

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL ANTE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EVOLUCIÓN Y PRÓXIMA REFORMA LEGISLATIVA

Manuel-Jesús Dolz Lago
Fiscal del Tribunal Supremo

RESUMEN

En la presente ponencia, se estudia el delito societario de administración desleal tanto desde la perspectiva de lege data como de lege ferenda.

De lege data, regulado en el actual art. 295 CP, a la vista de la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, con objeto de diferenciarlo del delito de apropiación indebida del art. 252 CP y resolver los casos prácticos planteados en torno a la tipificación penal de las conductas infractoras tanto propias como afinity.

De esta forma, siguiendo el esquema conceptual que impone la dogmática penal en el análisis de los tipos penales, desde la perspectiva de la Parte General del Derecho Penal, se analiza el tipo objetivo (sujetos, conducta típica, acción, pena, responsabilidad civil), tipo subjetivo y aspectos concursales con delitos afinity.

De lege ferenda, ante la anunciada reforma del CP que representa el Proyecto Ley de reforma del CP publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 66-1, de 4 octubre 2013, Serie A, Proyecto de Ley, en la que se deroga el artículo 295 CP (administración desleal) como tal delito societario para integrar esa conducta en un nuevo delito de administración desleal como modalidad del delito patrimonial (art. 252 CP) diferenciándolo del delito de apropiación indebida y de los delitos de malversación, se analiza, igualmente, la problemática del delito de administración desleal desde esta perspectiva.

En este análisis se critica dicha reforma por extraer de los delitos societarios esta conducta, bajo la óptica del bien jurídico protegido y conducta típica, con independencia de considerar acertada una figura específica de administración desleal para patrimonios individuales y no solo societarios.

Igualmente, se exponen las críticas al prelegislador vertidas en los informes preceptivos tanto del CGPJ como del Consejo Fiscal, que contemplan el Derecho Comparado, con especial referencia, al Derecho Alemán, en el que se inspira la reforma.

PONENCIA

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL ANTE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EVOLUCIÓN Y PRÓXIMA REFORMA LEGISLATIVA¹

Dr. Manuel-Jesús DOLZ LAGO
Fiscal del Tribunal Supremo

(Jornada sobre el delito de administración desleal. Regulación vigente y perspectivas legislativas, dirigida por Ilmo. Sr. D. Antonio ROMERAL MORALEDA, Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y Criminalidad Organizada, CEJ, Madrid, 26 marzo 2014)

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. SUS ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS RESPECTO DE LOS DELITOS DE ESTAFA Y APROPIACIÓN INDEBIDA. 3. EL TIPO OBJETIVO. 3.1. LOS SUJETOS DEL DELITO. 3.1.1. El sujeto activo. 3.1.2. El sujeto pasivo. 3.2. LA CONDUCTA TÍPICAL. 3.2.1. La acción típica: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad como alternativa a la contracción de obligaciones. 3.2.2 El abuso de confianza como presupuesto para su configuración. 3.2.3. El objeto de la acción. 4. EL TIPO SUBJETIVO. 5. SUPUESTOS CONCURSALES. 6.- APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

Artículo 295 CP: *«Los administradores de hecho o de derecho o los socios que 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 esta 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».*

¹ Ponencia basada en el libro de SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando y DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal, y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. 3ª edición. 2013. Editorial La Ley, Madrid, 1517 páginas, a cuyo texto y extensa bibliografía nos remitimos.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS^{355 bis}

^{355 bis} Se advierte que el Anteproyecto de reforma del CP aprobado por el Gobierno en sesión de fecha 11 octubre 2012, que se publicó como Proyecto Ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 66-1, de 4 octubre 2013, Serie A, Proyectos de Ley, reubica el delito de administración desleal según el apartado centésimo trigésimo tercero, en el art. 252, que se incluye en la Sección 1 bis del Capítulo VII (De las insolvencias punibles) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) del Libro II, y que la Disposición derogatoria única, punto 2.º, deroga expresamente el art. 295 CP (delito societario ubicado en el Capítulo XIII (De los delitos societarios) del Título XIII del Libro II CP, ya indicado. A propósito de ello, dado que la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en su apartado XIV y posterior del Proyecto Ley, en apartado XVII, se refiere a esta cuestión. Se reproducen ambas Exposiciones de motivos porque difieren en su redacción:

a) Exposición de motivos del Anteproyecto. XIV. Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1bis «de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

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

De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el art. 252 Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o «distracción» de dinero o valores patrimoniales.

Con la finalidad de poner fin a esa situación, se opta por incluir dentro de los delitos contra el patrimonio, pero fuera de los delitos societarios, un tipo penal de administración desleal que sanciona los actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial. La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro.

Se incluyen, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trata de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

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

aplicación a fines particulares de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública con perjuicio para la causa o el servicio públicos, aunque no llegue a producirse un perjuicio patrimonial efectivo.

b) Exposición de Motivos del Proyecto Ley. XVII

Se introduce, dentro del capítulo VI del título XIII, una nueva sección 1 bis «de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o «distracción» de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, «cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio»; y administración desleal, «cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado», supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo

enriquecimiento del sujeto activo. □ La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de

cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

La reforma supera además la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado).

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

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

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

c) Nuevo texto del art. 252 CP introduciendo el delito de administración desleal.

«DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL»

En Anteproyecto, Centésimo trigésimo tercero. En Proyecto Ley, Centésimo quincuagésimo segundo. Se modifica el art. 252, que se incluye en la Sección 1bis del Capítulo (en Anteproyecto, VII) VI (en Proyecto Ley) del Título XIII del Libro II, y que tendrá la siguiente redacción:

«1. Serán punibles con las penas del art. 249 ó, en su caso, con las del art. 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

(3). Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. (Se suprime en el Proyecto Ley)

3. (4). Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros.»

d) Derogación del delito societario del art. 295 CP

Disposición Derogatoria Única (texto del Proyecto Ley, que modifica al del Anteproyecto, al añadir en la derogación de artículos el 431, 445 y 445 bis, y los apartados 3º y 4º)

1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. Se derogan los arts. 89, 295, 299, 431, 445, 445 bis, 552, 555 y el número 2 del art. 607 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

3. Se suprime el título XIX bis del Libro II del Código Penal.

4. Se deroga el artículo 24 de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.

5. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo previsto en esta ley orgánica.

En síntesis, se deroga el art. 295 de administración desleal en delitos societarios para introducirlo en el nuevo art. 252 CP (anterior apropiación indebida), con objeto de comprender la administración desleal no sólo en el ámbito de las sociedades mercantiles sino del patrimonio de un tercero, haciéndose una revisión del delito de apropiación indebida —arts. 253 y ss.— (distinguiendo la apropiación con quebrantamiento del deber de confianza o sin este quebrantamiento) y del delito de malversación —cfr. art. 432 y ss. CP— (introduciendo una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos).

2. ¿Es necesaria la permanencia del delito societario del art. 295 CP ante su proyectada derogación por el Anteproyecto?

El actual art. 295 del CP, en calidad de delito societario, dispone lo siguiente.

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

En este breve comentario del PLRCP 2013 (antes, ACP 2012) sobre esta materia, nos preguntamos si se debía mantener vigente el precepto, a pesar de la introducción de un delito de administración desleal en el art. 252 CP para la gestión del patrimonio de un tercero, ya que en el caso del art. 295 CP estaríamos en presencia de estas conductas en el ámbito societario y regiría el principio de *lex specialis* para su aplicación, conforme al art. 8.1 CP, en el supuesto de concurso de leyes.

Las razones que abonan esta tesis son las siguientes:

a) Sujetos activos

El delito societario del art. 295 CP, calificado como delito especial propio, es más preciso que el proyectado art. 252 CP, para el ámbito societario, dado que se refiere a «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación...».

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

Con el nuevo tipo proyectado pueden quedar fuera del mismo sujetos que actualmente estarían comprendidos, como los administradores de hecho o los socios de cualquier sociedad en formación, que parecen no encajar en la nueva delimitación del sujeto activo que hace el art. 252.1.º CP.

Puede invocarse que el n.º 2 del art. 252 CP, al añadir en el círculo de los sujetos activos a los que tengan encomendados el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos (...) «derivado de una especial relación de confianza» sería comprensivo de todos los supuestos del actual art. 295 CP, pero pensamos que la nota de «ajenidad» de los intereses patrimoniales no podría invocarse que concurre para un socio de la propia sociedad perjudicada, ya que el patrimonio de esa sociedad no le es ajeno al ser también suyo en la participación de capital que tuviera suscrita.

b) Conducta típica

El actual art. 295 CP, en el ámbito societario, parece que es más amplio que el proyectado art. 252 CP

Para la STS -2.ª- 757/2004, de 11 julio, el art. 295 abarca dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función de administrador; b) Las causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. En similar sentido, SSTS —2.ª— 1181/2009, de 18 noviembre y 625/2009, de 17 junio.

Las fronteras entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal como delito societario, vienen establecidas por la jurisprudencia en función a si el administrador se ha excedido de sus competencias, en cuyo caso si se produce distracción de dinero estaríamos en presencia del delito de apropiación indebida, o no hay exceso de las funciones del administrador, en cuyo caso estaríamos ante el delito societario.

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

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

En este sentido las sentencias de esta Sala de 2.11.2004 y 26.2.98, declaran que ha de ser

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995,

(SSTS. 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2. y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005, 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que “en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”. STS 31.1.2005.

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

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

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

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

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

lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

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

Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002 Caso Banesto y 71/2004 Caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo.

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

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

En conclusión, si el delito societario del art. 295 CP actual es diferente a la apropiación indebida, lo que en palabras de la jurisprudencia representa que **“es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal”**, tenemos que preguntarnos que si proyectado delito de apropiación indebida del art. 252 CP abarca también estas conductas o no.

Ciertamente, podría pensarse que el proyectado art. 252.2.º CP abarcaría estas conductas, en cuanto dice que “Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”.

Pero es necesario reflexionar y a ello se invita con este pequeño comentario, si sería más conveniente mantener el delito societario de administración desleal del art. 295 CP, porque el bien jurídico protegido en el mismo, como en los demás delitos societarios excede del ámbito exclusivamente patrimonial ya que, como indica Sequeros, al referirse a los delitos societarios

“subyace en todos ellos una concepción tuitiva del sistema socioeconómico en general y particularmente del orden económico, dada la relevante función que las sociedades desempeñan en él (...)”.

Finalmente, aspectos sistemáticos aconsejarían mantener el actual Capítulo XIII De los delitos societarios del Título XIII, en su integridad, sin derogar el art. 295 CP, que recoge una conducta especialmente reprochable en el ámbito societario, sin que sea conveniente diluirla en el proyectado delito de apropiación indebida de administración desleal, que es más genérica al afectar tanto a la gestión de patrimonios individuales como societarios.

Un primer comentario al nuevo delito de administración desleal anteproyectado en MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El nuevo delito de administración desleal”, diario *La Ley* núm. 8046, 19 marzo 2013.

Por otra parte, sobre el Anteproyecto citado, se han emitido sendos informes tanto del CGPJ en fecha 16 enero 2013 como por parte del Consejo Fiscal en fecha 8 enero 2013, que han tenido escaso o nulo eco en el Proyecto Ley.

El Consejo General del Poder Judicial en su sesión de fecha 16 enero 2013 aprobó un informe crítico sobre el Anteproyecto citado, en el que se postulaba el mantenimiento del art. 295 CP, con independencia de la punición de la administración desleal de patrimonio individual. En el citado informe, que contiene votos particulares, en síntesis, se dice lo siguiente: “La idea general de la reforma, en cuanto a la extensión de la administración desleal a supuestos ajenos al ámbito societario merece una valoración positiva, lo que no obsta para que la forma concreta en que la reforma pretende plasmar esa buena idea general padezca importantes deficiencias técnicas. Además, La creación de un tipo genérico de administración desleal no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico. Podrían coexistir perfectamente un tipo genérico de infidelidad con otro agravado para al ámbito societario (ambos, con menos pena que la apropiación indebida), al estilo de lo que pretendió en su día el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, en el que cohabitaban un tipo genérico de Untreue —§ 263 AE—, con el tipo societario agravado de Mißbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse —§ 183 AE—. Las referencias a estos tipos del Proyecto alemán es procedente, por cuanto los tipos de abuso de poderes y de deslealtad que el Anteproyecto propone incorporar a nuestro Código Penal siguen el modelo del vigente Código penal alemán.

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

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

Respecto a la amplitud del tipo de deslealtad (art. 252.2 Anteproyecto) cabe indicar que antes de copiar el tipo alemán —Treubruchstatbestand— para traerlo a nuestro Código Penal, el prelegislador debería haber reparado en el origen histórico de este tipo genérico y en las razones por las que actualmente continúa vigente en Alemania, a pesar de las contundentes y generalizadas críticas que siempre ha suscitado desde el punto de vista del principio de legalidad (taxatividad). Este es un paso previo imprescindible para poder valorar adecuadamente la oportunidad de su trasposición al ámbito español.

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

En cuanto a la razón por la que actualmente sigue vigente este tipo penal en los mismos términos que en 1933, según la doctrina alemana la respuesta está vinculada a la peculiar configuración de las estructuras empresariales en la legislación mercantil alemana que, como es sabido, junto al órgano de administración —que goza obviamente de los poderes de gestión y representación social y cuyos miembros, por tanto, si abusan de esos poderes pueden incurrir en el tipo de abuso de poderes—, contempla también la existencia en las sociedades del Consejo de Vigilancia, cuyos miembros

carecen de poderes sociales y, que, por tanto, no pueden incurrir en la modalidad de abuso de unos poderes de los que carecen. Por ello, en Alemania se ha considerado que el mantenimiento de este segundo tipo genérico de infidelidad, construido sobre la mera infracción de deberes de custodia del patrimonio que se debe salvaguardar, es útil actualmente para sancionar a los miembros de los Consejos de Vigilancia que, por omisión, infringen sus deberes, haciendo así posible la producción de un perjuicio a la sociedad.

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

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

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

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

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

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

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

administración desleal con ánimo de lucro (misma pena, pero en su mitad superior).

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

Por su parte, el Consejo Fiscal en su reunión de fecha 8 enero 2013, en el que informó sobre el Anteproyecto de reforma del CP remitido por el Gobierno, después de acoger favorablemente al nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP, con la derogación del art. 295 CP, expresaba las siguientes observaciones críticas al texto: “Ahora el Anteproyecto propone la derogación del art. 295 CP y el desgajamiento de las conductas de distracción de la apropiación indebida creando un tipo autónomo y general de administración desleal, donde se recogen tanto las conductas de abuso extensivo e intensivo del poder de disposición por parte del administrador. Con ello se retoma la idea que figuraba en el Proyecto de reforma de 2007, cuyo art. 254 bis pretendía la creación de un tipo de administración desleal general. Se discute si todos los supuestos del actual art. 295 estarían incluidos en el nuevo tipo de administración desleal. Creemos que sí, porque la administración de hecho del art. 31 CP sigue siendo aplicable al nuevo tipo, y porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apoderamiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común es ajena en todo lo que excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981). De hecho en Alemania se han ido derogando los tipos especiales de administración desleal en el ámbito mercantil por entender que se solapaban con el tipo básico. La doctrina de aquel país solo se ha planteado si quedan suficientemente protegidos entonces los acreedores. En este sentido ha de tenerse en cuenta que gran parte de los tipos patrimoniales que se modifican en el Anteproyecto lo son para reforzar los derechos de crédito de los acreedores.

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

1) Las relaciones entre los tipos de los apartados 1 y 2. La descripción típica de los apartados 1 y 2 sigue excesivamente de cerca la jurisprudencia reseñada anteriormente, pensada para la delimitación entre los vigentes arts. 252 y 295 CP, pero más problemática cuando se utiliza para describir la esencia del nuevo tipo de administración desleal. El apartado primero se refiere a facultades derivadas de la ley, de la encomienda de la autoridad o surgidas de un negocio jurídico, en las que se produce un exceso de las mismas con un daño patrimonial derivado de ese ejercicio excesivo o abusivo; en el apartado segundo, sin embargo, el núcleo típico reside en el quebranto de un deber surgido de las fuentes antes citadas, al que se añade una especial relación de confianza, quebranto del que surge un perjuicio patrimonial en los intereses del titular —intereses a los que no se hace mención en el apartado primero—. Así, parece que el primer apartado se refiere a lo que la jurisprudencia denomina exceso extensivo (el autor actúa fuera de lo que le específicamente le permite su título) y el segundo a lo que llama exceso intensivo (el sujeto actúa dentro de sus competencias pero de modo desleal e infiel), ahora, ambas, formas de administración desleal de un patrimonio ajeno. Pues bien, en el derecho comparado, los esfuerzos por separar los tipos de administración desleal y apropiación indebida han llevado a defender dos teorías. Una de ellas, denominada ‘teoría del abuso’ ha visto el núcleo del tipo de administración desleal en el uso abusivo de un poder de representación; la otra, apelada “teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad”, ha puesto el acento en la lesión del deber de fidelidad, que al autor le incumbe por diferentes motivos, de proteger un patrimonio ajeno. El legislador alemán, en el reseñado parágrafo 266, unificó ambas doctrinas, en un tipo que procede de 1933. Esto era necesario porque, dada la amplia redacción del tipo, se imponía una interpretación restrictiva. Así, a la idea de abuso va unida la de un poder de disposición sobre un patrimonio que sobre el mismo corresponde a su titular; a la de infracción del deber, la vinculación de ese poder a los intereses del titular del patrimonio. Unificar ambas teorías significa que la acción consiste siempre en una disposición o creación de obligaciones jurídicamente eficaces más allá de la relación establecida, lo que equivale a una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre el dueño del negocio y el autor: el cumplimiento de un “poder” jurídico lesionando un “deber” jurídico. La consecuencia es que el tipo de abuso (párrafo 1) es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, de modo que el primero requiere también la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial. Para la doctrina mayoritaria alemana y la jurisprudencia de ese país, es la única forma de evitar un desbordamiento típico del parágrafo 266.

En la regulación portuguesa, también fuertemente influenciada por la alemana, sucede lo mismo. La administración desleal supone una relación de confianza, la preexistencia de un deber de fidelidad en el administrador. Y además el agente debe hacer algo que puede hacer hacia fuera pero que no debe hacer hacia dentro de la relación que le une al dueño: un ultrapasaje desde lo jurídicamente permitido hacia lo jurídicamente posible, pero que no se debe hacer. En la redacción del Anteproyecto, la existencia de dos apartados diferentes con requisitos en parte diferentes, va a dificultar esta visión unitaria de la administración desleal, con el peligro de un desbordamiento en la aplicación de la regulación. La conclusión es que sería preciso refundir ambos apartados en uno solo, con elementos comunes.

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

3) La actuación con ánimo de lucro. El párrafo tercero afirma que las penas se impondrán en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. El problema que se plantea es el de si la referencia al ánimo de lucro es a la vez una mención al ánimo de apropiación del autor o no. Dicho de otro modo, suponiendo el ánimo del lucro la persecución de cualquier ventaja patrimonial, no queda claro si el tipo se refiere exclusivamente a lo que se denomina apropiación indebida de uso (o usos ilícitos no dominicales), como los autopréstamos fuera de las facultades del administrador con intención sería de devolución, usos temporales del patrimonio que no supongan pérdida o deterioro del mismo y desviaciones temporales de uso del dinero, o si también incluye los casos de auténtica apropiación por parte del administrador de activos patrimoniales del titular. Ciertamente, de no estar incluidos más que los primeros, la mayor parte de los casos de apropiación serían penados con la misma pena por el 253 CP del Anteproyecto (siempre que sean cosas muebles), pero dado que el nuevo tipo de malversación de caudales públicos del art. 432 CP del anteproyecto se refiere sólo al art. 252 y no al 253, es preciso aclarar —aunque una interpretación sistemática apunta a que la intención del prelegislador es la de incluir tanto los actos de auténtica apropiación del gestor como los de uso ilícito no dominical— si el 252.3 se refiere solo al ánimo de lucro o al ánimo de lucro y al ánimo de apropiación.

4) El concepto de perjuicio en el Anteproyecto. La mención que realiza la Exposición de Motivos a que *La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado*, nos parece altamente perturbadora y debería suprimirse. Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible

Como en anteriores ocasiones hemos puesto de relieve, el sentir de la jurisprudencia y la doctrina se había manifestado unánimemente sobre la necesidad de que se incorporara al Código penal un precepto actualizado que supliría las deficiencias, hasta ese momento, puestas de manifiesto por las trasnochadas previsiones de los textos precedentes, que habían mostrado su inoperancia para sancionar conductas acometidas a través de mecanismos difíciles de acomodar en los clásicos delitos contra la propiedad hasta entonces previstos (estafa y apropiación indebida, principalmente)².

A diferencia de lo que acaecía en otros países de nuestro entorno³ que ya habían incorporado la figura

en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado. Una cosa es que el daño típico pueda concretarse bajo la forma de la asunción de un riesgo. Será así en los casos en que la celebración de un “negocio de riesgo” termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla de “creación de peligro dañosa” (schädigenden Gefährdung) o de “daño de riesgo” (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, y otra distinta que la puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU). Sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación. Este, como otros tantos (grado de esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión, problema de los negocios jurídicos inválidos que atribuyen la administración), es un tema cuyos límites han de dejarse a la jurisprudencia, sin que el legislador pueda pretender una interpretación auténtica que no viene insinuada claramente por el texto de la norma, que configura el tipo como uno de resultado y no como uno de peligro».

² Así lo destacan: FARALDO CABANA, DÍAZ ECHEGARAY, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, BAJO FERNÁNDEZ, TERRADILLOS BASOCO, CONDE-PUMPIDO, MARTÍNEZ PÉREZ, MORENO CANOVES y RUIZ MARCO, CASTRO MORENO, MARTÍNEZ-BUJAN (*passim*).

La Jurisprudencia, en tal sentido, había mantenido la misma necesidad. Así en SSTs de 23 de junio de 1973, 17 de marzo de 1981, 30 de marzo de 1993 o 29 de enero de 1991. La primera había puesto de manifiesto la imposibilidad de sancionar otros hechos fraudulentos cometidos por los administradores de las grandes empresas, que los expresamente tipificados en el Código, a resultas del perjuicio económico causado ellas o a sus socios. La última de las sentencias citadas se pronunciaba concretamente en el sentido de que «Los supuestos de administradores fraudulentos, no puede integrar los tipos de estafa ni de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, si no perjuicios que afectan al patrimonio en general y no a la propiedad de cosas determinadas».

³ Así Francia: *L'Abus des biens et du crédit*: art. 437.3.º de la Ley de 24 de julio de 1966; *L'Abus des pouvoirs sociaux*: art. 437.4.º de la misma Ley, respecto a las Sociedades Anónimas. Delitos contemplados en la misma ley, para las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 425.4 y 5), Comanditarias (art. 480) y Sociedades en liquidación (art. 488.1), así como en otras leyes, como particularmente, en el art. 241.6.3.º de la Ley de 10 de septiembre de 1947, que tipifica el delito de administración desleal de las Sociedades Cooperativas.

Igualmente en Italia, el art. 136 del Decreto Legislativo 385/1993, de 1 de septiembre: *Testo Unico in Materia bancaria e crediticia*, que recoge la prohibición de contraer obligaciones y concluir contratos de compraventa entre las entidades financieras y sus administradores *Obbligazioni degli esponenti bancari* (art. 136) y Codice Civile: arts. 2621 al 2624.

Así como otros países: Alemania (& 266 StGB); Portugal (art. 244 CP); Austria (art. 153 St GB.) o Suiza (art. 159 CP).

(Para mayor información pueden consultarse la exhaustiva monografía de CASTRO MORENO, A., que bajo el título *El delito societario de Administración desleal (art. 295 CP)* dedica al estudio de esta figura

del delito de *administración desleal*, nuestro ordenamiento punitivo, hasta 1995, seguía aferrado a los viejos patrones, limitándose a sancionar los supuestos en que el abuso de confianza determinaba una ilícita apropiación: siguiendo la pauta de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la forma jurídica y no a las verdaderas relaciones de poder conectadas con la realidad económica⁴.

Aunque el Código penal derogado no contemplaba la regulación del delito de administración desleal, sin embargo el de 1928 recogía en su art. 734 un comportamiento delictivo similar, a caballo entre el delito actual de falsedad de cuentas y balances del art. 290 y el comentado, estableciendo que «*El miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad Anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas sociedades, que en sus noticias, comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de Accionistas, consignase, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de 5.000 a 20.000 pesetas*».

Dicho precepto que no se incluyó en los códigos de 1931 y 1944, estuvo sin embargo presente en los diversos trabajos legislativos que culminaron con el PCP de 1994, estableciendo en su art. 296 que: «*Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que, con abuso de confianza, causaran un perjuicio a la sociedad o a alguno de sus socios, en beneficio propio, de algún socio o de tercero, serán castigados con la pena de prisión de seis a cuatro años, o multa de doce a veinticuatro meses*». Precepto que definitivamente se incorporaría al Código de 1995 con el mismo ordinal y con algunas matizaciones, particularmente: ampliando su cobertura al extenderla a los administradores de las sociedades en formación; sustituyendo la fórmula de «*abuso de confianza*» por la más propia de «*abuso de las funciones propias de su cargo*» concretando el marco de la acción a los actos de «*disposición fraudulenta o contracción de obligaciones*», que en su precedente ni siquiera se apuntaban, y dilatando, finalmente, la protección de los posibles perjudicados, más allá de «*la sociedad y los socios*», a los que se refería el precepto en su primera redacción, a «*los depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados*»⁵.

La administración desleal que se sanciona en el Código penal es, en todo caso, un delito societario por reducción a la entidad en la que se inscribe la conducta de los administradores. Como observa BACIGALUPO ZAPATER: dicha conducta puede ser merecedora de pena inclusive fuera del ámbito societario ya que «no hay razón para que la deslealtad del administrado sólo sea punible cuando perjudique a una sociedad, pero no lo sea cuando el patrimonio administrado pertenezca a una persona individual». Y es que en efecto no existe justificación para que la administración desleal desplegada en el seno de una sociedad tenga que ser diferente de la llevada a cabo respecto al patrimonio de una persona

delictiva y particularmente sus páginas 23 a 174, en las que analiza el Derecho comparado, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998).

⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal. Parte especial*, VV.AA., Valencia, pág. 162.

⁵ Así el PLOCP de 1980, disponía en su art. 1980 que: «*Los administradores, que en perjuicio de los socios, utilizaren el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa, en la que directa o indirectamente, estuvieren interesados serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyere delito más grave*».

El art. 297 PANCP de 1983 establecía: «*1. Los administradores o directores, que en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios cuentapartícipes o titulares de los valores capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrayeren obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de 6 a 24 meses, salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el art. 247.*

2. Las penas previstas en el párrafo anterior se impondrá en su mitad superior, cuando los hechos fueron cometidos por administradores o directores de empresas públicas».

El art. 302 PCP de 1992 disponía: «*1. Los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, que en beneficio propio de un tercero, y con perjuicio de la sociedad o de cualquiera de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes valores o capital que administren, dispongan de éstos o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años. 2. La pena se impondrá en su mitad inferior, si el administrador utilizase el capital o bienes de la sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior*».

individual, hasta tal punto de que el carácter singular o plural del sujeto pasivo, como persona individual o integrado en una sociedad, no debería ser suficiente para regular tipos diferentes al tratarse de un delito cuyo centro de gravedad es el daño que pueda ocasionarse a un patrimonio con independencia de quién sea su titular⁶.

En cualquier caso, con la incorporación del delito de administración desleal, como figura autónoma, se satisfacen por sí solos los planteamientos de política criminal que la promocionaron y que se hubieren visto culminados, en todo caso, con su sola previsión, unida, a lo sumo, a la supervivencia del delito de falsedad de cuentas y balances prevista en el art. 290 CP sin necesidad de la adición de los restantes tipos societarios, cuya ausencia de justificación ha venido siendo reconocida por la generalidad de la doctrina.

Al aparecer encuadrado el delito de administración desleal en el Título XIII del libro II del C. Penal, debería inicialmente deducirse que el *bien jurídico protegido* es el patrimonio o el orden socioeconómico. Sin embargo, un análisis concreto de sus presupuestos y condicionamientos nos desvelan otras metas añadidas por la previsión del legislador. Y es que en efecto, como tuvimos ocasión de analizar en los comentarios a los demás tipos societarios, subyace en todos ellos una concepción tuitiva del sistema socioeconómico en general y particularmente del orden económico, dada la relevante función que las sociedades desempeñan en él, cuyo destacado papel tuvimos ocasión, igualmente, de analizar en el primer capítulo de la obra⁷.

Desde esta perspectiva el orden económico debe interpretarse en clave de su regulación jurídica en relación con el *intervencionismo estatal* en la economía, que como de destaca RODRÍGUEZ-MOURULLO «no viene a ser otra cosa que una parte del denominado Derecho Económico, es decir, del Derecho de la Economía dirigida por el Estado». Sin embargo y como bien matiza el autor, esta concepción amplia y extensiva del *orden socioeconómico* y del *Derecho penal socioeconómico*, se revela escasamente útil tanto desde su perspectiva dogmática como de política criminal, en la medida en que como categorías no constituyen, ni siquiera en su sentido más estricto, el contenido de un bien jurídico concreto. Por lo que al no aludir tampoco a un conjunto heterogéneo de bienes constituye a lo sumo una categoría de referencia que engloba un conjunto más o menos sistematizado de valores económicos»⁸.

Frente a la amplia concepción citada, y de manera diametralmente opuesta, buscar la identidad del bien jurídico protegido en el patrimonio particular de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores y capital administrados, en definitiva: en la protección de intereses individuales concretos, se presenta como solución más coherente con su naturaleza inequívoca de delito patrimonial.

En ese orden, no puede dejar de reconocerse que ésa es la primera impresión que se obtiene tras la lectura del art. 295 al no estar mencionada la sociedad como uno de los sujetos perjudicados. Sin embargo, un examen más detenido de la dicción literal del precepto permite aseverar que paralelamente se está protegiendo la integridad del capital social, en la medida en que la sociedad es la titular y depositaria de los bienes administrados pertenecientes particularmente a cada uno de aquéllos.

Llegados a este punto convenimos con CASTRO MORENO que lo más correcto hubiera sido contemplar expresamente como bienes jurídicos protegidos los intereses de la sociedad y a lo sumo los de los socios, pero no los de otros sujetos que se relacionan con aquélla —depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes administrados—, cuyos intereses deben ser tutelados a través de la protección del patrimonio social⁹.

El delito de administración desleal se incorpora al Código Penal de 1995 como un delito especial propio^{363 bis} ante la exigencia de que los sujetos activos sean los *administradores de hecho o de derecho*

⁶ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *La Administración desleal*, VV.AA., CDJ, VII-1999, págs. 202-203. Crítica que se trata de soslayar mediante el anteproyectado nuevo delito de administración desleal del art. 252 Anteproyecto CP octubre 2012, al que nos referimos en la nota 355 bis.

⁷ Vid. Capítulo I.4.

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en *En la administración desleal*, CDJ, VII. 1999, págs. 17-18.

⁹ Cfr. CASTRO MORENO, A.: *El delito societario*, vid. op. cit. ut supra, nota 357, pág. 186.

^{363 bis} Establece, en este sentido, la Sentencia de la Sección Segunda de la AP de Cantabria, 48/2001, de fecha 8 de junio de 2001, rec. 33/2001 (Llaría Ibáñez), La Ley 115978/2001, Fundamento de Derecho

de cualquier sociedad constituida o en formación, siempre que cumplan los condicionamientos y presupuestos exigidos en el art. 297 CP. Se configura en definitiva como un delito de administración desleal, únicamente, referido a sociedades, en el que el deber de lealtad de aquéllos lo es para con la sociedad administrada más que con respecto a los sujetos que como perjudicados se reseñan en el precepto. El delito, en conclusión se vertebra sobre la ruptura de la confianza depositada por la sociedad y el quebranto de la lealtad a ella debida por los administradores.

Por otra parte, y a diferencia del que acaece con los demás supuestos de infracciones societarias comentadas, a excepción del delito de falsedad del art. 290 CP nadie discute la necesidad de la intervención del Derecho penal para sancionar las conductas susceptibles de calificarse como delitos de administración desleal.

Sin su previsión normativa quedarían impunes una serie de ataques graves al patrimonio ajeno perpetrado precisamente por quienes tienen como primera obligación velar por él. Por lo que en consecuencia encajarían dentro de dicha acepción conductas que reiteradamente se han reproducido sistemáticamente en la mayoría de las *crisis bancarias*, como las de obtención por los administradores de préstamos de la sociedad en beneficio directo de sociedades por ellos controladas, así como otros comportamientos que han proliferado en algunos *escándalos financieros*, como la utilización indebida de fondos sociales para atenciones personales, el traspaso a la sociedad de las cargas y obligaciones de contratos en los que el beneficiario personal sea el administrador, la adquisición por la sociedad de bienes a precios revalorizados y por encima del precio de mercado con el fin de beneficiar al vendedor (fiduciario por lo general del administrador) o el pago de cantidades por servicios profesionales supuestos

Primero que: «El delito de Administración desleal de sociedades se ha configurado, como el resto de los delitos societarios, tanto en los sucesivos Anteproyectos y Proyectos de Código Penal como en el art. 295 del CP 1995 como un delito especial propio ya que, por un lado, requiere unas especiales condiciones para los sujetos activos (ser socio o administrador de una sociedad) y, por otro, no se corresponde con ningún otro tipo común que castigue la misma conducta sin requerir tal cualificación personal, se ha reducido el marco de los posibles sujetos activos a un determinado colectivo de personas, seleccionadas en el tipo por tener un deber especial o una obligación mayor de actuar de un determinado modo del que tendrían el resto de las personas no pertenecientes a ese colectivo; se ha elegido a los socios y administradores como sujetos activos porque se parte de la idea de que éstos y no otros están obligados por encima del resto a velar por el correcto funcionamiento de la sociedad a la que representan. El art. 127 LSA relativo al ejercicio del cargo de administrador, establece que los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, es decir, debe aplicar el nivel de atención, prudencia, dedicación y competencia en su actuación que requiera el género de comercio al que se dedique la sociedad y el deber de fidelidad le obligaría a anteponer los intereses sociales a los propios, o dicho desde la perspectiva inversa, posponer sus intereses personales en beneficio de los intereses de la sociedad (también, en este sentido, arts. 255 núm. 2 Código de Comercio o 1258 Código Civil). El objeto material del delito lo constituyen los bienes sociales, es decir, cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad, considerándose que el bien jurídico protegido por el delito es la integridad del patrimonio social junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto entre ellos los socios [—y el interés de la sociedad no ha de coincidir necesariamente con el interés de los socios y un socio puede causar un perjuicio a los demás “socios” (perjudicados) en su propio y personal beneficio—] y los denominados “titulares de los bienes, valorados o capital que administren”, es decir la propia sociedad puede ser también sujeto pasivo idóneo del delito, por lo que el perjuicio causado a la sociedad también es típico, ya que si la disposición de los bienes de la sociedad causa un perjuicio a sus socios es porque previa o simultáneamente se la ha causado igualmente al patrimonio de la sociedad, que se verá obligada por ejemplo a reponer o resarcir la parte correspondiente del patrimonio social fraudulentamente dispuesto. Este delito es de resultado, exigiéndose un perjuicio que el Código califica de directo (—que no es sino expresión de una relación de causalidad y de imputación objetiva entre la acción por ejemplo de disposición y el perjuicio—) y además debe ser económicamente evaluable, con significado patrimonial cierto, de posible traducción y determinación económica. Desde el punto de vista del tipo subjetivo, se exige, por una parte, el dolo (resultando impune la comisión imprudente, art. 12 CP, es decir, conciencia y voluntad de realización y concurrencia de los elementos objetivos del tipo, y, por otra, el elemento subjetivo de lo injusto representado por la actuación del sujeto activo con la intención de obtener un beneficio para sí mismo o un tercero, beneficio también económicamente evaluable. Sin embargo, como se ha indicado, al tratarse de un delito especial propio sólo puede ser sujeto activo del mismo la persona que reúna en sí la cualidad personal de ser administrador de derecho, o socio y cabría concluir que la acusada, no siendo ni socia ni administradora de derecho, tampoco lo era de hecho.»)

que en la realidad no se han verificado como los casos en los que el administrador ordena el pago de servicios inexistentes o de dudosa ejecución (informes aparentemente realizados, certificaciones y facturas por obras o instalaciones no acometidas, etc.)¹⁰ así como también la percepción por parte del administrador o de terceros de remuneraciones desproporcionadas, infringiendo normas legales, estatutarias o decisiones acordadas en asamblea de socios. Pudiendo también incluirse los supuestos de *autocartera*, consistentes en la adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones o de acciones emitidas por su sociedad dominante¹¹ así como las situaciones conflictivas que puedan plantearse en relación con los *grupos de empresas* o *grupos de sociedades* en los que se articulan varias entidades

¹⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios*, *vid. op. cit. ut supra*, nota 31, pág. 186.

¹¹ En este orden el TRLSC 2010, antes la LSA, establece la prohibición expresa en el caso de adquisición originaria (arts. 134 y ss., antes art. 74 LSA) sometiendo a una serie de requisitos la derivativa (arts. 146, antes arts. 75 a 78 LSA). Regulando en el art. 139, antes art. 76 LSA, las consecuencias legales de la infracción, así como en el 145, antes art. 78 LSA, la obligación de enajenar las acciones citadas en el plazo de tres años, a contar desde su adquisición con las excepciones en el mismo establecidas.

Los negocios sobre acciones propias que regulaba la LSA, ahora el TRLSC 2010, son de tres clases: a) las clásicas operaciones de adquisición, originaria o derivativa, de acciones, que pueden dar lugar a la formación de lo que en la práctica se denomina *autocartera*; b) la aceptación en garantía de acciones propias y c) la asistencia financiera a terceros para la adquisición de acciones propias.

Bajo la denominación de *adquisición originaria de acciones propias* la ley se refiere a las operaciones de *autosuscripción de acciones propias* por la sociedad emisora, o de suscripción de acciones por una sociedad dominada en las emisiones de su sociedad dominante; estableciendo la art. 134 TRLSC 2010, antes art. 74 LSA, en efecto, de manera clara y terminante su prohibición: «*en ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominantes*».

En el supuesto de que se infrinja esta prohibición la ley dispone (art. 136.1 TRLSC 2010) que las acciones suscritas «*serán de propiedad de la sociedad anónima suscriptora*». En cualquier caso, cuando se trate de suscripción de acciones propias, la obligación de desembolsar las citadas acciones «*recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y en caso de aumento del capital social, sobre los administradores*» (art. 136.2 TRLSC 2010); disponiendo el mismo precepto en su apartado 3.º que: «*cuando se trate de asunción de participaciones o de suscripción de acciones de la sociedad dominante la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los administradores de la sociedad dominante*». De igual manera en el caso de que la asunción o suscripción haya sido realizada por persona interpuesta «*los fundadores o promotores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas. 2. La misma responsabilidad alcanzará a los promotores de la sociedad anónima*» (art. 137 TRLSC 2010). En cualquier caso, en los supuestos contemplados quedarán exentos de responsabilidad quienes demuestren no haber incurrido en culpa, según dispone el art. 136 TRLSC 2010.

Con posterioridad a la emisión de acciones, la ley admite, sin embargo, que la sociedad adquiera de tercero que no sea persona interpuesta acciones propias o de su sociedad dominante, regulando esta modalidad adquisitiva en los arts. 146 y ss. TRLSC 2010, antes arts. 75 y 76 LSA, sin especificar la clase de operaciones concretas de adquisición, por lo que habrá que entender que estos preceptos la autorizan en cualquier negocio que atribuya la titularidad de la condición de socio y el consiguiente ejercicio de los derechos correspondientes. Estaríamos en el supuesto de *adquisición derivativa condicionales, antes denominadas de acciones propias*.

No obstante la adquisición por la sociedad de sus propias acciones o de la sociedad dominante aparece condicionada en el primero de los preceptos citados al cumplimiento de una serie de requisitos así como al establecimiento de ciertas limitaciones enumeradas en el n.º 1 del art. 146 TRLSC 2010. Entre las limitaciones más importantes establecidas para el régimen de las acciones propias el art. 148 a) TRLSC 2010 dispone, por un lado, que: «*quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante*» estableciéndose a los efectos del cálculo en la formación de las mayorías que: «*las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la Junta*» (art. 148.b) TRLSC 2010).

jurídicamente autónomas bajo la dirección económica de una de ellas, y que tanto en sentido horizontal (uniones de sociedades dedicadas a actividades del mismo ramo, que convergen con un régimen de concurrencia en las mismas fases del ciclo productivo), como en sentido vertical (al actuar planificando su intervención de manera sucesiva y complementaria en las distintas fases de elaboración de un determinado bien) en las que una *sociedad* denominada *dominante* puede imponer su voluntad sobre las demás¹². Delitos cometidos desde el abuso de los poderes especiales otorgados para representar los intereses contrariados, que con traducirse en una inmediata lesión del patrimonio administrado repercuten necesariamente en el *orden socioeconómico* en el que aquél se halla englobado.

Es precisamente en este orden donde el tipo societario debe poner el acento, particularmente con la moderna concepción de la sociedad abierta utilizada en la actualidad para operar en los mercados, en la que la despersonalización de sus componentes, alejados de su administración, la hace más vulnerable a prácticas de corrupción por su mayor desprotección.

Es de destacar como en este punto —observa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS— la moderna sociedad de capital ha pasado de un régimen de democracia societaria, caracterizado por el control de la mayoría de capital, a un régimen oligárquico, en el que el control lo ostentan los administradores y grupos minoritarios. Debido a la dispersión del capital y a la complejidad de las actividades económicas en las grandes sociedades modernas los socios no pueden ejercer de hecho un control efectivo sobre la actividad de los administradores¹³.

Por ello en definitiva el delito de administración desleal debe contemplarse en su doble dimensión de delito contra el patrimonio y contra el orden económico, encajado plenamente en la rúbrica que intitula el Título XIII del Libro II, ya que desde la protección dispensada en el Código Penal no sólo se tutelan los intereses patrimoniales sino también, además, la estructura económica en su conjunto en el que la sociedad como unidad operativa aparece integrada.

VII.2. SUS ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS RESPECTO DE LOS DELITOS DE ESTAFA Y APROPIACIÓN INDEBIDA

La incorporación del delito de administración desleal al Código Penal, obedece —como apuntábamos líneas atrás— al convencimiento del legislador, ratificado en la práctica de los tribunales, de la inoperancia del marco de los delitos patrimoniales tradicionales para neutralizar, de una manera adecuada, la moderna delincuencia con sus calculados ataques a los intereses de la sociedad y en consecuencia sobre el de los miembros en ella integrados.

