

CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y SU SIMILITUD A LOS DELITOS SOCIETARIOS

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: apropiación indebida, administración desleal y delitos societarios, diferencias.

ENUNCIADO

José Luis, mayor de edad, y ejecutoriamente condenado por un delito de estafa, por sentencia firme en septiembre de 2006, a la pena de 1 año de prisión, en el mes de febrero de 2008, y actuando en calidad de administrador único de la sociedad «XXX», obtuvo de la Caja de Ahorros «ZH» un préstamo hipotecario sobre el inmueble en el que estaba constituida la sede de la citada sociedad, por importe de 100.000 euros. Dicho crédito hipotecario se ingresó en la cuenta corriente que la sociedad había abierto al efecto en dicha Caja de Ahorros, el 25 de febrero de 2008, siendo que el día 2 de marzo de 2008 José Luis cobró personalmente dos cheques que él mismo había emitido por importe de 35.000 euros cada uno, sin que este haya podido justificar a los socios, a pesar de los múltiples requerimientos, cuál ha sido el destino de dicho dinero. José Luis insiste en que dicho importe lo utilizó para saldar la deuda que la sociedad tenía con alguno de sus proveedores, sin que haya aportado justificación documental de la entrega, siendo negado este extremo por los proveedores. El citado crédito hipotecario fue solicitado por la sociedad con el fin de hacer frente a los próximos vencimientos de sus obligaciones con sus proveedores.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Qué delito comete José Luis?

SOLUCIÓN

Los hechos descritos son claros y concisos, se circunscriben al hecho de que José Luis, actuando como administrador de la sociedad XXX, y tras obtener de una determinada entidad financiera un crédito hipotecario por importe de 100.000 euros, dispone de 70.000 euros de dicha cantidad mediante el cobro personal de dos cheques, que él mismo había emitido, sin que pueda acreditar el destino del dinero.

Estos hechos, y después de una primera lectura, podrían ser tipificados con arreglo a dos tipos legales diferentes; esto es, el de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, o el delito societario contemplado en el artículo 295 del Código Penal. El artículo 252 del Código Penal establece: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable». Por su parte, al artículo 295 del Código Penal señala que: «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 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». La cuestión no es baladí, ya que solo con fijarnos en la penalidad, apreciaremos una importante oscilación entre la establecida para ambos tipos penales. La apropiación indebida, de conectarse con el tipo básico del artículo 249, llevaría aparejada una pena de entre seis meses a tres años de prisión; si la relación la establecemos con el artículo 250, la penalidad alcanzaría, bien de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, o en el caso de apreciar el tipo «superagravado» contemplado en el número 2 del citado artículo, la pena oscilaría entre 4 a 8 años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses. Por su parte, si decidiéramos aplicar el tipo del artículo 295 del Código Penal la pena sería de prisión de seis meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Teniendo en cuenta que a la hora de valorar la intensidad de las penas, se afirma que la de prisión es la más gravosa, y valorando las mismas en abstracto, no hay duda de que la aplicación del artículo 295 del Código Penal, supondría una enorme atenuación de la pena. De ahí la importancia de encajar apropiadamente la conducta de José Luis en uno u otro precepto.

Es un hecho jurídicamente conocido, que el problema que hemos apuntado surge a raíz de la promulgación del Código Penal de 1995, ya que el derogado Código de 1973 no contemplaba en su articulado los delitos societarios, por lo que aquellos casos que surgían bajo el paraguas de su regulación se sancionaban con arreglo a lo establecido en el artículo 535 de dicho Código. La situación da un giro radical con el advenimiento de la Ley Orgánica 10/1995, ya que el Capítulo XIII, del Título XIII del Libro II del Código Penal pasa a tipificar los llamados delitos societarios, en contestación a una amplia demanda que un sector de la doctrina, que abogaba por especificar determinados com-

portamientos delictivos, que aún teniendo encaje en tipos más amplios en alguno casos, y debido precisamente a la amplitud de los mismos, podían dejar de sancionar determinadas conductas (en este caso producidas en el seno de una sociedad) que eran merecedoras de una respuesta punitiva. Pues bien, la duda comenzó a surgir respecto a si comportamientos como el descrito en el caso que nos ocupa, y que hasta el momento, venían siendo castigados *por mor* de lo establecido en el artículo 535 del Código Penal, actual artículo 252, pasaban a sancionarse por los preceptos del Capítulo XIII, en este caso, con arreglo a lo establecido en el artículo 295 del Código Penal.

Sin perjuicio de la respuesta que han dado nuestros Tribunales, y que seguidamente utilizamos para la resolución del supuesto, es obvio que en modo alguno la voluntad del legislador cuando decidió la inclusión de los delitos societarios dentro del *ius puniendi* del Estado, era la de atenuar la responsabilidad de dichas conductas delictivas, más al contrario, entiendo que la intención era bien otra, la de iluminar aquellas zonas oscuras o en penumbra que podían suponer la impunidad de conductas que la sociedad venía a repudiar. Esta parece ser la tesis que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo.

