

DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y EL DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

(Comentario a la STS de 26 de julio de 2016)¹

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

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 o especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de ese modo al patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Palabras claves: delito de apropiación indebida y administración desleal.

Fecha de entrada: 14-11-2016 / Fecha de aceptación: 25-11-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho penal del 1 al 15 de noviembre de 2016).

La sentencia nos parece interesante porque la nueva regulación de la Ley Orgánica 1/2000, de 30 de abril de 2015, proporciona una nueva forma de entender los delitos de apropiación indebida y administración desleal, con la exposición de la doctrina que ha ido generándose tras la reforma legal. Queda fuera del antiguo artículo 252 la distracción y ahora se contempla expresamente la apropiación de las cosas muebles (dinero) en el artículo 253 (no obstante la discusión doctrinal sobre la conveniencia o no de considerar al dinero dentro del tipo de apropiación indebida), estableciéndose una clara diferencia entre perjuicio sin devolución por apropiación definitiva de los bienes entregados y mera distracción por administración desleal de un dinero recibido para un fin específico incumplido, que también causa un perjuicio al depositante del bien. Al final, se llega a la conclusión de que la conducta del agente inmobiliario es de apropiación y no de administración desleal; también se concluye en la ausencia del dolo civil por un mero arrendamiento de servicios. La conducta del autor se contempla dentro de los elementos del tipo de la apropiación con el ánimo de apoderamiento implícito en su proceder.

En síntesis, la sentencia analiza en primer lugar las infracciones por quebrantamiento de forma, recordándonos que, de ser admitidas, no procedería el estudio de la infracción de ley alegada por aplicación indebida del artículo 250 en relación con el 252 del CP. Dice, por tanto, el precepto que contempla esta afirmación [art. 901 bis b) LECrim.]: «Si la Sala estima no haberse cometido el quebrantamiento de forma alegado, declarará no haber lugar al mismo y procederá en la propia sentencia a resolver los motivos de casación por infracción de ley». Por ello se incorpora en la redacción de la sentencia el siguiente tenor literal: «Desde el punto de vista legal nuestro análisis ha de comenzar por el quebrantamiento de forma. Solo a continuación y en el caso de haber fracasado esos, deben analizarse los motivos de fondo». Pues bien, se parte de los siguientes motivos de infracción de ley por aplicación indebida de los artículos precitados: un error de subsunción por considerar el recurrente que la conducta es atípica y solo conlleva responsabilidad civil. En el fondo –dice– hay un arrendamiento de servicios. ¿De qué se trata entonces? Una señora pretende comprar a través de otra persona (agente inmobiliario) un piso, acordando la venta previa de otro que le pertenece. Hasta que se consuma la venta de este, la señora va entregando a cuentas diversas cantidades de dinero, incluso apodera al agente inmobiliario para la venta de piso propio con el que financiará en definitiva el precio del que compra. Se produce la venta de su apartamento y con ese dinero se entrega la totalidad de lo acordado para la adquisición de la señora de su nuevo piso. Sin embargo sucede que tiene cargas hipotecarias ignoradas por la mujer, el nuevo piso que se le ofrece en sustitución. Al final, ni se eleva a escritura pública la operación, ni el agente devuelve las cantidades depositadas por la mujer, ni el dinero percibido por la venta de su apartamento. Evidentemente se le condena por apropiación indebida. Pero aquí se cuestiona si la redacción actual del Código Penal, si la regulación contemplada en los artículos 250 y 252 abarca el injusto descrito dentro de las modalidades: «distraer o apropiar».

Ya hemos dicho que el estudio de la infracción de ley es posterior al de quebrantamiento de forma. Sin perjuicio de centrarnos en aquel, procedemos a comentar la incongruencia omisiva que

se denuncia, fundamentada en la falta de pronunciamiento sobre la intervención mínima del derecho penal en un asunto de esta naturaleza, de intervención en la negociación, venta y adquisición de bienes inmuebles; en la nulidad que se invoca de la instrucción; en la presunción de inocencia y en la vulneración del principio acusatorio y de la carga de la prueba. Resulta absurdo considerar incongruencia omisiva el hecho de la falta de argumentación del principio de intervención mínima del Derecho penal, pues se nos recuerda que la argumentación fáctica es extraña a este tipo de recurso y que lo que se debe analizar es la falta de resolución de las cuestiones de derecho planteadas. El principio de intervención mínima pertenece a la política criminal, y decae ante el de legalidad cuando se constatan los presupuestos de tipicidad (como ocurre en el caso). Son las pretensiones oportunamente deducidas y llevadas al proceso y no las cuestiones de hecho que se mantienen ajenas a esta modalidad por la vía del artículo 851.3 de la LECrim.: «Cuando no se resuelva en ella todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa». (Las otras alegaciones de nulidad de actuaciones o vulneración de la presunción de defensa son menos relevantes y los argumentos, por reiterativos, se extraen de la simple lectura de la sentencia, a la que nos remitimos).

Pasando ahora a la cuestión más destacada de la sentencia, la infracción de la ley por el cauce del artículo 849.1 de la norma procesal, el error de subsunción que dice existir el recurrente, pues los hechos –según su entender– no son más que un ilícito civil (dolo civil) derivado de un arrendamiento de servicios, tienen su argumentación básica en que el «título en virtud del cual recibió el dinero no es de los que obligaban a devolverlos o reintegrarlos». Reconoce que se quedó con el dinero pero no que tuviera intención de incorporarlo a su patrimonio, pues pretendía concluir la operación antes o después.