La opinión dominante, en efecto, venía coincidiendo en la necesidad, tanto político-criminal como dogmática, de crear una figura que tutelando primordialmente el patrimonio social, se erigiera en norma específica para cubrir un espacio normativo para cuya previsión, las insolvencias punibles en sus diversas expresiones, las maquinaciones para alterar precio de las cosas, las malversaciones, las falsedades y particularmente los delitos de estafa y apropiación indebida, resultaban insuficientes.

Incorporadas sustancialmente las figuras delictivas referidas al nuevo Código Penal su raquitismo para colmar el reproche generado por la administración desleal del patrimonio ajeno, ya había quedado acreditado en el código derogado no pudiendo sancionarse comportamientos como el del administrador que actuando dentro del ámbito de su competencia, defraudaba impunemente los intereses sociales, en su beneficio o en el de un tercero, a través del ejercicio abusivo y desleal de su cometido.

Ninguna de las figuras delictivas expresadas resultaba apta para perseguir conductas de intrínseca deslealtad, especialmente aquellas en las que obrando el administrador dentro de su área competencial había operado abusando de su función, inclinando la balanza en favor de sus intereses cuando éstos hubieren entrado en colisión con los de la sociedad. El código derogado, en cualquier caso, había limitado desde su miope perspectiva la protección otorgada a los intereses patrimoniales privados, con olvido de los de carácter suprapatrimonial pertenecientes al *orden socioeconómico*.

La autonomía del delito de administración desleal impone, en todo caso, la necesidad dogmática de escrutar su dimensión con el fin de delimitar sus perfiles en la afirmación de una primera idea: que con su previsión pueden definitivamente desplazados como únicos recursos los socorridos remedios de la estafa y la apropiación indebida, en los que de manera más o menos encorsetada se venían intentando encasillar

¹² Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Los delitos societarios*, vid. op. cit. ut supra, nota 237, págs. 323-324.

¹³ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *La responsabilidad penal*, vid. op. cit. ut supra, nota 99, pág. 135.

determinadas conductas que tras la creación del tipo societario deben necesariamente remitir en su favor, posibilitando la sanción de otras que desde luego no tenían cabida anteriormente en ellos; lo que evidentemente no tiene por qué llevar aparejada el extrañamiento de aquellas figuras delictivas.

El delito del art. 295 CP aunque por una parte presenta alguna similitud con el de *estafa*, son más, sin embargo, las diferencias que les separan que sus puntos de identidad.

La estafa, abstracción hecha del sentido coloquial o vulgar, como medio para defraudar a otro, es un concepto normativo explicitado *ex lege*, particularmente en el art. 248 CP en el que se recogen y describen todos sus presupuestos y condicionamientos.

Necesita la estafa para su configuración de: a) un engaño bastante, esto es idóneo objetiva y subjetivamente; b) para producir error en la persona a la que se dirige. Error que naturalmente debe ser susceptible de: c) inducirle a realizar un acto de disposición patrimonial; e) con perjuicio propio de un tercero y f) todo ello verificado con la finalidad de obtener su autor una ventaja patrimonial o lucro de dicha naturaleza a costa del patrimonio del sujeto que ha sufrido el engaño.

En consecuencia, para otorgar relevancia penal a comportamientos patrimonialmente lesivos, deben confluir todos y cada uno de los elementos citados, en un orden sucesivo y concatenado, de tal manera que la ausencia de uno de ellos releva definitivamente al juzgador de su obligación de fijar o determinar la existencia de los restantes, abortándose la posibilidad de poderse exigir responsabilidad, en este orden.

Como sostienen las SSTs de 5 de marzo de 1981 y 26 de mayo de 1994, entre otras muchas: la existencia de una *conducta engañosa previa*, la entidad y gravedad de la misma, por un lado, y la concatenación típica entre éste y el acto de disposición, son los puntos claves para ubicar el ilícito en el orden penal sobre el orden privado alterado.

El *engaño precedente o concurrente* es, como advierte la jurisprudencia (SSTs 17 de febrero y 26 de abril de 1988) espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en alguno de los ardides o artificios incorporados al listado de que el código hacía mención y concebidos hoy con criterio de laxitud sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece como fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

Dicho engaño ha de ser, en todo caso, bastante, es decir, suficiente y proporcional, abstractamente idóneo para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial; valorándose aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto.

En definitiva, el engaño para ser plenamente relevante debe ser objetiva y subjetivamente idóneo para generar en el sujeto a quien se dirige el error del que se derivara directamente el acto de disposición patrimonial. Engaño, por tanto, suficiente *in se* y proporcionado en lo que al sujeto a que se ha dirigido se refiere, para la consecución del fin ilícito propuesto: expoliar mediante el mismo, obteniendo un incremento patrimonial ilícito, al tercero en quien aquél ha generado el error que motivó directamente el acto de disposición patrimonial¹⁴.

¹⁴ Sobre la eficiencia del error en el sujeto pasivo del delito de estafa establece la STS —2.ª— n.º 1345/2001, de 7 de julio, rec. 2469/1999 (Jiménez Villarejo), La Ley 7261/2001, Fundamento de Derecho Octavo, lo siguiente: «El complejo y minuciosamente estudiado artificio que levantó el acusado, prescindiendo de lo que en abstracto pueda pensarse sobre la sospechosa anomalía de las operaciones que proponía a los incautos perjudicados, resultó suficiente, en los casos concretos que se relatan en el *factum*, para inducirles a error y convencerles de que realizasen los millonarios desplazamientos patrimoniales con que se lucró el acusado. La mejor prueba de que el engaño existió, y de que fue bastante para generar error, es el hecho indudable de que personas económicamente solventes y con experiencia en el tráfico mercantil cayeron en la trampa que se les tendió y arriesgaron su dinero en los ficticios negocios que les propuso el acusado. Se puede, sin duda, sostener que los perjudicados pudieron averiguar la mentira de las historias que se les contaban, pero no debe olvidarse que la necesidad de mantener en secreto las operaciones que se les brindaban formaba parte de la trama urdida por el acusado al que seguramente aquéllos no podían dejar de considerar un oficial de la Marina corrupto. Ello explica, dicho sea de paso, que, en las conclusiones acusatorias del Ministerio Fiscal, se postulase la aplicación, al delito de estafa, de la agravación específica contenida en el n.º 6.º del art. 529 CP 1973, que consistía en cometer la

En cualquier caso, la relación que conecte el engaño típico con el acto de disposición realizado no puede ser entendida sólo como una mera *relación de causalidad*, sino que debe constatar la presencia de una *relación de riesgo*.

Ello, según el módulo de la imputación objetiva, significa que el acto de disposición debe ser aquél — y solamente aquél— cuyo riesgo de realización se generó con el engaño, por lo que deberá ser un *acto de disposición patrimonial* realizado por error, ya que el fin de protección de la norma que tipifica la estafa es proteger el patrimonio sólo frente a engaños que se conectan con actos de disposición realizados por error y no por otras causas que hallan su acomodo en la esfera jurídico-privada a efectos de responsabilidad.

En el mismo orden el engaño será bastante cuando sea capaz de vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima; hasta el punto de que, como sienta la STS —2.ª— 1217/2004, de 2 noviembre 2004, cuando ésta se relaja por indiligencia o dejación respecto a su defensa, infringiendo los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no podrá ser imputada objetivamente a la acción del autor por mucho que el engaño pueda ser causal —conforme a los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones— respecto del perjuicio patrimonial generado como consecuencia de la preexistencia de aquél^{368 bis}.

defraudación “traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos”. El hecho de que esta agravación haya desaparecido de la enumeración contenida en el actual art. 250 no significa que no constituya delito de estafa la defraudación conseguida mediante el engaño que preveía el n.º 6.º del derogado art. 529, aunque ciertamente se trata de un engaño que presupone un sujeto pasivo dispuesto a hacer un buen negocio aceptando procedimientos cuya licitud no le consta o renunciando deliberadamente a conocer todos los entresijos del mismo, siendo esta “colaboración” del perjudicado lo que seguramente ha aconsejado al legislador eliminar aquella específica agravación. Pero no por ello el engaño deja de ser una realidad y causa eficiente de un error bajo cuya influencia el sujeto pasivo realiza el desplazamiento patrimonial perseguido por el autor. No por ello, en definitiva, la acción defraudatoria deja de ser constitutiva de estafa.»

^{368 bis} Recurso 677/2003 (Berdugo Gómez de la Torre), La Ley 179/2005, Señala, en este orden, la resolución citada (Fundamento de Derecho Segundo): «En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29 Oct. 1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa. Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte. Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal —en el sentido de la teoría

Por último en el ámbito del tipo subjetivo, deberá en el delito de estafa, acreditarse —junto al dolo— siempre antecedente o *contrahendo*, nunca *dolo subsequens*, la presencia del especial motivo de la acción, integrado por la finalidad de obtener un incremento patrimonial, con la incorporación definitiva al propio patrimonio de efectos de contenido económico, a costa de la disminución del patrimonio del sujeto pasivo o de terceros, derivado del acto de disposición.

En definitiva, tan decisivo se ofrece este factor del engaño que viene a individualizar a la estafa frente a las restantes infracciones patrimoniales cuyo denominador común consiste también en un enriquecimiento ilícito —particularmente, la apropiación indebida con la que el engaño puede convivir—^{368 bis a} propiciándose el *acto de disposición* del perjudicado merced al ardid instrumentado por el agente,

de la equivalencia de condiciones— respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente —no bastante— producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.»

^{368 bis a} La sentencia de Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, n.º 16/2000, de fecha 31 marzo de 2000 (*caso Banesto*), rec. 8/2007 (Choclán Montalvo), La Ley 5069/2000, se planteaba en el asunto «*Cementeras*», la alternativa de calificar los hechos enjuiciados en el apartado segundo de los hechos probados, como constitutivos de un delito de estafa o apropiación indebida, conforme a lo solicitado por las acusaciones.

En el mismo se hacía constar que: «A finales de 1989 el Banco Español de Crédito y la familia Serratoso representada por los hermanos don Emilio y don José S. R., además de con otro socio relevante, el grupo Aker, y otros accionistas de menor entidad, participaban conjuntamente en el capital social de un grupo de empresas que operaban en el sector cementero denominado “Grupo valenciana”, y cuya sociedad matriz o principal era la sociedad Valenciana de Cementos. La participación de Banesto en el conjunto de sociedades que conformaban el referido grupo era mayor que la de la familia Serratoso, no obstante el control de la gestión de las sociedades correspondía a esta familia, que había dirigido las empresas desde hacía algunas generaciones. Así la situación, los representantes de Banesto querían hacerse con el control del grupo e integrarlo en la Corporación Industrial y Financiera de Banesto, lo que no era asumido por la familia Serratoso. Por ello, surgieron determinadas desavenencias entre ambas partes, que, traducidas en conflictos varios, incluso en la presentación de una querrela por parte de Banesto sobre presuntas irregularidades constitutivas de delitos en el seno de las empresas gestionadas por la familia Serratoso, y tras intento infructuoso de Banesto de llegar a acuerdos con el otro socio, el grupo Aker, tuvieron como consecuencia la decisión conjuntamente adoptada por Banesto y la familia Serratoso, de escindir el mencionado grupo cementero mediante la división y adjudicación recíproca de las sociedades que lo componían, transmitiendo el grupo Banesto a la familia Serratoso las acciones que el primero tenía en la sociedad matriz Valenciana de Cementos y dividiéndose el resto del grupo entre ambos (...).

El intercambio de acciones entre el grupo Valenciano —familia Serratoso— representado en la operación por la Sociedad General de Mediación y Bolsa, y el Grupo Banesto, representado por la sociedad Banesto Lombardía y Lacacci, se llevó a cabo el día 27 de marzo de 1990, aunque la liquidación de la operación se realizó el día 29 de marzo. De acuerdo con lo convenido, Banesto Lombardía y Lacacci vendió a la Sociedad General de Mediación y Bolsa: 2.052.000 acciones, que representaban el 50% de la sociedad Cementos del Mar, por importe de 14.218.776.936 ptas., y 570.000 acciones representativas del 19% del capital de la sociedad Cementos del Atlántico por 3. 714.486.046 ptas. Además se vendió la participación del Banesto en Valenciana de Cementos en 59.999 millones ptas., valor del mercado de la sociedad en cuanto cotizada en bolsa.

Como contrapartida, la sociedad Banesto Lombardía y Lacacci compró a la representante de la familia Serratoso las siguientes acciones: 602.036 acciones, que representaban un 12,1% del capital de la sociedad Cementos de Morata, por un precio de 1.183.862.724 ptas., 3.600.000 acciones, que

representaban el 50% del capital, de la sociedad Portland Iberia, por la suma de 11.611.385.620 ptas.; 85.580 acciones, que significaban el 50% de Cementos de las islas por 2.445.181.626 ptas.; 33.050 acciones de Sanson por 826 millones ptas., precio real en cuanto sociedad cotizada en bolsa (...).

Las operaciones de división de las sociedades cementeras se complementaron con la adquisición por parte de Banesto de cuatro sociedades hormigoneras, con la finalidad de que con esta operación, que se describe a continuación, Banesto recibiera los fondos precisos con cargo al patrimonio de la familia Serratos, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones. A tal fin, el día 29 de enero de 1990 Banesto adquiere a través de la sociedad Beta Cero, participada en un 88% por Banesto y en el resto por la sociedad Lombardía y Lacacci, y representada en la operación por José Luis F., por compra a la sociedad General de Mediación y Bolsa, y con la intervención de los corredores de comercio Ignacio M. E., por el comprador, y José M. CH., por el vendedor, las siguientes participaciones de sociedades hormigoneras: 7930 acciones de Hormigones y Fabricados SA (en adelante Hormifasa) representativas del 70% del capital social, por la cantidad de 111.000.000 ptas.; 9000 acciones, que representaban un 70% de la sociedad Prebetong Aragón; por la cantidad de 65.000.000 ptas.; 3500 acciones, que significaban el 30% del capital, de la sociedad Arids Formigons, S.A. (en adelante Ariforsa) por importe de 23.747.500 ptas.; 3000 acciones de la sociedad Prebetong del Este, que representaban el 30% del capital, por la suma de 30.000.000 ptas.

El precio total satisfecho por la compra, que ascendió a la suma de 229.747.500 ptas. fue desembolsado por Banesto y contabilizado en sus cuentas, sin que se practicase anotación contable alguna en las cuentas de la sociedad Beta Cero.

Los acusados Mario C. y Arturo R., con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las hormigoneras hacer llegar determinados fondos, que de no intervenir los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito, a las sociedades Gay Cordón y Data Transmisión System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con este fin» (...).

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia de la instancia, tras calificarse los hechos probados como constitutivos de un delito de apropiación indebida tipificado en la art. 535, en relación con los arts. 528 y 529.7 del Código Penal vigente en el tiempo de ocurrir, y condenarse en el fallo a Mario C y Arturo R. A las penas de cuatro años y dos meses de prisión al primero y a la de cuatro años al segundo se argumentaba que: «los acusados Mario C. y Arturo R., con ocasión de la celebración de un negocio jurídico en uso de sus facultades de administración, detrajeron de la sociedad administrada la suma de 1556 millones ptas. La sociedad Beta Cero fue una sociedad utilizada para recibir los fondos y desde ella transferirlos posteriormente a empresas domiciliadas en su ámbito de dominio. En ese momento en el que se sustrae de la esfera de Banesto la referida suma y se coloca en sociedades controladas por los acusados se ha consumado un delito de apropiación indebida (...). Las acusaciones han calificado este hecho como delito continuado. No obstante la sala entiende que nos encontramos ante un solo hecho en sentido jurídico, a pesar de que en naturalísticamente puedan constatarse dos acciones. Hay una sola decisión de voluntad, formando las operaciones de las distintas hormigoneras únicamente acciones de ejecución fragmentada del solo hecho en sentido jurídico. La transmisión desde Beta Cero a la sociedad Gay Cordon de las cuatro hormigoneras se produce con la misma fecha, y es en esa fecha cuando se materializa la acción de apropiación, cuando salen las sociedades hormigoneras, y con ello el derecho a realizar las plusvalías a ella asociadas, del ámbito de dominio de Banesto, sin que las singularidades de cada una de las operaciones permitan fraccionar la conducta en una pluralidad de acciones típicas. Por tanto no puede asumirse la tesis del delito continuado, en cuanto el art. 74 CP presupone como sustrato fáctico una pluralidad de hechos en sentido jurídico (...). La anterior calificación excluye la subsunción del hecho en el delito de estafa. alguna de las acusaciones han pretendido esta calificación, invocando la existencia de engaño en el Consejo de Administración de Portland cuando tomó la decisión de invertir en las sociedades hormigoneras, adquiriendo su capital en la forma expuesta. No se ha acreditado que la información facilitada por la toma de decisiones fuera inexacta en los datos esenciales que debía conocer el órgano de administración. El engaño, se ha dicho por alguna de las acusaciones, es un engaño omisivo, consistente en silenciar que el beneficiario de la plusvalía es precisamente un miembro del Consejo de Administración. La omisión de datos relevantes puede atribuir a un comportamiento el carácter de engaño en el sentido de la estafa, bien entendido que ello no confiere al delito su condición de delito de omisión, como se ha pretendido en el juicio, pues en este caso, la omisión de circunstancias forma en parte de un comportamiento complejo positivo, o si se quiere, de carácter concluyente. Pero no se ha demostrado que importancia puede haber tenido el silenciar la vinculación de Data Transmisión con los acusados por este hecho, en orden a la decisión de inversión, cuando ésta es adoptada sobre la base de concurrir razones

ya sea explícito o semántico o adquiriera cuerpo implícitamente en el seno de una relación contractual tejida con fin defraudatorio.

Se evidencian con estos antecedentes las dificultades para articular como delitos de estafa algunos de los comportamientos más significativos de administración desleal en la medida en que el administrador de una sociedad mercantil no goza de capacidad de disposición de los bienes o intereses económicos en la sociedad como consecuencia de la existencia del engaño previo, sino por mor de una relación preestablecida de carácter legítimo, basada en presupuestos de confianza y lealtad.

Por otra parte y como destaca VALLE-MUÑIZ, el que engaña, en el delito de administración desleal coincide con la misma persona que realiza la disposición patrimonial, a diferencia de lo que acaece en el delito de estafa¹⁵. Observación que siendo de inobjetable aplicación en los supuestos de *autocontratación* al coincidir el artífice del engaño con el ordenante material del desplazamiento patrimonial, no puede hacerse extensiva a los supuestos en los que aquel se haya integrado en un órgano plural codecisor, en el que puede, sin embargo, falazmente, influir sobre dicha determinación¹⁶.

económicas que aconsejan la toma de capital de las sociedades hormigoneras y ello se hace a precio de mercado. En cualquier caso, no es posible apreciar un perjuicio para Portland que derive de un comportamiento engañoso, no concurriendo el necesario nexo de riesgo que requiere el tipo de la estafa, porque, como hemos dicho, el perjuicio resulta para Banesto, toda vez que esta sociedad debía haber recibido el importe de esa plusvalía. Por ello, la sala ha considerado más adecuada la subsunción en el delito de apropiación indebida».

El Tribunal de Casación, en S de 29 de julio de 2002, confirma en este punto la resolución recurrida, desestimando las diversas cuestiones propuestas en los respectivos recursos formalizados por los condenados afectados; siendo de destacar por su importancia doctrinal desde la perspectiva de estos comentarios la fundamentación de la desestimación del motivo vigesimooctavo del recurso formalizado por el acusado Mario C. suscitando subsidiariamente la aplicación del delito de administración desleal del art. 295, en lugar del de apropiación indebida estimado (*vid. infra*, nota 380).

¹⁵ Cfr. VALLE MUÑIZ, J. M.: *Comentarios, vid. op. cit. ut supra*, nota 85, pág. 688.

¹⁶ La sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional n.º 16/2000, de fecha 31 marzo 2000, ya citada, siguiendo los precedentes marcados por la doctrina jurisprudencial «rechazaba la idoneidad de la *autocontratación* en el asunto “Oil Dor” para generar el engaño exigido en el delito de estafa, debe tenerse en cuenta que el tipo del estafa resulta inadecuado en los casos en que concurren en una misma persona el sujeto del engaño y el de la disposición patrimonial, pues es obvio que no es posible apreciar un supuesto punible de *autoengaño*. Por ello, ya la Jurisprudencia anterior al Código Penal de 1995 había puesto de manifiesto esta circunstancia. Entre otras, la STS 31 de enero de 1991 declaró que “el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado. No reúne los elementos del engaño porque, en todo caso, el que engaña, en el sentido de que es desleal, es el que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración”. Abundando en esa doctrina, la STS de 2 de abril de 1993 expresa con claridad que la estafa requiere *sine quae non* la existencia en la dinámica originada del delito de dos personas contrapuestas, el sujeto activo y el pasivo. Por ello se excluye la estafa cuando el que engaña es la misma persona que realiza el desplazamiento patrimonial, no por haber sido viciada su voluntad por el engaño, sino dentro de sus facultades de administración. En esta situación se llega a la reforma penal de 1995 que pretende cubrir las detectadas lagunas de punibilidad mediante la tipificación de un delito de administración desleal como delito societario, que sirviera para reconducir a este tipo determinados comportamientos del administrador, merecedores de pena, pero que no encajaban en la legalidad vigente en la estructura del delito de estafa construido sobre la estructura de un engaño previo».

La sentencia aludida, confirmada en este punto por la STS —2.ª— 867/2002, de 29 julio 2002 (*caso Banesto*), rec. 2038/2000 (Martín Pallín), La Ley 6445/2002, condenaba a los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E. como autores de un delito continuado de estafa en relación con el caso «*Centro Comercial Concha Espina*» (*vid. infra*, nota 373) por su intervención en la decisión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, de la que formaban parte, de invertir en la sociedad «Oil Dor» ocultando a la misma no sólo su deficitaria situación sino su participación en ella, estableciendo, entre otras consideraciones que: «Conociendo los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E. el estado de evolución del negocio, y en cumplimiento de los objetivos marcados en el Plan de desarrollo, animados por la voluntad de obtener un beneficio económico, presentaron ante la Comisión la Ejecutiva de la Corporación la propuesta de invertir en Oil Dor, aportando en apoyo de la propuesta el informe de American Appraisal (que partiendo de los datos suministrados por los gestores de Oil Dor y los flujos de

la caja futuros previsible de acuerdo con el plan devolución del negocio establecido realizó una sobrevaloración del mismo para el caso de pleno rendimiento) pero sin exponer a los demás miembros de la Comisión Ejecutiva su interés personal en el negocio, ni la realidad de la deficiente evolución de los objetivos marcados (la sociedad citada incumpliendo sus objetivos que habrían de arrojar un beneficio para el ejercicio de 1992 de 3.275 millones ptas., reportaron, sin embargo al final del mismo pérdidas por valor de 315 millones ptas.; al igual que ocurriría en el año 1993 en el que se preveían alcanzar beneficios mínimos de 5.695 millones ptas. hasta llegar a 9.372, cerrándose, no obstante, el ejercicio con pérdidas de 1.436 millones ptas.). De este modo confiados los miembros de la Comisión Ejecutiva en la bonanza del negocio presentada por los acusados (...) quienes comparecieron a tal fin para exponer la viabilidad del negocio ante la Comisión el día 2 de abril de 1992 se acordó facultar al presidente para negociar en los términos más convenientes la incorporación de la Corporación en la estructura accionarial de Oil Dor SA, mediante una fórmula mixta de capitalización de la propia sociedad y de pago a sus actuales accionistas, en atención a la consecución de los objetivos identificados en el plan de negocio de Oil Dor. A esta reunión de la Comisión Ejecutiva de Corporación asistieron además de los acusados: Paulina B. B., José Luis O. I. y César A. C. (...).

Tras la aprobación de la inversión por la Comisión Ejecutiva los acusados —según el *factum*— puestos de acuerdo con los hermanos G. P. (que de manera directa o indirecta, a través de otras participaciones, controlaban la sociedad con su mayoría) planearon una ampliación de capital en Oil Dor, a la par, al precio de 10.000 ptas. por acción, a pesar de conocerse que la Corporación había autorizado una inversión valorando el negocio en 12 millones ptas. a 300.000 ptas. por acción. En ejecución del plan, Mario C. y Arturo R. suscribieron a través de Montilsa y Servicios y Recursos S. A.: 3.332 acciones por 33.300.000 ptas. y 100 por 1.000.000 ptas., respectivamente, mientras que Rafael P. E. no sólo suscribió la parte proporcional a la participación accionarial que tenía asumida sino que la aumentó hasta el 11% de la sociedad a través de diversas sociedades de su entorno familiar.

El día 12 de mayo Arturo R. en su calidad de Consejero delegado de la Corporación, informó a la Comisión Ejecutiva el acuerdo alcanzado con los accionistas de Oil Dor valorando la sociedad en 12.000 millones ptas. y fijando la adquisición en el 50% por lo que la Corporación habría de abonar 6.000 millones ptas. (...). Los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E. ocultaron a los demás miembros de la comisión ejecutiva que en la ampliación de capital habían tomado participación en el capital de Oil Dor (...). De acuerdo con el plan establecido por los acusados Mario C. y Arturo R. el 30 de junio de 1992 Montilsa vendió a la sociedad inversiones Redviere, de la familia G. P. su participación en Oil Dor, a un precio de 270.000 ptas. la acción (en total 899.640.000 ptas.). De este modo los acusados Mario C. y Arturo R. obtuvieron un beneficio de 866 millones ptas. Inversiones Redviere consumaría más tarde su beneficio el vender la participación a la Corporación a 300.000 ptas./acción. Con posterioridad se consumó la venta del 50% por parte de los hermanos G. P. a la Corporación. Entre los vendedores figuraron: la sociedad Servicios y Recursos S.A. controlada por Mario C. y Arturo R., que vendió toda su participación obteniendo beneficios de 29 millones. También fueron vendedores sociedades del grupo familiar del acusado P. E. que obtuvo de este modo un beneficio total de 638 millones ptas.

En atención a las pérdidas que daba el negocio, el escaso valor patrimonial de la sociedad, cifrado en 36 millones ptas. y el fuerte endeudamiento, se diseñó un plan de viabilidad que comprendía una ampliación de capital de 7.000 millones ptas. que tuvo lugar en 1993 en dos fases. La primera se llevó a efecto el 20 de septiembre de 1993, por importe de 2.409.3 millones ptas. que fue desembolsada en un 50% por Corporación (1.204 millones) y el resto el 21,75% por Inversiones Redviere, propiedad de Carlos G. P. (524.120 millones) y las sociedades de Rafael P. E. el 9% (217.020 millones). La segunda fase se llevó a efecto el 10 de diciembre de 1993, por importe de 4.590.7 millones y fue suscrita al 100 por 100 por Corporación Banesto, al no concurrir ninguno de los demás socios. Tras esta ampliación de capital, la participación de la Corporación pasó de un 50 a un 81%. En esta ampliación de capital las acciones volvieron a comprarse a 10.000 ptas. la acción, por lo que el único momento en que su precio se estableció en 300.000 ptas., fue cuando Corporación adquirió la participación de los accionistas de Oil Dor, según las cuentas aprobadas por la Junta de Accionistas de Oil Dor. A 31 de diciembre de 1993 la sociedad tenía un valor de 5600 millones ptas., por lo que la Corporación habría perdido al menos la diferencia de valor hasta el importe de su total inversión, cifrada en 11.795 millones ptas., tras sucesivas ampliaciones de capital».

La sentencia de casación aludida remarcaba que «En todo caso, la determinación de la existencia del engaño, no viene condicionada por la composición de la Comisión Ejecutiva, sino por las afirmaciones mendaces y los datos falsos que se proporcionan a dicho órgano con objeto de que no surgieran problemas, en orden a la aprobación de lo que se presentaba como una operación beneficiosa por parte de

El desvalor de acción en la administración social fraudulenta, por otra parte —sostiene FARALDO CABANA— consiste en la violación de los deberes que incumben al sujeto activo, constituyendo el desvalor de resultado la lesión del patrimonio de la sociedad y de los demás sujetos pasivos mencionados por el tipo. Sin embargo, el fin que se tipifica en la estafa es la protección del patrimonio frente a un determinado tipo de engaños que consiguen un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial por parte de la víctima del engaño, siempre que el error sea imputado al engaño y el acto de disposición patrimonial produzca un perjuicio de este orden. La *administración social fraudulenta*, en definitiva, pretende sancionar las lesiones causadas al patrimonio de los sujetos pasivos, realizadas infringiendo los deberes de lealtad y fidelidad, que unen al autor con las víctimas: no presupone un engaño¹⁷.

Lo que necesariamente configura el delito de administración desleal, decididamente, es el abuso o ruptura de la confianza propio de la relación existente entre administrador y los titulares de capital social administrado. Desde esta perspectiva en la estafa el autor consigue la confianza de la víctima por medio de engaño mientras que por el contrario en el delito de administración desleal esa confianza ya existía antes, por lo que no es preciso para su configuración ningún tipo de engaño¹⁸.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse, que si en el orden teórico pueden efectuarse éstas y otras muchas autorizadas observaciones, en la práctica el engaño puede convivir con la administración desleal perfectamente, como así se ha encargado de matizarlo la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tras analizar y reconsiderar no sólo el parecer de la doctrina científica sino también sus propios planteamientos, al aparecer vinculado aquél frecuentemente a otros comportamientos delictivos circunstanciales en relación con la actividad desplegada por el administrador infiel, en los que la tesis jurisprudencial de los «círculos secantes» tanto respecto del delito de estafa como del de apropiación indebida —que a renglón seguido examinaremos— cobra plena vigencia al solaparse en gran parte de los supuestos^{372 bis}.

los acusados, que silenciaban su Interés personal y el lucro propio que les proporcionaba» (Motivo Vigésimocuarto del recurso del acusado Mario C.).

Por otra parte y ante las alegaciones de *autoengaño* impune efectuadas establece: «Otra de las alegaciones que se acumulan en el presente motivo hace referencia a que nos encontramos ante un autoengaño atípico ya que no existe confrontación, sino confusión, entre el sujeto activo y el pasivo.

En primer lugar debemos hacer constar que el autoengaño resulta atípico, en determinadas circunstancias, cuando la identidad entre el sujeto activo y pasivo, hace que el traspaso de los bienes no produzca perjuicio apreciable para nadie.

No se puede confundir la inexistencia de engaño con la inexistencia de engañados. El recurrente pretende englobar y difuminar su actuación personal, individual e insustituible, en el complot corporativo que constituye la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, considerándola como único sujeto que podía asumir u ostentar a la vez la doble condición de engañador y engañado.

Es evidente que los sujetos pasivos del engaño fueron el resto de los componentes de la Comisión ejecutiva que votaron a favor del acuerdo, pero inducidos a error, por la ocultación de datos e informaciones esenciales para configurar una decisión válida. Admitir las tesis del recurrente nos llevaría sentar que todo acuerdo tomado mayoritaria o unánimemente, en el seno de una corporación nunca puede ser delictivo.

No puede olvidarse que los órganos de una sociedad anónima y más concretamente los encargados de su administración o los Consejos de Administración representan los intereses de los accionistas y que están sujetos a las acciones de responsabilidad que se contemplan en los arts. 134 y 135, así como queda abierta la posibilidad de impugnar sus acuerdos, artículo 143, todos ellos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. No puede pretender el recurrente tener facultades omnímodas y supraindividuales que le convierta a su vez en engañador y engañado, como si fuera el único titular del patrimonio del Banco del que puede disponer sin traba alguna con olvido e incluso desprecio de los intereses de los accionistas». (Motivo Trigesimosegundo del mismo recurrente).

¹⁷ Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, vid. op. cit. ut supra, nota 67, págs. 536 a 547.

¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Los delitos societarios*, vid. op. cit. ut supra, nota 237, pág. 316, comentando las diferencias entre la estafa y la *Untreue* alemana.

^{372 bis} En este sentido puntualizaba la STS —2.^a— 954/2005, de 28 de junio (*Caso Huarte*), rec.

Así en los casos en los que el administrador, constituido propiamente en órgano ejecutivo, en cumplimiento de un *mandato*, acordado en Junta, autorizando la compraventa de determinados bienes o la realización de operaciones concretas, generado engañosamente sobre la base de una previa información falsa suministrada por aquél, dispone con carácter definitivo del sobreprecio de un bien, o simplemente cobra tras aquél comisiones que no le corresponden, los hechos pueden configurar tanto un delito de estafa como de administración desleal, amén de las falsedades que puedan añadirse bien para conformar documentalmente el engaño o justificar posteriormente la operación realizada¹⁹.

2155/2003 (Sánchez Melgar), La Ley 1736/2005, Fundamento de Derecho Quinto, como: «Antes de la reforma operada en 1983 en el CP de 1973, el art. 528, definidor de la estafa en los términos amplísimos que se recordarán —“el que defraudare a otro”— podía ser utilizado quizá para el castigo de una amplia gama de conductas fraudulentas susceptibles de ocasionar un perjuicio patrimonial. La redacción impuesta por la LO 8/1983, convirtiendo el engaño en el elemento nuclear de la estafa y perfeccionando la redacción del tipo de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, convirtió en imposible la subsunción en el mencionado precepto de cualquier comportamiento fraudulento en que no se hubiese utilizado como medio comisivo el engaño, entre otros y muy principalmente, los actos de administración fraudulenta. A raíz de dicha reforma y durante algún tiempo, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia dominante consideraron que tales actos habían quedado en buena medida despenalizados porque, de una parte, se decía que la producción dolosa de un perjuicio en un patrimonio ajeno cuya administración ha sido confiada al autor del empobrecimiento no es normalmente resultado de una maniobra engañosa sino del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado, lo que no permitiría sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos y, de otra, se razonaba que, siendo un bien fungible el dinero objeto de la acción, la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración no afecta a la propiedad sino al patrimonio, que no es una cosa mueble, sino un conjunto de activos y pasivos, lo que constituiría un obstáculo para la apreciación del delito de apropiación indebida descrito, como delito contra la propiedad, en el art. 535 del CP derogado. No obstante, esta interpretación excesivamente restrictiva del viejo art. 535 no era compatible ni con las exigencias de política criminal propias de una sociedad compleja industrial o postindustrial ni —ello es lo decisivo— venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto.»

¹⁹ La sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional n.º 16/2000, de fecha 31 marzo 2000 (*caso Banesto*), ya citada, recogía en el apartado III del *factum*, referido al asunto «*Centro Comercial Concha Espina*» que: «Siendo presidente del Banco Español de Crédito el acusado Mario C., la entidad mantuvo estrechas relaciones comerciales con el “grupo Dorna”, integrado por una diversidad de sociedades gestionadas por los hermanos Carlos Manuel y Manuel, G. P (...). En el contexto de las relaciones planteadas entre Banesto y el grupo Dorna, se decidió una inversión de Banesto en la sociedad DORNA PROMOCIÓN DEL DEPORTE, S.A., dedicada a la promoción y comercialización de medios publicitarios en el deporte, y que en aquellas fechas tenía un capital social de 100 millones ptas., de los cuales 98 estaban desembolsados con cargo a reservas. Esta sociedad había sido valorada, a instancia de Carlos Manuel, G. P., por la sociedad A. B. Inversiones Bursátiles en junio de 1989 en la cantidad de 10.505 millones ptas. Tras las correspondientes negociaciones, el 28 de septiembre de 1990 el Consejo de Administración de la Corporación Industrial Banesto acordó la compra de un 50% de las sociedades por un precio de 10.050 millones ptas., llevándose a efecto la compra el día 2 de octubre de 1999 mediante contrato suscrito entre la Corporación Industrial Banesto, S.A. representada por Arturo R., y la sociedad Meridio, S.A. tenedora en ese momento de las acciones de Dorna Promoción del Deporte (...).

Los hermanos Carlos Manuel y Manuel Carlos G. P. dentro de su iniciativa empresarial decidieron la puesta en marcha de un negocio relativo a la instalación de un centro comercial en la denominada “esquina del Bernabéu”, en la calle Concha Espina de Madrid, junto al estadio del Real Madrid Club de Fútbol. A tal fin el día 1 de junio de 1989 se firmó un contrato de arrendamiento entre el Real Madrid C. F. e INMOBILIARIA BLASCO DE GARAY, 64, S.A., (en adelante IBG), propiedad de los hermanos G. P., por el cual el R. Madrid CF arrendó a IBG las construcciones a realizar en el solar de su propiedad, cediendo su uso y explotación por un plazo de veinte años a contar desde el día de finalización de la edificación proyectada; como precio de ese arrendamiento se fijaron diversas entregas en metálico que debía hacer IBG durante los años 1989 a 1991 por un total de 1175 millones ptas., y además esta sociedad tenía que costear la construcción del centro comercial.

El día 12 de julio de 1989, IBG, representada por Manuel Carlos G. P., y otra sociedad del mismo grupo, DORNA, S.A., representada por Carlos Manuel G. P. suscribieron un contrato de “cuentas en participación” por el que la primera cedía a esta última un 48% de las referidas cuentas, estableciéndose

que el cuentapartícipe cooperaría proporcionalmente en la financiación propia o ajena del negocio y que IBG se reservaba la posición de gestora a cambio de una remuneración por esa gestión del 10% de los ingresos brutos del centro comercial. En esa misma fecha del 12 de julio de 1989 se suscribió otro contrato entre las mismas partes, por el cual IGB cedió a DORNA, S.A. otro 6% de “cuentas en participación” (...).

El día 12 de julio de 1989, IBG cedió un 19% de “cuentas en participación” a una sociedad perteneciente al acusado Rafael P. E. denominada SAN ANTÓN DEL ESPINO, S. A., sin que haya resultado acreditado que lo fuera en concepto de retribución de servicios profesionales prestados por este acusado (...). La participación del 19% de la SOCIEDAD SAN ANTÓN DEL ESPINO, S.A. que poseía antes del contrato de 12 de julio de 1989, fue cedida sin contraprestación, en un 50% a la sociedad CIFUENTES 2000, del grupo familiar del acusado P. E. y el otro 50% a INVERSIONES SANFERGO, S.A. sociedad perteneciente al acusado Fernando G. C. (...) el día 19 de diciembre de 1991, con la finalidad de ocultar la verdadera titularidad de Inversiones Sanfergo S.A., una sociedad dominada por Fernando G. la británica ELY SIPE, adquirió el 94% de Inversiones Sanfergo, S.A. por un precio de 9.400.000 ptas (...).

Los acusados Mario C. y Arturo R. utilizando una sociedad denominada GESTIÓN DE TÍTULOS Y SERVICIOS, S. A. (GESTIESA), que con posterioridad se convirtió en la sociedad APOLO INVERSIONES Y SERVICIOS, S.A., adquirieron un 29% de estas cuentas, sin que se abonase cantidad alguna por la cesión. Esta sociedad GESTIESA cedió con posterioridad esa participación del 29% a la sociedad MONTILSA (...). Los acusados Mario C. y Arturo R. tenían a su disposición los fondos que llegaron a esta sociedad MONTILSA de la operación del Centro Comercial Concha Espina (...).

Para el desarrollo del negocio proyectado, la sociedad Centro Comercial Concha Espina (CCCE), favorecida sus relaciones con el Banco por las existentes entre los hermanos G. P. y los administradores del Banco y por las relaciones comerciales que se estaban gestionando, como la adquisición por la Corporación de DORNA PROMOCIÓN DEL DEPORTE, S.A., recibió financiación de Banesto, no aportando los “cuentapartícipes” apoyo económico para el desarrollo del negocio en el que se participaba (...).

En tal situación, habiendo tomado participación los acusados Mario C. y Arturo R., Rafael, P. E. y Fernando G. en el negocio de la Centro Comercial, los acusados decidieron, con la finalidad de obtener beneficio patrimonial, vender a la Corporación Industrial sus respectivas participaciones que habían recibido gratuitamente sin contraprestación. El asunto fue llevado a la reunión de la Comisión Ejecutiva de Corporación del día 26 de septiembre de 1991 con la siguiente composición: además de los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E., asistieron, José Luis de O. e I., Paulina B. B. y César A. C. En la reunión, tras exponerse que el señor E., Director General de Corporación, la inversión proyectada, se dio cuenta de un informe de valoración realizado por la sociedad American Appraisal de 21 de agosto de 1991, que había sido confeccionado sobre la base de datos facilitados exclusivamente por la parte vendedora en este informe se estimaba un “valor presente de los flujos de caja previsibles” en 3.944 millones ptas. En la reunión no fueron informados los demás miembros de la Comisión Ejecutiva del interés personal que en el negocio tenían los citados acusados, y éstos, a pesar de tener la voluntad de vender a la Corporación las cuentas en participación que habían recibido, no advirtieron a los demás miembros de la Comisión Ejecutiva que la inversión sería adquiriendo cuentas en participación, y no mediante la forma acostumbrada de adquisición de acciones de la sociedad titular del negocio. De este modo los acusados obtuvieron de la Comisión Ejecutiva un acuerdo favorable a sus pretensiones logrando que se aprobara “autorizar la inversión en Centro Comercial Concha Espina, S.A. valorando con carácter máximo dicha sociedad en 3. 800 millones ptas. y a tal fin facultar al Consejero Delegado para que proceda a negociar, en los términos más convenientes, con el Centro comercial Concha Espina la entrada de Corporación Banesto en su estructura accionarial en igual proporción a la que detenta en DORNA PROMOCIÓN DEL DEPORTE, S.A.” En esa fecha era Consejero Delegado Arturo R.

