

<b>C. DERECHO PENAL</b>	<b>DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. DIFERENCIAS CON EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL</b>	<b>Núm. 45/2001</b>
-----------------------------	---	-------------------------

**José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO**

*Fiscal*

• **ENUNCIADO:**

*El acusado, don MJP, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo administrador solidario de la mercantil «Paquetes y Exposiciones», y prevaliéndose de tal condición, sin conocimiento de los demás administradores y socios y, por tanto, sin la autorización legal pertinente, procedió a librar varios talones, por importes y fechas diferentes: el 2 de abril de 1996, por 3.000.000 de ptas., núm. 324.344; el 3 de abril de 1996, por 4.444.546 ptas., núm. 222.222; el 5 de abril de 1996, por 3.333.547 ptas., núm. 332.555; el 7 de abril de 1996, por 5.444.298 ptas., núm. 220.004 y el 9 de abril de 1996, por 4.445.678 ptas., contra la cuenta bancaria de la mercantil. Estos fondos fueron entregados a una empresa propiedad del mismo, compartida por otras personas afines y familiares del acusado, con la que no mantenía ninguna relación comercial «Paquetes y Exposiciones». La entrega se efectuó a los solos efectos de transferir unas partidas económicas para la financiación de la empresa familiar, quedando en una delicada situación económica la defraudada.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. El delito de apropiación indebida y el de administración desleal. El nuevo delito del artículo 252 y el antiguo 535. Evolución jurisprudencial.
2. Aplicación del principio de alternatividad.

• **SOLUCIÓN:**

1. La entrada en vigor del Código Penal (CP) de 1995, y con él del artículo 295, dio lugar a dudas de interpretación, pues parecía que el delito de apropiación indebida venía reflejado en dos artículos: uno el 252 actual, que parece reproducir íntegramente el antiguo 535; otro el ya citado 295, ubicado dentro del Título XIII, en el Capítulo XIII, propio de los delitos societarios, a diferencia del tradicional, en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VI del mismo Título, en las defraudaciones. El antiguo artículo, por tanto, debía comprender las conductas defraudatorias de los particulares y las de los administradores de entidades mercantiles, tanto de hecho como de derecho. No podía desconocerse una realidad social cambiante, ni la defraudación producida por conductas propias de ingeniería financiera, por el simple hecho de que la defraudación no tuviera la consecuencia lógica de una conducta engañosa. La confusión que genera, entonces el caso práctico, es consecuencia de que ahora, el nuevo CP plantea un concurso de normas, entre la del artículo 252 (que podríamos denominar de apropiación indebida común) y el 295 (genuino de la administración desleal del sujeto activo del

delito), dificultando el pronunciamiento sobre cuál de los dos tipos penales es aplicable al caso. Y lo cierto es que ambos tienen su razón de ser, pues en los dos se produce un perjuicio patrimonial como consecuencia de un acto de disposición que distrae un activo patrimonial, en perjuicio de la sociedad. Esta confusión debía resolverse por el concurso de normas que plantea. Alguien, asumiendo su condición de administrador, con facultades para extender los talones, pero sin la autorización necesaria para el negocio inexistente pretendido, por el cual se desvía a otra empresa familiar propia una determinada cantidad, se apropia indebidamente de fondos. Y esta apropiación, que en el fondo representa una clara y desleal administración, provoca una natural y jurídica tendencia a considerar su conducta como constitutiva de un delito societario del artículo 295, pues redactamos un hecho fraudulento en una sociedad constituida, en la que la persona activa, «abusando de las funciones propias de su cargo», dispone de manera fraudulenta de fondos de la entidad, con el consiguiente perjuicio económico «evaluable». Como también podría decirse que ese sujeto ha actuado en perjuicio de otro (la sociedad o los socios que la integran), causando una apropiación o distracción del dinero hacia la otra empresa, genuino también del actual artículo 252 del CP. No se trata de la existencia de dos figuras jurídicas indiferenciadas, sino de elegir, con arreglo a los principios penales expuestos en el artículo 8.º del CP, una de ellas al concurrir entrambos factores comunes que no les hace perder su singularidad, ni, por tanto, sus características fácticas o jurídicas disímiles. En consecuencia, ambos delitos son compatibles entre sí, pues participan de elementos comunes y deben encontrar una solución en el caso práctico planteado.

Razona bien una Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1999: «No se pueden incardinar los hechos en el nuevo tipo de delito societario, ya que tal figura parece que requiere, concretamente, la del artículo 295 del Código Penal, que es la que el Ministerio Fiscal 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 -constituida 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 resulta 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». Razonamiento que mantiene lo hasta aquí señalado. Porque, si bien acepta las diferencias, también cruza las coincidencias entre ambas figuras delictivas.