A partir de este momento, la STS examina y esgrime los argumentos derivados de otros supuestos contemplados en otras resoluciones parecidas, de donde se extrae la doctrina del Supremo sobre esta materia. Desde la incorporación de los verbos «distraer» y «apropiar» en el artículo 252 del CP se sancionan dos modalidades: a) apropiarse el bien mueble ajeno para incorporar al patrimonio, o negando haber recibido el dinero; b) o la distracción del dinero recibido por el agente inmobiliario para un destino específico incumplido. Al final se debe producir la imposibilidad de la recuperación del dinero, porque el sujeto hace lo que no debe o aquello para lo que no está autorizado, confiriendo un destino impropio al dinero obtenido, bien por anticipos, bien por la venta del apartamento de la señora. A su vez, la alegación de que el título por el que se recibe el encargo es atípico tiene la siguiente respuesta en la sentencia: no existe un número cerrado de títulos que puedan llevar aparejada la apropiación indebida. Las relaciones jurídicas son complejas y se deja abierta la posibilidad de la apropiación al margen de los títulos que contemplan las legislaciones civil o mercantil. Por tanto, sea o no un arrendamiento de servicios, sea el poder para vender, sea la modalidad que nos ocupe en el caso en concreto, se analizan los elementos subjetivos del título, la verdadera intención del sujeto y la constancia de la obligación de devolver o conferir al dinero el destino acordado y evidente en nuestro caso. No se puede mantener en posesión del agente un dinero considerando que una de las partes ha cumplido con su obligación y la otra la dilata inexcusablemente, incluso con una segunda oferta de comprar otra casa que adolece del mismo vicio (una carga hipotecaria). La voluntad y la antijuridicidad de la conducta son claras. Con la distracción del dinero, por el contrario, no se cubre la temporal o el error cometido y subsanado después. Es la vocación

desleal administrando mal las cantidades recibidas, independientemente de que se produzca o no un perjuicio patrimonial a la señora, bastando con el daño que le causa su torticero proceder. El dolo genérico viene constituido por el «convencimiento y consentimiento del perjuicio que se causa».

Pero sucede que la reforma del tipo penal de la apropiación indebida experimentada por la Ley 1/2015, de 30 de abril, nos obliga a examinar si la penalidad es más beneficiosa, si la comparativa entre la regulación anterior de la apropiación indebida y la actual nos permite aplicar retroactivamente una ley más favorable (dejando sentado que la conducta del administrador es típica y antijurídica). La disyuntiva se plantea entre la apropiación indebida y la administración desleal, pues sucede que en esta alguien recibe un dinero, cosa fungible, con facultad de administración y realiza actuaciones diferentes a la autorización recibida perjudicando al patrimonio de la señora en cuestión. ¿Tenía que restituir? ¿Tenía que administrar y dar un destino al dinero? La nueva normativa separa claramente la apropiación de la administración desleal (secciones diferentes del CP). Y según el antiguo artículo 252 las conductas abarcaban distraer y apropiarse. Pero si el comportamiento del agente es de distracción del bien mueble (dinero), sucede que ahora esa conducta se contempla en el nuevo artículo 252 y la apropiación en el 253, y la aplicación retroactiva solo nos permitiría sustituir el delito apropiación del agente inmobiliario por el de distracción (ahora en otro precepto y en otra sección del CP).

Por ello, surge el siguiente problema: como ahora no se contempla la distracción en la apropiación indebida, la aplicación retroactiva de la ley nos remitiría a un precepto (antiguo art. 252) que sí contemplaba la «distracción», con lo cual tendríamos que hacer una labor de encaje poco acertada para buscar la pena más favorable en un precepto otrora concentrado en ambas modalidades. La sala ha resuelto el dilema de la siguiente forma: el criterio que diferencia ambas modalidades (apropiación y administración desleal) está, bien en la pérdida del dinero definitivamente por disposición del mismo (apropiación), bien en el abuso sin pérdida en perjuicio del titular (administración desleal). Como el TS considera que la conducta es de apropiación indebida y los bienes muebles también están dentro de la tipicidad cuando no hay devolución y sí pérdida definitiva, no procede hacer la comparativa entre legislación antigua y nueva, pues ahora el artículo 252 contempla el delito societario de administración desleal y el actual 253 la apropiación indebida del dinero (cosa mueble) cometida por el agente inmobiliario. Conducta sancionada y mantenida por el TS en su sentencia.

El resto de cuestiones tratadas no son relevantes (la agravante del número 4 del art. 250.1 CP), por cuanto ya el Supremo considera que el concurso de la especial gravedad por la cuantía es «inobjetable» y no requiere de mayores precisiones. Y, en cuanto a las costas procesales soportadas por la parte perjudicada, la simple alegación de que se consideran, no como una sanción sino como un resarcimiento de gastos, basta para eludir la argumentación de que no deberían ser impuestas porque son las de la acusación particular y esta abogaba por una estafa no apreciada en la sentencia condenatoria. No son necesarios otros comentarios, pues las costas de la acusación particular es obvio que se incluyen en la relación de las impuestas al condenado. No es la tipificación, y no es el injusto en sí; ya que la naturaleza de la imposición de las costas radica en los gastos procesales del perjudicado como consecuencia del comportamiento ilícito del autor.