Una vez adoptado el acuerdo de la Corporación en el Centro Comercial, y conocido por el acusado Rafael P. E. el precio autorizado para la adquisición, vendió la sociedad DORNA, S.A. el 2 de octubre de 1991, antes de la efectiva adquisición por Corporación, un 4,5% del total del 9% de “cuentas en participación” que dominaba a través de su sociedad CIFUENTES 2000. (...) El resto los acusados vendieron sus participaciones después de que la compra por la Corporación se hubiera hecho efectiva, la que tuvo lugar el 25 de octubre de 1991. Arturo R., que había obtenido autorización de la Comisión Ejecutiva para negociar en las condiciones más favorables la entrada de la entidad en la “estructura accionarial” del Centro Comercial Concha Espina, en uso de facultades de administración que tenía delegadas acordó la compra de “cuentas en participación”. De este modo se firmó un contrato en el que se

establecía que DORNA “cede y transmite” a la Corporación Industrial un 14,5% del negocio del Centro Comercial y ello mediante la subrogación por la Corporación Banesto en las “cuentas en participación” que en ese momento y según se afirma en el contrato estaban en poder de DORNA, quien a su vez se comprometía a adquirir otro porcentaje del 33,5% de “cuentas” para transmitir las a la Corporación antes del 31 de diciembre de 1991, hasta alcanzar la toma de participación en el negocio del 48% que había sido convenida. Ello formaba parte del plan establecido, conforme al cual los acusados ocultarían su participación en el negocio y el interés en la mentada corporación interponiendo a la sociedad DORNA, S.A. Esta sociedad no disponía del porcentaje necesario para transmitir a la Cooperación el porcentaje convenido, por lo que tenía que adquirir de los acusados la parte correspondiente, excepto de Rafael P. E. que había transmitido con anterioridad la mitad de las cuentas que poseía.

De acuerdo con lo planeado, y habiendo sido habilitados los fondos necesarios para el abono de precio a los hermanos G. P. por el pago anticipado de la Corporación el día 5 de noviembre de 1991 la sociedad MONTILSA, controlada por los acusados Mario C. y Arturo R.; vendió el 29% que tenía de las “cuentas en participación” a DORNA, S.A.: por un precio de 1.103.218.928 ptas. de las que 118.202. 029 ptas. correspondían al IVA. Así los dos acusados mencionados, a través de MONTILSA, consiguieron un beneficio de 985.016.900 ptas., en cuanto habían obtenido gratuitamente la participación en el negocio.

La sociedad INVERSIONES SANFERGO en la forma que ha quedado expuesta, y representada por cuenta de Fernando G. por José Luis G. T. vendió a DORNA, S.A. el día 26 de diciembre de 1991 un 4,5% de las “cuentas en participación” del total del 9% de las que era titular, por un precio de 178.155.000 ptas. beneficiándose el acusado Fernando G. en ese importe al no haber realizado desembolso alguno para la adquisición de las cuentas en participación.

El 23 de diciembre de 1994 y ante las deudas que Centro Comercial Concha Espina mantenía con Banesto, cuantificadas en 4.921 millones ptas. como consecuencia de que la entidad de crédito había financiado en la forma expuesta el desarrollo del negocio, se firmó un contrato entre ambas entidades por el cual Banesto se adjudicaba el contrato suscrito en su día con el Real Madrid C. F. y con ello se daban por saldadas esas deudas que ascendían a 4921 millones ptas. Con la adjudicación de contrato con el Real Madrid C. F. y la cancelación de las deudas, la sociedad C. C. C. E. quedaba sin su único activo y sin valor alguno las cuentas en participación.

La Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1776 millones ptas.

Establecía la Sala de instancia al valorar la prueba que: “Ha quedado plenamente acreditado por la abundante prueba practicada (documental, prueba testifical y prueba pericial): 1) que los acusados Mario C. y Arturo R. a través de la sociedad Montilsa, que dominaban, adquirieron un porcentaje de las cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina, sin contraprestación; que también gratuitamente obtuvo otro porcentaje del acusado Rafael P. E. que cedió a una sociedad familiar Cifuentes 2000; que asimismo se cedió sin contraprestación otro porcentaje al también acusado Fernando G.; es decir, todos ellos participaban en un negocio ajeno sin aportación de capital, a pesar de que la asociación de cuentas en participación, en la forma que se caracteriza por el Código de Comercio, conlleva esencialmente una aportación de capital; 2) que los acusados, tres de ellos miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación que autorizó la inversión, vendieron esas participaciones a la sociedad administrada, ocultando su interés en el negocio; 3) que para ello se valieron de la empresa Dorna, S.A. con la colaboración de los hermanos G. P., la cual recibió por anticipado de la Corporación el dinero con el que hacer frente a la adquisición, como sociedad interpuesta de las participaciones de los acusados para su ulterior transmisión a la Corporación; 4) que como consecuencia de todo ello los acusados recibieron de la Corporación un ilícito beneficio sin contraprestación alguna por su parte”.

Los acusados Mario C. y Arturo R. obtuvieron el ilícito beneficio través de la sociedad Montilsa, que tenían en su esfera de dominio, no puede negarse la titularidad de los acusados de esta sociedad por la circunstancia de que no haya podido conocerse su propietario real, a menudo oculto en empresas domiciliadas en despachos profesionales situados en paraísos fiscales o en países que autorizan la opacidad en los datos de titulares reales de sociedades; y ello forma parte de la dinámica comisiva en este tipo de delitos patrimoniales, pues precisamente se busca por el sujeto activo que quede oculto el beneficiario de los fondos distraídos. Por ello, resulta suficiente, para aquella atribución a los acusados, que se pruebe que efectivamente existe un dominio fáctico de la empresa y los fondos de que dispone. Y eso ha quedado plenamente acreditado en lo que respecta a los acusados Mario C. y Arturo R. (...) destacando la sentencia como Rafael P. E. obtuvo una participación en las cuentas aludidas de forma gratuita, rechazándose la atribución de los beneficios a servicios jurídicos pretendidamente realizados por el acusado: para el que “la especialidad del caso, —importante cuantía de los supuestos honorarios y

retribución en forma distinta de la habitual— hubiera requerido alguna justificación suficiente. Ni siquiera en el contrato de cesión de las cuentas en participación de 12 de julio de 1989 se alude al concepto por el que sucede en las cuentas, el contrato posterior probablemente sea un contrato simulado por las partes” (...). Estimando probado, finalmente que Fernando G. participó del ilícito beneficio través de la sociedad británica ELY SIPE que se encontraba en “la esfera de dominio” del mismo y que a través de ella realizó su ilícito beneficio en la operación del Centro Comercial Concha Espina.

La Audiencia Nacional estimó que los hechos narrados eran constitutivos de un delito de estafa tipificado en el art. 248 CPA, agravado por la concurrencia de las circunstancias 6 y 7 del art. 250, en razón de que los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E. abusando de las facultades de administración que tenían conferidas sobre la Corporación Industrial Banesto, produjeron dolosamente un perjuicio patrimonial a la entidad administrada, con correlativo beneficio personal suyo y de otros. (...) “Puede llegarse a la conclusión de que ciertamente se ocultaron a la Comisión Ejecutiva, órgano encargado de la decisión, factores relevantes que hubieran evitado probablemente, con alto grado de certeza, la adopción de un acuerdo favorable: 1) el interés personal de los acusados, porque de la inversión obtendrían importante beneficio económico; 2) la actuación desleal para con la sociedad y la consiguiente infracción de la ley de sociedades anónimas; es razonable creer que la Comisión Ejecutiva no hubiera adoptado un acuerdo en favorecimiento de la infracción normativa; 3) al presentar la inversión como participación en la estructura accionarial de la sociedad, lo que hubiera permitido el ejercicio de los correspondientes derechos políticos, se ocultó que, en realidad, porque los acusados tenían adquiridos cuentas en participación, no acciones, la adquisición de la Corporación habría de tener otra naturaleza; 4) al esconder las cuentas en participación se silenció la reserva del 10% en los derechos económicos que se atribuía el gestor. (...) Las características reales de la inversión eran conocidos por los acusados y sabían que el acuerdo adoptado por la Comisión se asentaba sobre falsos presupuestos. Conocían que lo que ellos tenían eran cuentas en participación, no acciones; y, dada la voluntad de transmitir esas cuentas a costa de la Corporación, es obvio que eran conscientes al tiempo de buscar el acuerdo, de que la mención en éste a las acciones no se ajustaba a la realidad silenciada. Al ocultar este dato, los demás miembros de la comisión no decidieron libremente, porque no es irrelevante participar en la gestión del negocio a través de una posición en la estructura del capital, que confiar la gestión a terceros, a pesar de realizar una importante inversión económica, y además de financiar precisamente el negocio. Se disimuló asimismo el alto riesgo que se asumía en la operación, en cuanto la suerte del negocio se proyectaba casi exclusivamente sobre el patrimonio del grupo Banesto. Como la Comisión Ejecutiva no pudo conocer el alto riesgo y la ausencia del poder de gestión, al margen del interés directo de los perjudicados, la disposición patrimonial realizada fue fruto de un engaño suficiente. El engaño puede considerarse bastante”.

El tribunal de Instancia estimó finalmente responsables del delito de estafa a los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E., absolviéndose a Fernando G. al no tener facultades de administración en la sociedad y no haberse demostrado que participase en el comportamiento engañoso ni que cooperase en la producción del perjuicio patrimonial causado a Banesto más que a través de la recepción de fondos derivados del ilícito patrimonial realizado por los administradores, lo que le hubiera hecho responsable de un delito de receptación que no fue objeto de acusación. En el fallo se declaraba la responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades Cífuente 2000, S.L. y Montilsa, utilizadas por los acusados como medio para procurarse el ilícito beneficio.

La Audiencia Nacional estimó la existencia de continuidad delictiva respecto de la apreciación de otro delito de estafa imputado a los mismos acusados en relación con el asunto “*Oil Dor*”, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 74 del actual Código Penal que dispensa un tratamiento más favorable que el art. 69 bis del derogado, imponiendo al acusado Mario C. la pena de seis años de prisión, amén de una multa de doce meses con una cuota diaria de cincuenta mil ptas., así como a Arturo R. B. y Rafael P. E. la de cinco años y ocho meses de prisión y la misma pena pecuniaria (*vid. supra*, nota 370).

La STS —2.ª— 867/2002, de 29 julio 2002, ya citada, confirmó en este punto la resolución de la instancia, destacándose como en la relación fáctica se ponía de relieve como “los acusados, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial acordaron vender a la Corporación Industrial Banesto las respectivas participaciones que tenían en el negocio del Centro Comercial y que habían recibido gratuitamente y sin contraprestación alguna. El elemento clave que produce el engaño, es precisamente la ocultación de esta circunstancia ya que como se ha dicho, su conocimiento por parte del resto de los componentes de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, habría impedido que, tanto la autorización para negociar los términos de la ejecución del acto de disposición ya decidido, como este mismo acto, hubiera podido llevarse adelante” (Motivo Segundo del recurso del acusado Rafael P. E.).

Resulta evidente que no se pueden asimilar todos los tipos de comportamiento desleal, en la medida en que la figura del administrador puede detentar una variada gama de prerrogativas delimitadas, sobre todo estatutariamente, mermando o ampliando sus facultades como tal, y consecuentemente su capacidad operativa para gestionar fraudulentamente el patrimonio social.

La relación material entre el administrador y la sociedad puede responder al modelo tradicional de las sociedades anónimas, como órgano de gestión o representación de ésta; con amplias competencias y facultades de disposición, llevando en su esfera interna la actividad de gobierno, dirección o gestión de la sociedad, y en la externa actuando en nombre de ella.

En las grandes empresas ese poder de gestión dirección y representación suele concentrarse en un grupo reducido de personas (consejeros delegados) que a través de los mecanismos de la delegación de funciones desempeñan el rol de auténticos administradores.

En otras ocasiones, sin embargo, mediante una relación de carácter laboral (no orgánica) se otorgan facultades de gestión y representación a administradores de hecho (*directores generales, gerentes*, etc.) a los que como directivos y con la consideración de *apoderados o factores*, se les apodera con carácter general, con amplias competencias de administración y representación, delimitadas por los criterios e instrucciones directas de los órganos superiores de gobierno y administración, o con carácter especial (*apoderado singular*) respecto de los cuales habrá de estarse necesariamente a los términos del poder otorgado, en los que se determinará la amplitud y extensión de sus facultades, así como su capacidad para ejercerlas con autonomía.

Todo ello con abstracción de la responsabilidad de los administradores en el proceso emergente de la sociedad, el referido al período fundacional o de constitución de ésta, desde la celebración del contrato hasta su inscripción en el Registro Mercantil, o en su fase agónica en la que se le sustituye por liquidadores con las mismas facultades de administración y representación de aquéllas, y cuyo estudio reservamos para la parte segunda de esta obra, en la que se tratará de analizar su significación, alcance y contenido.

Mayores dificultades para su deslinde, si cabe, presenta la convivencia del delito de administración desleal con el de *apropiación indebida* regulado en la art. 252.

En el mismo el núcleo de la conducta o actividad está integrado: 1.º) por el recibimiento, material o formal, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial^{373 bis} en virtud de un

En el mismo orden la meritada resolución establece que: “Desde un punto de vista semántico, engaño es hacer creer a alguien con palabras o de cualquier manera, una cosa que no es verdad. Desde una perspectiva jurídica, lo verdaderamente relevante no es si el sujeto activo, desarrolla una conducta activa u omisiva, sino su idoneidad para producir el resultado lucrativo buscado. Es su eficacia real en el caso concreto lo que determina la aparición de la figura típica de la estafa. Es evidente que la provocación del error en las personas afectadas puede conseguirse, tanto por medio de una conducta activa o bien a través de ocultaciones de la realidad, que provocan la captación de la voluntad del engañado, llevándole a realizar un acto que no hubiera cometido si hubiese conocido la realidad escondida.

Reflejando y valorando adecuadamente todo el entramado engañoso que culmina con la decisión de la Comisión Ejecutiva autorizando la entrada en Dorna, la Sala sentenciadora afirma con razonamientos, que hacemos nuestros, que los miembros de dicha Comisión podían racionalmente creer, porque ello sería lo normal en el tráfico y actuación de los responsables de la administración y gestión de la sociedad, que ninguno de los acusados tenía interés en el negocio y que la operación se haría adquiriendo acciones de la sociedad.

En definitiva el montaje, minuciosamente planeado para consumir el lucro ilícito perseguido, se componía de elementos muy directos y complejos, activos y omisivos que configuran un engaño eficaz.

Precisamente la jurisprudencia de esta Sala no distingue entre comportamientos activos u omisión, cuando el sujeto activo tiene, además, un deber de lealtad y sinceridad con las personas y entidades a las que trata de perjudicar” (Motivo Trigesimosegundo del recurso del acusado Mario C.)».

^{373 bis} La ampliación del objeto del delito en el tipo de apropiación indebida regulado en el actual art. 252 CP a los valores y activo patrimonial permite la inclusión de bienes inmuebles dentro de dicho concepto, siempre que su propiedad se halle representada en forma de participaciones sociales, lo que cobra una particular relevancia en las sociedades patrimoniales reguladas por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

contrato de depósito comisión o administración, o por otro título que comporte la obligación de entregarlos o devolverlos. 2.º) por el acto o actos de apropiación o distracción, o la negación de haberlo recibido y 3.º) por el nexo de la culpabilidad, en cuanto que reclama para poderse apreciar, no solamente la conciencia del acto sino su realización con ánimo de lucro, esto es con deseo de incorporarlo a su patrimonio o al de un tercero²⁰.

La STS —2.ª— 954/2005, de 28 de junio (*Caso Huarte*), ya citada, establece en ese orden, Fundamento de Derecho Quinto, punto 2.º, que: «El art. 535 del Código penal de 1973, en redacción correspondiente a la fecha de los hechos enjuiciados, requiere que la apropiación o distracción se verifique sobre “dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble”, que tuvieren, entre otros títulos, por administración. El art. 252 del Código penal vigente, en esta misma materia, ha sido ampliado, al referirse a “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial”. De modo que lo son las cosas muebles, a las que ahora se añade la mención “valores”, y se complementa con otra categoría que pasa a denominarse un “activo patrimonial”.

El caso planteado contiene la peculiaridad de que lo transmitido en el contrato de 15 de septiembre de 1994 es, por un lado, la participación de una sociedad cuyo único activo patrimonial es un inmueble —y así lo reconoce paladinamente la Sentencia recurrida—, y “un préstamo a la misma entidad [se refiere a PRICIA] cuyo saldo era de 7.785.922 \$ de fondos propios”. Respecto al inmueble (“cuyos activos en ese momento son el 49% de EUROPLAZA, valorado en 13.805.225 \$”), no cabe duda que aun cuando se produjera perjuicio a la sociedad matriz (en este caso, HUARTE), mediante un acto de distracción que podría integrar una modalidad de la apropiación indebida, correspondiente a la llamada figura penal de la administración desleal, aun con anterior a la vigencia del nuevo art. 295 del Código penal, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, a la que anteriormente nos hemos referido, no cabe duda que se trata en definitiva de la *distracción de un inmueble*, como han puesto de manifiesto las partes recurrentes, y así lo tratan igualmente los jueces *a quibus*, de modo que en virtud del principio de taxatividad, con que han de ser interpretados los tipos penales, tal acción no era típica en la fecha de comisión de los hechos, por haber sido incorporado a la tipología del art. 252 del nuevo Código penal, la expresión “activo patrimonial”, en donde con facilidad puede subsumirse esta propiedad inmobiliaria, aún representada en forma de participaciones sociales sobre una entidad mercantil, que, repetimos, su único activo lo constituye el inmueble, y que, en consecuencia, no encaja en el tipo penal que ha sido aplicado que es el correspondiente al art. 535 del Código penal de 1973, por más extensión que quisiéramos dar al objeto material del delito, que, por otro lado, no consentiría una interpretación analógica extensiva y contraria a reo. De modo que en esta faceta, no hay delito (no decimos que no haya perjuicio a la sociedad), pero el objeto material sobre el que recae se encuentra extramuros de la definición típica del precepto aplicado por el Tribunal de instancia. En suma, distraer un bien inmueble, en la época de los hechos enjuiciados, era una conducta atípica, por no tratarse de cosa “mueble”.»

²⁰ Cfr. STS —2.ª— 1436/2001, de 18 julio 2001, rec. 2319/2001, (Prego), La Ley 8919/2001, Fundamento de Derecho Primero: «el ánimo de lucro como elemento del tipo es compatible tanto con un propósito de beneficio propio como con la finalidad de beneficiar a un tercero, siendo así irrelevante quien sea el destinatario del lucro logrado mediante la acción apropiativa que se consuma con el acto mismo de disposición de lo ajeno como si fuese propio, aunque no pase lo apropiado a engrosar el patrimonio del agente».

La STS —2.ª— 867/2002, de 29 julio 2002 (*Caso Banesto*), ya citada, en relación con el segundo de los condicionamientos aludidos, relativo a la sustantividad y autonomía del acto realizado para satisfacer la hipótesis típica, cuando su ejecución se lleve a cabo a través de una pluralidad de acciones, revocando la dictada en la instancia por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 31 de marzo de 2000, que con referencia a los hechos descritos en el apartado primero del *factum*, referenciado como «Retirada de caja de 300 millones» había considerado a éstos como constitutivos de un solo delito de apropiación indebida del art. 535 en relación con el art. 529.7.º del Código Penal de 1973, estima, sin embargo, la existencia de un *delito continuado*, al describirse en aquél —según el Tribunal de Casación— dos acciones penales claramente diferenciables: «1. El acusado Mario C. C en su condición de Presidente del Banco Español de Crédito, S.A. (en adelante en Banesto), y en función de las facultades de disposición conferidas por razón de su cargo, y sin que fuera autorizado para ello por los órganos de administración de la sociedad, decidió unilateralmente disponer de la suma de 300 millones, para fines ajenos al giro propio de la empresa, sin que se haya acreditado que aquella cantidad fuera utilizada por Mario C. en su propio beneficio o que formara a integrar parte de su patrimonio.

Para llevar a efecto aquella disposición global de 300 millones ptas., el acusado Mario C. C. se puso

en contacto con Martín R. F., Director General de Banca Comercial, a la vez que encargado de las relaciones crediticias del Banco con los partidos políticos, comunicándole su propósito, indicándole verbalmente que había que hacer un pago de 300 millones ptas. a don Adolfo S., ex Presidente del Gobierno, por los servicios que éste había prestado ante el Banco de España y Martín R. asumió el encargo de gestionar la ejecución de la orden de disposición de efectivo.

A tal fin, Martín R. preguntó al Cecilio A. G. Director adjunto de la sucursal del Banco en el Paseo donde la Castellana, n.º 7, si había disponibilidad de 300 millones ptas., contestando afirmativamente, indicándole entonces el señor Martín R. que tuviera preparada la cantidad de 300 millones ptas. en efectivo, y que posteriormente le comunicaría el momento de llevar a cabo la disposición. Martín R. le comunicó asimismo que debía guardarse la debida confidencialidad, por lo que el dinero en efectivo no debía entregarse en la forma acostumbrada, en sacos con anagrama del propio Banco, sino en bolsas sin signo distintivo, encargándose Cecilio A. de adquirir dos bolsas de deporte para el transporte del dinero.

La disposición efectiva de la suma de 300 millones ptas., una vez preparada la cantidad para ello, se llevó a cabo en dos entregas, de 150 millones ptas. cada una. La primera tuvo lugar con fecha 2 de febrero de 1989. Para llevarla a efecto, don Apolonio P. A., conocido como Pol, fue avisado por encargo del Presidente y así se le hizo saber que recibiría una bolsa de deporte que debía entregar en una dirección, que asimismo se le facilitaría, sin que le fuera comunicado su contenido. Martín R. dijo entonces a Cecilio A. que había llegado el momento de disponer parte de la cantidad global, indicándole que preparase ahora 150 millones ptas. Y Cecilio A. lo llevó a cabo mediante la obtención de efectivo de la caja de dicha sucursal, emitiendo a continuación el correspondiente recibo de caja que fue firmado por don Martín R. La bolsa de deporte, con la cantidad indicada en su interior, fue entregada por Martín R. a Apolonio P. en el garaje de la oficina de Castellana 7, y éste llevó el dinero a la dirección que se le indicó, que no ha podido ser determinada, pero en lugar próximo al Palacio de Deportes de en Madrid, de la C/ Goya, haciendo entrega de la bolsa y su contenido a una persona cuya identidad no se ha determinado.

Con la finalidad de entregar la cantidad pendiente para alcanzar la disposición total de 300 millones, el 6 de abril del mismo año 1989 se llevó a cabo la segunda entrega parcial, de nuevo, en suma de 150 millones ptas. A tal fin habiéndose comunicado la necesidad de llevar a cabo la disposición de dicha suma Cecilio A. éste subió al despacho de Martín R. con una bolsa de deporte y la cantidad de 150 millones ptas. en efectivo en su interior, circunstancia que pudo ser observada por Fernando F. Director general adjunto, que ocasionalmente entró en el despacho de Martín R. La bolsa fue entregada por Martín R. para su transporte a Apolonio P., que esperaba instrucciones en el hall. En su cumplimiento, el citado Pol entregó la bolsa en una dirección desconocida a persona también desconocida.

La salida de fondos, a pesar de que tuvo lugar de la caja de la oficina de Castellana n.º 7, habiendo firmado el correspondiente recibo Martín R., fue contabilizada en una cuenta transitoria, en espera de su definitiva asignación, dentro de la sucursal 8025 de Banesto en Pamplona, cuyo Director era en esa fecha el Sr. V. cuñado de Martín R.

Con posterioridad, el señor Martín R. recibió una comunicación de Mariano F., Director de una sucursal de Banesto en Barcelona, poniéndole de manifiesto que en esa sucursal existía una suma de 4.709.940 ptas. que aparecía anotada como cantidad “a disposición del Presidente”, diciéndole así mismo que cantidades de este tipo las entregaba con anterioridad a don Pablo G. u otras veces a don José María S. de V., el primero Presidente y el segundo Director general. Consultado Mario C. por Martín R. acerca de qué destino había que dar a esa suma, acordaron abonarla en la cuenta transitoria de Pamplona, reduciéndose el saldo deuda de 300 millones en la parte correspondiente.

Banesto no ha recuperado la suma de 300 millones ptas. dispuesta por el acusado Mario C. Esa cantidad hubo de ser provisionada en 1994 conforme a la normativa bancaria.

2. El Consejo de Administración de Banesto, en su reunión del día 16 de junio de 1988, aprobó las bases de la fusión del Banco con el Banco Central, encargándose la sociedad BECC Holding, S.A. de la gestión de la fusión. El Banco de España dio su conformidad al proceso de fusión, comunicando Mario C. este hecho al Consejo de Administración en su reunión del día 29 de septiembre de 1988.

En el mes de octubre de 1998, Cartera Central, S.A. accionista del Banco Central, propuso el nombramiento para el Consejo de Administración de Banesto, de nuevos consejeros a su instancia, siendo designados en el Consejo de Banesto que se celebró el día 14 de octubre de 1988, entre otros, don Aristoboulo, de J. F., don Carlos B. G.^a del R. y don José Luis del V. P. La Junta general extraordinaria de Banesto celebrada el día 15 de octubre de 1988 ratificó sus nombramientos, al tiempo que aprobaba el proceso de fusión. En esa misma Junta fueron designados cuatro nuevos consejeros procedentes del

Banco central, don Alberto C. de A., D. Epifanio R. B., don Luis B. T. y don Romualdo G. A.

A partir de esa fecha, con ocasión de la incorporación de nuevos consejeros a instancia de Cartera Central, comenzaron a surgir desavenencias en el seno del Consejo que se pusieran de manifiesto con especial intensidad en el celebrado el 30 de diciembre de 1988. El día 20 de enero de 1989 fueron remitidas al Banco de España las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1988, que contenían anotaciones derivadas del proceso de fusión, en particular, la revalorización de activos, habiéndose anticipado saneamientos con cargo a esas plusvalías. En la reunión celebrada por el Consejo de Administración el día 24 de enero de 1989, cinco Consejeros votaron en contra de la aprobación de aquellas cuentas y otros cinco se abstuvieron, resultando aprobadas por once votos a favor. En esa reunión algunos Consejeros plantearon la necesidad de cambios en la gestión del banco.

Ante la dimisión del Consejo de Administración de Banesto, el Banco de España expresó su preocupación sobre las consecuencias enormemente graves que la prolongación de esa situación podía tener para la imagen de los bancos en proceso de fusión y en general de la banca española, haciéndolo saber al Consejo por escrito de fecha 28 de febrero de 1989. El Gobernador del Banco de España habló personalmente con los Presidentes de los bancos interesados con el fin de comunicarles aquella preocupación. En ese estado, demostrada la inviabilidad de la fusión, en el Consejo de Administración de Banesto del 6 de marzo de 1989 se ratificó el previo acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco por el que se constataba aquella situación. Se llegó a un convenio con el accionista Cartera Central, S.A. sometido al Banco de España, por el cual los Consejeros de Cartera Central dimitían, lo que tuvo lugar en el mes de abril de 1989.

La ruptura de la fusión obligó al Banco Central y al Banco Español de Crédito a presentar nuevos balances en los que no se recogieran los asientos de la fusión. El Consejo de administración de Banesto, en su reunión del día 19 de abril de 1989, revisó las cuentas de 1989, siendo necesario un ajuste por provisiones superior a 25.000 millones ptas. No obstante, la Junta General celebrada el 17 de junio de 1989 aprobó la distribución de dividendo.

3. No ha quedado acreditado que la disposición por Mario C. de 300 millones ptas. se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de don Adolfo S. ante el Gobernador del Banco de España para que éste autorizara la desfusión y diera el visto bueno a las cuentas correspondientes al ejercicio 1988.

— En su fundamentación jurídica, la sentencia de instancia se planteaba a los efectos decalificar jurídicamente el hecho en primer término, si era subsumible en el delito de apropiación indebida tipificado en la art. 535 del código de 1973, vigente al tiempo de comisión del delito y alternativamente si lo era, así mismo, en el tipo del art. 252 del actual Código Penal o en el art. 295 del mismo código como delito de administración desleal, en su caso, con un régimen sancionador más favorable, concluyendo con la estimación de un único delito de apropiación indebida del código de 1973, agravado por las circunstancias 7.^a del art. 529 estimándola como muy cualificada debido a la cuantía de la suma de dinero dispuesta. Particular éste que al llevar aparejada una pena comprendida entre seis meses y un día a cuatro años y dos meses de prisión, comportaba la prescripción del delito por haber transcurrido más de cinco años desde que se cometió este hasta el momento en que se formuló la querrela por el Ministerio Fiscal y se inició el procedimiento, y en consecuencia la declaración de extinción de la responsabilidad penal del acusado Mario C.

En este orden estimaba la sentencia que “aunque en un primer momento la doctrina y la jurisprudencia encontraban cierta dificultad en subsumir las conductas de distracción de dinero en el tipo del art. 535, en atención a que, dado el carácter fungible del dinero, se transfería su propiedad al disponente, quien quedaba obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, si bien reconociendo que esta transmisión de propiedad se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (STS 31 de mayo de 1993), lo cierto es que la evolución doctrinal y jurisprudencial llevó a un nuevo entendimiento del delito de apropiación indebida en el sentido de que el tipo del art. 535 (vigente art. 252) alberga dos delitos independientes de diferente naturaleza: el delito de apropiación indebida, consistente en la *apropiación* de una cosa mueble (delito contra la propiedad); de otro lado, un *delito de infidelidad* en la administración del patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción del dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio). Con ello, no se plantean problemas de tipicidad de conductas de gestión desleal del dinero realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, pues la cuestión de si eran subsumibles o no en el art. 535 constituye un problema de interpretación del tipo penal que se ha decantado en el sentido expuesto”. La Sala de instancia, concluye estimando la conducta del acusado incurso en un delito sancionado en el art. 535 del

CP 1973, y en el actual art. 252 CP y asimismo en el art. 295 CP que tipifica el delito societario de administración desleal, en la medida en que el tipo recogido en la art. 252 CP, “no se agota con acciones de estricta apropiación, con atribución definitiva del dominio por parte del administrador, sino que comprende también conductas de administración desleal, produciéndose un supuesto de los previstos en el art. 8 del Código Penal, esto es, un hecho susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del código. De entre las posibles alternativas sobre la clase de relación normativa entre los tipos de los arts. 252 y 295 CP la jurisprudencia se ha decantado por la solución de la alternatividad, esto es, la regla conforme a la cual, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor (art. 8.4 CP). Sea ésta la regla que debe ser observada, la que se fundamenta en la necesidad de no privilegiar injustificadamente conductas de gestión desleal que se suceden en el ámbito societario, o, como ha propuesto parte de la doctrina, la de la especialidad del artículo 8.1.^a CP, en cuyo caso, tratándose de distracción de dinero, el art. 252 constituiría regla especial frente a la más general del art. 295 que se refiere genéricamente a bienes de la sociedad (*sic*) el hecho que estamos enjuiciando debe calificarse conforme al delito de apropiación indebida del art. 252, concebida por las razones dichas como delito contra el patrimonio, con las agravaciones, en su caso, contenidas en el art. 250. (...) Comparando las penalidades establecidas en los artículos 535 en relación con los arts. 528 y 529.7.º CP vigente al tiempo de los hechos, y en el vigente art. 252 en relación con los arts. 248, 349 y 250.6.º, resulta más favorable al reo el Código derogado, en cuanto el marco penal que contiene es desde seis meses a un día a cuatro años y dos meses de prisión, más benigno que la pena de prisión de uno a seis años, más la pena de multa que se contiene en el código vigente. Además resulta más favorable el Código derogado en cuanto contiene plazo más breves de prescripción, conforme argumentamos a continuación”. (...) Concluyendo la Sala que “Conforme al art. 113 del CP derogado prescriben a los cinco años los delitos cuya pena no exceda de seis años. El plazo establecido en las leyes es de obligado cumplimiento, aunque en el caso concreto se demuestra insuficiente para borrar de la memoria social los efectos del delito, a pesar de que este principio es el que materialmente justifica el instituto de la prescripción”.

El Tribunal de casación, sin embargo, con estimación del motivo segundo, del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, considerando que el acusado Mario C. no había tomado dos decisiones de acción, sino una sola y que la pluralidad de actos en que se concretó la disposición patrimonial no era sino la ejecución fraccionada de una sola voluntad, casa, en este punto la sentencia de instancia, calificando el delito de continuado, con la imposición al acusado de una pena de seis años y un día de prisión mayor, con la obligación de indemnizar al Banco Español de Crédito con la suma de 300.000.000 ptas., y la consecuencia aneja de eliminar la aplicación de los beneficios del instituto de la prescripción.

Mantén el Ministerio Público la constatación de dos conductas, coincidentes con dos acciones típicas, antijurídicas y culpables, llevadas a cabo por un mismo sujeto, siguiendo los designios de un plan previo y preconcebido que cayendo sobre preceptos de idéntica naturaleza ocasionaban un perjuicio patrimonial a un único sujeto. Destacaba el recurrente como la distancia temporal entre los dos hechos superó los dos meses, lo que conformaba un factor cronológico que, en modo alguno, se ajustaba a la denominada unidad natural de la acción; precisando que el desconocimiento del destino final de los fondos ilícitamente distraídos, reforzaba la tesis de la continuidad delictiva. Por lo que, en conclusión, concurriendo todos los requisitos del delito continuado, debería pensarse la conducta descrita en el *factum*, conforme a lo dispuesto en el art. 74 del Código Penal.

Similares consideraciones efectuaban en sus respectivos recursos las acusaciones particulares en representación: del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Banco Español de Crédito, y Asociación de usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC); así como por las acusaciones populares en nombre de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, que congruentemente, obtuvieron el apoyo del Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, evacuado de conformidad con lo dispuesto en el art. 882 de la LECrim.

Establece la Sala Segunda, en la resolución citada, que: “La sentencia maneja como alternativas, la inclusión de los hechos en el actual art. 252 del Código Penal (apropiación indebida) y asimismo en el art. 295 (administración desleal). Después de valorar las diversas posibilidades y teniendo en cuenta que las acusaciones, han apreciado las circunstancias de agravación contenida en el n.º 7.º del art. 529 del Código de 1973 y en los números 6.º y 7.º del art. 250 del Código vigente, se inclina por considerar más favorable el Código de 1973, calificando los hechos conforme al art. 535 en relación con el 528 y 529.7.^a del mismo texto legal. La afirmación que se hace en la sentencia en el sentido de que no ha quedado acreditado que la disposición por Mario Conde de 300 millones ptas., se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de don Adolfo Suárez ante el Gobernador del Banco de España, para

que éste autorizara la desfusión y diera el visto bueno a las cuentas correspondientes del ejercicio de 1988, elimina cualquier posibilidad de valorar una hipotética existencia de un delito de administración desleal.

El Ministerio Fiscal no discute, en este punto, la calificación jurídica de los hechos, sino la consideración de los mismos como un solo delito y no como un delito continuado, que es la tesis que mantiene en el presente motivo.

— Como es sabido uno de los elementos generales del tipo es la acción, que se proyecta en una conducta externa que produce normalmente un resultado típico. La determinación del momento consumativo tiene relevancia, en relación con determinadas circunstancias concurrentes, como los grados de participación y la prescripción del delito.

Parte de la doctrina acude a lo que se denomina la concepción natural de la vida, para decidir si ha habido una unidad natural de la acción, que integra un solo hecho delictivo, mientras que otros sectores sostienen perspectiva jurídica y no social.

La jurisprudencia de esta Sala, ha considerado que existe una unidad natural de la acción, que sólo merece un reproche penal, en los casos de agresiones sexuales en los que existiendo más de una penetración vaginal, oral o anal, estas se producen, en un corto lapso de tiempo, durante todo el cual, la víctima ha estado sometida a la acción directa del sujeto activo. Esta misma unidad natural de la acción o concepción naturalística, se ha tomado en cuenta en los casos en que existe lo que se denomina progresión delictiva. En estos supuestos existe una realización de varios hechos delictivos pero en un corto espacio temporal, por lo que se aprecia la existencia de un solo delito.

La sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2001, recuerda esta doctrina jurisprudencial, al decirnos que, el concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación), de manera que para un observador imparcial, el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (cita además las sentencias de 15-2-97; 7-5, 19-6 y 14-7-1999 y 2 y 18 julio de 2000).

Ahora bien, una situación distinta, es la que se produce cuando nos encontramos ante una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En estos supuestos no hay unidad natural de la acción, sino diversas actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, que ha sido consagrada legalmente en el art. 69 bis del Código de 1973 y reiterada en el art. 74 del Código vigente.

Un ejemplo típico de delito continuado que se utiliza en los manuales, es el del cajero de un Banco que se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades, siguiendo un designio unitario o bien aprovechando circunstancias parecidas.

Primero la jurisprudencia y ahora el propio Código Penal, permiten la construcción del delito continuado, sobre la base de la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Un solo sujeto activo de todas las acciones; b) Un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido; c) Homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido; d) Semejanza del precepto penal violado; e) Conexión espacio-temporal.

Es evidente que en el caso que es objeto de nuestra atención, se dan todos los elementos para calificar los hechos como un delito continuado. Las acciones imputadas al mismo sujeto, obedecen a un sólo designio, al decidir “unilateralmente disponer de la suma de trescientos millones ptas. para fines ajenos al giro de la empresa”.

La ejecución del plan preconcebido, que aisladamente considerado integraría dos delitos de apropiación indebida, se ha realizado de forma lo suficientemente separada en el tiempo —más de dos meses—, como para que sea imposible considerarlas integradas en una sola acción delictiva. Por el contrario, el diverso modo de proceder y la forma de disposición del dinero, en dos fracciones de ciento cincuenta millones ptas., podría llevarnos a un concurso real, si no hubiera existido el plan preconcebido o un sólo designio, del que nos habla el hecho probado, de cuyo contenido no podemos apartarnos.

Ese dolo inicial, plasmado en dos complicadas operaciones distanciadas en el tiempo, es lo que

inevitablemente nos lleva a estimar la concurrencia de un delito continuado.

La alegación efectuada por la representación del acusado, sobre la unidad de acción, manteniendo que la ejecución fraccionada de su decisión fue tomada unilateralmente por el Director General de la Banca Comercial, no encuentra su apoyo en el hecho probado ya que se afirma tajantemente que, “la disposición efectiva de la suma de 300 millones ptas., una vez preparada la cantidad para ello, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones ptas. cada una”.

En todo momento el acusado, en su condición de Presidente de la entidad financiera, conoció y ordenó el diseño de la operación. Asimismo decidió la confidencialidad de la entrega del dinero, resultando indiferente que las precauciones materiales para enmascarar las dos cantidades, las tomaran sus subordinados. Resulta evidente que era más fácil realizar lo acordado, si se actuaba en dos momentos distintos y a través de sucursales diferentes. El dominio pleno y total del acto correspondió al acusado Mario Conde y a él se debe imputar, la forma de realizar el hecho delictivo, sin que pueda sostenerse que los colaboradores, hubieran actuado por su cuenta y absolutamente desligados de su principal.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado».

Finalmente y en orden a la falta de prescripción del delito consideraba finalmente la Sala que: «Establecida en el motivo anterior, la existencia de un delito continuado, procede ahora examinar si, esta nueva valoración, tiene influencia sobre la prescripción del delito acordada por la Sala sentenciadora.

Este punto fue planteado como cuestión previa y rechazado por resolución de 9 de marzo de 1998, para su decisión en la sentencia definitiva. La resolución recurrida después de hacer unas profundas consideraciones dogmáticas, termina, afirmando que si se es coherente con la idea de que, el delito continuado es un caso de unidad jurídica de la acción, que no siempre debe favorecer al reo, debe reconocerse que las acciones que se integran en la relación de continuidad pierden, por este hecho, su sustantividad propia. Considera la sentencia que el delito ha prescrito, porque desde la fecha de su comisión (abril de 1989), hasta la interposición de la querrela en noviembre de 1994, ha transcurrido el plazo establecido en la ley vigente, al momento de la comisión de los hechos delictivos. Conforme al art. 113 del Código derogado, prescriben a los cinco años los delitos cuya pena no exceda de seis años. Estima que no concurre la circunstancia agravatoria del art. 529.8.ª del anterior Código ya que, en su opinión, no ha quedado demostrada la relación directa entre la apropiación de trescientos millones, que pertenecen al patrimonio de un Banco y la producción de un perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas.

No obstante señala que, la solución hubiera sido otra, de aplicarse el Código vigente, porque el plazo para la prescripción que establece el art. 131 del Código Penal, para delitos castigados con pena que excede de cinco años de prisión, como aquí acontece (prisión de uno a seis años de multa) no había transcurrido, pero no se puede aplicar retroactivamente, en perjuicio del reo, una legislación más desfavorable. (...)

Ateniéndonos a lo anteriormente expuesto, debemos examinar, si al amparo de la legislación derogada y teniendo en cuenta las previsiones y posibilidades punitivas que ofrecía el artículo 69 bis del Código Penal de 1973, que regula el delito continuado, se ha producido el transcurso de los plazos de prescripción que establecía el anterior art. 113 del Código Penal.

Con carácter general se ha dicho por esta Sala y así ha quedado plasmado en un Acuerdo General de 29 de abril de 1997 que, para computar los plazos de prescripción de los delitos, se deben tomar en consideración las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas que se nos presentan en cada caso concreto.

El art. 69 bis del Código Penal de 1973, establecía que los responsables de un delito o falta continuado, serían castigados con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. El mismo precepto, contempla una serie de previsiones específicas, para los delitos contra el patrimonio, estableciendo la imposición de la pena, tomando en cuenta el perjuicio total causado.

La sentencia califica los hechos, como ya se ha dicho, integrándolos en un delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal de 1973 en relación con la circunstancia 7.ª del art. 529, que estima como muy cualificada a los efectos de penalidad lo que nos sitúa, según el art. 528, en una pena de prisión menor que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 bis del Código derogado, permitía llegar hasta el grado medio de la pena de prisión mayor, es decir, hasta los diez años de prisión mayor.

Como sienta la STS —2.ª— 964/1998, 27 de noviembre, en el delito de apropiación indebida pueden distinguirse dos etapas diferenciadas: la primera se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo percibe en calidad de depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. Recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado, es decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir el fin pactado. En una segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima (su propiedad afectada a un destino, en el caso de bienes fungibles) en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente, en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado.

En el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el *título de recepción*, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

El art. 252 CP al regular los títulos que originan la obligación de entregar o devolver, además del *depósito* —incluido el miserable o necesario— alude también a la *comisión y administración*, con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa fungible pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero o cosa fungible —salvo precisamente (como sienta la STS —2.ª— 964/1998, de 27 de noviembre, ya citada) en los supuestos en que existan *patrimonios separados* como ocurre en los casos de administración de sociedades, comunidades de bienes o entidades semejantes— en cuyo caso la transmisión se efectúa con una finalidad concreta consistente en dar a la cosa un determinado destino, o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó y a devolver físicamente la misma; resultando indiferente para su perpetración que su ejecución sea verificada materialmente por el propio administrador, por tercero a sus órdenes o por persona interpuesta, siempre que como autor ostente el *dominio funcional del acto* o decisión generadora de la apropiación o distracción verificada (SSTS —2.ª— 479/1998, de 6 de abril; 1117/1998 de 9 de octubre)

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el art. 113 párrafo tercero del Código de 1973, el plazo de prescripción es de diez años, que no habían transcurrido desde la comisión de los hechos, hasta la interposición de la querrela por el Ministerio Fiscal (...).

