio del comitente como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas. Por tanto, en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación, el *animus rem sibi habendi* es totalmente innecesario. ... No se trata de un tipo penal estructurado sobre la base de la apropiación sino de la

STS 26 febrero 1998 (caso “Argentia Trust”)³² se sigue manteniendo que el verbo “distrar” del art. 252 del Código penal actual se refiere al dinero, con lesión del patrimonio (no de la propiedad) y concurso de normas en **relación de alternatividad** con el art. 295. Así la “distracción” del art. 252 y la “disposición” del art. 295 contendrían dos elementos muy similares a la estafa: el engaño (la infidelidad) y la lesión del patrimonio³³.

Con la aparición de la administración desleal del patrimonio ajeno en el art. 295 del nuevo Código penal es ciertamente criticable que el Tribunal Supremo pretenda seguir sosteniendo lo que en su momento nació con aplauso de la doctrina para solventar los defectos del viejo Código. No es admisible otra interpretación distinta a la de concebir tanto el “apropiarse” como el “distrar”, -ambos del art. 252 del Código penal- como dos formas equivalentes de disposición de la cosa³⁴ con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, es decir, dos formas del acto dominical de comportarse como dueño de la cosa.

Un sector doctrinal **lleva al extremo** el pensamiento jurisprudencial que criticamos, manteniendo que en el Código penal conviven como manifestaciones de administración desleal, la propia administración desleal del art. 295, la distracción de dinero del art. 252 y la malversación de los arts. 432 y 433. En consecuencia, la distracción de dinero del art. 252, es decir lo que la Ley llama “apropiación indebida” sería un supuesto de administración desleal castigado en el meritado art. 252. Es más, -continúa la presente tesis- incluye todos los casos de administración desleal de dinero castigados en el Código, sin que ni siquiera entre en conflicto con el art. 295 porque éste no se refiere a dinero sino a bienes³⁵. Para este entendimiento, la “apropiación” del art. 252 exige el carácter permanente de la expropiación mientras que la “distracción” del mismo precepto no exige tal permanencia y va referida a la utilización abusiva del dinero³⁶

distracción, es decir, el perjuicio patrimonial ajeno, no se requerirán ni una acción de apropiación ni el animus rem sibi habendi.... Tampoco es necesario que el autor haya incorporado las sumas a su patrimonio, dado que ello no es necesario para producir el daño del patrimonio que se administra en general o en un aspecto puntual por una determinada comisión”.

32 Vid comentario a esta sentencia en sentido crítico T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Algunas reflexiones*, passim; apoyando, M.L. SILVA CASTAÑO, passim. J.A. CHOCLÁN, , passim.

33 Vid. J.A. CHOCLÁN, , passim.

34 Vid. Por todos A. CASTRO MORENO, cit., pág.

35 Vid. E.BACIGALUPO, *La administración desleal*, págs. 527 y 531.

36 Vid. Por todos M.L. SILVA CASTAÑO, págs. 116-117.

Reconocemos la “urgente necesidad de una **reforma** legislativa que introduzca orden” en esta importante materia³⁷ pero disentimos de las tesis jurisprudenciales y sus epígonos doctrinales. **En primer lugar**, el engaño en la estafa se distingue en mucho del acto de distraer (art.252) o disponer (art. 295). El engaño de la estafa es una actividad que produce un error en quien luego realiza el acto de disposición determinante del perjuicio. El engaño de aquéllos otros delitos, por el contrario, no producen ningún error causante de la disposición patrimonial. Si se quiere encontrar algún elemento de engaño en el “distraer” y “disponer” es sólo en lo que tiene de parentesco con la deslealtad o el fraude. Efectivamente, el “engaño” de la estafa o el “distraer” de la apropiación indebida o el “disponer” de la administración desleal son especies de deslealtad, **infidelidad** o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. Por otro lado, la apropiación indebida de ningún modo lesiona el patrimonio sino la propiedad o, a lo sumo, en la apropiación indebida de dinero, el derecho de crédito, porque hay apropiación indebida aunque, desprovista de la cosa, la víctima vea enriquecido su patrimonio (el caso del viejo caballo que tiene valor sentimental)³⁸. La distracción o disposición de **dinero**, de tener algún parentesco, lo tendría con los delitos de insolvencia.