Actualmente el tipo de la apropiación indebida (art. 252) contempla dos conductas diferentes; por una parte la tradicional apropiación indebida, y por otra parte la que ha venido denominándose «administración desleal», que castigaría aquellas conductas que realiza un administrador cuando con sus actos perjudica patrimonialmente a la sociedad que gestiona, distraendo el dinero que por el cargo que ocupa o ejerce está a su alcance. Es precisamente a la hora de analizar la llamada administración desleal cuando se han detectado zonas de conflicto con el artículo 295, ya que ambas parecen abrazar las mismas conductas, lo que nos llevaría a tener que acudir a las reglas que para el concurso de leyes establece el artículo 8.º del Código Penal.

Podríamos emplear como primera hipótesis de trabajo que la diferencia entre ambas conductas radica en que mientras en la «administración desleal», en sede del artículo 252 y por encuadrarse dentro del concepto más genérico de la apropiación indebida, se exigiría, básicamente; que el dinero (no olvidemos que en estos casos el dinero será la cosa mueble apropiada o distraída) se incorporara al patrimonio del sujeto activo del delito (en este caso el administrador), mientras que en el tipo del artículo 295 la conducta del administrador de hecho o de derecho o de los socios se conduciría en una doble vía: 1) disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, 2) contraer obligaciones que en definitiva causen un perjuicio a las personas que el tipo describe; sin que en estos casos se exija una incorporación de activos al patrimonio del sujeto activo. La praxis judicial ha sido clara al respecto y ha venido repitiendo que en los casos de la denominada «administración desleal» no es necesario probar que el dinero se haya incorporado al patrimonio del administrador, sino que el requisito indispensable es que se produzca el quebranto económico en el patrimonio que administra; por tanto, es obvio que la diferencia entre ambos tipos habrá que encontrarla en otro aspecto. La diferencia habrá que encontrarla pues en la propia esencia del acto ejecutado por el sujeto activo del delito. Mientras que en los casos de la «administración desleal» el sujeto activo realiza su acción al margen o sobrepasando los límites que el mandato que le ha sido conferido le proporciona, en los casos del artículo 295, el administrador de hecho o de derecho o el socio actúan dentro del perímetro del poder que legal o contractualmente tienen conferido; pero es precisamente el exceso en

el ejercicio de esas funciones que tiene conferidas, pero dentro del marco de facultades que tiene otorgadas, lo que produce el perjuicio a los sujetos que el tipo describe. Todo ello con el indiscutible ánimo de beneficio propio o de un tercero, lo que supone que habrá casos en que no será necesario que cantidad de dinero alguna haya sido incorporada al patrimonio del sujeto activo. En definitiva y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2005 «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».

Visto lo apuntado hasta ahora y aplicando tal doctrina al supuesto de hecho que nos ocupa, hay que entender que José Luis, al emitir los dos cheques ha realizado una actividad que está dentro de aquellas que por el hecho de ser administrador de una sociedad tiene conferido, por lo que como punto de arranque está actuando dentro de los límites de las facultades conferidas. En segundo lugar el relato de hechos no nos indica que el dinero se haya incorporado de forma indubitada al patrimonio de José Luis, sino que el destino que dice haber dado al mismo no está acreditado, ni de forma documental, ni por las manifestaciones de aquellos a los que dice haber abonado. En tercer lugar, es obvio el perjuicio que ha producido en el patrimonio de la sociedad, ya que el dinero del crédito hipotecario obtenido lo era con el fin de satisfacer las obligaciones existentes con determinados proveedores, circunstancia esta que no se ha producido. Estas afirmaciones que parecen conducirnos a la aplicación del tipo del artículo 295 del Código Penal, chocan con aquel razonamiento que se asentaría en que la facultad de librar cheques que le confiere su cargo no abarca el hecho de librar cheques a su propio favor, con lo cual estaríamos más cerca del supuesto de administración desleal del artículo 252. La conclusión más apropiada sería la de entender que nos encontramos en uno de esos supuestos en que ambos preceptos se rozan por tener zonas en común, y por tanto habría que acudir a las normas del artículo 8.º del Código Penal; y en este sentido podríamos acudir, o bien a la norma contemplada en el número primero del artículo 8.º, «el precepto especial se aplicará con preferencia al general», o bien al número 4, «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor». Entiendo que el criterio acertado es el de entender aplicable el artículo 8.º 4 del Código Penal tal y como ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de noviembre de 2002.

En definitiva que la conducta desplegada por José Luis, y por aplicación de la norma contemplada en el número 4 del artículo 8.º del Código Penal lo sería por el delito de apropiación indebida del artículo 252, en su modalidad de «administración desleal» al ser más grave la penalidad contemplada en él.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP) arts. 8.º 4, 252 y 295.
- SSTS de 26 de noviembre de 2002 y de 11 de julio de 2005.