El antiguo art. 113 del Código Penal, para computar los plazos de la prescripción parte de la pena que la ley señalare, lo que ratifica la postura de considerar la pena en abstracto. En relación con el delito continuado, existen numerosas sentencias de esta Sala, en las que se establece que la pena a considerar, sería la que resultara de la posibilidad de aumentarla hasta el grado medio de la pena superior (STS de 13 de marzo de 1996).

Como se ha señalado por la doctrina de esta Sala, entre otras muchas la sentencia de 31 de marzo de 1997, a los efectos de la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo o prescripción, la pena base a tener en cuenta, no es, ni la que corresponde imponer en cada caso concreto, ni la que ha sido objeto de acusación, sino la que establece la propia ley como máxima posibilidad, pues ello, amén de que literalmente así lo dice el precepto (señalado por la ley) es de lógica interpretación, ya que lo contrario iría en contra de un principio tan importante como es el de la “seguridad jurídica”. Este mismo criterio se ha seguido en otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de octubre de 2001, que reproduce la anterior doctrina.

En consecuencia y descartada la posibilidad de aplicar el art. 74 del Código vigente (que tampoco autorizaría la prescripción), la estimación del delito de apropiación indebida como continuado por la vía del art. 69 bis del Código de 1973, impide la entrada en juego de los plazos extintivos de la responsabilidad criminal.

Eliminada la prescripción reaparece la figura del delito de apropiación indebida del artículo 535, en relación con los arts. 528 y 529.7.º del Código Penal de 1973, solución por la que se decanta la sentencia recurrida, después de ponderar la aplicación alternativa del Código vigente en su modalidad de apropiación indebida, e incluso, de administración desleal. Asumiendo dicha calificación y teniendo en cuenta la existencia de un delito continuado, determinaremos, en la segunda sentencia, la pena que corresponda, debidamente individualizada.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado».

que comporta tener las riendas del mismo, y en consecuencia: pudiendo decidir que se ejecute o no²¹.

²¹ STS —2.^a— 964/1998, de 27 noviembre, rec. 3778/1997 (Conde-Pumpido Tourón), La Ley 129551/1998. Por su parte, la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal la Audiencia Nacional 16/2000, de 31 marzo 2000 (*Caso Banesto*), ya citada, establece en el apartado VI de los Hechos Probados, relativo al asunto referenciado como «*Locales comerciales*» que: «el acusado Fernando G. C., mayor de edad y sin antecedentes penales ocupaba desde 1989 el cargo de Director General del Banco Español de Crédito. En función de los cometidos que le fueron asignados, estaba autorizado por el Banco para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes. Aprovechando tales facultades, planeó obtener un beneficio económico con ocasión de determinadas adquisiciones de locales para uso comercial y naves para almacén, que se describirán más abajo, resultante del mayor precio contabilizado en el Banco que no se correspondía con el realmente estipulado en cada compraventa, notablemente inferior. De este modo, el acusado ocultaba al Banco que el coste de adquisición de los locales había sido en realidad inferior a los pagos ordenados, obteniendo así el acusado la disposición del sobrante, que no se reintegró al patrimonio del Banco. A tal fin, Fernando G. autorizó cada una de las compraventas y ordenó a los apoderados correspondientes la emisión de cheques al portador con la finalidad de ocultar la identidad del receptor y el destino último de los fondos. Para la consecución de su plan, Fernando G. contó con la colaboración de Tomás A. M. del B., persona de su confianza, a quien encargó la búsqueda de locales y la recepción de los fondos que pagados por Banesto, no tenían como destinatarios a los vendedores. Además Fernando G. utilizó la relación de confianza que le unía con Cándido F. T. director de la oficina principal del Banco de Progreso, en Madrid, para depositar en esa oficina parte de los fondos procedentes de este hecho, y poder utilizarlos bajo identidad de supuestas en la forma que se dirá.

Se efectuaron en total seis operaciones de adquisición de locales que discurrieron entre los meses de febrero de 1989 y diciembre de 1990. De acuerdo con el importe consignado en las correspondientes escrituras se pagó un precio de aproximadamente 997.000.000 ptas. Además del precio establecido en escrituras públicas, otra cantidad fue recibida por los vendedores como dinero complementario al consignado en escrituras, pero que querían mantener opaco. Al menos la cantidad de 1.550 millones ptas. no fue recibida por los vendedores de los locales y aquella suma quedó a disposición del acusado Fernando G.

Las operaciones realizadas fueron las siguientes:

a) Con fecha 28 de febrero de 1989, Enrique G., subordinado de Fernando G., y por indicaciones de éste, firmó una propuesta de adquisición del Local sito en la C/ San Mario, 12 (Finca Pinar del Rey, n.º A-1861 Madrid). Fernando G., ocultando el valor real acordado con los vendedores, establecido en 185 millones ptas., autorizó la propuesta y un precio de 276 millones ptas. La operación se elevó a escritura pública, consignado las partes un precio de 85 millones ptas., efectivamente recibido por los vendedores en la siguiente proporción: 20.500.000 ptas. por Manuel R. de T. S., propietario de una cuarta parte del local y que actuó representado por su apoderado Faustino F.; 64.500.000 ptas. por José R. de T. F.-M., propietario de tres cuartas partes del local y que actuó representado por su hijo Carlos R. de T. M. Además de este dinero recibieron los vendedores el resto del precio acordado, 100 millones ptas., sin constancia documental, abonados por Banesto en cheques al portador con los números 54811, 54812, 54813, 54814 y 54825.

Como se había autorizado por Fernando G. el pago de la suma de 276 millones ptas., la cantidad sobrante de 91 millones ptas. quedó bajo su disposición, y fue entregada, conforme a lo convenido, a Tomás A. Éste recibió un cheque al portador por este importe, el n.º 54818, que fue compensado en el Banco de Comercio. Tras diversas disposiciones en la adquisición de determinados bienes y otras cuyo destino no se ha acreditado, de aquella suma, se transfirieron 41.500.000 ptas. al Banco del Progreso, a través de la compensación del cheque n.º 154.353, para su inversión en diversos productos financieros, integrando, junto con otros fondos, una cuenta abierta por Fernando G. utilizando identidades supuestas en la forma que luego se relatará.

b) Fernando G. ordenó la compra del local para almacén, sito en la calle Fundadores n.º 9 de Madrid. Siguiendo instrucciones de aquél, el día 18 de abril de 1989 se formuló por el Servicio de Obras del banco una propuesta de compra en la que se establecía un precio de 221.000.000 ptas., conociendo el referido acusado que este precio era superior al que realmente se había acordado con los vendedores. Esa propuesta fue aprobada por Fernando G. como Director General del Banco mediante su firma y el “Visto Bueno”.

El día 20 de abril de 1989 se firmó la escritura pública de compraventa entre Banesto y los vendedores, los hermanos Gonzalo y Mariano H. F., fijándose un precio de 62.500.000 ptas., correspondiente a la mitad del precio pactado por la adquisición. Así los vendedores recibieron además de esta suma otros 62.500.000 ptas.

Del total de cheques emitidos por el Banco, que importaban la cantidad de 221 millones ptas., los vendedores sólo recibieron 125 millones. La cantidad restante, esto es, 96 millones ptas., se pagó mediante el cheque al portador de Banesto n.º 54831 que, con, conocimiento del acusado Fernando G., fue entregado a Tomás A. y compensado por este en el Banco de Comercio. Esta cantidad quedó a disposición de Fernando G., realizando diversas disposiciones Tomás A. con su autorización. Con cargo a dicha cantidad se emitió un cheque por importe de 45.000.000 Ptas que fue compensado en el Banco de Progreso, que pasó a integrar la misma cuenta referida en la operación anterior y de la que luego se dirá.

c) Por orden de Fernando G. C., el Servicio de Obras del Banco formuló el 22 de junio de 1989 una propuesta de compra de unos Locales para almacén en la C/ Mesejo de Madrid (n.º A-1866) en la que se establecía un precio de compra de 469.000.000 ptas., rectificado de forma manuscrita hasta quedar establecido en la cantidad de 445.500.000 ptas. Esta propuesta fue aprobada con el “Visto Bueno” y la firma del propio Fernando G., conociendo que el precio acordado con los vendedores era notablemente inferior.

El día 4 de julio de 1989 se firmó la escritura pública de compraventa de estos locales entre los apoderados del Banco Español de Crédito y los vendedores, la Sociedad “Consortio del Envase Industrial, S.A.”, fijándose en ella un precio de 240.000.000 ptas. Además de esta suma, y la cantidad de 14.400.000 ptas. como gastos por transacciones patrimoniales que también fueron abonados por el Banco, el Banco Español de Crédito emitió un cheque al portador (cheque n.º 54.878), de fecha 4 de julio de 1989, por importe de 205.500.000 ptas. que se entregó a Tomás A., que se contabilizó en Banesto en la Cuenta 1866.1111 como “complemento a la compra de locales para almacén en la C/ Mesejo”. Este cheque fue ingresado por Tomás A. en el Banco de Comercio. Tras diversas disposiciones y cobros en efectivo, se emitió un cheque por importe de 80.500.000 que fue ingresado en el Banco del Progreso en la forma que se dirá.

d) Siguiendo las órdenes dadas por Fernando G. como Director General del Banco, la Subdirección General de Obras e Inmovilizado, presentó un informe de fecha 22 de diciembre de 1989, dirigido al propio Fernando G., para la compra de determinados locales con destino a almacén en C/ Torregrosa, en Madrid. El acusado Fernando G. autorizó la compra en un importe de 800.000.000 ptas., más 12.600.000 ptas. correspondientes al Impuesto del Valor Añadido, en total, 812.600.000, ordenando la emisión de cheques por este importe. Fernando G. conocía que el precio estipulado con los vendedores era inferior, que había quedado establecido en 285 millones ptas., pretendiendo de este modo obtener la disponibilidad de la diferencia.

La escritura pública de compraventa se firmó el 27 de diciembre de 1989 entre apoderados de Banesto y el vendedor, la sociedad Promotora de Obras S.A., representada por José M. de la M. C. El precio fijado en la escritura pública fue de 105.000.000 ptas., cantidad que fue abonada por Banesto a los vendedores. Éstos recibieron además la suma de 180 millones ptas. como dinero complementario al precio consignado en el documento público. La cantidad restante hasta completar el total de cheques emitidos por Banesto, se distribuyó de la siguiente manera: Tomás A. recibió la suma total de 437.500.000 ptas., obtenida mediante dos cheques al portador, los números 189.146, por importe de 337.500.000 ptas., y n.º 189.136, por importe de 100.000 ptas. Ambos cheques compensados por Tomás A. en el Banco de Comercio. Los cheques n.º 189.141 por importe de 20.000.000 ptas., n.º 189.142 por importe de 32.500.000 ptas. y 189.143 por importe de 25.000.000 ptas. fueron compensados en el Banco Hispano Americano en una cuenta a nombre de la sociedad de valores “FG Inversiones Bursátiles”. De las anteriores cantidades, la cantidad de 357.500.000 ptas. se pretendió justificar con un supuesto pago hecho a una sociedad instrumental radicada en Gibraltar, denominada “Shillington Investment”, de la que eran representantes María Dolores A. y R. y en virtud de opción de compra que esta sociedad tenía sobre esos locales, que en realidad no existió. La diferencia de precio entre el realmente abonado y el escriturado, esto es, 695.000.000 ptas. (800 millones-105 millones) se contabilizó en Banesto en la cuenta 1868.111 como “complemento compra fincas a Promotora de Obras S.A.”.

e) El acusado Fernando G. ordenó al Subdirector General de Obras e Inmovilizado Enrique G. la compra de unas nave en la C/ Zamora de la localidad de San Fernando de Henares. En cumplimiento de esta orden se elevó por el citado una propuesta de fecha 14 de marzo de 1990 en la que se establecía un precio para la compra de 426.800.000 ptas., lo que fue autorizado y aprobado por Fernando G., quien conocía que este precio era superior al estipulado con los vendedores. El 16 de marzo de 1990 se firmó la

escritura pública de compraventa entre apoderados de Banesto y Francisco P. C. y Mariano A. P., como vendedores. El precio consignado en la escritura fue de 140.000.000 ptas., abonados a los vendedores. Además se pagó la suma de 16.800.000 ptas. por el Impuesto del Valor Añadido. Además de esta cantidad, se emitieron por el Banco Español de Crédito otros tres cheques al portador por un importe total de 270.000.000 ptas. cuyo destino fue el siguiente: El cheque n.º 189.188 por importe de 65.000.000 ptas., y el cheque n.º 189.191, por importe de 102.500.000 ptas., fueron entregados a Tomás A. y compensados por éste en el Banco de Comercio, de los que fueron dispuestos pagos en efectivos o por la emisión de cheques. Ha quedado acreditado que de los cheques así emitidos se dispuso de un importe de 54.000.000, para la compra por parte de la Sociedad “Inversiones Archanda” de un inmueble sito en Madrid en la C/ Manuel Uribe n.º 14. Esta sociedad fue fundada por Fernando G. y Tomás A. el 20 de octubre de 1989. Un tercer cheque n.º 189.189 por importe de 102.500.000 ptas., entregado a Tomás A., fue compensado en el Banco de Sabadell. De estos fondos ingresados en el Banco de Sabadell se efectuaron diversas disposiciones en efectivo a través de otros cheques al portador emitidos por esta entidad bancaria; de ellos, el cheque número n.º 02890027 por importe de 88.250.000 fue ingresado en el Banco de Progreso, en la forma que se dirá. Fernando G. dio la orden de adquirir determinadas naves en el término de Azuqueca de Henares. A tal fin se puso en contacto con su subordinado Rafael R. C., a quien dio el encargo de coordinar la operación junto con Tomás Allende. En ejecución de ello, el 4 de diciembre de 1990, se elevó propuesta por el Subdirector General de Obras e Inmovilizado, Enrique G., en la que se establecía un precio de 730.300.000 ptas. más los gastos de escritura y notaría, corrigiéndose de forma manuscrita ese importe, que quedó establecido en 814.471.000 ptas. Esta propuesta fue autorizada por Fernando G., aunque no estampó su firma ni el Visto Bueno como en propuestas anteriores.

El 5 de diciembre se celebró el contrato de compraventa entre representantes de Banesto y los administradores de los vendedores, la Sociedad NERCU, S.A. Francisco Javier M.O. e Iñaki O. B. El precio pactado en ese contrato y abonado por Banesto a los vendedores fue de 364.470.958, incluyendo todos los gastos e impuestos derivados de la operación. Además se emitieron por el Banco Español de Crédito otros cheques al portador, por un total de 450.000.000 ptas. Esta cantidad se justificó ante el Banco como pago de unos “estudios medioambientales del corredor del Henares” que se habían encargado y realizado por las sociedades CIMECON y CIMASA. Estos estudios, en realidad, no se realizaron, colaborando en la apariencia de la realidad de esos informes determinadas personas, que recibieron precio por su intervención. Así, recibieron una compensación económica de 64.000.000 ptas. Francisco A. L., José Miguel C. M., Juan Bautista C. P. y Juan Manuel C. P., respecto de los que no se ha solicitado responsabilidad en este proceso.

Las correspondientes facturas representativas de ese importe de 450 millones ptas. fueron firmadas, por indicación de Fernando G, por su subordinado Rafael R. C. Los cheques al portador emitidos para pagar esas facturas fueron entregados a Tomás A. y posteriormente compensados por éste en el Banco de Comercio, quedando a disposición de Fernando G. a través de Tomás A. Esta cantidad fue dispuesta, al igual que en ocasiones anteriores, mediante la emisión de múltiples cheques al portador que fueron cobrados en efectivo por caja o se utilizaron por Tomás A. para efectuar diversas compras y pagos. También con cargo a aquella cantidad, se emitió el cheque n.º 201.866 por importe de 140.000.000 ptas. que fue compensado en el Banco de Progreso, en la forma que se dirá.

3. Conforme a lo expuesto, que determinadas cantidades que proceden de los pagos ordenados por Banesto con ocasión de las anteriores operaciones, fueron transferidas desde el banco de comercio al banco de Progreso, oficina de Madrid, dirigida en aquellas fechas por Cándido F.T., persona de la confianza de Fernando G., razón por la cual éste decidió que aquellos fondos llegasen a esta sucursal bancaria. La finalidad de Fernando G. era poder obtener la necesaria confidencialidad para la disposición del dinero procedente de aquellas operaciones y, además, se garantizaba la confusión de esos fondos con otras inversiones para disimular tanto el origen como el destino de los mismos.

La cantidad que se ingresó en el Banco del Progreso, procedente de la compraventa de los diversos locales y naves, fue, al menos, de 635.164.433 ptas. que procedían de la compensación de cheques emitidos por el Banco de Comercio y por el Banco de Sabadell.

Se ha acreditado que estas cantidades fueron ingresadas y dispuestas en la forma que sigue: a) Procedentes de los ingresos que se habían realizado en el banco de Comercio, se emitieron varios cheques (el n.º 154.353 por importe de 41.500.000 ptas.; el n.º 154.358 por importe de 347.767 ptas.; el n.º 06591 por importe de 239.166.666 ptas. y el n.º 144.522 por importe de 45.000.000 ptas.). Estos cheques fueron ingresados en el Banco de Progreso a nombre de un tal Antonio C. G., con DNI n.º 33.815.789, identidad ficticia que había sido facilitada por Fernando G. a Cándido F. T. para ocultar la identidad del real disponente de los fondos. Con esa identidad se realizaron determinadas inversiones en Letras del Tesoro, que exigían la identificación de sus titulares a efectos fiscales. A su vencimiento las cantidades obtenidas eran

objeto de reinversiones en Letras, de nuevo utilizando la identidad ficticia de Antonio C. M., hasta que en un momento dado, y con la suma de otras cantidades procedentes de ingresos en efectivo no identificados, se efectuó la inversión de las cantidades resultantes en Pagarés del Tesoro, que no requerían ninguna identificación personal.

Con las sucesivas inversiones se generó una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por Fernando G. en la forma que sigue:

a.1) el cheque del Banco del Progreso n.º 111605 de fecha 26-4-91 por importe de 6.000.000 fue entregado por Cándido F. T. a la sociedad TAICSA, en la que participaba el acusado G., administrada y representada por Mohamed K. K. que actuaba a las órdenes del mismo. Esta cantidad fue canjeada el 17-5-91 por un cheque del Barclays Bank e invertida, junto con otros 5.000.000 aportados por la sociedad Inversiones Lucenses, en Pagarés del tesoro que a su vencimiento dieron lugar a un cheque de 13.590.247 ptas. que fue compensado en Bandesco el día 5-12-91. El día 22 de junio de 1990 se emitió el cheque n.º 692.022 del banco de Progreso por importe de 30.000.000 ptas. Este cheque fue compensado ese mismo día en la cuenta del Banco de Vitoria de la que eran titulares el acusado F. G. y su esposa Virginia L.-Ch. D., cantidad que fue aplicada a amortizar parcialmente un crédito hipotecario del que eran deudores. a.2) Los cheques del Banco del Progreso n.º 80000120 por importe de 1.963.210 ptas. y n.º 80000117 por importe de 1.325.740 ptas., ambos de fecha 12-6-90, fueron entregados por orden del acusado G., a Jacques P., Administrador de la sociedad inmobiliaria Parque D'Es Cubells, y cobrados por éste, mediante compensación en la sucursal del Banco de Santander en Ibiza, como parte del pago de determinadas fincas. Estos cheques fueron entregados como parte del precio de dos fincas en la urbanización parque D'Es Cubells vendidas por el Sr. Portrat a dos sociedades de Fernando G. Así, el 12-4-91 se vendió una de esas fincas a la sociedad S'és Vents Ltd., representada por cuenta de Fernando G. por Mohamed K. K.; el 23-3-93 se vendió la otra finca a la sociedad Inversiones Lucenses, representada por José Luis G. T., siguiendo también instrucciones de Fernando G. La sociedad Inversiones Lucenses se constituyó por José Luis G. T., Esther Z. B y María Francisca M. C. Estas personas accedieron a figurar como accionistas de la sociedad a petición de Fernando G., para quien habían trabajado en el Banco Español de Crédito. No obstante, las instrucciones acerca de la administración y funcionamiento de la sociedad eran dadas por el acusado. Inversiones Lucenses, tras ser participada mayoritariamente por la sociedad extranjera My Frist Coop, representada también por Mohamed K., mantuvo en la administración a José Luis G. T., continuando la sociedad bajo el dominio del acusado Fernando G. a.3) Los cheques del Banco del Progreso n.º 8000119 por importe 2.072.034 ptas. y n.º 8000118 por importe de 3.160.385 ptas., ambos de fecha 2 de junio de 1990, fueron entregados también a Jacques P., quien a su vez los entregó a Angel L. M. y Rafael F. D., en pago de unas obras y proyectos que se habían realizado en las fincas mencionadas en Els Cubells, en Ibiza.

b) Con fondos procedentes en el banco de Progreso se efectuaron determinadas inversiones en Pagarés del Tesoro que se identificaban con una serie de nombres en "clave" como ALMORADIEL, GUINDALERA, EL GROVE y CENTINELA, todos ellos, facilitados al Banco del Progreso por el acusado Fernando G.

2. También por decisión de Fernando G. se efectuaron otros ingresos en el Banco del Progreso procedentes de las cantidades ilícitamente obtenidas en estos hechos que se invirtieron en "Letras del Tesoro" a nombre de Mariano González Álvarez, con DNI n.º 51.432.793, identidad igualmente ficticia y que también fue facilitada al Banco del Progreso por Fernando G.

Estos fondos fueron igualmente objeto de posteriores reinversiones en "Pagarés del Tesoro" identificados con los nombres clave antes señalados que también facilitaba el acusado Fernando G.

Todos los fondos depositados en el Banco de Progreso, siempre bajo entidades ficticias o nombres clave que proporcionaba intencionadamente el acusado Fernando G., fueron objeto de un constante movimiento entre ellos mediante traspasos y emisión de cheques al portador con la exclusiva finalidad de dificultar su identificación y facilitar su disposición final por este acusado.

A results de estos hechos, al Banco Español de Crédito pagó indebidamente al menos la cantidad de 1.500 millones ptas. que quedaron a disposición del acusado Fernando G.».

— El Tribunal de instancia estimó los hechos probados como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida tipificado en el art. 252 del Código Penal de 1995, en relación con el 250.6 y 74 del mismo cuerpo legal, condenando a la acusado Fernando G. como autor del mismo a la pena de seis años de prisión y multa de doce meses a razón de cincuenta mil ptas. diarias. Dicha calificación la consideró la Audiencia más favorable para el acusado que la resultante de la aplicación del Código derogado vigente al tiempo de comisión del delito, porque el marco penal establecido en el art. 69 bis CP para el delito

continuado, en cuanto permitía la exasperación de la pena, resultaba más grave que el que autoriza el vigente art. 74 CP.

Fundamentaba su determinación la Audiencia entre otras determinaciones en que: «El acusado Fernando G., abusando de las funciones de su cargo, y aprovechando que éste le permitía realizar determinadas operaciones inmobiliarias, realizó una pluralidad de acciones, teniendo las unas como continuación de las otras, hasta conseguir el lucro total perseguido por la acusación. Las plurales acciones correspondientes a cada operación (...) tienen en su individualidad los requisitos del tipo objetivo y subjetivo del delito de apropiación indebida, pero pueden ser valorados unitariamente en el plano normativo por la teoría del continuado.

La defensa ha alegado que falta el título en virtud del cual puede ser responsabilizado Fernando G. por el delito de apropiación indebida. Pero es de tener en cuenta que hemos declarado probado que Fernando G. tenía poder de disposición del dinero de Banesto, en cuanto pudo autorizar la compra de locales y ordenar sus pagos, luego administraba fondos en el sentido del delito de apropiación indebida. La jurisprudencia es abundante la hora de definir los casos en los que pueden apreciarse una administración, título susceptible de dar lugar a este delito, ofreciendo un concepto muy amplio hasta comprender todo supuesto en el que alguien, aun careciendo de poderes formales para ello, se ha *encargado de hecho* de la gestión de fondos ajenos (encargadas de la caja de caudales, cobradores *de facto*, administrador de una comunidad de propietarios, etc.).

La apreciación de un delito continuado no impide que el marco penal se establezca en función de la aplicación de la agravación contenida en el art. 250.6 CP, porque cada hecho en su individualidad ya es subsumible en el tipo agravado y, por ello, esta circunstancia ha de ser apreciada respecto del delito unificado por la teoría del delito continuado. El delito continuado, como caso de unidad jurídica de acción, es concebido como un solo hecho, pero el tratamiento penal de esa unidad se construye a partir del hecho individual más grave, conforme al cual se sanciona el hecho continuado. Cada una de las operaciones de adquisición de locales que reviste especial gravedad atendiendo al montante económico de lo apropiado, y ello permite que la unidad resultante puede ser sancionada a partir del marco penal establecido en el art. 252 CP, sobre el cual suplica lo establecido en el art. 74.1.º CP».

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, confirmando en este punto la S de la Audiencia Nacional, STS —2.ª— 867/2002, de 29 julio, ya citada, rechazaba entre otras tesis propuestas en su recurso por el acusado la indebida aplicación del art. 28 CP por el Tribunal que le había considerado autor del delito continuado de apropiación indebida alegando que: «al no quedar acreditado que como *intrañeus* realizase las conductas nucleares del tipo penal en el que se subsume la conducta» con fundamento en las siguientes consideraciones: «En este punto reconoce que del acusado sólo se indica que autorizó, ordenó, conoció o consintió las operaciones y el modo de ser ejecutadas, pero en contra de dicha afirmación sostiene que, quien realiza la conducta considerada típica y punible es un *extraneus* de aquella relación y lo identifica en la persona de Tomás Allende Milans del Bosch. A continuación hace una serie de consideraciones sobre la naturaleza del delito de apropiación indebida y llega a la conclusión de que, sólo puede ser autor quien incumpla la obligación de entregar o devolver la cosa, no así aquella persona a quien no le incumbe. En este punto se remite a una afirmación que se contiene en la página 248 de la sentencia y en la que se admite, que no ha podido determinarse la parte en la que F. G. se benefició personalmente de las disposiciones realizadas por Tomás Allende con su connivencia. Conviene señalar que no termina la cita y que no completa el razonamiento que a continuación realiza la sentencia recurrida. Sostiene asimismo, que el acusado no ostentó el dominio del hecho ni el dominio de la acción, ni el dominio funcional, centrando la responsabilidad en la persona de Tomás Allende. En consecuencia, termina denunciando la indebida aplicación del art. 28 del Código Penal, en relación con el art. 252 del mismo Texto Legal (...).

Como ya hemos señalado, parte de las alegaciones del recurrente se sustentan no en los hechos probados, sino a los razonamientos jurídicos incorporados en la sentencia que, en algunos casos pueden ser considerados como complementos del hecho. Admitiendo con reservas y cautelas esta circunstancia, conviene resaltar de inmediato, que en la cita realizada por el recurrente, se omite que a pesar de la afirmación relativa a las disposiciones realizadas por Tomás Allende en connivencia con el acusado, dicha circunstancia no es esencial para la existencia de un delito de apropiación indebida por parte del acusado, ya que existe la prueba de un aprovechamiento personal que ha quedado plenamente acreditado. La sentencia, afirma que F. G. distrajo de la Sociedad la cantidad de 1.550.000.000 ptas. que fueron entregadas a su colaborador Tomás Allende.

El art. 28 del vigente Código Penal, que se dice infringido, considera autor no solamente a quien

En todo caso, el delito de apropiación indebida requiere para su configuración típica la preexistencia de una relación jurídica anterior objetivada de carácter obligacional, que adoptando alguna de las formas admitidas en Derecho, imponga al tenedor de los bienes el deber de «devolverlos» al llegar al término de lo pactado o cuando éstos le fueron reclamados. Y en ese orden categórico, la línea diferencial entre el mero incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida radicará en que en el primer supuesto no deberá existir voluntad apropiativa, sino a lo sumo retraso, demora o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver, mientras que en el segundo existirá siempre un propósito de incorporar a su patrimonio como propio el «bien» condicionalmente entregado. Siendo, en este punto, la relación de *mandato* el título regular generador de las correspondientes obligaciones. Por lo que cuando se trata, como supuesto más usual, de actos que comporten la administración de cantidades dinerarias gestionadas en virtud del mismo, pueda resultar difícil deslindar, en determinados casos, el incumplimiento civil de la infracción penal. Resultando indispensable la previa realización de una *rendición de cuentas* que puede poner de relieve si existe un saldo desfavorable al gestor de las cantidades dinerarias o, por el contrario, las cuentas están equilibradas o existe un saldo favorable al que debe rendirlas^{375 bis}.

Sin embargo y a pesar de la relación contractual en la que por lo común se desenvuelve el delito de apropiación indebida, en la regulación del mismo —y sin perjuicio de volver sobre la cuestión con carácter específico al examinar los elementos subjetivos del delito de administración desleal—, puede afirmarse que no es cierto que en la misma se halle comprendido el *dolo de confianza*, en la medida en que ninguno de los títulos previstos y enunciados en el precepto en el que se tipifica exigen ni en el plano subjetivo de la culpabilidad, ni desde el plano objetivo de la acción, el *abuso de confianza*, entendida ésta como algo distinto de la buena fe, que es inherente a todo contrato, en la medida en que nadie entablaría

realiza el hecho directa, exclusiva y materialmente, sino también a quien lo ejecuta, por medio de otro del que se sirve como instrumento. Los propios razonamientos de la parte recurrente que han sido anteriormente transcritos, ponen de relieve que los actos materiales de ejecución, se realizaron de forma conjunta y en todo caso con un condominio funcional del acto. Lo verdaderamente sustancial, tal como se afirma en el relato fáctico, es que el planeamiento de las operaciones de apropiación, se llevó a cabo por el acusado, resultando por tanto, a estos efectos indiferente qué instrumentos mediatos o qué personas interpuestas se utilizaron para la ejecución material de los hechos.

Como ya se ha dicho con anterioridad, existen datos fácticos incommovibles, que permiten sostener que el acusado autorizó cada una de las compraventas, ordenó a los apoderados correspondientes la emisión de cheques al portador con la finalidad de ocultar la identidad del receptor y del destino último de los fondos. Nadie discute la colaboración de Tomás Allende, que ha quedado al margen de las actuaciones seguidas en la presente causa y de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su conducta, pero ello no es obstáculo para mantener que el dominio y dirección de los actos materiales correspondió, en todo momento, al acusado que no sólo estuvo al tanto de las operaciones, sino que las consintió, las alentó y finalmente se benefició del producto de las mismas».

^{375 bis} En este sentido, conforme al criterio del MF en el recurso de casación, la STS —2.^a— 142/2007, de 12 febrero, rec. 174/2006 (GIMÉNEZ), La Ley 9743/2007, se absuelve al condenado por un delito de apropiación indebida, ya que pendía una liquidación de una sociedad civil que da lugar a intereses y relaciones jurídicas complejas que habrán de resolverse por la vía civil. Así en el Fundamento de Derecho Segundo se dice: «(...) La jurisprudencia de esta Sala de manera constante ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusionismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto, y ello por la poderosa razón de no apreciarse la conducta lógica propia del delito de apropiación indebida cuyos verbos nucleares se refieren a la acción de hacer propios aquellos bienes que ha recibido de un tercero por los títulos a los que se refiere el art. 252 . Es el clásico ejemplo “de gabinete” el que se apropia de lo ajeno, cierra la mano haciendo suyos los efectos que el perjudicado le ha dejado para un fin concreto.

En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria.

En tal sentido, se pueden citar las SSTs 173/2000 de 12 de febrero, 1566/2001 de 4 de septiembre, 2163/2002 de 27 de diciembre, 930/2003 de 27 de Julio ó 1456/2004 de 9 de diciembre (...).».

ninguna relación contractual si dudase de la voluntad de la otra parte, de manera que —como establece la STS —2.^a— de 12 de julio de 1990 (García Miguel)— «aunque el modo normal de suceder las cosas en la vida ordinaria enseña que, en muchas ocasiones el título en virtud de los cuales se entrega la cosa por sujeto activo al pasivo presupone cierta *relación de confianza* y que el comportamiento delictivo implique un abuso de la misma... el comentado requisito no se halla comprendido en el tipo del delito en cuestión, que se consuma, atendido el aspecto subjetivo, en cuanto concurre el dolo constituido por el conocimiento y voluntad de disponer de la cosa recibida como propia, o como tantas veces se ha repetido al transformar la ilícita posesión en ilícita propiedad».

Sentados estos precedentes, y desde una perspectiva esencialmente teórica, en un primer intento para esclarecer dogmáticamente la diferencia entre este delito y el de administración desleal cuando la conducta perpetrada coincida con lo dispuesto para aquél, el criterio doctrinal dominante, había sido el de polarizar toda la atención sobre la perspectiva de interinidad adjudicada al comportamiento desleal del socio administrador en relación con los intereses defraudados, frente al carácter definitivo de la apropiación indebida, en relación con la determinación de reintegrar o adueñarse de los bienes, efectos o valores entregados en depósito, comisión o administración²².

²² Coinciden en este punto Castro Moreno, Faraldo Cabana, Gómez Benítez, Rodríguez Montañés.

Sin embargo, el concepto de interinidad aludido, con gozar de cierta raigambre en la doctrina para excluir el *animus rem sibi habendi* y en consecuencia el delito de apropiación indebida, no parece haber encontrado el necesario eco jurisprudencialmente como elemento subjetivo delimitador del injusto, a menos que la exclusión aparezca objetivada de manera indubitada en el comportamiento del agente, entre otras razones, porque la acción nuclear de *distraer* descrita también en el art. 252 del CP, equivalente semánticamente a desviar algo de su fin, no comporta necesariamente la apropiación de los efectos recibidos sino únicamente su desvío hacia un destino diferente.

En este orden de la STS —2.^a— de 23 de marzo de 1990 (Bacigalupo), ha establecido que: «En la doctrina reciente se ha puesto en duda que el “ánimo de devolución” pueda excluir el *animus rem sibi habendi*, que sea como integrante del dolo, sea como especial elemento subjetivo de lo ilícito, caracteriza el tipo subjetivo del delito del art. 535 CP (a). A los efectos del problema aquí planteado, sin embargo esta última cuestión carece de toda relevancia en la medida en que se admita que la diferencia no es esencial sino meramente literaria. Por lo tanto, dejando a salvo lo anterior se requiere establecer con precisión qué se debe entender por *animus rem sibi habendi* en el delito de apropiación indebida. El análisis de este concepto permite descubrir que el *animus rem sibi habendi* se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (al menos eventual) de privar de forma definitiva al titular de los bienes de los mismos mediante sustracción; y b) la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria. En consecuencia, a partir de esta doble premisa no cabe eliminar, sin más, el efecto excluyente del “ánimo de devolución”, toda vez que éste viene a demostrar, en principio, que el autor no había tenido voluntad de privar definitivamente al titular (en forma al menos eventual) de la posibilidad del ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes».

En el supuesto debatido, aseveraba la Sala que se planteaba la cuestión de si se puede entender acreditada la existencia de delito de apropiación indebida cuando el agente mantiene el hecho en conocimiento del titular de los bienes objeto de la acción durante un largo periodo. Y así, autorizada por lo dispuesto en el art. 899 de la LECrim., y examinada el acta levantada por el Inspector de la Dirección General de Seguros, pudo comprobar el Alto Tribunal que en el análisis de las cuentas de balance, en el apartado «Deudores Diversos» se había consignado la rúbrica «anticipos de personal» que alcanzaba la suma de 8.926.579 ptas., recogiendo dentro de esa partida los préstamos concedidos, durante los ejercicios 1980, 1981 y 1982 al procesado Pedro, representante legal de la entidad por un total de 7.197.984 ptas.

El Tribunal de Casación, en razón de lo expuesto, casaba y anulaba la sentencia recurrida absolviendo al procesado tras establecer, excepcionalmente, en el Fundamento Jurídico Sexto, que: «El *animus rem sibi habendi*, por lo tanto, se debe excluir cuando el autor ha documentado contablemente la utilización del dinero ajeno de tal forma que ello resulta comprobable por quien tenga acceso a la contabilidad, como ocurrió en el caso que se juzga con el inspector de la Dirección General de Seguros. En tales casos, no es posible afirmar que haya existido una voluntad de privar al titular de los bienes de una manera definitiva, pues el agente le reconoce a aquel la propiedad y, además, no lo priva de los instrumentos jurídicos para reclamarla, y del conocimiento del hecho. En el presente caso, se debe admitir, en consecuencia, que no es seguro que el procesado haya obrado con *animus rem sibi habendi*, y dado que ha hecho constar en la documentación contable de la empresa el uso realizado del dinero de la misma, y ello, además, durante

En este orden, destacaba FARALDO CABANA, como la esencia del delito de apropiación indebida residía en la conjunción de la apropiación en sentido estricto y la expropiación, de forma que el menoscabo sufrido por el sujeto pasivo, en cuanto lesión de sus derechos, de propiedad o de crédito, había de tener relación con la ventaja que el sujeto activo obtuviera con la apropiación del objeto ajeno. Y en consecuencia, si los administradores o socios verificaban los actos descritos en el art. 252, de modo que implicasen un incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver, existiría delito de apropiación indebida, en la medida en que se lesionaban los derechos de propiedad o de crédito. Por el contrario, si el administrador disponía de los objetos mencionados de modo diferente, que no implicase atribución de dominio definitivo, no concurrirían los presupuestos de la apropiación indebida; pudiendo concurrir los de delito societario de *administración fraudulenta*. Destacando la autora citada, en todo caso, la ineficacia del delito de apropiación indebida para cubrir las múltiples manifestaciones de la administración fraudulenta al dejar al margen muchos tipos de comportamiento irregular que no implican una apropiación²³.

Coincidía GÓMEZ BENÍTEZ en la misma línea, insistiendo en que la administración desleal exige en su desarrollo la realización de unos usos ilícitos o abusivos dominicales no apropiatorios, ya que si fueran apropiatorios las conductas se desplazarían al tipo de la apropiación indebida, matizando en relación con las formas típicas de apropiarse y distraer contenidas en el art. 252 CP, que parecen posibilitar una opción de permanencia frente a otra de provisionalidad, como realmente ambas modalidades exigen un comportamiento ilícito dominical que comporta el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, aunque sólo la primera exige la actuación en beneficio propio «apropiarse —para este auto— es pues desviar definitivamente los bienes respecto a su fin hacia el propio patrimonio; distraer es hacerlo hacia el patrimonio de otro. En consecuencia, las disposiciones abusivas de los bienes sociales que no impliquen apropiación, es decir, realizadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver y su dolo correspondiente, tanto en beneficio propio, como de un tercero son cabalmente, en sentido jurídico penal, actos de administración desleal, y por tanto menos graves que los de apropiación indebida»²⁴.

Del mismo parecer era CASTRO MORENO, quien concluía con la doctrina dominante que «El delito de apropiación indebida requiere, para su existencia un acto de apropiación o distracción, pero no todos los actos de apropiación o distracción son constitutivos de este delito, sino solamente aquellos que implican, objetiva y subjetivamente, una pérdida o apartamiento de los bienes permanente y definitiva»²⁵.

tres años consecutivos. Esta última circunstancia sugiere, inclusive, que la empresa, por lo menos, debe haber sabido y tolerado la acción. Por ello, probablemente se podría, a mayor abundamiento, cuestionar que el procesado haya obrado “sin la voluntad” de aquélla. Y en la medida en que este elemento, no expreso en el texto es, de todos modos, un componente esencial del tipo objetivo de la apropiación indebida, bien se podría poner en duda también la realización del mismo».

Las SSTs de 8 de octubre de 1992 y 21 de mayo de 1993 condenan, sin embargo por que «al no advertirse una voluntad seria de devolución, puede afirmarse el propósito de apropiación».

En este punto, como mantiene MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, el ánimo de devolución *a posteriori* de la cosa propia no puede excluir el delito de apropiación indebida ya cometido pues es perfectamente compatible con el dolo de apropiación (Cfr. «Apropiación indebida», en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Vol. II, VV. AA., Recoletos y Cía. Editorial S.A., pág. 112, Año 1996).

²³ Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Vid. supra*, nota 67.

²⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. G.: «De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal», en *La Ley*, Año XIX, n.º 4680, págs. 2 y 3. *Vid. idem*: «El delito de administración desleal y los ilícitos mercantiles», Conferencia pronunciada el día 12 de junio de 1996 en Barcelona (Instituto de Estudios Superiores Abat Oliva), Seminario sobre «El nuevo Código, Penal de 1995. Aspectos básicos de la Reforma Penal», en *La Ley*, 1997, Año XVII, n.º 4237.

²⁵ Cfr. CASTRO MORENO, A.: *El delito societario de, vid. op. cit. ut supra*, nota 357, pág. 305, siguiendo a otros autores como *Bajo* FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO, SUÁREZ GONZÁLEZ, VALLE MUÑIZ, NIETO MARTÍN o ZUGALDÍA ESPINAR.

Vid. idem, sobre la diferencia entre ambos delitos, la interesante monografía de *Moreno Verdejo*, J.: «La apropiación indebida», en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, Manual III, Edt. Expansión, 1999, con la colaboración de Garrigues & Andersen.

La doctrina del Tribunal Supremo ha venido, sin embargo, a puntualizar alguno de dichos aspectos, enfocando la cuestión desde otras perspectivas. En ese orden la STS —2.^a— 867/2002, de 29 julio 2002 (*caso Banesto*), ya citada, resolviendo uno de los motivos formalizados por los acusados, que suscitaba subsidiariamente la aplicación del art. 295 CP, de administración desleal sobre el de apropiación indebida objeto de condena, aunque parece decantarse, en un principio por esta postura, excluyendo del radio de comprensión de aquella infracción la conducta del administrador que tenga por objeto la realización de actos materiales encaminados a la adjudicación en su beneficio o de un tercero de bienes pertenecientes a la sociedad —lo que de manera coloquial se conoce expresivamente como «meter mano en la caja»— paradigmáticamente constitutivos del delito de apropiación indebida, acaba poniendo el acento más en la propia entidad del hecho que en el reiterado recurso a la «interinidad dispositiva», sobre la que la doctrina científica expuesta había venido coincidiendo sustancialmente y que el Alto Tribunal, sin desdeñarla, tampoco descuida en su verificación especulativa acerca de la naturaleza del delito societario de administración desleal²⁶.