En segundo lugar, somos partidarios de la interpretación histórica en el sentido de que las expresiones “apropiarse”, “distraer” y “negar haber recibido” de la apropiación indebida, son **equivalentes** y van referidas a la incorporación al propio patrimonio (apropiación) de la cosa mediante un acto dominical (expropiación) que implica incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver (enriquecimiento). La tesis jurisprudencial que pretende referir todavía hoy el verbo “distraer” al dinero y el de “disponer” a los demás bienes³⁹, ha sido severamente criticada por la doctrina⁴⁰ por

37 E. BACIGALUPO, *La administración desleal*, pág. 536.

38 Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, Cap. IX, NNMM 40, 41. M. BAJO FERNÁNDEZ/M. PÉREZ MANZANO, Cap. IX, NM 44 A.

39 Vid. SSTS 14 marzo 1994, 30 octubre 1997, 26 febrero 1998. También que la distracción es una forma peculiar de apropiación de bienes fungibles N. DE LA MATA, *Tutela penal*, pág. 186.

40 Cfr., T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Algunas reflexiones*, passim, que considera tal distinción “inadmisibles”. Vid. también A. CASTRO MORENO, pág. 307.

interpretación arbitraria ya que no hay argumento alguno que refiera el verbo “distraer” sólo al dinero⁴¹.

En tercer lugar, si realmente, como pretende la jurisprudencia reciente, la administración desleal se castigara también como delito de apropiación indebida del art. 252 en el supuesto de “distraer” dinero, se estaría **vaciando** el delito de administración desleal del art. 295, por lo menos en lo que se refiere al dinero, y se “estarían castigando más benévolamente las conductas de administración desleal cometidas en el ámbito societario”⁴². En efecto, la administración desleal del art. 295 se limita al ámbito societario, exige la denuncia del agraviado (art. 296) y se castiga con pena de prisión o multa, mientras que la apropiación indebida abarca tanto los bienes sociales como los de titularidad individual, es un delito público y está castigado con penas de prisión que pueden llegar hasta seis años (art. 250), lo que evidencia un trato más severo de la administración desleal del dinero sin que exista razón alguna para proteger este objeto del delito de modo más enérgico que los valores o el resto de bienes muebles. Para evitar este resultado, el Tribunal Supremo acude al mecanismo del principio de alternatividad (art.8.4 del Código penal) cuando la colisión de normas, como hemos visto, sólo admite –a nuestro juicio- la relación de subsidiariedad.

B) Usos ilícitos no dominicales.

Decíamos en su momento que la distinción entre la administración desleal y la apropiación indebida tenía dos extremos: de un lado la apropiación definitiva de la cosa (incumplimiento definitivo del deber de entregar o devolver) y del otro los simples **usos ilícitos no dominicales** que no producen perjuicio.

En este punto, la doctrina discrepa y mantiene posiciones contrapuestas. Para unos la palabra típica **disposición** obliga a integrar en el tipo del art. 295 únicamente los actos de **dominio** (enajenación, gravamen) sin ánimo apropiatorio para diferenciarse del

41 Vid. En términos severamente críticos J.M. GÓMEZ BENITEZ, *De nuevo*, pág.2. M.L. SILVA CASTAÑO, *Consolidación*, passim, apoya la posición jurisprudencial.

42 T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Algunas reflexiones*, pág.9.

delito de apropiación indebida⁴³. En contra, otro sector doctrinal, sostiene que, como acontece en derecho francés y alemán, la expresión “disponer” también incluye el **usar** (posesión u disfrute de) la cosa⁴⁴.

Hemos señalado ya en su momento que tan **actos de dominio** son los de enajenación y gravamen como los de posesión, uso y disfrute. La expresión **usos ilícitos no dominicales** ha de referirse necesariamente a otra cosa, en concreto, a los actos sobre la cosa realizados no en concepto de dueño y con ánimo de reponer o, en su caso, de entregar o devolver.

A mi juicio, en este asunto se produce un problema semántico, en el sentido de que se discute sin que antes se haya convenido qué se entiende por “acto de dominio” y “uso no dominical”⁴⁵.