La de 26 de febrero de 1998, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), comienza a dar contenido al nuevo delito societario y a delimitarlo del común de apropiación indebida. Se recuerda cómo la regulación de la estafa, antes de la reforma operada en el CP de 1973, en 1983, era amplia, en tanto permitía considerar como estafa toda defraudación a otro que producía un perjuicio patrimonial; precisamente por la redacción amplia del precepto (art. 528). La redacción impuesta por la Ley Orgánica 8/1983 dio al engaño la condición de ser 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. Al obtener tal protagonismo dentro de la estafa «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». Por otro lado, al considerarse el dinero como un bien fungible, la disposición desleal del administrador de ese dinero, ejerciendo sus facultades, aun cuando supusiera un quebranto patrimonial para el perjudicado o una distracción del bien o un perjuicio económico consecuencia de su ilegítimo proceder, no constituía un delito de apropiación indebida, porque, 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 artículo 535 no era compatible ni con las exigencias de política criminal propias de una sociedad compleja industrial o postindustrial ni -ello es lo decisivo- venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto. Lo cierto es que en el artículo 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 -claramente acogida y expuesta en las Ss. de esta Sala de 7 y 14 de marzo de 1994 e indirectamente presente en la de 30 de octubre de 1997, en la que expresamente se descarta el delito de apropiación indebida pero por no haber sido objeto de acusación- el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el artículo 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».

El TS, en trance de resolver la correcta tipificación de la conducta descrita y de actualizarse con arreglo a las nuevas exigencias, recordando lo indicado en la sentencia que se transcribe y admitiendo que las conductas de los administradores desleales se integran plenamente en el fraude, con el consiguiente perjuicio económico, sancionable penalmente, reconoce que quien así actúa no lo está haciendo fuera del artículo que pudiera parecer más adecuado, es decir, del 295, porque, al fin

y al cabo, este precepto no es sino la consecuencia lógica de una sociedad más avanzada, en la que los comportamientos de las personas físicas dentro de las sociedades tienen la importancia propia de la indisciplina generada y del daño producido al administrado o al socio. Pero si bien es cierto lo anterior, este reconocimiento significaría que, conductas inequívocamente constitutivas de apropiación indebida tendrían un tratamiento penal más benévolo, por la simple circunstancia de ser administrador de hecho o de derecho su autor. De tal suerte que un particular, autor también de delitos de idéntica naturaleza, tendría una pena mayor, porque el delito del artículo 295 está castigado con prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, mientras que el artículo 252, por virtud de los otros de referencia (249 ó 250, en su caso), podría tener una penalidad mayor (téngase en cuenta que en el supuesto práctico la defraudación supera los 16.000.000 de ptas., por lo que debe entenderse como de especial gravedad). Por eso, será inevitable que conductas como las descritas, cometidas en el ámbito societario, tengan su referencia dentro del tipo penal común a la hora de imponer la sanción. Ambos delitos actúan como círculos secantes. La jurisprudencia al respecto considera que participan de elementos comunes, sin descuidar su propia naturaleza jurídica, pero diferenciándose. Y esas cualidades compartidas no deben beneficiar al actor cuando, por su sola condición de administrador y aun sabiendo que su actuación se circunscribe al ámbito societario que le es propio, se le remite al artículo de sanción más leve. Entra en consecuencia la norma del artículo 8.º 4.ª del CP con plena eficacia resolutoria del problema. Y como sucede que los hechos serían susceptibles de ser calificados (y en lo sucesivo como reconoce la jurisprudencia para este tipo de casos así será siempre) con arreglo a dos preceptos, el más grave (el delito de apropiación indebida común del art. 252) desplazará al más leve (el 295), sin perjuicio de reconocerse la relación inequívoca entre ambos.

2. Queda apuntado más arriba cómo la solución al problema radica en la aplicación del principio de alternatividad. Así resulta en los delitos descritos, pues a diferencia de los que participan del principio de especialidad, en los de alternatividad, aun cuando hay elementos comunes no se pierde la singularidad propia de cada delito. «Los comportamientos delictivos típicos» satisfacen zonas compartidas sin perjuicio de que haya otros «comportamientos delictivos» individualizados y diferenciados; de tal manera que, en estos casos, se podrá delimitar claramente una acción como de delito societario o no. En el principio de especialidad, ambas conductas se comportan como círculos concéntricos, la más grande integra la totalidad de la otra, de la que apenas sí se diferencia, aun cuando pueda haber algunas singularidades. Es decir, que en el supuesto estudiado, la aplicación de la pena propia del delito común del artículo 252 deviene como consecuencia de que, no obstante ser una conducta diferenciada (la del administrador), en lo esencial (el punto común de encuentro entre los círculos secantes) participan, y precisamente por participar de lo esencial no se va a beneficiar el reo de una sanción más benévola.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 26 de febrero de 1998 y de 15 de diciembre de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de diciembre de 1999.
- Código Penal de 1973 y de 1995.