²⁶ Recurso formulado por el acusado Mario C. en relación con el asunto «Cementerías» (*vid. supra*, nota 368).

A los planteamientos expuestos por el recurrente en su MOTIVO VIGESIMOCTAVO, formulado por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º LECrim., estimándose infringido el art. 24 del Código Penal de 1973 (art. 2.2 del Código Penal vigente) con relación al artículo 295 del Código Penal de 1995 e indebidamente preterido este al aplicar la sentencia el art. 535 del Código Penal de 1973, la Sala de casación establece:

«1. El motivo sostiene la tesis de que entre dos preceptos de muy distinto ámbito temporal, como lo son el art. 535 (Código Penal de 1973) y el art. 295 (Código Penal de 1995), sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que, excepto en el caso de la ultraactividad de las leyes temporales (art. 2.2 del vigente Código Penal), nuestro Código resuelve a favor de la ley penal posterior más benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad (art. 24 del Código Penal de 1973 y art. 2.2 del Código Penal vigente).

Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del art. 535 (Código Penal de 1973) y sí por el contrario en el art. 295 (Código Penal vigente), procede la aplicación retroactiva de éste último por ser Ley posterior más favorable al reo a tenor de lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal de 1973 y 2.2 del vigente.

2. La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 del Código Penal de 1973 en relación con los arts. 529.7.^a y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al art. 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (art. 535 del Código Penal texto refundido de 1973) a tenor de lo dispuesto en la regla 4.^a del art. 8 del Código Penal vigente (relación de alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3. La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso *Argentia Trust* y en ella se afirma, que ha de tenerse en cuenta que el viejo art. 535, no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, si no por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud, —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada—, que tenía en el Código Penal de 1973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el art. 252 y en el art. 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que

en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al art. 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4. Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquel caso concreto a la cuestión planteada, creemos que debe hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el art. 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triple de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5. Por último cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6. Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

Agotada la primera andadura de la jurisprudencia en relación con el análisis e indagación de la naturaleza del nuevo tipo legal de administración desleal recogido en nuestro panorama normativo dentro de los delitos societarios, recordaba la STS —2.ª— 684/2003, de 13 de mayo, cómo la resolución del mismo Tribunal, en el denominado «caso Banesto», había llegado a la conclusión de que ni siquiera existían zonas de coincidencia entre las conductas apropiatorias y las de administración desleal. Estableciendo que en todos los supuestos en los que el administrador, tanto de hecho como de derecho, utilizando su privilegiada posición en el seno de la sociedad realizare actos que vaciaran total o parcialmente las arcas del patrimonio social nos encontraríamos siempre con un clásico supuesto de apropiación indebida; en la medida en que se trataría de un supuesto en el que una persona ostentando la condición de administrador traspasaba a su patrimonio, con ánimo de lucro propio o ajeno, los fondos propiedad de la sociedad administrada.

De igual forma, la misma Sala progresivamente ha ido deslindando los matices que separan al tipo de administración desleal recogido en el delito de apropiación indebida, como modalidad de la misma, de la clásica concepción de aquel delito como defraudación. En este orden la importante STS —2.ª— 954/2005, de 28 de junio (*Caso Huarte u Operación Pricia*) glosando la ya consolidada doctrina recaída al respecto en esta primera década desde la incorporación al código de los delitos societarios, establece como el delito de apropiación indebida no sólo comprende los propios actos de apropiación, sino que incluye también los actos de distracción considerándolos como una variante de administración desleal. Destacando, como en ese orden, tanto con el Código Penal de 1973, como en el vigente de 1995, supervive aquella segunda modalidad delictiva, no obstante la previsión específica de la administración desleal contemplada en el delito societario del art. 295 CP incorporada por este último cuerpo legal.

En el mismo orden la STS —2.ª— 603/2004, de 14 de mayo, ya había afirmado que tanto el art. 535 CP/1973, como el actual 252 CP no sólo se referían a las apropiaciones de cosas muebles, sino también a las de dinero. Recordando cómo la jurisprudencia emanada de dicha Sala había venido sosteniendo invariablemente que la distracción de dinero se explicaba como una hipótesis de administración desleal equivalente a la apropiación de dinero, y como, en consecuencia, quien recibe dinero estando obligado a incorporarlo al patrimonio de la persona física o jurídica que tiene a su cargo realiza el tipo penal lo mismo que si hubiera detraído dicha suma incumpliendo sus deberes y perjudicando de tal modo el patrimonio administrado.

En tal sentido, confirmaba la resolución citada, cómo el art. 252 CP en el que se tipifica el delito de apropiación indebida, recogía no sólo las acciones de apropiaciones de cosas muebles, sino también las distracciones de dinero; recordando cómo la Jurisprudencia de esa misma Sala venía sosteniendo invariablemente que la distracción de dinero se explicaba como una hipótesis de administración desleal.

En igual sentido la compendiosa STS —2.ª— 954/2005, de 28 de junio, reseñada anteriormente con cita de otras como las de 7 y 14 de marzo de 1994; 9 de octubre de 1997; 26 de febrero, 3 y 22 de abril y 17 de octubre de 1998; 12 de mayo, 14 de julio y 21 de noviembre de 2000; 16 de febrero, 29 de mayo de 2001; 7 y 26 de noviembre de 2002, 16 de septiembre de 2003 y 2 de febrero (*caso «Grupo Torres»*) y 2 de noviembre de 2004, destaca cómo el tipo de administración desleal descrito en el art. 295 CP aparece yuxtapuesto al tipo clásico de apropiación indebida, caracterizado por la apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, traducido «en la gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio sino únicamente el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función». De tal forma que aunque el tipo penal no conlleva necesariamente el «*animus rem sibi habendi*» tampoco lo excluye, precisando sólo del dolo genérico equivalente al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.

Prosigue la resolución citada destacando que la coexistencia del art. 252 CP con el nuevo art. 295, que

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el art. 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado».

regula la administración desleal como delito societario con una penalidad más benévola, no ha venido a comportar una corrección del doble contenido de la apropiación en el sentido expresado de apropiarse o distraer, por tratarse este último de un tipo que prevé conductas no incluíbles en el primero: perjuicios patrimoniales sin distracción de fondos en el ámbito societario, «de forma que si hay distracción concurrirá siempre el tipo de la apropiación indebida»^{380 bis}.

Termina la Sentencia puntualizando cómo el delito societario del art. 295 CP, realmente, no ha sido previsto para sustituir al art. 252 sino para complementar sus previsiones sancionadoras así como tampoco para establecer un régimen más benévolo respecto al castigo de unos hechos que antes se consideraban y que hoy se siguen considerando delitos de apropiación indebida, con la particularidad de que ésta se perpetra en un contexto societario. Por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de

^{380 bis} Establece en este orden la STS —2.^a— 954/2005, de 28 de junio, rec. 2155/2003, (Sánchez Melgar), La Ley 1736/2005, Fundamento de Derecho Quinto, en dicho orden que «Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos “apropriarse” y “distraer” en el art. 535 del CP de 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del “*animus rem sibi habendi*” sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en “saber lo que se hace y querer lo que se sabe”. (STS 224/1998, de 26 de febrero)». (...) «En definitiva, el tipo penal de la apropiación indebida se integra en realidad por dos figuras delictivas distintas: a) la apropiación *stricto sensu*, que supone el ejercicio por parte del poseedor legítimo de actos dominicales sobre el dinero, efectos o valores recibidos de tercera persona, que impliquen el incumplimiento definitivo de las obligaciones de devolver o entregar, lo que supone una incorporación a su propio patrimonio con el consiguiente enriquecimiento ilícito, todo ello vertebrado alrededor del verbo “apropiar” que se contiene en el tipo, y b) una distracción de tales bienes que no exige el *animus rem sibi habendi* ni por tanto incorporación a su patrimonio, sino el más genérico consistente en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se causa y por tanto sin precisar el ánimo de lucro. Es la llamada administración desleal.»

En igual sentido se pronuncia la STS de 2 de febrero de 2004 (*caso Grupo Torras*) estableciendo cómo la doctrina expuesta es aplicable al art. 252 CP, «sin que la existencia del tipo previsto en el art. 295 del mismo texto legal —en el capítulo destinado a los nuevos delitos societarios—, que contiene una penalidad más benévola, signifique una corrección del doble contenido típico del precepto que sanciona la apropiación indebida —apropriarse o distraer—, siendo un tipo que prevé conductas no incluíbles en el primero —perjuicios patrimoniales sin distracción de fondos en el ámbito societario—, de forma que si hay distracción concurrirá siempre el tipo de la apropiación indebida (*Cfr.* SSTs 2.^a de 7 y 14 Mar. 1994, 9 Oct. 1997, 3 Abr. y 17 Oct. 1998, 12 May., 14 Jul. y 21 Nov. 2000, 16 Feb. y 29 May. 2001, 7 y 26 Nov. 2002 y 16 Sep. 2003).

Paralelamente y como se recoge en el propio *factum* de la Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2002, dictada en la instancia por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, que originó el recurso de casación resuelto por la STS anteriormente reseñada, el Grupo Torras, S.A., y su filial Torras Hostench London Limited, en liquidación, entablaron diversas acciones civiles contra antiguos administradores y cargos del Grupo Torras, S.A. y de KIO, ante la Sala de lo Mercantil de la High Court of Justice de Londres, demandando a 56 personas, que concluyeron con la sentencia dictada el 24 Jun. 1999 por el Lord Justice Mance, en la que, en relación a estos mismos hechos, condena a F. R., por daños por confabulación, llevados a cabo mediante la transacción Wardbase, en la cantidad de dos mil millones de pesetas, no siendo estimadas las acciones contra otros demandados, respecto a dichos hechos.»

apropiación indebida con la misma amplitud «e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada» que la que tenía en el CP de 1973.

Aunque la Sentencia comentada no llega a definir el marco del delito societario de administración desleal del art. 295 CP, es obvio que su extensión desde una perspectiva eminentemente dogmática se ha visto cada vez más reducida desde que la STS —2.ª— 867/2002, de 29 julio 2002 (*caso Banesto*) comenzara a acotar jurisprudencialmente sus límites con los comportamientos expuestos ejemplificativamente por la misma como merecedores de reproche: recepción de premios ofertados por la competencia o disfrute de cualquier tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo; su promoción a un empleo o colocación en otra empresa o actividad sustancialmente mejor retribuida o los relativos al uso temporal de bienes posteriormente restituidos, en la medida en que «no constituyen una definitiva apropiación indebida».

En ese orden, no podemos dejar de destacar negativamente el raquitismo al que ha sido relegado de manera progresiva en la jurisprudencia el ámbito de cobertura del precepto, que reducido a tan angosto espacio ha acabado por arrumbar las razones de política-criminal que determinaron en su día su inclusión en el Código Penal con el fin de cubrir lagunas normativas que amparaban comportamientos de ruptura de la lealtad, basados en la disposición perjudicial del patrimonio social con fines personales necesariamente contrarios al interés de la sociedad.

Sea como fuere, compartimos sólo parcialmente dichos criterios, coincidiendo con la tesis de común preconizada, de que la inclusión del nuevo tipo societario, como sobreañadida al de apropiación indebida, no parece responder sólo a la protección de la sociedad, en la medida en que podría haberse logrado de la misma forma reforzando aquel delito para este supuesto, sino a una concepción más elaborada y de mayor calado del tratamiento penal de las infracciones de los *deberes de lealtad y fidelidad*, al acentuar el reproche sobre el comportamiento desleal de quienes abusando de su oficio anteponen sus intereses al del colectivo al que sirven.

Por lo que en definitiva, ambas conductas delictivas, rubricadas por el marchamo común de la infidelidad, cuando de administración de sociedades se trata, podrían encontrar dogmáticamente su diferencia más destacada en esa especificidad, característica del delito de administración desleal, mejor, en cualquier caso, que en la aparente provisionalidad que los actos verificados en el seno de este delito parecía tener —según el sector doctrinal aludido— frente al carácter definitivo que siempre tienen los cometidos en el de apropiación indebida, incompatibles, en todo caso con el cumplimiento de los deberes reseñados²⁷.

²⁷ En el que el hecho probado relativo al asunto «*Carburos metálicos*» la Sala de Instancia recogía como: «En el año 1989, el Banco Español de Crédito tenía un 24,8% del capital social de la Sociedad Española de Carburos Metálicos SA, en adelante Carburos. De esta sociedad eran también accionistas otros bancos, en particular el Banco de Santander y como socio industrial la Compañía AIR PRODUCTS CANADA Ltd., en adelante AIR PRODUCTS.

El día 10 de agosto de 1989 se emitió por Banesto, a través de su filial Banesto Finance Ltd, deuda subordinada por importe de 130 millones de dólares para su realización en los mercados internacionales. Asociados a los bonos representativos de la deuda se emitieron unos “*warrants*” al portador que otorgaban a su adquirente el derecho a comprar acciones de Carburos al precio de 10.230 ptas. cada acción, estableciéndose como plazo para el ejercicio de la opción desde el 10 de agosto de 1990 hasta el 27 de julio de 1994.

Los acusados Mario C. y Arturo R. se pusieron en contacto con el acusado Jacobo H., mayor de edad y sin antecedentes penales a fin de que éste adquiriera la totalidad de los *warrants* emitidos, lo que se efectuó por la sociedad EURIS S.A. gestionada en este acto por Jacobo H. (...) En ejecución de los compromisos establecidos, la compra efectiva de los *warrants* por EURIS tuvo lugar el 10 de agosto de 1989, abonándose el precio estipulado de 21,5 millones de dólares, cuyo contravalor en ptas. ascendió a 2.541 millones ptas. El 9 de marzo de 1990 conforme a lo convenido, el Grupo Banesto a través de su sociedad “*CARTERA DE TÍTULOS S.A.*” (CARTISA) recompró a EURIS la totalidad de los *warrants* al precio unitario de 1600 ptas. lo que suponía un total de 3.650.400.000 ptas., obteniendo EURIS y Jacobo H. como contraprestación el valor de la plusvalía cifrada en 1109 millones ptas. (...).

En los meses de enero y febrero de 1990 se sucedieron varias reuniones entre Banesto, por parte de quien asistieron Mario C., Arturo R. y Rafael P. E. y representantes de AIR PRODUCTS, los Sres. M. y S., con la finalidad de aumentar esta última su participación en el capital de Carburos. (...) Conforme a lo establecido AIR PRODUCTS adquirió de Banesto el derecho a poder comprar las citadas acciones al

precio de 10.230 ptas. cada acción, estipulándose como precio por unidad de opción de 2000 ptas., en total la cantidad de 1344 millones ptas., a razón de multiplicar 2000 ptas. por 672.000 acciones. El plazo para el ejercicio de la opción se fijó hasta el 27 de julio de 1994. Estas condiciones habían sido puestas por Banesto en atención a que eran las mismas condiciones de la emisión de *warrants* del año '89. Fueron aceptadas por AIR PRODUCTS porque no les interesaba tanto las condiciones económicas de la opción de compra como los pactos adicionales que le otorgaban ventajas de orden político o de gestión de la sociedad.

Los acusados Arturo R. y Rafael P. E. habían planificado que la cantidad convenida como precio de las opciones, que ascendía a 1344 millones ptas., no debía ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza. No queda acreditado que el acusado Mario C. aunque participó en las negociaciones iniciales relativas a la opción de compra a favor de AIR PRODUCTS tuviera participación en los acontecimientos posteriores que se van a relatar.

Conforme a lo planificado, Arturo R. y Rafael P. E., se pusieron en contacto con el también acusado Jacobo H., a fin de que éste recibiera el pago de AIR PRODUCTS en Suiza a través de una sociedad de H. Con la intención de que no quedase rastro documental del pago que debía hacer AIR PRODUCTS y no pudiera ser detectado en el Banco al registrar el documento, Arturo R., invocando razones de confidencialidad, logró que los representantes de AIR PRODUCTS presentes en la firma del contrato accediesen a suprimir la referencia de las 2000 ptas. por opción, pero no se omitió, al no percatarse de ello los referidos acusados, una cláusula por la cual en caso de rescisión Banesto se obligaba a devolver AIR PRODUCTS el precio de las opciones. Al mismo tiempo, de acuerdo con lo planificado por los acusados Rafael P. E. y Arturo R., éste indicó a los representantes de AIR PRODUCTS que el pago debía hacerse en la cuenta del "N. M. Bank de Ginebra (Suiza)" a la referencia de "Doctor Peter Widmer Bufete Hamburger-Akermann". Siguiendo las instrucciones recibidas, pero debiendo hacerlo en moneda distinta de la española, el 6 de abril de 1990 AIR PRODUCTS realizó un ingreso en francos suizos por un total de 18.578.933 Fr. Ch. equivalente al cambio oficial con la peseta en aquella fecha a los 1.344 millones ptas. acordados. El bufete "Hamburger-Akermann", a través de P. W. S. transfirió esa cantidad a la cuenta de la sociedad MARIELLA REAL ESTATE HOLDING ESTABLISHMENT, en adelante Mariella, con sede en Vaduz (Principado de Liechtenstein). Recibidos los fondos por Mariella, esta sociedad retuvo para sí, y en consecuencia en favor de Jacobo H., la cantidad de 1.730.000 Fr. Ch. — producto de su participación— y el resto (17.099 453 Fr. Ch.) fue entregado a un tercero, P S., que a su vez lo puso en poder de H. G. que en dos cheques por importe respectivo de 14.856.016 Fr. y 2.243.437 Fr. Ch. fueron posteriormente depositadas en una cuenta bancaria de la "Levis Foundation" en Liechtenstein.

Tras realizar el pago los representantes de AIR PRODUCTS intentaron reiteradamente obtener recibo justificativo de parte de los acusados Arturo R. y Rafael P. E., los que con la finalidad de que no se hiciera público el pago de AIR PRODUCTS lo negaron sistemáticamente, ofreciendo en su lugar un documento, preparado por Rafael P., en el que apareciese la relación de AIR PRODUCTS con el despacho de Hamburger-Akermann que fue rechazado por los representantes de AIR PRODUCTS. Estos últimos desistieron finalmente de continuar exigiendo el recibo».

Se planteaba la Sala como cuestión nuclear sometida a debate si la suma de 1.344 millones ptas. que se abonaron por AIR PRODUCTS con ocasión del contrato de opción sobre las acciones de Carbueros era una cantidad que debía haber sido percibida por Banesto, como precio de cada una de las opciones concedidas, o si, por el contrario, como sostenían las defensas, correspondía al importe de la comisión que debía percibir Jacobo H. como contraprestación por haber renunciado a su posición en la sociedad Carbueros.

El tribunal consideró acreditado: 1) Que AIR PRODUCTS pagó 18.578.933 francos suizos (contravalor de 1344 millones ptas.) como consecuencia del contrato de opción sobre 672.000 acciones de Carbueros Metálicos; 2) que esa cantidad fue abonada mediante una transferencia al NMB Bank de Ginebra, cuyo destinatario fue la sociedad Mariella Real State, de Jacobo H., que retuvo para sí la cantidad de 1.730.000 Fr. Ch. entregándose el resto a un tercero; y 3) que, en consecuencia, dicha cantidad no fue recibida por Banesto concedente de la acción.

En la valoración de la prueba sentaba el tribunal cómo: «Las defensas han tratado de vincular la operación de 1989 con las opciones de 1990, como hecho que permite fundamentar el percibo de una comisión por Jacobo H. Sin embargo debe tenerse en cuenta también que Jacobo H. ya recibió una contraprestación por la tenencia temporal de los *warrants*, para los que precisamente se estableció un precio por opción, por lo que no encuentra justificación el hecho de que adicionalmente recibiere nueva

contraprestación por valor de la emisión de *warrants* de 1989. (...) Todo ello permite fundamentar la convicción del tribunal sobre la naturaleza del pago verificado por AIR PRODUCTS. Lo fue en concepto de precio por unidad de opción, como consecuencia del contrato firmado 4 de abril de 1990. El acusado Arturo R. con la cooperación de los acusados Rafael P. E. y Jacobo H. distrajo de la sociedad administrada la suma de 1.344 millones ptas., en cuanto esa cantidad debía haber ingresado en el patrimonio de Banesto y no lo hizo por la intervención punible de aquellos acusados. (...) Arturo R. llevó a ejecución el plan delictivo asumiendo la representación de Banesto en la operación. Así R. dio las instrucciones precisas para que se borrara del contrato la mención al precio de la opción, con la clara finalidad de no dejar vestigio documental del pago realizado por AIR PRODUCTS; además facilitó la cuenta en Suiza, en cooperación con Jacobo H. que se prestó a recibir el pago a cambio de precio, donde AIR PRODUCTS habría de realizar el pago, de forma tal que se ocultaba al banco la realidad del pago realizado como consecuencia del contrato de opción».

La Audiencia Nacional condenó en Sentencia de 31 de marzo de 2000 a los acusados Arturo R. B. y Rafael P. E. como autor y cómplice, respectivamente de un delito de apropiación indebida tipificado en el art. 535, en relación con los arts. 528 y 529.7.º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, absolviendo del mismo a Mario C. al no considerar acreditada su participación, así como a Jacobo H. al estimar para este su prescripción en razón de que cuando, por primera vez, se le tomó declaración como inculpado habían transcurrido cinco años desde la fecha de los hechos que la Sala situó en el momento en que se realizó el pago por AIR PRODUCTS. Absolviéndose, en consecuencia, a su sociedad Mariella Real State como responsable civil subsidiaria.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en S. 867/2002, de 29 de julio de 2002 (*caso Banesto*) con estimación del motivo cuarto del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal y tercero de la acusación particular, en nombre y representación del Fondo Nacional de Garantía, así como las ejercitadas por el Banco Español de Crédito, las Federaciones de Servicios de UGT y CC.OO. y la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), revoca parcialmente la resolución de la instancia, manteniendo la condena de Arturo R. B. como autor del delito; elevando la categoría participativa de Rafael P. E. de cómplice a la de autor, y declarando finalmente, indebidamente aplicado el instituto de la prescripción respecto a Jacobo H. condenándole con el mismo grado de participación que a los otros dos, a la misma pena de cuatro años de prisión con la obligación conjunta y solidaria de indemnizar al Banco Español de Crédito con la suma de 1.344.000.000 ptas.

En relación con la participación de Rafael P. E. y con estimación del motivo cuarto del recurso de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores, establece la Sala que:

«1. En su opinión, del contenido del relato de hechos probados, se deduce que la participación de Rafael P. E. en la operación denominada Carburos Metálicos, es asimilable a la del también condenado Arturo R., por lo que debió ser condenado a título de autor y no como cómplice, ya que su actuación tiene carácter claramente decisivo y no complementario o accesorio, como se deduce de la resolución recurrida.

Para sostener su pretensión, se basa sustancialmente en que en el hecho probado, se hace referencia continua a una planificación previa entre ambos acusados, sobre el destino que había que dar a la cantidad convenida, como precio de las opciones y que todo lo actuado con posterioridad, se fue desarrollando conforme a lo pactado entre ambos.

2. La sentencia recurrida al hacer una valoración probatoria de todos los elementos disponibles, parece dar un mayor protagonismo a la persona que ha sido condenada como autora (Arturo R.), destacando que el pago se hizo en Suiza siguiendo instrucciones de este último. Más adelante, el razonamiento jurídico, refiere expresamente que el acusado Arturo R., actuó con la cooperación de los acusados Rafael P. E. y Jacobo H., si bien añade que Arturo R. llevó a cabo la ejecución del plan delictivo, asumiendo la representación de Banesto en la operación y dio las instrucciones concretas, para que se borrara del contrato la mención al precio de la opción, con la clara finalidad de no dejar vestigio documental del precio pagado por Airs Products.

En relación con Rafael P. E., al que afecta el motivo, se dice que su participación aparece acreditada al intervenir en las negociaciones iniciales de enero y febrero de 1990 con representantes de Airs Products, poniendo de relieve que es designado Presidente de Carburos Metálicos, tras esas negociaciones. Afirma, que conoció los detalles de la operación y estuvo presente en la firma del acuerdo de abril de 1990, en el que se propone por R. borrar la referencia al precio de la opción. También conoció que el pago se realizó a un tercero distinto de Banesto y colaboró en la ocultación del hecho, mediante la confección de propuestas de recibo, que no se correspondían con la realidad.

La sentencia a pesar de todo lo que anteriormente ha quedado expuesto, considera que Rafael P. E. debe ser considerado como cómplice que no requiere, como es lógico, el dominio del hecho, sino comprobar sólo que se ha favorecido el mismo con un aporte objetivo no esencial. Según la resolución recurrida, no existen razones suficientes por las que su cooperación pueda ser tenida como necesaria, en cuanto era sustituible sin que se desbaratase el plan delictivo, pues el éxito de éste no dependía probablemente de forma sustancial de la intervención de este acusado, aunque su contribución sí lo favoreció.

3. Para decantarnos por alguna de las alternativas contempladas entre la decisión de la sentencia y la planteada por la acusación popular que promueve el presente motivo, tenemos que ajustarnos estrictamente al contenido del hecho probado, para comprobar si se contienen y perfilan los elementos fácticos necesarios, para calificar la conducta del recurrido como autoría o como complicidad.

Si tenemos en cuenta que la Sala sentenciadora ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, resulta especialmente significativo, el apartado 3 del relato fáctico, en el que se dice textualmente que: “Los acusados Arturo R. y Rafael P. E. habían planificado que la cantidad convenida como precio de las opciones, que ascendía a 1.344 millones ptas., no debían ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza”.

Más adelante se añade que: “conforme a lo planificado, Arturo R. y Rafael P.E. se pusieron en contacto con el también acusado Jacobo H., a fin de que éste recibiera el pago de Airs Products en Suiza a través de una Sociedad de H.”.

Se relata la intervención, en la referencia a las 2.000 ptas. por opción, volviendo a insistir en que el resto de lo actuado se hizo “de acuerdo con lo planificado por los acusados Rafael P. E. y Arturo R.”.

Por último se hace una mención explícita al hecho de que los representantes de Airs Products, intentaron reiteradamente obtener un recibo justificativo de ambos acusados y que éstos, con la finalidad de que no se hiciera público el pago de Airs Products, se negaron sistemáticamente ofreciendo en su lugar un documento preparado por Rafael P. E., en el que apareciese solamente la relación de dicha entidad con un bufete extranjero que había actuado de intermediario.

4. Según el derogado art. 14.1 del anterior Código Penal, tenían la consideración de autores, entre otros, todos los que toman parte directa en la ejecución del hecho, situándose en la misma escala de responsabilidad criminal, los inductores y los cooperadores necesarios. El actual art. 28 del Código Penal vigente haciéndose eco de un sector de la doctrina que propugnaba la distinción entre autores directos y partícipes, hace unas matizaciones semánticas, en orden a los que se puede considerar como “autores auténticos” (los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento), de los que también pueden ser considerados como autores, que un sector de la doctrina denomina “autores asimilados” (los inductores y los cooperadores necesarios).

De acuerdo con la doctrina tradicional de esta Sala, la complicidad concurre allí donde se da una colaboración o ayuda útil y operante en la ejecución del delito, permitiendo que esa ejecución sea más rápida y eficaz. Se exige también que se trate de una conducta subalterna o periférica, que de alguna manera relevante, contribuya a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, pero siempre de carácter accesorio.

5. En el caso presente y con los antecedentes fácticos que han quedado reseñados, se pone de relieve que ambos acusados y concretamente el recurrido, estuvo presente en todo el proceso delictivo y que tuvo un especial protagonismo o si se quiere un suficiente dominio del hecho, para que las cosas pasaran tal como han quedado descritas. No se trata solamente de que exista, como ha quedado incuestionablemente fijado, un plan o designio previamente trazado y diseñado entre ambos acusados, sino que la participación del recurrido, no se limita a diseñar la elaboración del plan, sino que se integra y participa directamente en la ejecución de cada una de las fases principales, por las que pasa la consumación del hecho delictivo. Interviene en cada momento, no sólo como cotitular de la decisión común de realizar la operación delictiva, ostentando un permanente dominio del hecho sin que, en ningún momento, haya un desfase o pérdida de contacto entre ambos partícipes. Es decir, que tanto en la dicción del antiguo art. 14.1, “toma parte directa en la ejecución del hecho”, como en la actual redacción del art. 28, “realiza directamente el hecho” en conjunción con el otro acusado, por lo que ni siquiera cabe hablar de autoría por cooperación necesaria.

En consecuencia estimamos que, los datos fácticos consolidados, que constituyen la esencia o punto de partida necesario para calificar la conducta, nos llevan a considerar que el recurrido participó a título de autor en los hechos que se le imputan.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado».

Respecto a la impugnación formulada por las acusaciones anteriormente reseñadas, en relación con la indebida aplicación de la prescripción al delito de apropiación indebida cometido por Jacobo H. argumenta la Sala que:

«1. El Ministerio Fiscal pone de relieve que, la sentencia recurrida, después de calificar los hechos y la conducta del acusado como constitutiva de un delito de apropiación indebida de los arts. 535 en relación con los arts. 528 y 529.7 del Código Penal de 1973, parte de la fecha de comisión del hecho (6 de abril de 1990) y en base a que la primera declaración de Jacobo H. como imputado, tuvo lugar el 10 de noviembre de 1.995 declara la extinción de la responsabilidad criminal, por prescripción, al haber transcurrido más de cinco años.

Como datos para sostener su postura destaca y señala que, la querrela del Fiscal de 14 de noviembre de 1994, hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, aunque sin conocer su identidad. Destaca que uno de los querrelados, Arturo R., al declarar como imputado el 14 de diciembre de 1994, menciona de manera expresa, la intervención directa de Jacobo H. Asimismo existen las manifestaciones de Mario C. (19 de diciembre de 1994) y Rafael P. E. (4 de enero de 1995). En esta última se afirma que, a juicio del declarante, el pago debió corresponder al ajuste que pudieran haber efectuado Air Products con el Grupo Hachuel. A la vista de estas manifestaciones se cita como testigo, a Jacobo H. (31 de enero de 1995).

Ante las diversas posiciones jurisprudenciales, el Ministerio Fiscal mantiene que para computar los plazos de la prescripción, no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión, cuando éste se dirige contra personas inconcretas o diferentes, de las que después se pueden ver afectadas por la extinción de la responsabilidad, pero tampoco es exigible que se formalice judicialmente la imputación.

También resalta que en el curso de la investigación judicial, el Fondo de Garantías de Depósitos, interpuso recurso de queja contra la denegación, por parte del instructor, de que Jacobo H. declarase como imputado y que la Sala de la Audiencia Nacional lo estima.

2. El Ministerio Fiscal pone de relieve que las posturas jurisprudenciales, sobre la determinación del momento en que se entiende que un procedimiento penal va dirigido contra una determinada persona, han sufrido oscilaciones en las últimas décadas. Cita como representativas de las tesis contrapuestas, la Sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1999, en la que se concede efecto interruptivo de la prescripción a la simple referencia a los posibles autores, aún innominada, en la denuncia o la querrela y el Auto de 19 de julio de 1997 en el que se exigía una declaración formal de procesamiento, para entender que el procedimiento se dirigía contra una persona.

El Fiscal mantiene una posición intermedia y considera, que no es suficiente para interrumpir la prescripción, la apertura de un procedimiento contra personas inconcretas o personas diferentes de a quienes afecte la prescripción, pero tampoco es exigible una imputación formal de carácter judicial. Estima que, en este caso, desde el inicio de la investigación judicial, aparecían indicios suficientes, para que se le hubiese tomado declaración como imputado.

3. No es posible, ni acertado, desde una correcta y actualizada política criminal, aplicar los criterios de la prescripción de los delitos individuales (robo, violaciones, hurtos), a los delitos cometidos dentro del complejo entramado de una empresa, valiéndose de las estructuras y de la cobertura que proporciona el funcionamiento interno y el organigrama de una sociedad. El empresario o dirigente, pondrá en marcha todos los recursos humanos, materiales y jurídicos para tratar de situarse en un segundo plano y cubrirse de las primeras investigaciones. Por ello estimamos que, cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica, la orientación de la acción hacia la misma, afecta de igual manera a todos los que están en relación directa con la empresa criminal, teniendo en cuenta que la verdadera responsabilidad, no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión.

Como ha puesto de relieve la doctrina, las modalidades delictivas modernas se desenvuelven principalmente en contextos colectivos, en sistemas sociales. La sociología y la psicología enseñan que las personas que forman un colectivo, tienen comportamientos distintos a los que tendrían, de actuar en solitario. Los sujetos de la organización son intercambiables y no aparecen o se muestran a primera vista, por lo que estimamos que es suficiente, como hizo el Ministerio Fiscal en su querrela, con hacer referencia innominada a un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, para que se entienda que el procedimiento y la investigación, se dirige contra la persona que aparece enmascarada detrás de toda la trama delictiva.

Desde dicha perspectiva, tendrían cabida como actos de administración desleal: la utilización de los fondos sociales en su propio beneficio a través de cualquier clase de cauce, como la concesión de créditos concedidos a los mismos administradores o a sociedades controladas por ellos que comporta un acto de disposición fraudulenta, siempre con los mismos se produzca un perjuicio para la sociedad; asimismo, algunos supuestos de empleo de los recursos sociales para atender a los gastos personales de los administradores, como los casos de arrendamiento de bienes de éstos a la sociedad que además de abonar el importe de arriendo acaba costeando los gastos derivados de su arreglo o rehabilitación; la percepción de comisiones desproporcionadas por los administradores a cargo del capital social, sin perjuicio de que el cobro de comisiones no pactadas contractualmente pudiera generar la comisión de un delito de apropiación indebida de no cumplirse los restantes condicionamientos del delito societario; la percepción de dividendos ficticios o no distribuibiles, abstracción hecha de los conflictos que la misma pudiera comportar, particularmente con las falsedades contables en los asientos correspondientes sancionadas en otros preceptos, como el art. 290 CP o, por último, la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad en garantía del cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales, que constituye uno de los ejemplos más representativos de administración desleal, susceptible de catalogarse dentro de sus dos modalidades de: *disposición fraudulenta de los bienes sociales* cuando el préstamo se solicite en nombre de la sociedad y para la sociedad, aplicándose, sin embargo, a usos propios, como la opción contemplada en el mismo precepto de *contracción de obligaciones*, en los supuestos en que el préstamo se solicite en nombre de los propios administradores gravándose, sin embargo, en garantía de su

Resulta además de un valor relevante, que la propia querrela del Ministerio Fiscal en el apartado 8 (pág. 38), se refiere a operaciones anómalas que se pueden haber producido en el grupo Hachuel, lo que evidencia la intervención de la persona a la que se refiere el presente motivo. En este mismo apartado y más adelante se hace referencia a las relaciones del grupo Hachuel con la entidad Banesto y la obtención, por parte de aquél, de importantes financiaciones para la adquisición de sociedades.

4. La Sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1998, analiza detenidamente el significado de la expresión; “cuando el delito se dirija contra el culpable”. Entiende que la expresión “culpable” se refiere, por extensión, al sujeto pasivo del proceso, imputado, inculcado, procesado, acusado, etc., según la fase del procedimiento en que nos encontremos.

La jurisprudencia, tradicionalmente hasta los años 1991 y 1992, ha venido entendiendo que el procedimiento se dirige contra el culpable, desde el momento en que se inicia, para averiguar tanto el delito como la identidad de los delincuentes y esta línea jurisprudencial se ha venido manteniendo en Sentencias de 6 de julio de 1994, 1 de marzo de 1995 y 13 de junio de 1997. Dice esta última citando literalmente otras muchas, que “la prescripción no necesita para interrumpirse, actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho o de sus posibles autores”.

Reconocemos la existencia de otra jurisprudencia, que exige que el culpable aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Ahora bien, insistimos en que debe mantenerse una postura específica, cuando nos encontramos ante delitos atribuidos a una colectividad de personas o cuando se observa la existencia de una organización o entramado, con diversidad de papeles en la actuación delictiva, evitando con ello que los escalones superiores o las personas difuminadas en el seno de una organización empresarial, que es necesario desentrañar a través de una compleja y dificultosa investigación, puedan ampararse en estas circunstancias para gozar de los mismos plazos de prescripción que los delincuentes individuales.

Si se admitiese la igualdad de todos los supuestos, estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas.

5. En el caso presente se da la circunstancia de que la acción ejercitada por el Ministerio Fiscal, antes de cumplirse el plazo general marcado por la ley, como ya se ha dicho, se hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado. El hecho se fija en el 6 de abril de 1990 y la querrela del Fiscal se interpone en noviembre de 1994. Pero sucede además que otro de los querrelados, en su declaración de 14 de diciembre de 1994 hace referencia a la intervención de J. H. al que la Sala ha absuelto por prescripción del delito.

Como puede verse y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto no habían transcurrido los plazos de prescripción exigidos por la ley. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado».

devolución el patrimonio de la sociedad.

Y es que en efecto, aunque el delito de apropiación indebida exige para su existencia un acto de ilícita reconducción o distracción de su curso natural con miras a desplazamiento de bienes o derechos que se procuran incorporar al patrimonio del sujeto infractor o de un tercero de manera inequívoca, el delito de administración desleal en modo alguno excluye los actos de apropiación, disposición o desvío no autorizados, no estando necesariamente erradicados de esa cobertura los que tengan carácter irreversible. Pudiendo, en consecuencia, verificarse éstos tanto de manera provisional como definitiva, así como ejecutarse en el orden de su tipicidad en beneficio propio o de un tercero; y en cualquier caso exigiendo además otros condicionamientos, como la necesidad de que se acometa en el seno de una sociedad y, que por tratarse de un delito de resultado, se cause directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. Perjuicio que tanto puede consistir en el montante del pecunio dispuesto o distraído como en las consecuencias económicas del comportamiento desleal acometido^{381 bis} y definitivamente que exista una denuncia previa de la persona agraviada en los supuestos del art. 296 CP.

Todo ello, sin perjuicio, de que las infracciones a los deberes impuestos puedan tipificarse y sancionarse, en su caso, como delitos de estafa o apropiación indebida, sino cumplen los condicionamientos y presupuestos del delito societario, y de que en el orden práctico, como tendremos ocasión de examinar en el último capítulo, los *conflictos aparentes de leyes* entre el denominado, ya incluso jurisprudencialmente, «*tipo de infidelidad*» y las figuras expuestas, se resuelvan, en los supuestos en que los hechos puedan calificarse con arreglo a dichos preceptos, aplicándose la sanción correspondiente a la figura más gravemente penada —delitos de estafa o apropiación indebida— con prevalencia sobre el principio de especialidad —administración desleal— lo que en la *praxis* elimina las disquisiciones dogmáticas apuntadas²⁸.

^{381 bis} Respecto a la existencia de perjuicio como requisito objetivo del tipo, establece la STS —2.ª— n.º 402/2005, de 1 de marzo, ya citada, que: «El tipo penal por el que ha sido condenado el recurrente, como delito societario, en su variante de infidelidad del administrador, requiere la existencia de unos perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes sociales, sin que sea necesario que la conducta punible se manifieste en la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas. Así lo hemos dicho recientemente (entre otras, Sentencia de 26 de julio de 2004).

Tales perjuicios tienen que estar completamente acreditados. En el caso enjuiciado, ni en los hechos probados se narra que el ahora recurrente obrara en perjuicio de la sociedad, apropiándose del dinero procedente de las ventas que llevaba a cabo, ni se explica suficientemente la expresión que utiliza de “retirar” maquinaria, ni finalmente se cuantifican los perjuicios ocasionados, pues el fundamento jurídico séptimo, después de verificar las operaciones matemáticas pertinentes, con descuentos por pleitos propios del acusado, deudas a la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria, termina por reconocer que, en todo caso, se ha de descontar el “valor de los bienes que se reflejan en las fotos que se acompañan al acta levantada por el notario ... presentada por la defensa en el juicio oral y cuyo valor se determinará en ejecución de sentencia”, sin que por tanto exista un pronunciamiento concluyente acerca de que el valor de tales bienes, en todo caso, ha de ser inferior a la suma restante que originaría el perjuicio, base y esencia del tipo penal aplicado. Y no habiendo elemento alguno en la fundamentación jurídica de la sentencia para entender que el resto ha de ser positivo para la sociedad o los sujetos pasivos citados en el precepto penal aplicado, es patente que no se cumple el requisito del perjuicio patrimonial, que es esencial para la condena que se ha dictado, por lo que, estimando ambos motivos, se ha de dictar sentencia absolutoria por este delito.»