En contra de la segunda posición, la que incluye el uso o la utilización, se sitúan quienes oponen los actos de **enajenación y gravamen**, como genuinos acto de disposición, a los de **posesión y disfrute**. Así se ha dicho que incluir en el art.295 también los actos de posesión y uso produciría consecuencias absurdas ya que podría abarcar, por ejemplo, el caso de la utilización de una máquina de escribir por parte del administrador para escribir una carta personal⁴⁶. Pero, a mi juicio esta **crítica** podría dirigirse igualmente a aquella tesis que limita el tipo a los primeros actos de dominio, porque debería incluirse en la norma el caso del administrador que toma de la caja una moneda de cien pesetas para la máquina del café.

Entiendo que estos supuestos de menor entidad, en la medida en que el Código no ha hecho distinciones entre delito y falta ni puesto límites de impunidad en función de cuantías, tienen que solucionarse en virtud del principio de la **adecuación social típica** invocada por el propio Castro al advertir que la doctrina mercantil no considera desleal

43 Así **A.** CASTRO MORENO, pág. 298 y 294 y ss. Quien cita, además, como sustentadores de la misma postura a Gómez Benítez y Martínez-Buján.

44 **P.** FARALDO CABANA, pág. 570. **J.** GARCIA DE ENTERRIA, pág 96.

45 Ya de entrada carece de sentido hablar de una enajenación sin ánimo apropiatorio.

46 **A.** CASTRO MORENO, pág. 294.

utilizar el teléfono para una cuestión particular o emplear el botones para un asunto privado⁴⁷.

Pensamos que, a efectos de la solución de este extremo, pueden utilizarse tres instituciones previstas por la Ley. En primer lugar, cabe entender que estas minucias no son “**económicamente valubles**” como exige el art. 295. En segundo lugar, puede el juez, a su arbitrio, imponer una simple pena de multa del tanto. Por último, está en manos del agraviado perseguir o no el hecho conforme a lo dispuesto en el art. 296.

La cuestión semántica consiste en que se utiliza el vocablo “dominio” de distintas maneras. En realidad, los penalistas cuando describimos un delito patrimonial o económico, con un **acto de dominio** nos referimos al hecho de comportarse como si fuera dueño sin serlo. De ahí, que la pretendida enajenación o gravamen sobre la cosa, realizados por quien no es dueño, puede tener eficacia jurídica (contractual, registral, etc.) o no, y en ambos casos pueden ser actos de dominio a efectos del delito. En otros casos, el hecho es extremadamente equívoco como sería el caso del administrador que toma dinero de la caja social. Saber si este comportamiento es un autopréstamo punible o no, y de ser digno de castigo, si lo es por apropiación indebida o administración desleal, depende en muchas ocasiones del elemento subjetivo. Y, en unos casos, será un acto de dominio justificado y, en otros, punible, o, por fin, puede ser un **uso ilícito no dominical** punible si causa un perjuicio.

Pues bien, entendemos por **acto (ilícito) dominical** aquél, propio del dueño, realizado con incumplimiento definitivo del deber de entregar o devolver y con el ánimo de no entregar ni devolver, quedando claro que pueden ser actos dominicales tanto los de enajenación o gravamen como los de uso, posesión o disfrute; y por **uso (ilícito) no dominical** aquél acto que se realiza, no en concepto de dueño, sin que implique incumplimiento definitivo de entregar o devolver o, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver.

⁴⁷ A. CASTRO MORENO, pág. 295.

A nuestro juicio, el **uso ilícito no dominical** nunca constituye apropiación indebida. Pero, si se produce perjuicio es, en la mayoría de los casos, una **administración desleal** del art. 295.

Hay supuestos expresamente incluidos en el art. 295 por toda la doctrina, a los que se puede aplicar la etiqueta de “uso ilícito no dominical” como los autopréstamos, los avales de la sociedad sobre operaciones particulares del administrador, las comisiones indebidas abonadas por la entidad administrada etc.

El límite está en el uso ilícito (no dominical) sin **perjuicio ajeno** que deviene impune.

2. **Contraer obligaciones a su cargo**

La conducta de **contraer obligaciones** a cargo de la sociedad (se entiende, con abuso de las funciones propias de su cargo, en beneficio propio y con perjuicio social, al igual que la conducta anterior), puede entenderse de formas distintas.

Si se equipara a la **contracción de cargas**, coincide con el comportamiento de disponer de bienes de la sociedad. En efecto, gravar un bien (hipoteca, prenda) es, conforme a doctrina unánime, “disponer” de él, con lo que hipotecar un bien social por parte del administrador, constituiría delito en la modalidad de disponer y en la de contraer obligaciones.