²⁸ La Sala Segunda del Tribunal Supremo, como órgano de Casación en el conocido *affaire* «Argentia Trust» recogía en la Sentencia n.º 224/1998, de 26 de febrero, los antecedentes de hecho de la recurrida, estableciendo como probados, que: «I. El Banco Español de Crédito (Banesto) es una Entidad financiera que contaba en el momento de los hechos, y cuenta, con un ingente número de accionistas. Por Acuerdo del Consejo de Administración del Banco de 28 de noviembre de 1987, se delegaron en Mario C. C., como Vicepresidente del mismo, todas las facultades que por la ley o por disposición de los Estatutos Sociales correspondían al Consejo de Administración, con la única excepción de aquellas cuya delegación prohíbe el párrafo 21 del art. 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1987 (*sic*). Dicho acuerdo se elevó a escritura pública ante el notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo. Con fecha 30 de diciembre de 1987 y ante el mismo notario, se ratificaron los poderes, al ser nombrado C. C. Presidente

del Consejo de administración de la Entidad Bancaria. II. En fecha no determinada, pero, en cualquier caso, en el mes de junio o primeros días de julio de 1990, el entonces Director General de Banesto D. Javier A. le comunicó a don Juan B. G. (Consejero Ejecutivo y por esas fechas nombrado Consejero Delegado), que en una sociedad instrumental de Banesto, “Banesto Industrial Investment”, residente en el paraíso fiscal de Gran Cayman, que tenía un capital social de 800.000 \$USA, de los que se habrían desembolsado 2 dólares, y que venía siendo utilizada por Banesto para aparcamiento de acciones y otras operaciones, se habían producido una serie de beneficios de cambio, debido a que los activos que tenía en ptas. habían sido financiados con marcos y al producirse una devaluación de esta moneda se volvieron normalmente a ptas., originándose un beneficio un poco superior a 700 millones ptas. Preguntándole A. si se abonaba esas cantidades a Banesto o se dejaban allí. B. le indicó que lo iba a consultar con C., como hizo, y llamándole posteriormente le transmitió, siguiendo instrucciones del Presidente que le llamaría el propio C., pues había que realizar unos pagos de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto, que en abril de 1990 se había constituido, y era mejor realizarlos desde “Banesto Industrial Investment Ltd.” y no desde Banesto. Pocos días después Mario C. llamó a A. señalándole que le iba a hacer llegar una factura para pagar con cargo a “Banesto Industrial Investment”. Al poco tiempo, en un día no determinado, entre el 10 de julio de 1990 y el 2 de agosto del mismo año, le llegó a A. la factura, así como una fotocopia de la misma, en que figuraba una leyenda en su parte inferior que decía: aprobado por comisión ejecutiva de 10 de julio de 1990. Consejero Delegado, procédase al Pago (sin firmar). Así las cosas, el señor A. ordenó el pago de la factura, materializándose de la forma que en la misma se indicaba. III. La factura de fecha 11 de julio de 1990, extendida en papel blanco, llevaba en su parte superior en nombre “Argentia Trust” (St. Vicent), iba dirigida a “Banesto Industrial Investment” INC P. O. Box 309 Georgetown/Gran Cayman, Cayman Islands. Acto seguido decía: por trabajos realizados de carácter jurídico, financiero y de marketing, con objeto de estudiar la aceptación por los mercados financieros internacionales de una colocación privada de acciones de la Corporación Industrial y Financiera, le facturamos ptas.: 600.000.000. Más abajo indicaba que el importe se remitiese en francos suizos o dólares USA por télex a favor de “Argentia Trust”, cuenta n.º 225 con el EBC (Schweiz) AG, 22, Claridenstrasse. C H Zurich/Suiza, según la lista de corresponsales de EBC adjunta. Aparecía signado, antefirma de “Argentia Trust” y firma ilegible. IV. Como indicábamos anteriormente, el señor A., actuando en nombre del “Banesto Industrial Investment”, como apoderado de la misma, el 2 de agosto de 1990 ordenó el pago, que se realizó el siguiente día con valor anotado en cuenta el inmediato día 7, a la cuenta de “Argentia Trust” indicada en la factura. Todo ello a cargo de la cuenta que “Banesto Industrial Investment” mantenía en “Banesto”, sucursal de Paseo de la Castellana 7 de Madrid. En la conversación previa entre B. y C. a la que hemos hecho referencia, éste le indicó que los pagos eran consecuencia de gastos de la Corporación, no preguntando B. ni la razón de los mismos ni si se debía a un contrato realizado con anterioridad. “V-Argentia Trust” se registró como sociedad el 18 de febrero de 1983 en Saint Vicent en el Commercial Registry Of. Kingstown con el n.º 6008 t8 3, con un capital inicial de \$10 USA, con domicilio en Saint Vicent and the Grenadines, Lot 19, Coblesstone Inn, Midle Street, Kingstown, St. Vicent and the Grenadines. Como otorgante de la constitución aparece la señora H. M.; CH 8706, Suiza. La sociedad “Argentia Trust” no figura como sociedad en ningún registro español, ni le ha sido otorgado ningún número de identificación fiscal como sociedad extranjera. Saint Vicent and the Grenadines figura registrada como Paraíso Fiscal en el RD 1080/1991, 5 de julio.

VI. En la contabilidad de Banesto no se realizó apunte contable alguno referente al pago hecho por su cuenta por “Banesto Industrial Investment”. VII. Tiempo atrás, C. había contratado a Antonio N. S. como asesor, sin la existencia de documento escrito. La sociedad que presidía N., “Euroibérica Internacional de Estudios SA” en la que colaboraba Diego M. S. I., había facturado a “Banesto” diversas cantidades en los años 1988, 1989 y 1990 que le habían sido abonadas.

VIII. No consta que “Banesto” ni “Banesto Industrial Investment Ltd.” hubiese realizado encargo o contrato alguno con “Argentia Trust”, ni que alguien lo hubiera hecho en su nombre, ni en consecuencia que se le encargasen trabajos de carácter jurídico, financiero, o de marketing con cualquier clase de objeto. IX. No consta que se autorizase el pago de la factura citada, por la Comisión Ejecutiva de “Banesto” en las reuniones comprendidas entre el 1 de enero de 1989 y el 10 de junio de 1990, ambos inclusive, aunque es posible que el presidente señor C. informase verbalmente fuera del orden del día, que había que realizar pagos como consecuencia de la constitución o de la colocación de la “Corporación Industrial y Financiera de Banesto”. X. No consta que el señor C. plantease el pago de la factura en ninguna reunión del Consejo de Administración de “Banesto”. XI. No consta que el pago de la factura antes dicha ordenado por el señor C., lo fuera por indicación de los señores N y/o S. XII. No consta que por sociedad extranjera alguna se hubieran realizado gestiones para la colocación del capital de la “Corporación Industrial y Financiera de Banesto”, que se pretendía sacar a bolsa. XIII. “Banesto

VII.3. EL TIPO OBJETIVO

VII.3.1. Los sujetos del delito

VII.3.1.1. El sujeto activo

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

A los *administradores de hecho y de derecho*, analizados al comentar el artículo 290 y por remisión los arts. 293 y 294, respecto de cuyo cometido se configuran como sujetos en exclusividad, se añaden en el art. 295: los *socios* de cualquier *sociedad constituida o en formación*. Por lo que resultan igualmente aplicables las observaciones efectuadas en su momento, acerca tanto de la calidad de socio como respecto de los conceptos de sociedad constituida o en formación, examinados con carácter general dentro del

Industrial Investment Ltd.” formaba parte del cupo consolidado de “Banesto”. XIV. El importe del desplazamiento patrimonial ordenado por C. que quedó excluido de los activos de la sociedad financiera sin razón alguna.

El Tribunal de Instancia había condenado, al acusado Mario C. C. por los hechos descritos, como autor de un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de falsedad en documento mercantil a las penas de seis años de prisión y a la de doce meses de multa, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer funciones en entidades financieras durante el tiempo de duración de la pena, así como a indemnizar al Banco Español de Crédito en 600.000.000 ptas.

El Alto Tribunal, tras desestimar en los tres primeros Fundamentos de la Sentencia aludida las pretensiones deducidas por el recurrente relativas a la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE, relacionadas con la denegación del envío de una nueva comisión rogatoria a las autoridades judiciales suizas para averiguar el destino final de los 600 millones y su participación en los hechos, respectivamente, casó parcialmente la sentencia del Tribunal *a quo* absolviéndole —con un voto particular en contra— de la comisión del delito de falsedad por las razones, que en su momento fueron analizadas (*vid. supra*, nota 125).

No obstante, y desde la perspectiva examinada, rechazó la pretensión del recurrente relativa a su absolución respecto a la condena del delito por apropiación indebida en la que argumenta, en primer lugar, que se había penalizado un hecho que cuando se cometió era atípico y que hoy sólo sería punible incardinándolo en el art. 295 del Código Penal vigente, naturalmente de imposible aplicación retroactiva, y alternativamente, para el caso de ser rechazada dicha pretensión que, en el peor de los casos, el supuesto enjuiciado debería ser apreciada como constitutivo de un delito de administración desleal en aplicación del principio de especialidad, contemplado en la regla 1.^a del art. 8 del Código Penal; posición alternativa que incluso fue apoyada por el Ministerio Fiscal.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin embargo, confirmó la condena impuesta, por el Tribunal de instancia, al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, en aplicación del principio de alternatividad recogido en la regla 4.^a del art. 8 del citado precepto, sancionando la comisión del delito más gravemente penado: el delito de apropiación indebida, con la imposición de una pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de diez meses con una cuota diaria de cincuenta mil ptas. día, así como a las accesorias anteriormente impuestas (*vid. infra*, nota 432) estableciendo en su Fundamento Jurídico Octavo respecto a la conducta enjuiciada que: “es uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina ‘*tipo de infidelidad*’. La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo. El acusado, como Presidente del Consejo de Administración de Banesto, en quien habían sido delegadas las más amplias funciones de administración, tenía el deber de ser el más celoso gestor de los intereses del Banco, pese a lo cual incumplió, de la forma más clamorosa, dicho deber realizando un acto de disposición —para el que sin duda estaba facultado siempre que con el mismo no quebrantase sus deberes de lealtad y probidad—, mediante una orden de transferencia, no justificada por contraprestación alguna en beneficio de “Banesto”, en favor de una entidad que, por sus peculiares características, permite asegurar fue meramente vehículo para orientar el dinero en dirección desconocida. Nos encontramos pues ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado “*tipo de infidelidad*”, subsumible en el art. 252 del Código Penal vigente como delito de apropiación indebida y en el 256.6, por la especial gravedad de la entidad del perjuicio, por lo que procede rechazar la denuncia casacional de que estas normas han sido indebidamente aplicadas en la sentencia recurrida».

estudio del delito de falseamiento de balances de cuentas e informes, al inaugurar el elenco de los delitos societarios utilizando en su tipología elementos comunes a todos ellos²⁹.

²⁹ *Vid.* Capítulo II. Sobre el concepto de administrador de hecho y apoderado, la STS —2.ª— 59/2007, de 25 enero, rec. 1064/2006 (Martínez Arrieta) señala:

«El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento al concepto puramente mercantil del término, es decir, aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que en la doctrina ha optado por una interpretación que permita integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad. Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador. En el caso del tipo que ha sido aplicado en la sentencia, autor del delito será quien ostentando funciones de administración de la empresa, de hecho o de derecho, incumpla el deber de veracidad en la presentación de la documentación que refleje la realidad contable y económica de la empresa, una realidad que el ordenamiento impone y que en la sentencia impugnada se refiere a la presentación de la documentación contable correspondiente al año 1998.

Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad.

La sentencia refiere en el hecho probado y en lo que afecta a este recurrente, que era contable de la sociedad y que en año 1997 entró en el accionariado de la sociedad y “asumió la función de realizar provisiones sobre pagos y cobros de la empresa y asesoramiento en los asientos contables que presentaba el administrador y depositaba las cuentas anuales en el Registro mercantil”, añadiéndose que las cuentas del año 1998 se reflejaron unos beneficios que no se correspondía la realidad contable que era de pérdidas. En la fundamentación de la sentencia se explica, correctamente, que el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión, concluyendo que “estas notas son perfectamente predicables de las funciones del mencionado coacusado José P.”.

Este último apartado de la fundamentación, que debió merecer ser incluida en el hecho probado, es el que carece de la precisa actividad probatoria. Repasamos el acta del juicio oral para comprobar que en la testifical se oyó a distintos trabajadores de la empresa, que a su vez eran socios de la misma, y que no refieren unas facultades de decisión y de gestión de la empresa ejercitadas por el recurrente. Se afirma que realizaba funciones de contabilidad en la empresa, que trabajaba por la tarde, de cuatro a siete, simultaneando su actividad laboral con el trabajo en otra empresa. Que el acusado realizaba provisiones de cobros, y no cerraba acuerdos.

De la actividad probatoria no resulta la necesaria función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento, que requiere la consideración de ser administrador de hecho como destinatario real de la obligación de veracidad que requiere el ordenamiento en la presentación

de las cuentas anuales para su constancia en el Registro Mercantil, es decir, no hay prueba de que fuera el obligado al deber impuesto en la norma, por no ostentar la condición de administrador de hecho de la sociedad». (F. J. Único)

Véase también en la jurisprudencia menor, sobre la determinación de dichos conceptos: la S. dictada en apelación por la Sección 2 de la AP de Cantabria, núm. 102/2000, rec. 58/2000, de fecha 31 de julio de 2000, (Llaría Ibáñez), La Ley 156940, confirmando la de la instancia que condenaba el comportamiento desleal de quien tanto desde su posición de *administrador de hecho* como de *socio*, cumplía los condicionamientos exigidos en el tipo penal incriminado y de la que reproducimos por su interés sus Fundamentos de Derecho: «Primero: Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander por la que se condena a Prudencio A. A. como autor responsable de un delito societario previsto en el art. 295 del CP a la pena de seis meses de prisión, accesorias, costas y a indemnizar a la entidad “Prudencio Aragón, S.L”. en 1.907.705 ptas., más los intereses legales devengados desde el día 29 Ene. 1998, interpone su representación procesal recurso de apelación interesando su revocación y consiguiente absolución para su representado por considerar que no concurren los elementos típicos de la figura delictiva. La Sala, tras volver a analizar toda la prueba practicada tanto durante la instrucción como durante el Plenario, a pesar de no haber gozado de los principios que presiden éste, inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, debe confirmar la resolución recurrida por considerarla adecuada a derecho, desestimándose el recurso interpuesto. Segundo: El denominado delito de administración desleal de sociedades se ha configurado, como el resto de los delitos societarios, tanto en los sucesivos Anteproyectos y Proyectos de Código Penal como en el art. 295 del CP 1995 por el que ha sido condenado el ahora recurrente como un delito especial propio ya que, por un lado, requiere unas especiales condiciones para los sujetos activos (ser socio ó administrador de una sociedad) y, por otro, no se corresponde con ningún otro tipo común que castigue la misma conducta sin requerir tal cualificación personal; se ha reducido el marco de los posibles sujetos activos a un determinado colectivo de personas, seleccionadas en el tipo por tener un deber especial o una obligación mayor de actuar de un determinado modo del que tendrían el resto de las personas no pertenecientes a ese colectivo; se ha elegido a los socios y administradores como sujetos activos porque se parte de la idea de que éstos y no otros están obligados por encima del resto a velar por el correcto funcionamiento de la sociedad a la que representan. El art. 61 LSRL, relativo al ejercicio del cargo de administrador, establece que los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, es decir, debe aplicar el nivel de atención, prudencia, dedicación y competencia en su actuación que requiera el género de comercio al que se dedique la sociedad y el deber de fidelidad le obligaría a anteponer los intereses sociales a los propios, o dicho desde la perspectiva inversa, posponer sus intereses personales en beneficio de los intereses de la sociedad (también, en este sentido, arts. 255 núm. 2 Código de Comercio o 1258 Código Civil). El objeto material del delito lo constituyen los bienes sociales, es decir, cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad, considerándose que el bien jurídico protegido por el delito es la integridad del patrimonio social junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto, entre ellos los socios [—y el interés de la sociedad no ha de coincidir necesariamente con el interés de los socios y un socio puede causar un perjuicio a los demás “socios” (perjudicados) en su propio y personal beneficio—] y los denominados “titulares de los bienes, valorados o capital que administren”, es decir, la propia sociedad puede ser también sujeto pasivo idóneo del delito, por lo que el perjuicio causado a la sociedad también es típico, ya que si la disposición de los bienes de la sociedad causa un perjuicio a sus socios es porque previa o simultáneamente se lo ha causado igualmente al patrimonio de la sociedad, que se verá obligada por ejemplo a reponer o resarcir la parte correspondiente del patrimonio social fraudulentamente dispuesto. Este delito es de resultado, exigiéndose un perjuicio que el Código califica de directo (—que no es sino expresión de una relación de causalidad y de imputación objetiva entre la acción por ejemplo de disposición, y el perjuicio—) y además debe ser económicamente evaluable, con significado patrimonial cierto, de posible traducción y determinación económica. Desde el punto de vista del tipo subjetivo, se exige, por una parte, el dolo (resultando impune la comisión imprudente, art. 12 CP), es decir, conciencia y voluntad de realización y concurrencia de los elementos objetivos del tipo, y, por otra, el elemento subjetivo de lo injusto representado por la actuación del sujeto activo de la intención de obtener un beneficio para si mismo o un tercero, beneficio también económicamente evaluable. Tercero: Estando así configurada esta modalidad de delito societario cabe concluir, en la conducta realizada por Prudencio, la concurrencia de todos sus elementos típicos, tanto objetivos como subjetivos, no debiendo olvidarse que la esencia del desvalor del delito lo ha de constituir la vulneración del deber de lealtad y fidelidad que corresponde al sujeto activo respecto de los intereses administrados. Ciertamente que en la reunión celebrada el día 19 Nov. 1997 se destituyó al acusado como Administrador, cargo que ostentaba solidariamente con su esposa, elevándose dicho acuerdo a la escritura pública formalizada el día 28 Dic. 1997 en la Notaría de Ángel Velasco (folio

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

En principio, como socio la aportación de bienes comporta un desplazamiento de la titularidad de un patrimonio —el particular del socio— a otro —el de la sociedad en la que participa—. Esta aportación puede ser de cosas-bienes inmuebles, muebles o semovientes, o de derechos-reales, de crédito, etc. La

75 y ss.); incluso admitiendo la posibilidad de que por aquellos días o fechas Prudencio no tuviera conocimiento del cese de que había sido objeto, ya que no había asistido a la Junta, y como todavía figuraría en el Registro Mercantil como administrador de la sociedad, pues no se acudió inmediatamente al Registro Mercantil a cancelar la inscripción de los anteriores administradores solidarios —Prudencio y su esposa— y a inscribir el nuevo nombramiento de su esposa como Administradora única (dicha nueva escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 2 Feb. 1998, según consta en la certificación expedida y obrante al folio 150), cabría pensar que esta circunstancia permite que una persona pueda llevar a cabo negocios o actuaciones en el tráfico jurídico en las que, ocultando o bien simplemente por desconocer que ha cesado en el cargo, obligue a la sociedad (arts. 279 y 290 del Código de Comercio y Resolución de la DGRN de 2 Abr. 1986) efectivamente, ya no será, en realidad, administrador de derecho pero sí es un administrador de hecho de la sociedad, que es también un autor idóneo del delito, y en tal concepto le fue remitido por correo por parte de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo el talón del Banco de España por un importe de 1.907.715 el día 27 Ene. 1998 (folio 94), constando la recepción por el acusado (folio 45), importe correspondiente a las facturas núm. 68/1997 y 75/1997 (folios 544 y ss.), importe adeudado a la sociedad por la estancia de varios de sus profesores y alumnos durante el período estival (julio y agosto 1.997); también es cierto que cuando ingresa el talón en su propia cuenta, en el Banco Popular, es ya 25 Mar. 1998 —ya inscrito en el Registro Mercantil su cese como Administrador solidario—, pero todavía continuaba siendo socio de la sociedad por lo que puede considerarse que dicho socio se extralimitó en sus funciones y ejerció de hecho funciones de administrador, lo que le permitió disponer de bienes sociales a efectos típicos, utilizando dichos bienes sociales (al corresponder la cantidad de 1.907.715 ptas. a la deuda que la UIMP había contraído con la Sociedad) para fines propios, aplicando el patrimonio social a finalidades distintas de aquellas para las que un administrador o un socio está autorizado y lo hizo en beneficio propio pues incrementó inmediatamente su patrimonio en dicha cantidad, minorando el patrimonio de los sujetos pasivos con lo que suponía de disminución también inmediata del activo, y Prudencio actuó con plena conciencia y voluntad de que la conducta llevada a cabo se realizaba con abuso de las funciones propias de su condición causando así un perjuicio a la sociedad y al resto de los socios (su esposa y sus dos hijos), y por eso ingresa el talón en una cuenta particular (folio 111 y Plenario), talón, cuya posesión —tras haber llegado a su poder— no es comunicada por el acusado voluntariamente y por propia iniciativa al resto de los socios; además, mayor abundamiento, ha de recordarse que como él mismo declaró en el Plenario había trabajado anteriormente como apoderado de banca y “sabía que es delito” (folio 510 vuelto, lo que excluye la posibilidad del error de prohibición), no siendo de recibo la explicación que dio, también en el Plenario, de porqué ingresó el dinero en una cuenta particular suya y no en una cuenta social (“no sabía si el talón venía a nombre suyo Prudencio A. o a nombre de la Sociedad Prudencio Aragón S.L.” toda vez que el servicio de hostelería prestado a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo lo había sido por la Sociedad, pues ése era su objeto social, y no a título personal por el ahora recurrente. Por otra parte debe señalarse que la cuenta contable de caja ofrecía un monto irreal, como se indica en el informe obrante a los folios 459 y ss. la contabilidad correspondiente a los años 1996 y 1997 no era reflejo de la realidad empresarial, lo que impide obtener conclusiones precisas sobre las diversas magnitudes que resultan de la misma (las facturas núm. 68 y 75 han sido registradas en la contabilidad como un cobro ingresado en la caja social, habiendo sido utilizado su saldo prácticamente en su totalidad para pagos a proveedores y acreedores y como no había sido real el cobro por caja de dichas facturas, el pago, según se indica al folio 507, habría sido contabilizado como efectuado por socios y administradores contra la cuenta corriente con socios y administradores pero, lógicamente, en unas circunstancias o condiciones curiosamente desconocidas por el resto de los socios, lo que resulta en sí mismo desleal), sin que pueda aceptarse como pretende el recurrente como causa de justificación o de atipicidad la existencia de una compensación de deudas pendientes, de créditos, toda vez que dicha figura exige que las deudas sean líquidas y exigibles (arts. 1.195 y ss. CC) que no es el caso pues las cifras consignadas en la mencionada cuenta corriente con socios y administradores ni son en sí mismas precisas, por lo indicado anteriormente, ni existen datos para individualizar la correspondiente al acusado persona física sino que es cuenta corriente con socios y administradores en general. En definitiva el acusado ha dispuesto de bienes sociales deslealmente sin mediar consentimiento expreso o tácito ni de la sociedad ni de los restantes socios. Cuarto: Procede imponer las costas al recurrente, al haber sido desestimado el recurso interpuesto».

aportación de industria implica una mera actividad personal con valor patrimonial —trabajos, servicios—.

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

En cualquier caso los socios se unen para colaborar en la explotación de una empresa. En este orden, la sociedad es la forma jurídica más adecuada para el ejercicio de una actividad económica organizada en empresa. La empresa social —como observa el autor aludido— es un quehacer común y esto supone que todos los socios, en mayor o menor grado, según la clase de sociedad, puedan y deban colaborar en la marcha de los asuntos sociales y en la consecución del fin común. La idea de colaboración —*ius fraternitatis o affectio societatis*— en la que descansa toda sociedad, es una de las características más significativas para distinguir esa figura jurídica de otras afines, como la de cuentas en participación, las comunidades de intereses o las sociedades de ganancias³⁰.

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

La adición, sin embargo, de estos últimos a los tradicionales sujetos activos de la infracción, parece responder a una previsión más efectista que efectiva, en la medida en que los socios que no ostentan a su vez la condición de administradores tienen escasas ocasiones para ejecutar la conducta descrita en el tipo en sociedades anónimas, al carecer en su calidad de partícipes de funciones de facultades de disposición, así como de asumir obligaciones que puedan afectar al patrimonio social.

No obstante, en las sociedades de corte personalista, como acaece con la compañía colectiva o comandita simple, los socios que tengan acceso a la administración podrán, potencialmente, llevar a cabo el injusto configurado en el art. 295³¹.

Por lo que, en conclusión, a excepción de los supuestos en los que los socios integrados como administradores de hecho en las sociedades de capital, verifiquen los injustos descritos en el precepto, lo acometan en su fase interina de *sociedad en formación* o lo sean de sociedades de corte personalista, no parece factible, en principio, desde su intervención formal en los órganos sociales, que puedan perpetrar la conducta analizada.

Todo ello, no obstante, sin olvidar que el precepto en el que se incardina debe interpretarse en sintonía con el marco en el que se encuadra, ya que si en el orden mercantil no resulta previsible la conducta sí la posibilita el sistema punitivo en el que se integra el precepto. Así se destaca en el artículo comentado como objetivo del infractor: la disposición fraudulenta por parte del mismo. Por lo que si los supuestos de gestión directa del socio en la administración son escasos, sí podrá por medio de actuaciones engañosas ampliar sus horizontes de actuación, siempre que el proceder que lleve a cabo se verifique a través del *abuso de funciones* exigido en el art. 295 CP³².

³⁰ Cfr. URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, *vid. op. cit. ut supra*, nota 35, págs. 164-165.

³¹ Artículo 129 CCom.: «*Si la administración de las compañías colectivas no se hubiese limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad*».

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

³² La inclusión de los socios como sujetos activos del delito, que no dejó de causar perplejidad en algún sector de la doctrina se produjo por mor del Grupo Popular a través de una enmienda «*in voce*» como se desprende del Diario de sesiones del Congreso de los Diputados del día 6 de junio de 1995, pág. 15.

Por otra parte, es de destacar la autonomía otorgada en el precepto a la actuación de los socios que pueden ejecutar la acción con independencia de la intervención de los administradores, al redactarse descriptivamente el precepto con la conjunción disyuntiva «o» en lugar de la copulativa «y»: propuesta en la enmienda parlamentaria que motivó su adición como sujeto activo, y que de prosperar hubiera acarreado un problema semántico de impredecibles consecuencias, al no aparecer claro si la acción predicada era acumulativa o se establecía una intervención alternativa de ambos sujetos³³.

Finalmente, la jurisprudencia ha resuelto casos en los que el sujeto pasivo no tiene la condición fijada en el tipo, que es un delito especial propio, cuando se ha dado la cooperación necesaria *ex art. 28 b) CP*, como se recoge en la STS —2.ª— 350/2011, de 2 febrero 2011^{387 bis}.

³³ *Vid. nota ut supra*: «Aceptamos también la enmienda “*in voce*” del Grupo Popular al art. 296, que incluye entre los sujetos activos, susceptibles de incurrir en la transgresión penal a la que se refiere este artículo, no sólo a los administradores de hecho o de derecho, sino a los propios socios de estas entidades mercantiles. La inclusión de la expresión “*y los socios*” después de “*los administradores de hecho o de derecho*” nos parece pertinente en la forma en que la plantea en el Grupo Popular».

^{387 bis} Recurso 1966/2010 (Ramos Gancedo), Fundamento Jurídico Tercero, dice: «Señala el juzgador de instancia que “ninguna duda le cabe a este Tribunal, tras el análisis de la prueba practicada, que Carlos G. R. cuando vende a Axxxx S.L. la finca de Costa i Fxxx, lo hace en realidad a su amigo el coacusado Victor Xavier I. G. (que, por ende, deviene cooperador necesario al no poder ser autor, a diferencia de lo pretendido por la Acusación Particular al tratarse el tipo del art. 295 CP de un ‘delito especial propio’). Y lo hace con la finalidad de sustraer al socio Miguel M. G. de sus expectativas de beneficio patrimonial (las ganancias obtenidas por Costa C. de la construcción y venta de los pisos y locales, descontados, claro es, los gastos) con el cual se había iniciado una espiral de desavenencias que condujeron a que cada socio, a la vez administrador solidario, fuera por su lado; beneficios a los cuales, de haber existido, Miguel M. G., como socio de Costa C. tenía derecho”.

Añade que “el acusado M. G. vende a Victor Xavier I. G. —en su calidad de administrador único de Axxxx S.L.— el terreno adquirido a los anteriores propietarios ‘exclusivamente por lo mismo que había ‘invertido’ hasta entonces Promociones Costa Cxx S.L., es decir, por subrogarse en la hipoteca constituida’, o como se establece en el *factum*, el Sr. I. G. se hizo con la finca permutada por un valor de 450.000 euros, única y exclusivamente subrogándose en el préstamo hipotecario, del cual la cantidad de 375.000 euros había sido empleado o estaba siéndolo en gastos y en la construcción ya desde el inicio de la constitución de la hipoteca, haciéndose cargo de la finalización de la obra y entregando a los permutantes las viviendas pactadas. Todo ello tras afirmar rotas las relaciones entre los socios, Carlos G. R. puesto de común acuerdo con Victor Xavier I. G., decide sustraer la finca del activo patrimonial de Promociones Costa C. y continuar la obra a través de otra sociedad, entregar los pisos en el plazo convenido y aprovechar para sí los beneficios que pudieran resultar y, en consecuencia, defraudar las expectativas patrimoniales (los beneficios de la operación) que legítimamente asistían a Miguel M. G. como socio que era de Promociones Costa C.

Y concluye su discurso señalando que, en todo caso la Acusación Particular (que al igual que la Acusación Pública ha preferido hacer hincapié en unas acusaciones por otorgamiento de contrato simulado y por apropiación indebida, jurídicamente inviables dada la prueba de cargo aportada) ha olvidado acreditar que dicho acto de administración desleal haya causado un perjuicio al socio Miguel M. G., distinto al reiterado argumento de la deuda pendiente que aduce lo que es totalmente ajeno a esta causa penal; y en consecuencia tampoco acredita que ese perjuicio derivase directamente de la enajenación antedicha a Axxxx, perjuicio que la Sala puede sospechar pero no puede presumir.

Aquí radica el error de apreciación de la sentencia impugnada. Porque si bien es cierto que no han quedado acreditados los beneficios obtenidos por la venta de los pisos construidos ni siquiera si existieron tales beneficios, no es menos cierto que la venta del solar a Axxx S.L. el 24 de febrero de 2.005 se hizo por un precio de 375.000 euros, cantidad de la hipoteca en la que se subrogaba la parte compradora, es decir 75.000 euros menos del valor de la finca adquirida por G. R., una vez que ha quedado acreditado por la confesión de los acusados, que reseña la sentencia, que los 200.000 euros que Inmoarmoble debería abonar también como parte del precio de la compra, no se pagaron a la vendedora. Pero, además, debe tenerse en cuenta que el terreno fue adquirido para edificar y vender unos pisos y locales comerciales, habiéndose realizado ya, desde el momento en que COSTA Cxxx compró el solar, una parte de la construcción proyectada, lo que necesariamente aumentaba el valor de la finca que había sido adquirida por 450.000 euros. Y todo ello sin que el vendedor G. R., haya ofrecido la mínima pero exigible explicación justificativa de una venta tan extraordinariamente generosa para el comprador y perjudicial

VII.3.1.2. El sujeto pasivo

Aunque una primera lectura del precepto invita a considerar como perjudicados únicamente a *los socios, depositarios*³⁴, *cuentapartícipes o titulares de los bienes valores o capital administrados*, se evidencia su extensión a la *sociedad* de dicho concepto³⁵.

En tal sentido, aduce FARALDO CABANA que aunque el art. 295 no la menciona expresamente, no cabe duda de que es uno de los sujetos pasivos del delito y ello en razón de que: «por una parte, la sociedad es la única titular del objeto material de la acción», «los bienes de la sociedad»; por otra, la sociedad está incluida en la mención a los sujetos que sufren directamente el perjuicio económico, los «socios “depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, puesto que será habitualmente la titular de los bienes, valores o capital cuya gestión y representación se encargan los administradores, esto es, la titular del patrimonio social»³⁶.

Junto a la sociedad —constituida o en formación— cuya naturaleza fue abordada anteriormente³⁷ se incorpora normativamente un elenco de sujetos vinculados a la actividad de la misma, que como todo *numerus clausus*³⁸ corre el riesgo de omitir a otros posibles perjudicados, como pudieran ser los mismos obligacionistas³⁸ o cualquier otra persona o entidad que en sus relaciones directas con la sociedad pueda verse perjudicada: *arrendatarios financieros, tomadores y beneficiarios de seguros*, etc., en la medida en que sólo con dificultades pueden considerarse como «*titulares de bienes, valores o capital*», quedando excluidos del radio de su comprensión, en cualquier caso, los terceros *stricto sensu*, como portadores o

para la empresa que administraba aquél. Al punto de que, como atinadamente expone el Tribunal a quo, lo que en aquélla operación se vende es ‘la obra a realizar, con hipoteca ya concedida, y el beneficio a obtener de la misma’, y no la finca propiamente dicha sobre la que, a la postre se edificó la obra”, lo cual viene a garantizar que dicha finca se vendió a Victor Xavier prácticamente por nada.

De manera que, como mínimo, el perjuicio causado a la sociedad en la que el recurrente era titular del 50% de las participaciones, ascendió a la citada cantidad de 75.000 euros, de lo que a aquél le correspondían la mitad. Debiéndose recordar en este punto la doctrina de esta Sala del T. S. según la cual “cualquier perjuicio patrimonial, por mínimo que sea, satisface las exigencias típicas del precepto” (por todas, véase STS n.º 91 de 15 de febrero de 2.010).

En consecuencia, se impone la estimación del motivo, la casación de la sentencia recurrida y la procedencia de dictar otra por esta Sala en la que se subsanen los hechos en el tipo del art. 295 CP, imponiéndose a los acusados en concepto de autores (Carlos G. R. como autor directo y Victor Xavier I. G. como cooperador necesario) del art. 28 CP la pena de un año de prisión, accesorias legales, debiendo indemnizar a Miguel M. G. en concepto de responsabilidades civiles en la cantidad de 37.500 euros solidariamente». (F. J. 3.º).

³⁴ La mención a los depositarios —*lapsus calami*— debe entenderse referida a los «depositantes». El art. 305 del Código de comercio establece que «*el depósito quedará constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituya su objeto*».

³⁵ El ACP de 1992 recogía en su art. 298 expresamente a la sociedad como sujeto perjudicado: «*1. Los administradores, de hecho o de derecho, de una Sociedad mercantil que, prevaleciendo de una información privilegiada, y con perjuicio de la Sociedad, de sus socios, de terceros o del libre juego del mercado, adquieran o transmitan, por sí o mediante personas o entidades interpuestas, con ánimo de lucro, títulos representativos del capital social de Compañías mercantiles con cotización de los mercados oficiales de valores, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de 6 a 24 meses.*

2. Si los hechos se conocieron en el ejercicio de la profesión o actividad del culpable, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años».

³⁶ Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, vid. op. cit. ut supra, nota 67, pág. 563.

³⁷ El alcance y dimensión de las expresiones «*Sociedad constituida*» o «*en formación*», fueron analizadas con ocasión del comentario al art. 290 (Epígrafe II.2.1.2).

³⁸ Cuyo crédito frente a la sociedad se halla regulado en los arts. 401 y ss. TRLSC 2010, antes arts. 282 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas.

titulares de derechos crediticios *ad extra* frente a la sociedad³⁹.

³⁹ *Cfr.* en tal sentido el auto de la AP de Salamanca de fecha 23 de marzo de 1998, confirmatorio del de inadmisión de la querrela, excluyendo incluso al socio en su posición de acreedor de la sociedad como sujeto pasivo de la infracción: «De manera sintética, a los solos efectos de la comprensión de esta resolución, pues una prolija relación de los mismos se encuentra en el escrito de querrela, en su mayor parte recogidos en el auto inicial de inadmisión y en sucesivos escritos complementarios del recurrente (al plantear los sucesivos recursos de reforma y apelación, así como en su escrito de 11 de febrero), a donde esta Sala se remite, se imputa al querrellado que en su condición de administrador de O., S.A., entidad que explotaba la Sala de Bingo denominada Centro G. de S., pese a que se encontraban embargados los frutos y rentas de dicha actividad empresarial, existiendo al efecto administrador judicial nombrado, 23.600.000 ptas. provenientes de esos frutos y rentas, no los entregaba al mismo, sino que los utilizaba para el abono parcial de otra deuda al Banco B.

Esta operación desde la perspectiva de los querellantes, además de delictiva, la entienden doblemente desleal en atención a dos datos complementarios: el primero que la deuda que originó la administración judicial, derivaba de haber satisfecho los querellantes 19.000.000 ptas. para atender una deuda de O., S.A., en la que figuraba como fiadores; y segundo que para el abono de los 23.600.000 ptas., utiliza instrumentalmente una cuenta corriente donde deposita inicialmente ese dinero, contra la que se libra el talón que se entrega a la entidad bancaria, que es titularidad de la entidad B., S.A., cuyos socios son el querrellado, su hija y su yerno; además de que el abono no se limita a un pago parcial sino que se realiza a través de un convenio que implica la remisión total de la deuda para O., S.A., y también para el administrador querrellado, que era fiador de la misma, de manera que por el resto de la deuda, una cantidad superior a 15.000.000 ptas., en el momento de tal convenio, sólo persiste contra otros dos fiadores, uno de los cuales es uno de los querellantes, que no sólo queda sin poder cobrar los 19.000.000 ptas. que abonó por una deuda de O., S.A., sino que se ve como quedan liberados en otra deuda diferente, esta entidad y uno de los fiadores (el administrador querrellado), mientras persiste el resto de la deuda (15.521.450 ptas.), contra él y otro fiador exclusivamente (...).

Desde el punto de vista de la lealtad empresarial y societaria, la conducta del querrellado, tendría escasos paliativos; pero nos encontramos en la jurisdicción penal, donde su finalidad no viene dada por el castigo a conductas éticamente reprobables, por alto que pudiera ser este reproche, sino exclusivamente sancionar aquellas conductas que vengan recogidas como delito dentro del CP; y justamente en esta subsunción es donde el acomodo no resulta posible y por tanto la resolución del instructor debe ser confirmada.

De ahí también, que deba ser rechazada la petición subsidiaria del recurrente; no carece de motivación el auto apelado; no analiza los hechos, simplemente la imposibilidad de calificación típica de los mismos, porque aunque fueren como afirman los querellantes, no integran ninguno de los tipos recogidos en el catálogo de la parte especial de nuestro Código punitivo (...).

En ningún caso integra un delito de alzamiento de bienes. La doctrina y la jurisprudencia resultan conformes en afirmar que la conducta en favor de un acreedor y desprecio o preterición para otros, al margen de los procedimientos universales de ejecución, resulta una conducta atípica, pues el alzamiento de bienes castiga la insolvencia por presentarse sin bienes frente a uno o más acreedores, no la insolvencia por haber preterido a otro acreedor; con independencia de que si se han recibido los bienes por otro acreedor con injusta preferencia, el problema deberá residenciarse en el ámbito civil, a través de anulabilidad o resolución del negocio en su caso, pero no en el ámbito penal y ello con independencia de la existencia de ánimo de perjuicio, pues las infracciones delictivas no se complacen exclusivamente con elementos del desvalor de la acción (SS 17 Abr. y 22 Oct. 1996).

No es óbice, para la aplicación de tal doctrina al caso de autos, que el alzamiento que se pretende por los querellantes sea el descrito por el núm. 2 del ap. 1.º art. 257 CP, pues exige la misma finalidad que en la figura básica (sin poner el acento como en Derecho comparado en la evitación de las actuaciones tendentes a la frustración del juicio ejecutivo), además de que aquí se utilizan los bienes para abonar otra deuda resultante a su vez de procedimientos ejecutivos.

En definitiva, los 23.600.000 ptas., no se utilizaron para abonar la deuda de los querellantes, sino la deuda que la entidad ejecutada O., S.A., mantenía con el Banco B., también declarada en sendos juicios ejecutivos; con la consecuencia, por una parte, de la remisión para la entidad de esta última deuda, a pesar de ser de montante muy superior a esa cantidad, a la par que un beneficio para el querrellado que también se le exonera de esa deuda en la que era fiador; por otra, un evidente perjuicio para los querellantes, que

Por dicha razón, un sector de la doctrina propone *de lege ferenda* una restricción de los sujetos pasivos que debería limitarse a las *sociedades* estrictamente, cuyos intereses patrimoniales constituyen el objeto de protección de los delitos societarios, aunque indirectamente también se tutelen los de los socios, frente al comportamiento desleal de quienes monopolizan su administración, lo que contribuiría a la reorientación de la administración social fraudulenta a la tutela definitiva de los intereses internos, circunscrita a la protección del patrimonio de la sociedad y de los socios, evitando la inadecuada mezcla de intereses de difícil maridaje contemplados en el precepto. Todo ello, en razón de que — como entiende MARTÍNEZ PÉREZ— el delito de administración desleal sólo puede realizarse por el sujeto activo de la infracción frente a quien se tiene el deber de lealtad, particularmente la sociedad y los socios

no logran la realización de su crédito y uno de ellos sigue como deudor en su condición de fiador, de parte de la deuda a favor del Banco B.; resulta obvio que ha existido por tanto, un acuerdo en perjuicio de determinados acreedores, que sin embargo en cuanto no supone ocultación o distracción de bienes, ni tampoco perjuicio de los acreedores globalmente considerados (a uno de ellos se le abona la cantidad obtenida por la explotación del establecimiento del bingo), no resulta sancionable penalmente y sólo en el ámbito jurisdiccional civil pudiera tener remedio.

Tampoco existe delito de apropiación indebida. El mero dato de que el dinero proveniente de la explotación del bingo, se depositara en una cuenta corriente, de titularidad ajena, contra la que se libra el talón para abono parcial de la deuda al Banco B., tal como discurre la sucesión continuada de hechos relevantes en autos, nada indica acerca de una intención de apoderamiento de esa cantidad, sino una mera instrumentalización mercantil para realizar el pago de la deuda por cuenta de O., S.A.

Ya que, en contra de la afirmación de los querellantes, el convenio de 13 Nov. 1997, que se realiza con el Banco B., no se instrumenta exclusivamente entre el querellado y la entidad bancaria, sino como obra en su encabezamiento, también con la entidad O., S.A.

Si el dinero que se administra de esa entidad, O., S.A., en este caso la cantidad de 23.600.000 ptas., sirve para que ésta quede exonerada y le sea remitida una deuda de 39.121.450 ptas., carece de todo fundamento la afirmación de que del patrimonio de O., S.A., ha sido apropiada esa cantidad; tanto más si el único dato de tal incriminación es la titularidad ajena de la cuenta corriente por la que se ha instrumentado el abono.

Obvio es que en la enumeración descriptiva de los antecedentes del acuerdo y del origen del cheque, se alude al querellado por su nombre, sin aditamento alguno, pero ello ni implica necesariamente un abono a título personal, en cuanto el convenio es también con O., S.A., y él es su administrador; necesariamente se posibilita su actuación en su doble condición de administrador de la sociedad y como persona física individual; pero en cualquier caso, sólo en el caso de que pretenda ser acreedor, por esa cantidad de la entidad O., S.A., circunstancia que no se ha acreditado, ni alegado ni siquiera como posibilidad, nos encontraríamos, en ese momento, no ahora, con elementos fácticos generadores de la responsabilidad penal que se pretende.

Es sin embargo cierto, que el querellado, con abuso de su condición de administrador, utiliza los bienes de la sociedad para la obtención de un evidente beneficio propio (ser exonerado de su condición de fiador de una deuda próxima a los 40.000.000 ptas.), con perjuicio claro a su vez para uno de sus socios (tal condición tiene el querellante Santiago H., conforme se deduce de la copia del Registro Mercantil obrante en autos), que no realiza su crédito de 19.000.000 ptas.

Tal conducta, pese a su similitud con la descripción del tipo delictivo del art. 295, donde se sanciona la administración desleal o fraudulenta, dentro del ámbito de los delitos societarios, tampoco encuentra aquí su encaje.

Ello, porque el perjuicio al socio, no lo ha sido en su condición de tal, es decir, en su patrimonio social, sino en cuanto tercero ajeno a la sociedad, de hecho con intereses claramente encontrados, al ser en su condición de acreedor de la sociedad.

Y por otra parte, no existe perjuicio del interés social; ya enunciamos cómo con 23.600.000 ptas., se logra la remisión para la sociedad de una deuda de 39.121.450 ptas.

La conducta del querellado, estaría de lleno en la figura del 296.2 Anteproyecto del CP 1992, donde tras describir en el art. 296.1, la administración desleal de manera similar al actual 295, a continuación sancionaba al administrador que utilizase el capital o bienes de la sociedad en beneficio propio o de tercero, sin causar perjuicios al interés social; pero tal figura delictiva, no llegó a incorporarse al texto promulgado, por lo que en la actualidad carece de sanción penal».

que la integran a través de sus aportaciones⁴⁰.

En este orden, sin embargo, el interés de la sociedad no tiene por qué coincidir necesariamente con el interés de los socios, como se pone de manifiesto tras una primera lectura del art. 236 TRLSC 2010, antes art. 133 LSA según el cual: los administradores de hecho o de derecho de la sociedad deben responder por los actos y acuerdos lesivos para la sociedad, incluso aunque dichos actos o acuerdos hubiesen sido adoptados, autorizados o ratificados por la Junta General de Accionistas⁴¹. Ya que, en efecto, el deber de lealtad que líneas atrás destacábamos como prioritario en el proceder de los administradores difícilmente puede coonestarse con los intereses de los socios y menos aún con los de terceros acreedores ajenos a la sociedad.

Lo dicho no debe ser óbice para delimitar, aunque sea a vuelapluma, los perfiles de los sujetos pasivos, relacionados preferentemente con el ámbito de la banca, contemplados en el precepto.

Así junto a los *socios*, cuya calidad de partícipes en el capital social, comentada anteriormente⁴², se extiende la causación del perjuicio ocasionado a los *depositarios, cuentapartícipes y titulares de los bienes, valores o capital administrados*.

La referencia a los depositarios, *rectius*: «depositantes: impositores, cuentacorrentistas, titulares de tarjetas de débito, cajas bancarias, etc.»⁴³, se incluyó para la protección de los intereses de personas y entidades confiados a sociedades bancarias y entidades de crédito, principalmente en la medida en que podían resultar perjudicados por su inadecuada gestión.

Se trata de los titulares de *depósitos irregulares* que autorizan al Banco el uso o disponibilidad del objeto del depósito.

En el *depósito bancario de uso*, sin embargo, está más presente que en los demás depósitos irregulares la finalidad de custodia en la medida en que por amplias que sean las facultades de disposición del Banco depositario, el deber de custodia —como destaca URÍA— se trasluce vivo y presente a través de la inexcusable necesidad de administrar su propio patrimonio, en forma que los depositantes puedan disponer del *tantumdem*⁴⁴.

Junto a este tipo de depósitos, la protección del precepto igualmente se extiende a los titulares de los denominados *depósitos de custodia*. En ellos a dicha obligación se une por parte del Banco la de administrar los valores depositados. La multiplicación creciente de la riqueza mobiliaria ha posibilitado el auge de este depósito practicado por la banca con especial interés, ya que además de ser un depósito remunerado, facilita considerablemente a éstos la posibilidad de controlar indirectamente el voto de fuertes paquetes de acciones en las Juntas generales de las grandes sociedades anónimas, en virtud de las representaciones que los accionistas depositantes suelen conferir al efecto a las personas designadas por el Banco depositario de los títulos⁴⁵.

⁴⁰ MARTÍNEZ PÉREZ, C.: «El delito societario de administración fraudulenta. Entre el delito patrimonial de “infidelidad” y el delito societario de “abuso de facultades sociales”», en *EPC*, XVII, Santiago de Compostela, Año 1994, pág. 330.

⁴¹ En este orden puntualiza *Castro Moreno*, como se pone claramente de manifiesto la posible discrepancia entre los intereses de la sociedad y los intereses de los socios. Destacando, como tal disparidad de intereses se manifiesta de forma aún más clara en el art. 115 LSA relativo a los acuerdos impugnables, por cuanto establece que podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas Generales que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad, así como también en el art. 128.3 LSRL, que en relación con las sociedades unipersonales, establece la responsabilidad del socio único por las ventajas que obtenga en perjuicio de la sociedad en razón de los contratos celebrados entre ambos (*vid. op. cit. ut supra*, nota 357, págs. 387-388).

⁴² *Vid. supra*: Epígrafe II.2.1.2.

⁴³ Fue introducida en el texto por mor de la enmienda núm. 1124 al art. 368 del PLOCP 1980 presentado por el Partido Comunista.

⁴⁴ *Cfr.* URÍA, R.: *Derecho Mercantil, vid. op. cit. ut. supra*, nota 35, págs. 824-825.

⁴⁵ *Ibidem*: págs. 877-878.

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero estableció, en su Capítulo V, una serie de medidas protectoras de los clientes de servicios financieros. La letra a) de la

A pesar de la claridad de la posición ostentada por el Banco respecto a los titulares del depósito, se discute si la verdadera intención del legislador fue realmente ésta —por lo que debió de haberse hecho mención a los «*depositantes*»— o realmente con la referencia expresa a los depositarios se quiere proteger a la sociedad respecto de las conductas fraudulentas de los administradores en relación con los bienes depositados.

Sin embargo ello no parece probable, porque, sin perjuicio de poder repetir contra los sujetos responsables, dichas entidades se configuran como responsables civiles subsidiarias en los delitos cometidos por aquéllos (art. 120.4 CP). Resultando en cualquier caso a la postre ociosa la discusión en razón de que las personas aludidas podrían incluirse siempre en la referencia final hecha a los titulares de los bienes, o capital administrados, por propio derecho, y sin necesidad de forzar la interpretación del inciso.

Se incluye igualmente entre los posibles sujetos perjudicados a los *cuentapartícipes*. Su incorporación específica parece justificada si se concluye con la determinación de que no pueden ser identificados con los socios depositantes, en razón de que ni el contrato de *cuentas en participación* da lugar a la formación de sociedad alguna, al no crearse con él ninguna persona jurídica, ni exigir formalismo alguno su constitución, ni tampoco se constituye un depósito con su aportación⁴⁶.

disposición derogatoria de la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible (BOE del 5 marzo) derogó los arts. 22 (Creación de los órganos de defensa del cliente de servicios financieros), 23 (Objeto), 24 (Funciones), 25 (Titulares), 26 (Nombramiento de titulares), 26 (Memoria anual), 27 (Adscripción orgánica y funcional de los Servicios de Reclamaciones), 28 (Ventanilla única), al regularse los mecanismos de protección de los clientes de servicios financieros en la sección 3.^a, Capítulo III (Mercados financieros), el art. 31 de la citada Ley, el cual indica: «*Protección de clientes de servicios financieros a través de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros*

Los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercerán sus facultades en materia de protección a los usuarios de servicios financieros en los términos previstos en el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (LA LEY 1614/2002), de medidas de reforma del sistema financiero».

En relación con la Ley 44/2002, se mantiene la vigencia de los siguientes artículos:

Artículo 29. *Departamento de atención al cliente y Defensor del Cliente.*

Primero. Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión estarán obligadas a atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios de servicios financieros puedan presentar, relacionados con sus intereses y derechos legalmente reconocidos. A estos efectos, las entidades deberán contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones.

Dichas entidades podrán, bien individualmente, bien agrupadas por ramas de actividad, proximidad geográfica, volumen de negocio o cualquier otro criterio, designar un Defensor del cliente, que habrá de ser una entidad o experto independiente de reconocido prestigio, y a quien corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga su reglamento de funcionamiento, así como promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros.

Segundo. La decisión del Defensor del Cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad. Esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismo de solución de conflictos ni a la protección administrativa» (vid. notas 294, 300, 344 y 808).

Artículo 30. *Presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.*

⁴⁶ Opina SÁNCHEZ ÁLVAREZ que «La denominación de *cuentapartícipe*, que se utiliza sin ninguna pretensión de rigor, comprende —a su juicio— un conjunto heterogéneo de contratos cuya única característica es que el *cuentapartícipe* entrega un dinero a la sociedad para que ésta lo haga suyo, a cambio de compartir las ganancias, en un caso, o de pagar unos intereses por el dinero recibido, en otros. Si ello es así, bajo dicha denominación podemos comprender desde las cuentas en participación (art. 239 CC) a los titulares de títulos participativos, a los acreedores que han transformado su crédito preexistente en una cuenta de participación *sui generis* y, en fin, los obligacionistas y, en general, a todos los propietarios de valores negociables emitidos con la finalidad de captar ahorro masivo (RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores) ya que, en otro caso estos últimos

Sin embargo, si se contempla al cuentapartícipe desde su perspectiva de comerciante-inversor que hace entrega al gestor de un patrimonio sujeto a las incidencias previstas en el art. 239 del Código de Comercio⁴⁷, su inclusión en la relación de perjudicados adquiere la autonomía necesaria para ser considerado con independencia y en consecuencia su incorporación responde a la intención de evitar lagunas en la casuística de los sujetos damnificados, que de cualquier forma y en razón de las consideraciones hechas líneas arriba difícilmente podría considerarse agotada con los contemplados.

En todo caso, con abstracción de las críticas que puedan hacerse al celo previsorio de la norma los intereses del cuentapartícipe, expresamente incorporado o incluido como titular de bienes, valores o capital administrados, aparecen tutelados en el precepto de manera correcta, ante el desamparo que comportaba la difícil persecución de los comportamientos desleales contra los mismos perpetrados, ya que como observa SERRA MAYOL, en la medida en que las aportaciones de los mismos pueden ser recibidas por el comerciante (gestor) a título de propiedad, es decir, ingresando en el patrimonio de éste, resulta de improbable aplicación el delito de apropiación indebida a su conducta, por cuanto difícilmente podría aprovecharse del comerciante/gestor de lo que era suyo⁴⁸.

Sin embargo aunque la doctrina y la jurisprudencia venían manteniendo como la apropiación indebida no cubre aquellos supuestos en los que no existe obligación de entregar o devolver lo previamente recibido, lo que, en consecuencia, excluye los supuestos en los que las cosas se reciben a título traslativo, como las aportaciones de los socios o el dinero de los cuentapartícipes, cuentacorrentistas o depositantes de dinero en entidades de crédito, o en los que se entregan bienes fungibles, la STS de 20 de septiembre de 1993 ha concluido que: puede conformar el delito aludido al recibirse dinero para su gestión con la obligación de devolverlo⁴⁹.

quedarían desprotegidos por el precepto, desde el momento en que debe descartarse que los mencionados entregan su dinero para que la sociedad lo administre. En este último caso, el perjuicio causado consistiría, ante todo, en el incumplimiento por parte de la sociedad de abonar el interés pactado en su momento o en la imposibilidad de proceder al reembolso del principal (art. 308 LSA), cuando llegue su momento. La pretensión de enfocar esta cuestión por la vía de la apropiación indebida se encuentra —a su juicio— con obstáculos insuperables. Dada la finalidad de la norma no parece necesario que la sociedad tenga en su poder un bien, dinero o efectos del tercero en virtud de contrato específico, pues basta con que ello sea así, cualquiera que sea el título» (*Los delitos societarios, vid. op. cit. ut supra*, nota 69, págs. 182-183).

⁴⁷ Artículo 239 CCom.: «Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo cada de ellos con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos, en la proporción que determinen».

⁴⁸ Cfr. SERRA MAYOL, A. J.: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 32 (citado por CASTRO MORENO: *Vid. supra*, nota 357, pág. 394).

⁴⁹ STS de la Sala Segunda de 20 de septiembre de 1993 (Martín Pallín) La Ley 1583/1994, denegando en su Fundamento Jurídico Cuarto la indebida aplicación del delito de apropiación indebida, alegada por el recurrente:

«Cuarto: El cuarto motivo se encauza por la vía de la infracción de ley, al amparo del número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 535 del Código Penal y omisión del art. 15 bis del Código Penal.

1. Llegados a esta tesis casacional, es obvio señalar que se debe mantener una postura de absoluto respeto a la declaración de hechos probados, procurando una lectura continuada de los mismos sin introducir alteraciones o pasajes que no estén en su contenido originario e inalterable. En realidad no se trata de presentar un ataque frontal a la calificación jurídica de los hechos sino de introducir modulaciones interesadas en su estructura con objeto de hacerle decir aquello que nunca ha sido tenido en cuenta por el juzgador en el momento de valorar las pruebas y de extraer aquellas conclusiones fácticas que considera más ajustadas al resultado del material probatorio manejado.

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal todo el hilo argumental esta salteado de continuos ataques al hecho probado, tratando de resaltar sus omisiones o contradiciendo lisa y llanamente su contenido, llegando a plantear la posible existencia de presunciones de culpabilidad. Todo ello no se ajusta a la naturaleza del motivo casacional elegido que se centra en la concurrencia de un posible error de hecho.

2. Que desde un punto de vista general y como señala una reiterada doctrina de esta Sala, entre

En último lugar se hace mención en el precepto a «*los titulares de los bienes, valores o capital que administren*». Con esta fórmula residual amplia se extiende la protección del precepto a quienes por cualquier otro título hayan puesto a disposición de los administradores bienes, valores o capital. Por lo que no sólo debe incluirse a la misma sociedad como posible perjudicada en la medida en que ostenta dicha titularidad como persona jurídica y desde a luego los depositantes, si no se les considera incluidos en la dudosa mención a los depositarios hecha en el precepto.

Con la redacción de la expresión aludida se pretende agotar el marco de protección otorgado, más allá de los específicamente contemplados, a todos los titulares de intereses económicos en la sociedad legítimamente invertidos, entre los que podrían incluirse los *obligacionistas* omitidos en razón de que si bien pierde la titularidad del dinero que entregan al adquirirse las obligaciones asumen la de los valores que la misma representan⁵⁰.

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

«El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir ‘depositantes’), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.»

VII.3.2. La conducta típica

VII.3.2.1. La acción típica: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad como alternativa a la contracción de obligaciones

la que podemos citar la S. 10 de febrero de 1993, para la existencia del delito de apropiación indebida es necesario: a) el recibimiento de dinero o de cualquier otra cosa mueble, por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, siguiendo con ello el sistema de *numerus apertus*, poniéndose de relieve el carácter objetivo de este condicionamiento, aunque luego sirva de base a la fundamentación del delito el quebrantamiento del abuso de confianza que el acto lleva intrínsecamente; b) el acto de apropiación o distracción o la negativa de haberlo recibido; y c) el nexu culpabilístico consistente en el deseo de incorporación al propio patrimonio con ánimo de lucro. Todo ello con el correlativo enriquecimiento del sujeto activo y el consiguiente empobrecimiento del pasivo.

Todos estos elementos genéricos concurren en el hecho probado que pone de relieve como la entrega se hizo en virtud de un contrato de gestión de bienes ajenos que por su propia naturaleza convierte al gestor en administrador de los bienes recibidos con obligación de devolverlos cuando sea requerido para ello y, en todo caso, al tiempo de la finalización del contrato.

Consta también en el relato básico que los mandatarios, por circunstancias diversas, reclamaron la devolución de lo que habían entregado, por supuesto con la consiguiente liquidación del resultado de la gestión, en cuyo momento el recurrente no cumple lo inicialmente convenido, ingresando en su patrimonio las cantidades que debía. Por último, concurre el elemento culpabilístico en cuanto que en todo momento conoció, no sólo la declaración de sus clientes, sino también las obligaciones que había contraído voluntariamente en el momento de firmar los contratos.

En relación con la omisión, así se presenta, del art. 15 bis del Código Penal, es suficiente con la lectura del párrafo inicial del relato fáctico para descartar la pretensión aducida. Se dice claramente que al margen de la actividad y con independencia de la labor que venía desarrollando el otro de los socios, el recurrente, era y actuaba siempre como administrador y apoderado de sociedad, lo que le configura como principal responsable de las actividades de la persona jurídica a la que representaba.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.»

⁵⁰ En este sentido, CASTRO MORENO. *Vid. supra*, nota 357, pág. 399.

El comportamiento se desdobra en la opción disyuntiva que el precepto establece, a saber: «*disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta*»⁵¹.

La primera modalidad dinámica comporta, desde su literalidad, *un acto de disposición*, y en ese orden el DRAE entiende por *disponer*, entre otras acepciones ajenas a la perspectiva jurídica abordada, la acción de: «Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute». Por lo que en consecuencia tanto comportará aquella la extracción del patrimonio social de un bien que le pertenezca o administre con el fin de trasladar su titularidad a un tercero, como la disminución de su valor con la imposición de un gravamen en beneficio de éste. Por lo que pueden incluirse dentro de esta primera modalidad tanto los actos paradigmáticos de traslación de la propiedad (enajenación, *permuta*) como aquellos que únicamente conlleven su uso o utilización sin afectar a su titularidad⁵².

Frente a esta acepción amplia se destaca otra restringida que incluso ha llegado a tener eco en alguna resolución judicial⁵³, limitando el comportamiento desleal a los actos concretos de disposición

⁵¹ La incorporación de dicha opción en la conducta típica se introdujo en el texto por mor de la enmienda 400 del GPP, sustituyendo a la redacción inicial que recogía una fórmula más amplia y abstracta.

⁵² De esta opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien «La acción típica es objeto de una definición de gran amplitud, al poder realizarse disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrayendo obligaciones a cargo de ésta. Al margen de los supuestos más flagrantes en los que el administrador se apropia directa o indirectamente de bienes cuya gestión le está encomendada, pues el delito se verifica también cuando se produzcan un *abuso de la firma social* y el administrador contraiga obligaciones por cuenta de la sociedad que obedezcan a motivos impropios y que no estén amparadas por la búsqueda del interés social. La extensión de la fórmula legal refleja claramente la voluntad del legislador de abarcar con esta figura delictiva prácticamente cualquier supuesto de administración fraudulenta, por el que los administradores se sirvan de sus facultades gestoras para obtener una ganancia personal o para beneficiar a un tercero en detrimento de los genuinos intereses sociales (algo que también parece confirmar la propia experiencia de otros ordenamientos en los que el tipo penal equivalente suele ser objeto de una profusa aplicación; así ocurre, por ejemplo, en Francia, donde actualmente está en curso un debate parlamentario sobre la posible reforma del delito de «*abuso de bienes sociales*» al objeto delimitar su ámbito de aplicación, como consecuencia de ciertos casos especialmente polémicos que han afectado a dirigentes de grandes empresas» (*vid. supra*, nota 31: *Los delitos societarios*, págs. 96-97).

⁵³ *Cfr.*, en este orden, el Auto de la Sección 6.^a, de la AP de Barcelona de 29 de junio de 1999, rec. 298/1999 (Béjar García), La Ley 103037/1999: «La representación de José G. C. y Laura y Jorge G. P. ha interpuesto recurso de apelación contra el auto del Juzgado instructor por el que se ha inadmitido la querrela por ellos interpuesta contra Agustín M. T. y David M. P. por hechos constitutivos, según su inicial calificación, de delitos societario, previsto en el art. 295 del Código Penal, y de estafa, del art. 248.1 del propio texto legal; la conducta típica descrita en el primero de dichos preceptos, etiquetada doctrinalmente como delito de *administración societaria desleal o fraudulenta*, es la de, o bien disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o bien contraer obligaciones a cargo de ésta, siempre que ello se haga por los administradores de hecho o de derecho de la sociedad o por sus socios —se trata de un delito especial—, en beneficio propio o de tercero, con abuso de las funciones del cargo y causando directamente perjuicio económicamente evaluable a sus socios estructura propia de los delitos de resultado; según la querrela, la sociedad J. Pla Sirvent, S.A., tenía como accionistas a los querellantes, titulares del cincuenta por ciento del capital, y al querrellado M. T., a quien pertenece el otro cincuenta por ciento de las acciones, habiendo sido éste y José G. administradores de la sociedad hasta principios de 1998, mientras que desde entonces lo son de hecho, por no haberse podido renovar sus nombramientos, dado el enfrentamiento surgido entre las familias G. y M.; aunque en la querrela se contiene un extenso relato de hechos, la imputación efectuada se puede concretar en que los querellados han creado la sociedad Torrons i Gelats Granollers, S.L., dedicada a la misma actividad que J. Pla Sirvent, S.A., y, aprovechándose de la circunstancia de ser Agustín M. administrador de ésta, han captado el activo de la sociedad y su fondo de comercio para su lucro propio y en perjuicio de los querellantes, a medio de la contratación de la práctica totalidad del personal de J. Pla Sirvent, S.A., y de la captación de su clientela a través de prácticas confusionales que constituyen actos de competencia desleal; es claro que ninguno de estos actos realiza el tipo de delito societario del art. 295 del Código Penal, que no contempla una genérica falta de lealtad o probidad del administrador, sino, concretamente, la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, que no se ha producido, ni siquiera según el relato de hechos de la querrela no

pudiendo seriamente sostenerse que la captación de la clientela por otra empresa, incluso a medio de conductas confusionales, equivale a disponer fraudulentamente de los bienes de una sociedad cuando la realiza el administrador de hecho o de derecho de ésta, por lo que las actuaciones imputadas a los querellados son, en este aspecto, penalmente atípicas, aun cuando puedan tener relevancia en el plano civil. (...) Según la parte apelante, los hechos son, además, constitutivos de un delito de estafa, previsto en el art. 248.1 del Código Penal, constituido por los actos de engaño realizados por los querellados para hacer creer a los clientes de *Torrans i Gelats Granollers, S.L.* que sus productos procedían en realidad de *J. Pla Sirvent, S.A.*; no hay tal: se imputa la mera realización de actos confusionales, encaminados a crear en los clientes directos de la primera de dichas sociedades y, sobre todo, en los consumidores la impresión, mediante el uso de envases, presentaciones y marcas similares y las atribuciones equívocas de continuidad empresarial, la impresión de que los productos por aquellos vendidos procedían de *J. Pla Sirvent, S.A.*, que había simplemente cambiado su denominación; estas actuaciones, indiciariamente acreditadas mediante la documentación acompañada a la querrela, pueden integrar alguno de los supuestos contemplados en la Ley de Competencia desleal, pero no configuran el engaño antecedente, causante y bastante que constituye el elemento nuclear, esencial del tipo objetivo de la estafa, ni dan lugar a perjuicio del sujeto pasivo, ni de tercero, pues no cabe apreciar diferencia de valor entre lo atribuido a los querellados —el precio de los productos por ellos fabricados— y la contraprestación recibida por los adquirentes —el propio producto— no pudiendo considerarse penalmente relevante el eventual lucro cesante de *J. Pla Sirvent, S.A.* por razón de posibles errores de sus clientes inducidos por los querellados, al no derivarse en tal caso el perjuicio del acto de disposición patrimonial realizado por el sujeto pasivo; no hay, por tanto, estafa y también en este aspecto es atípica la conducta imputada; el Sr. Juez a quo afirma en el auto apelado que los hechos podrían integrar un ilícito penal distinto de los indicados por la parte querellante, pero entiende que no puede iniciar la instrucción respecto a dicho delito por falta de la condición objetiva de procedibilidad constituida por la denuncia del perjudicado: lleva razón la parte apelante al alegar que, interpuesta querrela, se ha cumplido la condición dicha y debía por tanto el Sr. Juez de Instrucción incoar la causa penal aunque la calificación que efectuase de los hechos de la querrela fuere distinta de la contenida en éste, mas es lo cierto que ni el instructor, ni la parte apelante determinan cual sea el posible delito cometido, ni esta Sala conceptúa como incardinables los hechos imputados en ninguna de las figuras de delito comprendidas en el Código Penal; procede, pues, desestimar la apelación y confirmar el auto que se recurre».

Otras resoluciones, en esta primera andadura intentando perfilar los contornos del delito de administración desleal, y a falta de jurisprudencia que lo defina e interprete definitivamente, lo restringen, dentro de los actos de disposición, a las operaciones de ingeniería financiera para fines no autorizados, excluyendo aquellas operaciones que comporten un beneficio exclusivo para el sujeto activo de la infracción. En tal sentido, la Sentencia 555/1999 de la Sección 1.^a de la AP de Zaragoza de 29 de diciembre de 1999, rec. 104/1998 (Pérez Legasa), La Ley 5743/2000: «El acusado Carlos S. P. (...) fue administrador único de la mercantil *Áridos San Marcial, S.L.*, desde su constitución en fecha 26 Jul. 1994, hasta el día 11 Jul. 1996 en que fue cesado en virtud de la junta general universal de socios de la citada entidad; acuerdos elevados a escritura pública en fecha 16 Jul. del mismo año 1996, en cuya estipulación segunda se cesa a Carlos S. P. y se nombra nuevo administrador a Armando G. M. El acusado Carlos S. P., con amplias facultades; cuando tuvo la sospecha de que iba a ser cesado en el cargo de administrador de *Áridos San Marcial, S.L.*, y aprovechándose de las mismas; de la cuenta corriente abierta en la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Zaragoza y de la que era titular la sociedad antedicha y como estaba autorizado a disponer de sus fondos incorporó a su patrimonio hasta un total de 14.100.000 ptas. (...).

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250.6.º, ambos del CP al darse todos los elementos constitutivos del mismo, como son: 1.º) recibir dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble; 2.º) que se reciba en concepto de depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo; 3.º) apropiárselo, es decir, hacerlo suyo, incorporándolo con intención definitiva a su patrimonio propio; y 4.º) que este apoderamiento cause perjuicio a otro. La conducta prevista y penada en el art. 252 CP entraña una infidelidad por parte del administrador, en este caso, que, con abuso de la confianza que se le otorgó, dispone a su antojo y voluntad, como efectivo propietario, de los fondos o bienes muebles que para su manejo con fines sociales únicamente, le fueron encomendados al gestor, y lejos de tal encomienda, dispone de ellos de manera diferente en su propio beneficio patrimonial (...).

No se pueden incardinar los hechos en el nuevo tipo de delito societario, ya que, aunque los perfiles de esta nueva modalidad delictiva no están totalmente definidos por la escasa jurisprudencia que sobre ellos todavía existe, tal figura parece que requiere, concretamente la del art. 295 CP, que es la que el MF

fraudulenta *stricto sensu*, muy distanciada, en todo caso, de otros posicionamientos de la doctrina científica reduciendo los comportamientos dispositivos a la acción de verificar estrictamente actos de apropiación o distracción de los bienes sociales, lo que de admitirse comportaría verdaderas dificultades a la hora del deslindar el delito de administración desleal del de apropiación indebida⁵⁴. Mas allá, incluso, para CASTRO MORENO y otros autores —abundando en la tesis antes discutida— la disposición de los bienes sociales nunca será siquiera una apropiación indebida. «Así cuando la conducta llevada a cabo revele una auténtica voluntad apropiatoria la calificación que corresponderá será la de apropiación indebida. Cuando el acto dominical ilícitamente realizado no sea de carácter definitivo, el delito a aplicar será el de administración desleal de sociedades»⁵⁵.

FERNÁNDEZ TERUELO, sin embargo, se inclina por una interpretación más amplia del concepto de *disposición* que desborda el marco asignado en el orden civil a la clásica división tripartita de los actos jurídicos, en actos de *administración*, de *conservación* y *disposición*. Para el comentarista citado es la exigencia de que tenga lugar una *modificación jurídica* la que impide asimilar la concepción civil del acto de disponer a las exigencias del tipo penal comentado. Y ello en razón de que la figura de la administración desleal, comporta una aceptación más amplia en su comprensión «que puede incluir conductas no apropiatorias, pero perjudiciales, para patrimonio administrado». Añadiendo que «si en la apropiación indebida el autor se apropia indebidamente, en la administración desleal el administrador administra de un modo desleal» para concluir con la afirmación de que: el castigo de tales conductas no es posible con las manifestaciones propias de la apropiación indebida, que comportan la exigencia de que se produzca una transformación de la lícita posesión en ilícita propiedad, pudiendo ser suficiente su uso, tenencia o utilización siempre que se verifique de manera fraudulenta. Lo que permitirá sancionar los usos lícitos del patrimonio administrado sin necesidad de probar su apropiación, así como otros muchos supuestos en los que se constate un perjuicio patrimonial consecuente con una fraudulenta administración⁵⁶, como los derivados de todo uso abusivo o impropio contrario al interés social, en los que sería suficiente con que la conducta de los administradores a la hora de disponer del dinero, los valores o los bienes se hubiera guiado por el fin espurio de perseguir un interés ajeno al societario⁵⁷.

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

Las obligaciones asumidas comportan, en consecuencia, una disminución del patrimonio social, que tanto se puedan expresar a través de negocios que impliquen traslación de dominio de un bien concreto, propiedad de la entidad, como de la imposición de cargas a éstos (*hipoteca, prenda*, etc.). En este orden, además del uso de dichas garantías en detrimento de la sociedad, podrían incardinarse acciones fraudulentas como la obtención por los administradores de créditos en su propio y exclusivo beneficio, cuyo incumplimiento generaría además la ejecución de la garantía; la transferencia a la sociedad de los aspectos negativos o las cargas derivadas de una operación propia de los administradores o la adquisición

y acusación particular citaban en sus respectivas calificaciones provisionales (elevadas a definitivas por la acusación particular, pero añadida alternativamente por la acusación pública la calificación de los hechos como apropiación indebida) que los administradores de hecho o de derecho o de una sociedad mercantil —constituída o en formación— abusando de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad; pero no dice que esta disposición sea para sí en su beneficio particular; sino que más bien parece, que se refiere a que tales administradores con actuaciones de la llamada “ingeniería financiera” dispongan de los bienes sociales, con abuso de poder o con fraude, para lograr fines no autorizados por la sociedad, que luego resultan que producen un perjuicio económico a los socios, copartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Atípica conducta si no los producen».

⁵⁴ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, GARCÍA ARÁN, MARTÍNEZ PEREDA, GARCÍA-VALDÉS, citados por CASTRO MORENO, A. en *op. cit. ut supra: El delito societario de*, nota 357, pág. 295.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 299.

⁵⁶ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO: *Los delitos societarios en, vid. op. cit. ut supra*, nota 237, págs. 333-334.

⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ en: *Los delitos societarios*, nota 69, pág. 187, asimilando esta última modalidad de fraude al *usage abusif*, del derecho francés, consistente en: destinar a un fin que no es el propio, las cosas recibidas o acto contrario a la finalidad de un derecho. Con cita de su vez de DELMAS-MARTY en *Droit Penal des affaires*, Tomo 1-2, 3.ª Edición, París, págs. 45 y 288.

de acciones de la sociedad con cargo al patrimonio de la misma y «aparcadas» en poder de fiduciarios con el fin de disponer de sus derechos políticos para definitivamente conseguir la mayoría necesaria para la aprobación de su política de gestión o de acuerdos polémicos⁵⁸.

En ambos casos la *actuación* debe ser *fraudulenta*, en razón de que la administración del patrimonio no se orienta prioritariamente al beneficio de la sociedad, sino al de los administradores o terceros⁵⁹.

Con el dual proceder se configura un *delito de resultado material de lesión*, en razón de que para su consumación se exige desde el precepto que se cause un perjuicio susceptible de cuantificarse y en consecuencia económicamente evaluable a los sujetos pasivos examinados; a saber: la misma sociedad, sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Por lo que, consecuentemente, quedan excluidos del ámbito del precepto los comportamientos desleales que no generen perjuicios a los intereses sociales protegidos por la norma, que a diferencia de lo previsto en el ACP y PCP de 1992 carecen⁶⁰, en el actual, de previsión normativa⁶¹.

Mayor dificultad supone desentrañar cuando el perjuicio aludido ha sido como consecuencia directa

⁵⁸ Cfr. CONDE-PUMPIDO, C.: *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia*, *vid. op. cit. ut supra*, nota 54, pág. 3050.

⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: *Los delitos*, *vid. op. cit. ut supra*, nota 69, págs. 186-187.

⁶⁰ *Vid. supra*, nota 359.

⁶¹ En relación con la omisión de la sociedad en la relación de damnificados por el comportamiento fraudulento descrito en el art. 295 CP, aunque se ha venido denunciando por parte de la doctrina y alguna resolución judicial la necesidad de la inclusión expresa de aquélla, es obvio que la protección de la norma se extiende a la misma, ante la necesaria repercusión de aquel en el patrimonio social mermado por la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o la contracción de obligaciones a cargo de ésta.

En el orden expuesto, la Sentencia 45/2003, de fecha 28 de enero de 2003, de la Sección Segunda de la AP de Granada, rec. 68/2002 (Rodríguez Cano) La Ley 20267/2003, declara, entre otros pronunciamientos, que: «el delito de administración desleal plantea una primera cuestión desde el punto de vista del bien jurídico protegido. La doctrina mayoritaria entiende que, se contrae al patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administra, dejando completamente inerte frente a estos ataques al patrimonio social. Este perjuicio no se exige, y por ello el patrimonio social, por extraño que parezca, carece de protección penal. Además de ello, la exigencia de que las acciones típicas causen directamente un perjuicio económico en el patrimonio de los socios u otros titulares, impone serias condiciones en relación a la causalidad e imputación objetiva; dicho de otra manera, al configurarse el tipo como de resultado de lesión, exigiendo que las dos modalidades delictivas causen directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios o demás titulares, se deberá de acreditar por quien acuse por esta modalidad delictiva, que la disminución del valor económico del patrimonio de un socio está directamente relacionado con el comportamiento determinado de un administrador o de varios; nexos causal e imputación objetiva deberán de quedar acreditados. El verbo “causare” denota el resultado material, dando cobertura típica a comportamientos con virtualidad causal respecto al perjuicio, sin proceder a una posterior delimitación típica de la acción. Por ello un importante sector doctrinal entiende que este delito se asemeja al delito de ruptura de la fidelidad o de la deslealtad del párrafo 266 del Código Penal Alemán (“Treubruchtatbestand”). Si esto es así, el desvalor de acción del art. 295, objeto de estudio, se centra en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con la sociedad y con los socios. El abuso de las funciones propias del cargo no es la razón de la incriminación, sino el medio a través del cual se realiza la ofensa al patrimonio; dicho de otra manera, la expresión “abuso de funciones” hace referencia a las situaciones en las que el sujeto activo usa de las funciones o facultades de que goza para finalidades diversas de aquellas para las cuales le fueron otorgadas. Esta cláusula pertenece a la antijuridicidad de la conducta, de forma que si faltase no concurriría el injusto típico. Por ello las conductas consistentes en actuaciones del administrador o socio generadoras de algún tipo de riesgo para el resto de socios o poco diligentes con las instrucciones recibidas, pero huérfanas del dolo directo exigido en el tipo penal, podrán generar responsabilidades en el ámbito civil a exigir por medio de las acciones de responsabilidad contra los administradores y en función de la diligencia exigida a los mismos en el ejercicio de sus cargos, por el art. 127.1 de la Ley Sociedades Anónimas. Una labor de interpretación bajo los principios de taxatividad e intervención mínima así lo aconseja.»

Vid. supra: Auto de la AP de Salamanca de 23 de marzo de 1998, *in fine*, en nota 393.

de actuación de los administradores —como exige el precepto— o indirecta o refleja, en cuyo caso, no quedaría cubierta la transgresión por el precepto abordado.

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

Y es que en efecto —como observara el malogrado autor— «a poco que se conozca la realidad del mundo societario se convendrá en que las posibilidades de imputar objetivamente una disminución del valor económico del patrimonio de un socio a determinado comportamiento del administrador o administradores de una sociedad mercantil es mínima. Las innumerables variantes a que está sujeto el valor económico de la participación de un sujeto en una sociedad mercantil, convierten en gigantesca la tarea de aportar elementos probatorios que permitan afirmar el nexo causal y las condiciones de imputación objetiva»⁶².

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

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

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

A lo largo de estos años, la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS, si bien se ha esforzado en distinguir el delito de administración desleal del delito de apropiación indebida, como veremos después en los supuestos concursales, ha ido emitiendo algunos pronunciamientos sobre la conducta típica que inciden en cuestiones como doctrina general sobre la cuestión, el concepto de perjuicio, el engaño, las modalidades de administración desleal y requisitos, que pasamos a extractar.

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

«Centrándonos ya en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico. Hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas, SSTS 867/2.002, caso Banesto, y 71/2.004, caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, sino únicamente que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo. El tipo, pues, no requiere en todos sus casos de un “animus rem sibi habendi”, aunque tampoco lo excluya, y para su perfección en el plano subjetivo sólo precisa de un dolo genérico sobre el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se

⁶² Cfr. VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo*, vid. *supra*, nota 85, pág. 1335.

ocasiona al principal. Si el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa prevaliéndose de las funciones propias de su cargo con la intención de obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. De entre los elementos objetivos del tipo, debemos destacar a los fines del presente recurso el perjuicio social y el correlativo beneficio propio o de terceros. Como ya hemos dicho, este “beneficio” del que habla el art. 295 del Código Penal no implica forzosamente un ingreso en el patrimonio personal de bienes pertenecientes a la sociedad (supuesto al que ya hemos hecho mención y que esta Sala ha resuelto en numerosas ocasiones, interpretando conjuntamente los arts. 295 y 252 del Código Penal), sino que basta con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada del comportamiento desleal. Esta conducta puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros —o, normalmente, competidores— proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del “perjuicio social” y del “beneficio ajeno a la sociedad” puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económicamente evaluable a los socios depositantes, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren.»

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

«...el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes (“depositarios” dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir ‘depositantes’), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.

El delito es de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un “perjuicio económicamente evaluable”, entendiendo por “perjuicio” tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente

esperado. “Económicamente evaluable” significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren —como se dice en la STS. 841/2006 de 17.7— la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11.7, 402/2005 de 10.3, 554/2003 de 14.4». (F. J. 5.º)

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

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

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

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

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

d) El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. Hemos dicho en STS 841/2006, de 17 de julio, que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma concepción económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, “el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual”. En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996, refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.

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

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

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

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

Como hemos visto, el texto legal no se refiere a un perjuicio a la sociedad, aunque esta Sala Casacional ha interpretado que todo perjuicio a un socio causa un daño a la masa social en cuanto tal, pero la indemnización civil hubiera debido ser personal, a pesar de la mención del fallo de la sentencia recurrida, y el razonado “daño a la sociedad”, en el fundamento jurídico sexto in fine, en donde se explica que el daño es cierto pero de difícil determinación por tratarse de expectativas, y se fijó en la suma de diez mil euros de formaalzada. Pero, de todos modos, del texto del art. 295 del Código penal lo que queda absolutamente claro es que el abuso en las funciones del cargo por el administrador en la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad se ha de corresponder con una sociedad constituida o en formación, y de modo alguno con una sociedad disuelta, como es el supuesto enjuiciado». (F. J. 3.º)

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

«Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse.

De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada.

En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, “el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual”. En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.

La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en Sentencias 915/2005, de 11 de julio, 402/2005, de 10 de marzo, y 554/2003, de 14 de abril». (F. J. 12.º)

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

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

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

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

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

3. La jurisprudencia de esta Sala respecto del delito societario del art. 295 del Código Penal, comenzó señalando que, como decía la jurisprudencia anterior al Código vigente, en el art. 535 se yuxtaponían dos modalidades. La clásica de apropiación de cosas muebles ajenas y la que llamó en la STS 224/1998 “gestión desleal”, denominada según el propio Código, “distracción”, que comete, entre otros, el administrador cuando da al dinero recibido para su administración, un destino distinto del procedente causando así un perjuicio al titular del patrimonio administrado. Se sostenía entonces que el art. 295 “ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario...”. Y, acudiendo a la figura de los círculos secantes, añadía que “será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente”.

Esta línea jurisprudencial, que fue seguida por otras sentencias, entre ellas la STS n.º 1965/2000, de 15 de diciembre; STS n.º 1040/2001, de 29 de mayo, en parte, y STS n.º 37/2006, de 25 de enero, entre otras, convive con otra línea iniciada en la STS n.º 867/2002, de 29 de julio, en la que, acudiendo a la figura de los círculos secantes, se distinguía más precisamente entre ambas figuras delictivas. Y se decía que el administrador, que se sitúa en el punto de contacto de ambos círculos, puede actuar en uno o en otro, incurriendo en apropiación indebida por distracción de dinero, o bien en delito societario por administración desleal. Línea que fue seguida y ampliada en la STS 915/2005, de 11 de julio, luego reiterada en la STS n.º 565/2007, de 21 de junio, en la que, diferenciando entre las acciones del administrador de una sociedad que dentro del ámbito de sus funciones ejecuta fraudulentamente actos de disposición de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, de aquellas otras en las que, superando las facultades atribuidas, realiza actos sobre el patrimonio administrado que suponen apropiación de los bienes o distracción del dinero recibido, entendiéndose por esto último, actos de disposición de significado equivalente al acto de apropiación, en cuanto separan definitivamente el dinero

recibido del destino fijado al realizar la entrega, en tanto que ésta incorpora una obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad. Y así se decía que la distracción tiene lugar “cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”.

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

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

VII.3.2.2. *El abuso de confianza como presupuesto para su configuración*

En la indagación de la esencia de su antijuricidad se ha discutido si la misma radica en un abuso de

poder o en la infracción de los aludidos deberes de lealtad y fidelidad, cuando realmente en ambas clase de comportamientos con infracción de los deberes del cargo confluyen en los distintos tipos de administración desleal descritos en el precepto, aunque en el mismo parece darse una mayor relevancia al abuso definido en la descripción típica, referido objetivamente a la función propia de su cargo, más que los principios en que definitivamente deben soportarse⁶³.

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

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

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

En la misma línea el *deber de fidelidad* entraña un comportamiento consciente de subordinación de aquellos intereses a los de éstos. Y así particularmente, cuando los intereses protegidos por la obligación jurídica que dé origen al vínculo son de naturaleza patrimonial, aparece una obligación de fidelidad patrimonial, que comporta cuando menos el deber de no dañar en beneficio propio o ajeno, o, sin propósito definido, los intereses administrados. Por lo que, en consecuencia, el deber de fidelidad impone una serie de comportamientos, lesivos, que consisten básicamente en la proscripción de actos que supongan primar los intereses personales o de terceros por encima de aquellos cuya tutela se ha entregado al administrador, y activos, en cuanto el sujeto obligado debe tomar las medidas que sean necesarias para la protección de los intereses encomendados a su cuidado⁶⁴.

En cualquier caso, el *abuso* de las funciones propias de su cargo, exigido en el precepto, supone una quiebra de los deberes de fidelidad, y lealtad examinados. Su adición, sin embargo, no parece modificar la estructura del tipo, hasta el punto de poder resultar superflua⁶⁵, dado que solamente a través del *ejercicio del cargo* se puede llevar a cabo la acción. De lo que se infiere que más que reforzar el dolo del autor lo que se ha pretendido es delimitar el marco de su proyección. Pudiendo afirmarse que sólo los actos propios del cargo son aptos para la realización de la conducta y que cuando ésta se verifica sin relación con ellos el precepto no podrá aplicarse ante la inconcurrencia del condicionamiento normativo aludido, sin perjuicio de que los actos realizados fuera de aquéllas —al margen de su vinculación funcional con la sociedad— pueden tener otra dimensión delictiva: hurto, estafa, apropiación indebida, etc.