De ahí que haya surgido una posición estricta que remite los actos de gravamen a la conducta de “disponer” y restringen la de “contraer obligaciones” a los casos en que la entidad se coloque en posición de **deudor**⁴⁸. Debe de existir una relación jurídica obligacional entre la entidad y un tercero como ocurre en los casos de **afianzamiento o aval** por parte de la entidad de las deudas del administrador o de un tercero con él relacionado.

⁴⁸ A. CASTRO MORENO, págs. 350-351.

Bibliografía: L. ARROYO ZAPATERO, *Los delitos societarios en el Proyecto de 1992*, en *Estudios de Derecho penal económico*, Castilla-La Mancha, 1994; el mismo, *Delitos socioeconómicos*, en *Estudios de derecho Judicial*, Madrid, 1996. E. BACIGALUPO ZAPATER, *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y español)*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Homenaje al Prof. K. Tiedemann*, Madrid, 1995; el mismo, *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*, en el mismo, (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998; el mismo, *La administración desleal en el nuevo Código penal*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 69/1999. M. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial) Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987; A. CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, Madrid-Barcelona, 1998. C. CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, 1997. J.A. CHOCLÁN, *Acerca de la mal llamada "apropiación indebida" de dinero*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 335/1998 (de 26 de marzo). J. DIAZ MAROTO, *Los delitos societarios en la reforma penal*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Homenaje al Prof. K. Tiedemann*, Madrid, 1995. P.FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996; la misma, *Los negocios de riesgo en el Código penal de 1995*, *Estudios Penales y Criminológicos XIX*, Santiago de Compostela, 1996; la misma, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000. FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 1998. M. GARCÍA ARÁN, *Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal*, en *Economist&Jurist*, 17/1996. J.GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996. V. GIMENO SENDRA, *Los delitos económicos en el nuevo Código penal*, *AJA* nº 249/1996. J.M. GÓMEZ BENITEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal (Títulos VIII y V)*, en *ADPCP*, 1980; el mismo, *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, *La Ley* nº 4237, de 26 febrero 1997; el mismo, *De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*, en *La Ley*, nº 4680, 26 noviembre 1998. E. GONZÁLEZ VIZCAYA, *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*, *Actualidad Penal* 10/1997. R.HERMOSILLA, BUFETE, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Madrid, 1996. C. JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos societarios y contra los consumidores*, en *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1/1996. J.A. MARTIN PALLIN, *Los delitos societarios*, en

Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1996. J.M. MARTINEZ-PEREDA, *Los delitos societarios*, en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Madrid, 1996. C. MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito societario de administración fraudulenta*, en *Estudios Penales y Criminológicos XVII*, Santiago de Compostela 1994. C. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico - Parte General*, Valencia, 1998. N. DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, 1994. A. MORENO CANOVES/F. RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996. F. MUÑOZ CONDE, *Delitos societarios*, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coords), *La reforma de la justicia penal* (Estudios en Homenaje al Prof. K.Tiedemann), Castellón de la Plana, 1997. A. NIETO MARTIN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996. E. POLO VEREDA, *Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos*, *La Ley*, nº 4531, 30 abril 1998. T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997; la misma, *Algunas reflexiones acerca de la sentencia del "caso Argentia Trust" STS 26 febrero 1998*, en *RJA*. G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, en *ADPCP*, 1984. L. RODRIGUEZ RAMOS, *Los nuevos delitos pseudo societarios*, en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, abril-mayo 1996. B.DEL ROSAL BLASCO, en VIVES, *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996; el mismo, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998. M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, Pamplona, 1996. M.L. SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, 1997; la misma, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: arts. 252 a 254 del Código penal*, en E. BACIGALUPO, (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998; la misma, "Consolidación de la interpretación del delito d apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno", en CANCINO (Ed.), *El Derecho penal español de fin de siglo, Estudios en Homenaje a E. Bacigalupo*, Bogotá, 1999. C. SUAREZ GONZALEZ, en G.RODRÍGUEZ MOURULLO/A.JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997. J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios*, en *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995; el mismo, *Los delitos económicos*, en B.DEL ROSAL (Ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Valencia, 1997. J.M. VALLE MUÑIZ, en G.QUINTERO OLIVARES/J.M.VALLE MUÑIZ (Ed.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Pamplona, 1996.