El abuso de funciones configurado en el precepto presenta de hecho los mismos presupuestos para su configuración que el *abuso de confianza* regulado como circunstancia agravante en el número 6 del art. 22⁶⁶. Supone la presencia de un *plus* de perversidad en el quehacer del agente, lo que en principio acentúa las reprochabilidad de su conducta al quebrantar la inevitable lealtad que debe presidir relaciones especiales o vínculos profesionales laborales, de servicio, dependencia, subordinación, comunidad, convivencia y hasta de amistad, compañerismo y equivalentes, así como un atentado contra los deberes sociales, morales o éticos que el sujeto no duda conculcar y hollar en aras de la consecución de sus propósitos.

⁶³ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Comentarios al nuevo*, vid. *supra*, nota 54, págs. 3047-3048.

⁶⁴ Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos*, vid. *supra*, nota 67, págs. 555 y 556.

⁶⁵ En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Comentarios al nuevo*, vid. *supra*, nota 54, pág. 3050.

⁶⁶ Artículo 22.6 CP: «*Son circunstancias agravantes...*

6. *Obrar con abuso de confianza*».

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

La existencia del abuso comporta, en definitiva, el quebrantamiento de un crédito otorgado por parte de la persona física o entidad que lo reconoce⁶⁷. No obstante, tal agravación no debe sobrevalorarse en aquellos delitos en los que la relación de confianza es consustancial a los mismos, como ocurre, inevitablemente, en el delito de administración desleal del art. 295 CP en el que su quebrantamiento comporta un ataque «necesario» a un elemento esencial de su estructura entitativa, hasta el punto de que no producirse carecería de sentido la incriminación de dichas conductas, tanto desde una perspectiva ética como jurídica, particularmente desde ésta, en la que el reproche penal se construye sobre la base real de su exigencia y la correlativa preexistencia de la confianza que el desempeño del cargo entraña.

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

VII.3.2.3. *El objeto de la acción*

Desde la literalidad del artículo comentado, se erigen como objeto material de la acción: *los bienes de la sociedad y el patrimonio social*, en detrimento de los cuales los administradores o socios disponen fraudulentamente o contraen obligaciones.

Tal nitidez se compadece mal con la descripción de los bienes, valores o capital administrados que se efectúa a renglón seguido al delimitar los titulares perjudicados, a diferencia de la redacción del art. 302 en el PCP de 1992 en el que se recogía a la sociedad como perjudicada junto a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de aquéllos⁶⁸ quedando claro que la acción recaía sobre los bienes de ambos (sociedad y titulares citados). En el art. 295 sólo se hace alusión, en cambio, a los bienes de la sociedad, con independencia de que la conducta perjudique a los de aquéllos.

De esta forma los bienes, valores o capital administrados no parecen conformar el verdadero objeto material del delito, al circunscribirse éste con exclusividad al patrimonio de la sociedad, haciéndose alusión inmediatamente en el precepto a los posibles perjudicados por el delito. En este punto —opina BACIGALUPO ZAPATER— «lo cierto es que resulta totalmente incomprensible que el hecho de contraer obligaciones en perjuicio de otro sólo sea delito si se trata del patrimonio de una sociedad. Si estos hechos son merecedores de pena deben serlo todos los que implican obligar a otro en forma perjudicial»⁶⁹. Por lo que puede afirmarse que no obstante las modificaciones introducidas en el texto inicial del Código Penal de 1995 el espíritu de la norma pretendía cubrir el espacio inicialmente reseñado, ampliatorio del objeto material a toda clase de bienes como valores o capital de los depositarios, cuentapartícipes u otros titulares, como habría hecho el ACP 1992, al no existir justificación alguna para los cambios introducidos en ese orden.

En todo caso la confusión podría salvarse sin mayores problemas con una interpretación amplia en sede de la expresión *bienes de la sociedad*, dentro de la amplitud con que el art. 333 y ss. del Código Civil define el término «*bienes*»⁷⁰.

⁶⁷ En tal sentido las SSTs de 31 de enero de 1985, en 20 de junio y 15 de diciembre de 1986, 30 de enero de 1987, 26 de junio de 1989 y 14 de octubre de 1991.

⁶⁸ *Vid. supra*, nota 359.

⁶⁹ *Cfr.* BACIGALUPO ZAPATER en «La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*, Madrid, 1995. Citado por *Faraldo Cabana*, en nota 67, pág. 567.

⁷⁰ Artículo 333 CC: «*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles*».

Artículo 336: «*Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o una familia, siempre que no graven con carga real una*

En esa línea, MORENO CANOVES y RUIZ MARCO opinan que «el concepto de bienes hay que entenderlo de la manera más amplia y omnicompreensiva (bienes y derechos valorables económicamente y puestos a disposición de la entidad bajo la protección del ordenamiento jurídico) de modo que abarque cuanto tenga o pueda tener utilidad o beneficio para la sociedad, siempre que sea económicamente evaluable. Deben incluirse tanto los económicamente evaluables, como aquellos que no lo sean en su materialidad, siempre que, en el caso de estos últimos su ataque produzca perjuicios susceptibles de valoración económica, *vgr*: la cartera de pedidos de una mercantil que puede ser dispuesta a favor de un tercero, originando la consiguiente disminución del volumen de ventas, y, por ende, de la hipotética cifra de beneficios. Los bienes así conceptuados han de pertenecer, por cualquier título legítimo (reconocido por ordenamiento jurídico, incluso, la posesión) a la sociedad, integrando su patrimonio o, al menos, siendo susceptibles de constituir el objeto de la facultad de disposición atribuida al órgano social»⁷¹.

En la misma orientación CASTRO MORENO, siguiendo la amplitud de miras, con que el término de bienes se interpreta en el sistema francés lo entiende como «El conjunto de patrimonio mobiliario e inmobiliario de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza de estos bienes: dinero y fondos sociales, mercancías, mobiliario, material, crédito y efectos, derechos incorporados a la sociedad o a su patrimonio, como patentes, derecho o elementos incorporeales o intangibles cuyo destino es la realización del objeto social y sin importar el título en virtud del cual son poseídos por la sociedad», para concluir, en definitiva, que los *bienes sociales* son cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad⁷².

Concepción que compartimos plenamente en la medida en que con dicha interpretación la cobertura del precepto permite amparar tanto las *propiedades sociales*, y esto es: los bienes pertenecientes a la sociedad, como el denominado *patrimonio de afectación*, esto es, el conjunto de bienes que la sociedad posee por título distinto al de propiedad con el específico cometido de proceder a su gestión, custodia y administración⁷³.

VII.4. EL TIPO SUBJETIVO

La descripción utilitarista incorporada al precepto referida a que la acción diseñada se acometa «*en*

cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios».

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

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

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

⁷¹ Cfr. MORENO CANOVES y RUIZ MARCO: *Vid. supra op. cit.*, nota 115, págs. 294-295.

⁷² Cfr. CASTRO MORENO, A.: *Vid. op. cit. ut supra*, nota 357, págs. 379-380.

⁷³ En ese orden de previsión la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1981, denunciando el vacío normativo existente, afirmaba respecto del delito de apropiación indebida su necesidad de extenderlo a conductas desleales con aprovechamiento ilegal y enriquecimiento torcido, que valiéndose de claras extralimitaciones de función lesionaban intereses varios importantes. En la misma se afirmaba, respecto al administrador de una sociedad anónima, que aún teniendo la cosa en virtud del título como órgano de la sociedad con facultades de disposición, sin embargo estas eran limitadas, al no tratarse de un patrimonio libre, con pleno uso de su administrador, sino de un «*patrimonio de afectación*» que comportaba el que siempre que el administrador utilizase los fondos sociales desviando la masa patrimonial del objetivo al que estaba afectada, con perjuicio para la sociedad, concurrirían los requisitos de la apropiación indebida.

beneficio propio o de un tercero» destaca un elemento subjetivo del injusto equiparable al *ánimo de lucro* exigido en el artículo 291 a los accionistas y administradores, cuya inexistencia llevaría aparejada la inaplicación del precepto a situaciones en las que llevándose a término los comportamientos descritos éstos no reportasen beneficio alguno para los sujetos activos de la infracción o terceros interesados. Entendiéndose esa falta de beneficio afectada a la estructura del tipo y no a su grado de ejecución.

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

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

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

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

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

En estos casos, ante la inoperancia de las figuras tradicionales para limitar tales conductas, en la medida en que el delito de apropiación indebida no podría cubrir aquellos supuestos en los que no hubiere actos de disposición, el art. 295 CP permite sancionar situaciones de riesgo con disposición patrimonial o sin ella cuando contraiga obligaciones el administrador que atenten contra el capital social o de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados, siempre que dicha actuación sea ejecutada en beneficio propio o ajeno. Resultando, en consecuencia, atípicas aquellas actuaciones en las que existiendo un riesgo negocial desproporcionado no confluye el requisito del interés particular del administrador para sí o para un tercero⁷⁴.

Sin embargo, a la exigencia del beneficio reportado debe añadirse, para que el riesgo desproporcionado asumido pueda ser objeto de reproche penal, el que además se cause, efectivamente, un *perjuicio evaluable* y que sea directamente como consecuencia de las desleales gestiones. En tal tesitura y en la medida que se trata de un *delito de resultado material de lesión*, parece poco menos que improbable que la mera asunción de un riesgo poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad o de las personas descritas en el precepto pueda ser sancionada con aplicación de este precepto so pena de transmutar la esencia del delito transformándolo en un delito tendencial; y sólo cuando este riesgo se materialice en un perjuicio concreto la acción ejecutada será cubierta por el limitado marco previsor del precepto⁷⁵.

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

⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO: *Vid. op. cit. supra*, nota 237, pág. 347.

⁷⁵ La STS de 23 de julio de 1973, reconoció la atipicidad de este tipo de actuaciones durante la vigencia del Código derogado «al existir un vacío normativo legal en nuestra patria», afirmando que los delitos financieros de mero riesgo o peligro requieren para tener vida «una previa tipicidad específica y formal que anticipe la punición ante el mero peligro abstracto o concreto».

En todo caso, los supuestos en los que el administrador actuando con *riesgo desproporcionado* o indiligentemente con desidia, en tal manera que infrinja las referencias inexcusables impuestas a sugerencia por los arts. 127 LSA y 61 LRSL entre otros, de «*desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal*» causando un perjuicio a la sociedad evaluable económicamente aunque no obtenga aquél el beneficio alguno, su responsabilidad podrá serle exigida conforme a lo dispuesto en el art. 225.1 TRLSC 2010, antes los arts. 133 LSA y 69 LRSL, por la vía abierta en el art. 238 TRLSC 2010, antes en los arts. 134 y 135 LSA con el ejercicio de *acción social* por la sociedad y los perjudicados, o por la *individual* reservada a éstos cuando la actuación de los administradores lesione directamente sus intereses⁷⁶.

VII.5. SUPUESTOS CONCURSALES

Como se ha puesto de relevancia a lo largo de este comentario, el delito de administración desleal del art. 295 CP puede entrar en colisión a la hora de su aplicación con otras figuras delictivas de naturaleza similar, pero cuya proyección y alcance se perfila con otros contornos. Así ocurre, en concreto, con el delito de *estafa* y particularmente y de manera más elocuente, por su interconexión, con el de *apropiación indebida*.

Podría advertirse, en el conflicto, el planteamiento de un concurso de delitos, que debe desecharse *ab initio*, ante la existencia de un mayor espectro de posibles perjudicados en el delito de *administración desleal* que en el de *apropiación indebida*, en razón de que en aquél la gama de sujetos pasivos es más amplia que en el tipo de la *apropiación*. En ese orden, también se apuntó que tal interpretación no deja de ser un espejismo con base al argumento de que realmente el bien jurídico lesionado por el delito del art. 295 CP es definitivamente *el patrimonio societario*.

Se puede plantear, no obstante, un concurso de normas que tiempó atrás, durante la vigencia del Código precedente, se hubiere resuelto con la aplicación de su art. 68: «*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos más preceptos de este código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos*».

Hoy por hoy, sin embargo, a pesar de la previsora redacción del art. 8 del Código vigente para resolver los denominados «*conflictos aparentes de leyes*» la solución sería discutible. En efecto, si se entiende como parece inevitable que el delito de administración desleal comporta una especialidad frente al de *apropiación indebida* hasta el punto de que deba considerarse a ésta el género y a aquél la especie, el resultado será que se sancione con menor severidad una conducta cuya incorporación al Código había sido solicitada, por su gravedad, insistentemente desde las más diversas instancias ante el clamor social que demandaba su adecuado castigo. Y es que, mientras el delito de *apropiación indebida* se castiga, de conformidad con lo previsto en el art. 252 en relación con el art. 249 con una pena que puede llegar hasta los seis años y multa de doce meses, en el delito de administración desleal del art. 295 la pena de prisión susceptible de imponerse no puede rebasar el techo de los cuatro años establecidos con la multa conjunta prevista.

La solución, sin embargo, pudo venir y vino más tarde jurisprudencialmente de la mano del número 4 del precepto citado, prescribiendo que en defecto de los criterios establecidos en los tres números precedentes: *especialidad, subsidiariedad y consunción*, el precepto penal más grave excluye a los que castigan el hecho con pena menor.

En esa línea se había apuntado, anteriormente, su aplicación por CONDE-PUMPIDO FERREIRO tanto para evitar impunidades como también «sanciones atenuadas incongruentes que pudieran derivarse de una defectuosa sistematización de los marcos legales». Entendió atinadamente el comentarista citado: que la relación entre ambos delitos (*apropiación indebida* y *administración fraudulenta*) no era de género a especie, sino de *alternatividad*, ya que si en los supuestos de especialidad el delito principal y el especial se comportaban como círculos concéntricos de tal forma que el menor estaba comprendido en el mayor y consecuentemente todos los elementos del tipo especial cumplían la hipótesis típica del delito genérico, en los delitos que presentan una relación de *alternatividad* confluyen como «dos círculos secantes» con una zona común que satisface la hipótesis típica de los delitos en concurso. Y eso es lo que acaece — concluye el autor — con los delitos de administración desleal y de *apropiación indebida* en la medida en que el primero contempla una serie de comportamientos no subsumibles en la *apropiación indebida* y ésta hace referencia a sujetos que pueden disponer de los bienes por título distinto al de administración⁷⁷.

⁷⁶ Sobre el ejercicio de estas acciones véase particularmente el Capítulo XIII.

⁷⁷ El autor concluía ante la alternativa de aplicar el *principio pro reo* y el *pro societate*, con esta

La Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sorteando las disquisiciones teóricas apuntadas con anterioridad, ha venido a sancionar esta tesis, tras establecer que el tipo de la administración se perfecciona aunque no exista beneficio para el infractor, bastando con el perjuicio causado al administrado, y sin hacer suya definitivamente las posturas de la doctrina científica expuestas sobre la interinidad de los actos relativos a la administración desleal frente al carácter definitivo de los de la protección indebida —admisibles sólo con las reservas apuntadas líneas atrás— ha resuelto el *conflicto aparente* de leyes entrambos delitos optando por la aplicación de lo dispuesto en el número 4 del art. 8, es decir, por la prevalencia del precepto penal más grave sobre el que castiga el hecho con pena menor, con preferencia a las reglas sobre especialidad recogidas en el apartado 1.⁷⁸

última en los delitos contra la salud pública, respecto de los que desarrollaba también esta tesis y cuya referencia nominal desechara en el comentario al art. 295 del Código Penal, con seguridad, en razón de la confusión que tal aceptación generaría al poderse vincular con la sociedad perjudicada recogida en el precepto frente al concepto de *sociedad*, en abstracto, al que alude en la expresión referida (*Cfr.* CONDEPUMPIDO FERREIRO, C.: *Vid. supra*, nota 54, pág. 396).

⁷⁸ La STS 224/1998, de 26 de febrero, dice: «Lo cierto es que en el art. 535 del CPD se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida —claramente acogida y expuesta en las SS 7 y 14-3-94 e indirectamente presente en la de 30-10-97 en la que expresamente se descarta el delito de apropiación indebida pero por no haber sido objeto de acusación— el uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” en el art. 535 CPD no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco queda descartada— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en “saber lo que se hace y querer lo que se sabe”.

Resuelta afirmativamente la cuestión de si pueden ser subsumidos en el tipo de apropiación indebida previsto en el art. 535 CPD los actos de administración desleal o fraudulenta debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones aclaratorias, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el CPD. El art. 295 CP. ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 CPN porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CPN, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave».

Esta interpretación ha sido reiterada en SSTS 530/1998, de 3 abril; 359/1998, de 17 octubre; 18 febrero 2000, 840/2000, de 12 mayo, 1248/2000, de 12 julio y finalmente en la renombrada STS de 29 de julio de 2002 (*caso Banesto*) en la que se realizan algunas matizaciones respecto a la naturaleza y conexiones entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal cometidos por los administradores de hecho y de derecho de sociedades adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

«El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta

Es relativamente abundante la jurisprudencia de la Sala 2.^a que aborda la delimitación de las conductas de la administración desleal del art. 295 CP y las del delito de apropiación indebida del art. 252 CP^{432 bis}. Como resumen a ellas, por señalar entre las más recientes, la STS —2.^a— 294/2013, de 4 abril (Marchena), La Ley 36249/2013, señala lo siguiente:

«A) Razona la defensa que el criterio de la Audiencia, referido a la concurrencia de dos tipos penales —arts. 252 (LA LEY 3996/1995) y 295 del CP (LA LEY 3996/1995)—, que ha de ser resuelta conforme a la doctrina del concurso normativo del art. 8.4 del CP (LA LEY 3996/1995), no puede sostenerse a la luz de la doctrina jurisprudencial más actualizada. La calificación de los hechos no debería haber tenido como desenlace la aplicación del art. 252, pues la fórmula de aplicar el tipo que contemple pena mayor, ha de reservarse para supuestos de concurso de leyes que no se da en el presente caso. Los hechos no tienen nada de apropiación indebida —se razona— y se acercarian más al abuso de funciones que caracteriza la administración desleal del art. 295 del CP (LA LEY 3996/1995). En definitiva, la solución del concurso aparente ha llevado a descartar este último precepto y a aplicar el art. 252, con la consiguiente agravación por razón de la cuantía prevista en el art. 250.1.6 del CP (LA LEY 3996/1995).

La cuestión suscitada en el presente motivo encierra cierta controversia doctrinal que ha tenido un reflejo en la jurisprudencia de esta Sala. La existencia de una aparente superposición entre la respectiva porción de injusto abarcada por ambos preceptos (arts. 252 (LA LEY 3996/1995) y 295 del CP (LA LEY 3996/1995)), ha dificultado su exégesis, existiendo resoluciones que se han esforzado, no siempre

posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el art. 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo (...).

Por último cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación» (vid. nota 382).

^{432 bis} Vide SSTS —2.^a— 867/2002, 1953/2002, 841/2006, 9/2009, 462/2009, 625/2009, 47/2010, 655/2010 y 91/2013.

desde la misma perspectiva, en ofrecer unas pautas interpretativas dotadas de seguridad y certeza.

Es preciso puntualizar —cfr. STS 91/2013, 1 de febrero— la existencia de una línea jurisprudencial que explica que la relación de ambos preceptos se entiende y soluciona a partir de un aparente concurso de normas que ha de ser resuelto con arreglo al criterio impuesto por el principio de alternatividad, esto es, conforme al delito que ofrece mayor pena. Debe tenerse en cuenta —decíamos en nuestra sentencia 1217/2004 de 22 de enero— que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973 . En efecto, el art. 295 del CP (LA LEY 3996/1995) ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP (LA LEY 3996/1995) , es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, 27 de noviembre (LA LEY 4180/2002); 867/2002, 29 de septiembre; 1835/2002 (LA LEY 11528/2003), 7 de noviembre y STS 37/2006 (LA LEY 268/2006), 25 de enero).

No faltan, sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurren los autores de la acción prevista en el art. 252 del CP (LA LEY 3996/1995) —distrajeren dinero— y la que está presente en el art. 295 —dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad— , atendiendo para ello a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Es ejemplo de esta línea interpretativa la STS 915/2005, 11 de julio (LA LEY 13245/2005). En ella se razona que cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

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

En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en

que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza.

Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del art. 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del art. 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTS 841/2006, 17 de julio (LA LEY 70561/2006) y 565/2007, 4 de junio).

De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 (LA LEY 3996/1995) y 295 del CP (LA LEY 3996/1995) sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

En el ámbito doctrinal, decíamos en nuestra STS 462/2009, 12 de mayo (LA LEY 104399/2009), también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP (LA LEY 3996/1995) se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido

defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes —también el dinero— hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el “animus rem sibi habendi” y el propósito personal de enriquecimiento. En el art. 295 del CP (LA LEY 3996/1995), las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP (LA LEY 3996/1995).

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP (LA LEY 3996/1995), el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP (LA LEY 3996/1995), el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.»

6.- APÉNDICE JURISPRUDENCIAL⁷⁹

Índice:

- Administración desleal y apropiación indebida: concurso
- Autoría. Cooperación necesaria
- Conducta punible: desviación de dinero a otra sociedad
- Colisión con el art. 252 CP
- Concepto de perjuicio
- Concurso normativo con el art. 252 CP
- Criterios para aplicar el art. 252 o 295 del CP
- Daños morales
- Diferencia con el delito previsto en el art. 251 CP
- Diferencia entre el art. 252 y 295
- Doctrina general
- Doctrina general. Diferencia con el art. 252 CP
- Engaño
- Gestión desleal y apropiación indebida
- Modalidades del art.295 CP

Administración desleal y apropiación indebida: concurso.

Recurso: Casación nº 437/2008

Ponente: Sr. Martín Pallín

⁷⁹ Se reproduce el fragmento dedicado al art. 295 CP de los Cuadernos de Jurisprudencia “Delitos Societarios”, elaborado por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo en septiembre 2011. Para jurisprudencia posterior a esa fecha hasta el año 2013, consultar texto de la ponencia.

Sentencia: nº 9/2009 de fecha 26/01/2009

«La sentencia condena al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida en concurso normativo con un delito de administración desleal inclinándose como delito de mayor gravedad por el de apropiación indebida en atención a la cuantía de lo apropiado.

Admitiendo que esta cuestión no ha sido objeto de recurso, estimamos conveniente hacer algunas precisiones sobre la naturaleza distinta de la apropiación indebida y la administración desleal.

Creemos que deben hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, tangentes y secantes, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

3.- Si, por el contrario, el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal.

4.- Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún

proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triplo de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5.- Por último cuando el administrador, prevaleciéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente distinta de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6.- Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

7.- La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

8.- El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado)». (F. J. 4º)

Autoría. Cooperación necesaria.

Recurso: Casación nº 1966/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 35/2011 de fecha 02/02/2011

«Señala el juzgador de instancia que "ninguna duda le cabe a este Tribunal, tras el análisis de la prueba practicada, que Carlos G. R. cuando vende a Axxxx S.L. la finca de Costa i Fxxx, lo hace en realidad a su amigo el coacusado Victor Xavier I. G. (que, por ende, deviene cooperador necesario al no poder ser autor, a diferencia de lo pretendido por la Acusación Particular al tratarse el tipo del art. 295 C.P. de un "delito especial propio"). Y lo hace con la finalidad de sustraer al socio Miguel M. G. de sus expectativas de beneficio patrimonial (las ganancias obtenidas por Costa C. de la construcción y venta de los pisos y locales, descontados, claro es, los gastos) con el cual se había iniciado una espiral de desavenencias que condujeron a que cada socio, a la vez administrador solidario, fuera por su lado; beneficios a los cuales, de haber existido, Miguel M. G., como socio de Costa C. tenía derecho".

Añade que "el acusado M. G. vende a Victor Xavier I. G. -en su calidad de administrador único de Axxxx S.L.- el terreno adquirido a los anteriores propietarios "exclusivamente por lo mismo que había "invertido" hasta entonces Promociones Costa Cxx S.L., es decir, por subrogarse en la hipoteca constituida", o como se establece en el "factum", el Sr. I. G. se hizo con la finca permutada por un valor de 450.000 euros, única y exclusivamente subrogándose en el préstamo hipotecario, del cual la cantidad de 375.000 euros había sido empleado o estaba siéndolo en gastos y en la construcción ya desde el inicio de la constitución de la hipoteca, haciéndose cargo de la finalización de la obra y entregando a los permutantes las viviendas pactadas. Todo ello tras afirmar rotas las relaciones entre los socios, Carlos G. R. puesto de común acuerdo con Victor Xavier I. G., decide sustraer la finca del activo patrimonial de Promociones Costa C. y continuar la obra a través de otra sociedad, entregar los pisos en el plazo convenido y aprovechar para sí los beneficios que pudieran resultar y, en consecuencia, defraudar las expectativas patrimoniales (los beneficios de la operación) que legítimamente asistían a Miguel M. G. como socio que era de Promociones Costa C.

Y concluye su discurso señalando que, en todo caso la Acusación Particular (que al igual que la Acusación Pública ha preferido hacer hincapié en unas acusaciones por otorgamiento de contrato simulado y por apropiación indebida, jurídicamente inviables dada la prueba de cargo aportada) ha olvidado acreditar que dicho acto de administración desleal haya causado un perjuicio al socio Miguel M. G., distinto al reiterado argumento de la deuda pendiente que aduce lo que es totalmente ajeno a esta causa penal; y en consecuencia tampoco acredita que ese perjuicio derivase directamente de la enajenación antedicha a Axxxx, perjuicio que la Sala puede sospechar pero no puede presumir.

Aquí radica el error de apreciación de la sentencia impugnada. Porque si bien es cierto que no han quedado acreditados los beneficios obtenidos por la venta de los pisos construidos ni siquiera si existieron tales beneficios, no es menos cierto que la venta del solar a Axxx S.L. el 24 de febrero de 2.005 se hizo por un precio de 375.000 euros, cantidad de la hipoteca en la que se subrogaba la parte compradora, es decir 75.000 euros menos del valor de la finca adquirida por G. R., una vez que ha quedado acreditado por la confesión de los acusados, que reseña la sentencia, que los 200.000 euros que Inmoarmoble debería abonar

también como parte del precio de la compra, no se pagaron a la vendedora. Pero, además, debe tenerse en cuenta que el terreno fue adquirido para edificar y vender unos pisos y locales comerciales, habiéndose realizado ya, desde el momento en que COSTA Cxxx compró el solar, una parte de la construcción proyectada, lo que necesariamente aumentaba el valor de la finca que había sido adquirida por 450.000 euros. Y todo ello sin que el vendedor G. R., haya ofrecido la mínima pero exigible explicación justificativa de una venta tan extraordinariamente generosa para el comprador y perjudicial para la empresa que administraba aquél. Al punto de que, como atinadamente expone el Tribunal a quo, lo que en aquélla operación se vende es "la obra a realizar, con hipoteca ya concedida, y el beneficio a obtener de la misma", y no la finca propiamente dicha sobre la que, a la postre se edificó la obra", lo cual viene a garantizar que dicha finca se vendió a Victor Xavier prácticamente por nada.

De manera que, como mínimo, el perjuicio causado a la sociedad en la que el recurrente era titular del 50% de las participaciones, ascendió a la citada cantidad de 75.000 euros, de lo que a aquél le correspondían la mitad. Debiéndose recordar en este punto la doctrina de esta Sala del T. S. según la cual "cualquier perjuicio patrimonial, por mínimo que sea, satisface las exigencias típicas del precepto" (por todas, véase STS nº 91 de 15 de febrero de 2.010).

En consecuencia, se impone la estimación del motivo, la casación de la sentencia recurrida y la procedencia de dictar otra por esta Sala en la que se subsanen los hechos en el tipo del art. 295 C.P., imponiéndose a los acusados en concepto de autores (Carlos G. R. como autor directo y Victor Xavier I. G. como cooperador necesario) del art. 28 C.P. la pena de un año de prisión, accesorias legales, debiendo indemnizar a Miguel M. G. en concepto de responsabilidades civiles en la cantidad de 37.500 euros solidariamente». (F. J. 3º)

Conducta punible: desviación de dinero a otra sociedad

Recurso: Casación nº 2404/2010

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 202/2011 de fecha 18/03/2011

«...el relato fáctico describe expresamente, tras la correspondiente acreditación y como ya hemos dicho en el apartado B) del Fundamento Jurídico Primero de esta misma Resolución, una conducta consistente en la desviación de una cantidad de dinero desde la sociedad de la que era Administradora solidaria la recurrente hacia otra, en la que contaba con una importante participación, y que en aquel momento atravesaba dificultades económicas que la llevarían a una ulterior situación concursal, sin consentimiento ni conocimiento de los otros Administradores, lo que, obviamente y más allá de cualquier otra consideración e incluso que las posibilidades de una ulterior recuperación de dicho dinero, integra los elementos necesarios para la presencia del delito societario objeto de condena, incluidos el componente defraudatorio y el perjuicio económico». (F. J. 3º)

Colisión con el art. 252 CP.

Recurso: Casación nº 1131/2001
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz
Sentencia: nº 1953/2002 de fecha 26/11/2002

«A propósito de este delito ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala que *"en su modalidad de disposición fraudulenta de bienes entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del artículo 252 C.P. pues lo que en el primero se castiga (295) no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio, y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la Sociedad. Pero como quiera que el artículo 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, también encajaría en él el tipo delictivo, siempre que el valor de lo apropiado o sustraído excediera de 50.000 pesetas. La colisión entre el artículo 295 y el 252, dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, y que más de una vez resultarán simultáneamente aplicables, debe resolverse por la vía del artículo 8.4 (precepto que imponga mayor sanción) según ha dejado sentado la doctrina de esta Sala"* (S.T.S. 125/02, de 31/01, que cita las precedentes 224/98, 530/98, 359/98, 840/00, 1248/00, siguiendo, entre otras, dicha doctrina la muy reciente 1835/02, de 07/11). Siendo ello así el hecho probado tampoco autoriza el efecto jurídico que ahora se pretende, que incluso tenía cabida antes del Código vigente en el artículo 535 C.P. 1973, pues la Jurisprudencia ha entendido que la administración desleal o fraudulenta entraba a formar parte de las conductas agrupadas en el tipo pluriforme del artículo mencionado (ver S.S.T.S. 1759/00 o 1584/02). No existe disposición fraudulenta por parte del administrador cuando la causa de la misma es la existencia de deudas ciertas a cargo de la sociedad administrada aunque la acreedora esté participada por el primero, si no concurren otras circunstancias que acrediten en todo caso la existencia de un perjuicio directo económicamente evaluable a los socios, pero no se puede incluir en ello el pago de deudas contraídas y no satisfechas. Evidentemente, de seguirse la doctrina según la cual la descripción del artículo 295 es independiente de la apropiación indebida entonces se trataría de un supuesto de tipos heterogéneos y hay que recordar que no se ha acusado específicamente por el delito de administración desleal». (F. J. 4º)

Concepto de perjuicio.

Recurso: Casación nº 1658/2005
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 841/2006 de fecha 17/07/2006

«Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse.

De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada.

En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, “el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual”. En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.

La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en Sentencias 915/2005, de 11 de julio, 402/2005, de 10 de marzo, y 554/2003, de 14 de abril». (F. J. 12º)

Concurso normativo con el art. 252 CP

Recurso: Casación nº 1658/2005

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 841/2006 de fecha 17/07/2006

«Por lo tanto, como hemos dicho, el delito del artículo 252 contiene dos modalidades delictivas: la apropiación en sentido estricto, que supone la 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.

(...)

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

La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida –actual art. 252– y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; de tal manera que una zona común encierra una cuestión de concurso aparente de normas, que habrá de ser resuelta conforme a las reglas contenidas en el art. 8 CP (véanse sentencias del 26.11.2002, 07.11.2002, 26.02.1998 y 25.10.2004)». (F. J. 11º)

Criterios para aplicar el art. 252 o 295 del CP

Recurso: Casación nº 1469/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 462/2009 de fecha 12/05/2009

«...cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la

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

De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

En el ámbito doctrinal, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

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

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

Desde la perspectiva que ofrece el supuesto de hecho sometido a nuestra consideración, acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con *abuso de las funciones propias del cargo*. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador». (F. J. 1º)

Daños morales.

Recurso: Casación nº 2389/2006

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 565/2007 de fecha 21/06/2007

«En el motivo tercero, por la misma vía de impugnación, nuevamente se queja de lo que considera vulneración de los mismos preceptos del Código Penal, ahora en relación con la indemnización de 20.000 euros por daños morales, la cual considera improcedente.

Los daños morales, por su propia naturaleza, no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada, (STS nº 1336/2002, de 22 de julio).

En el caso, para establecer unos daños morales que precisen una indemnización que exceda de la que se vincula al perjuicio material sufrido, el Tribunal se basa en que el

recurrente, primo de uno de los querellantes, conociendo su difícil situación en Venezuela, les ofreció participar en una sociedad para la explotación de tiendas “Todo a cien” a lo que él se venía dedicando, creando una nueva sociedad en la que ellos participarían aportando su patrimonio, lo que implicaba la venta de sus posesiones en Venezuela. En la fundamentación jurídica se añade que “no puede olvidarse que abandonaron su país y vinieron a España con su familia, invirtiendo el importe obtenido por la venta de sus bienes en la sociedad, con el consiguiente desarraigo viendo sus expectativas frustradas en gran medida por la gestión desleal violando los derechos” (debe querer decir deberes), “de fidelidad inherentes a su condición de administrador...”.

Tanto las particularidades del caso como el importe asignado por el Tribunal de instancia han de reputarse razonables, por lo que el motivo se desestima». (F. J. 6º)

Diferencia con el delito previsto en el art. 251 CP.

Recurso: Casación nº 2172/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 625/2009 de fecha 17/06/2009

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

La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida –actual art. 252–

y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos -como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones- ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el art. 8 CP. (SS. 7.12.2000, 11.7.2005, 27.9.2006). Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el 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, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002 Caso Banesto y 71/2004 Caso Wardbase-Torras) que 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.

Por ello doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta». (F. J. 5º)

Diferencia entre el art. 252 y 295.

Recurso: Casación nº 2038/2000

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 867/2002 de fecha 29/07/2002

«2.- La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 529.7ª y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al art. 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (art. 535 del Código Penal texto refundido de 1.973) a tenor de lo dispuesto en la regla IV del artículo 8 del Código Penal vigente (relación de

alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3.- La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de Febrero de 1.998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso Argentia Trust y en ella se afirma, que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535, no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295, si no por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud, -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-, que tenía en el Código Penal de 1.973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4.- Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquél caso concreto a la cuestión planteada, creemos que debe hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en

obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triplo de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5.- Por último cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6.- Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consume por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado». (F. J. 28º)

Doctrina general.

Recurso: Casación nº 638/2005

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 769/2006 de fecha 07/06/2006

«...Respecto de la conducta descrita en el artículo 295, la dicción literal del precepto -“*disponer fraudulentamente*”- requiere la mediación de engaño, lo que para algunos sectores acerca este delito a la figura de la estafa, sin olvidar su conocida proximidad con la apropiación indebida. En relación con esta última, recordábamos en la STS 1.401/2.003, con expresa mención de las SSTS 1.040/2.001 y de 7 de Diciembre de 2.000, que el tipo delictivo de la apropiación indebida -artículo 252- y el de administración desleal -artículo 295- ofrecen la imagen de dos círculos secantes, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos -como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones- ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales. Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el 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 reprobaba 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.

Centrándonos ya en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico. Hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas, SSTS 867/2.002, caso Banesto, y 71/2.004, caso Wardbase-Torras) que el delito del 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 distrayendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, sino únicamente que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo. El tipo, pues, no requiere en todos sus casos de un "*animus rem sibi habendi*", aunque tampoco lo excluya, y para su perfección en el plano subjetivo sólo precisa de un dolo genérico sobre el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal. Si el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa prevaliéndose de las funciones propias de su cargo con la intención de obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. De entre los elementos objetivos del tipo, debemos destacar a los fines del presente recurso el perjuicio social y el correlativo beneficio propio o de terceros. Como ya hemos dicho, este "*beneficio*" del que habla el artículo 295 del Código Penal no implica forzosamente un ingreso en el

patrimonio personal de bienes pertenecientes a la sociedad (supuesto al que ya hemos hecho mención y que esta Sala ha resuelto en numerosas ocasiones, interpretando conjuntamente los artículos 295 y 252 del Código Penal), sino que basta con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada del comportamiento desleal. Esta conducta puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros -o, normalmente, competidores- proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del “*perjuicio social*” y del “*beneficio ajeno a la sociedad*” puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económicamente evaluable a los socios depositantes, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren». (F. J. 2º)

Doctrina general. Diferencias con el art. 252 CP.

Recurso: Casación nº 2557/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 655/2010 de fecha 13/07/2010

«...el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes (“depositarios” dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir “depositantes”), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.

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

significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren –como se dice en la STS. 841/2006 de 17.7- la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11.7, 402/2005 de 10.3, 554/2003 de 14.4». (F. J. 5º)

Engaño.

Recurso: Casación nº 2389/2006

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 565/2007 de fecha 21/06/2007

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

Argumenta el recurrente que, siendo necesario el engaño en el delito societario por el que ha sido condenado, y excluyendo la Audiencia la presencia de ese elemento en los

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

Gestión desleal y apropiación indebida.

Recurso: Casación nº 1207/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 47/2010 de fecha 02/02/2010

«..Cuando se habla de gestión desleal se hace referencia al incumplimiento de los deberes de lealtad. Pero tal cosa puede ocurrir en dos casos diferentes. De un lado, el administrador puede realizar determinadas conductas, propias de su condición y en el marco de sus atribuciones, en las que abusando, sin embargo, de las funciones propias de su cargo, actúa fraudulentamente causando un perjuicio, entre otros al titular de los bienes administrados. Cuando se trata de administradores de sociedades, tal conducta se encuentra prevista en el artículo 295 del Código Penal, siempre que se ejecuten los comportamientos típicos.

De otro lado, el administrador puede aprovechar su cargo para realizar acciones en las que, disponiendo del patrimonio de su principal, que administra por encargo de éste, lo incorpora de modo definitivo, en todo o en parte, a su patrimonio particular, excediendo de las facultades que le han sido conferidas. También aquí actúa con deslealtad, pero alcanza un grado superior, pues no solo violenta los deberes de lealtad que le imponen una administración respetuosa con la *lex artis*, sino que además, abusa de su posición para actuar fuera de las facultades conferidas e incorporar a su patrimonio lo que pertenece al de su principal. Cuando se trata de dinero o cosas fungibles, tal clase de conducta es identificada como “distracción” en la terminología empleada por el Código Penal en el artículo 252.

Esta forma de entender ambas conductas encaja con lo que se decía en la STS nº 1114/2006, de 11 de abril, en la que se afirmaba que “la expresión “distracción” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición”. En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS nº STS 915/2005, de 11 de julio.

En consecuencia, el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo “administra” mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un

delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero». (F. J. 1º)

Modalidades del art.295 CP

Recurso: Casación nº 2243/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 623/2009 de fecha 19/05/2009

«3. La jurisprudencia de esta Sala respecto del delito societario del artículo 295 del Código Penal, comenzó señalando que, como decía la jurisprudencia anterior al Código vigente, en el artículo 535 se yuxtaponían dos modalidades. La clásica de apropiación de cosas muebles ajenas y la que llamó en la STS 224/1998 “gestión desleal”, denominada según el propio Código, “distracción”, que comete, entre otros, el administrador cuando da al dinero recibido para su administración, un destino distinto del procedente causando así un perjuicio al titular del patrimonio administrado. Se sostenía entonces que el artículo 295 “ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario...”. Y, acudiendo a la figura de los círculos secantes, añadía que “será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente”.

Esta línea jurisprudencial, que fue seguida por otras sentencias, entre ellas la STS nº 1965/2000, de 15 de diciembre; STS nº 1040/2001, de 29 de mayo, en parte, y STS nº 37/2006, de 25 de enero, entre otras, convive con otra línea iniciada en la STS nº 867/2002, de 29 de julio, en la que, acudiendo a la figura de los círculos secantes, se distinguía más precisamente entre ambas figuras delictivas. Y se decía que el administrador, que se sitúa en el punto de contacto de ambos círculos, puede actuar en uno o en otro, incurriendo en apropiación indebida por distracción de dinero, o bien en delito societario por administración desleal. Línea que fue seguida y ampliada en la STS 915/2005, de 11 de julio, luego reiterada en la STS nº 565/2007, de 21 de junio, en la que, diferenciando entre las acciones del administrador de una sociedad que dentro del ámbito de sus funciones ejecuta fraudulentamente actos de disposición de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, de aquellas otras en las que, superando las facultades atribuidas, realiza actos sobre el patrimonio administrado que suponen apropiación de los bienes o distracción del dinero recibido, entendiéndose por esto último, actos de disposición de significado equivalente al acto de apropiación, en cuanto separan definitivamente el dinero recibido del destino fijado al realizar la entrega, en tanto que ésta incorpora una obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad. Y así se decía que la distracción tiene lugar “cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”.

Podría decirse, en este sentido, que en el primer caso, administración desleal del artículo 295, se infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del

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

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

Requisitos.

Recurso: Casación nº 1472/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1046/2010 de fecha 29/11/2010

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

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

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

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

d) El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. Hemos dicho en STS 841/2006, de 17 de julio, que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, «el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996, refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.

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

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

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

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

Como hemos visto, el texto legal no se refiere a un perjuicio *a la sociedad*, aunque esta Sala Casacional ha interpretado que todo perjuicio a un socio causa un daño a la masa social en cuanto tal, pero la indemnización civil hubiera debido ser personal, a pesar de la mención del fallo de la sentencia recurrida, y el razonado "daño a la sociedad", en el fundamento jurídico sexto *in fine*, en donde se explica que el daño es cierto pero de difícil

determinación por tratarse de expectativas, y se fijó en la suma de diez mil euros de formaalzada. Pero, de todos modos, del texto del art. 295 del Código penal lo que queda absolutamente claro es que el abuso en las funciones del cargo por el administrador en la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad se ha de corresponder con una sociedad constituida o en formación, y de modo alguno con una sociedad *disuelta*, como es el supuesto enjuiciado». (F. J. 3º)