



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER EN ABOGACÍA

**LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO
AJENO:
LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN
DESLEAL, APROPIACIÓN INDEBIDA Y
DESLEALTAD PROFESIONAL**

Autora: Paula Juan Turiño

Tutor: Antonio María Javato Martín

Convocatoria: Enero de 2020

ÍNDICE

1. SUPUESTO ANALIZADO Y CONSIDERACIONES PREVIAS.....	3
2. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y AUTORÍA	6
2.1. La administración desleal o la apropiación indebida	6
2.1.1. Situación legal antes de la reforma de 2015: Posturas doctrinales y jurisprudenciales	7
2.1.2. Situación actual: Configuración del delito de administración desleal y de apropiación indebida	16
2.1.3. Aplicación al caso concreto	25
2.2. Los delitos contra la administración de justicia: la deslealtad profesional.....	28
2.2.1. Antecedentes.....	28
2.2.2. Tipo delictivo.....	29
2.2.3. Aplicación al caso concreto	32
3. CONSECUENCIAS JURIDICAS	34
4. CONCLUSIONES	37
5. BIBLIOGRAFIA CITADA	38
6. RELACION DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA	40

ABREVIATURAS

Art. Artículo

Cap. Capítulo

CC Código Civil Español

CP Código Penal

Dir. Director

Ed. Edición

LO Ley Orgánica

nº Número

p. Página

pp. Páginas

ss. Siguietes

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

SAN Sentencia de la Audiencia Nacional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS Sentencias del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

1. SUPUESTO ANALIZADO Y CONSIDERACIONES PREVIAS

“Resulta probado y así se declara que el acusado, Rafael, mayor de edad y sin antecedentes penales, ejercía como abogado colegiado del Il·tre Col·legi d'Advocats de Lleida y con despacho profesional abierto al público. En su condición de letrado colegiado en ejercicio contaba con una póliza de responsabilidad civil profesional con la entidad Zurich.

En el ejercicio de su actividad asesoraba y defendía, entre otros, los intereses de la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel, formada por Rómulo, Luz y sus tres hijos, Samuel, Jose-Pablo y Sergio. La familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel se dedicaba a la explotación agrícola de varias fincas de su propiedad situadas en la población de Torregrossa.

Su relación profesional con el acusado, Raimundo, se inició en el año 2004 con motivo de un delito de estafa múltiple, del que fueron víctimas junto con otros agricultores de la comarca, relacionado con el seguro agrario de aquellas fincas. Fue el acusado el que defendió sus intereses, junto a otros afectados, en el procedimiento penal en el que finalmente se reconoció una indemnización global de 1.238.000 euros de los cuales la indemnización a percibir por la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel era de unos 4700 euros.

A finales del año 2008 las dificultades económicas por las que atravesaba la familia Jesús Carlos Maximiliano Luis María les imposibilitaba hacer frente a sus deudas, motivo por el que contactaron con el acusado quien les planteó la posibilidad de instar un concurso de acreedores al objeto de paralizar temporalmente las ejecuciones y lograr la renegociación de sus deudas. Para ello les solicitó una provisión de fondos de 14.000 euros que la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel obtuvo de una cuenta de la entidad CaixaBank y de la que era titular su padre, Esteban.

El acusado instó ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Lleida, de lo mercantil, una solicitud acumulada de concurso voluntario de los cuatro miembros de la familia y de la sociedad patrimonial, Promociones Iglesias 21SL, que fue inadmitida a trámite por auto de fecha 10 de febrero de 2010. Posteriormente, el 10 y el 11 de marzo del 2010 el acusado instó nuevos procedimientos de concurso voluntario que, sin embargo, se extraviaron, sin que hubiera ninguna actuación judicial hasta que finalmente, el 5 de noviembre de 2014, cuatro años después, el Juzgado de lo Mercantil dictó auto de inadmisión de la solicitud de concurso voluntario formulada por Jose Miguel .

SEGUNDO .- Entretanto, el 16 de noviembre de 2011, se produjo un accidente de circulación en el que desgraciadamente falleció Jose-Pablo, lo que dio lugar a la incoación del procedimiento de juicio de faltas 233/203 que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Lleida. En aquel procedimiento la familia Jesús Carlos Maximiliano Luis María alcanzó un acuerdo extrajudicial en virtud del cual la compañía aseguradora del vehículo responsable del accidente, Seguros Bilbao S.A, les hizo entrega de una indemnización de 104.764,75 euros para los padres, Rómulo y Luz, así como 19.048,13 euros a favor de Sergio que por aquel entonces era menor de edad.

La entidad Seguros Bilbao SA pagó aquellas indemnizaciones mediante dos cheques que el día 9 de marzo de 2012 se ingresaron en la cuenta NUM000 de la entidad UNIM y de la que era titular Rómulo.

El acusado, Rafael, conocedor de las dificultades económicas por las que atravesaba la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel, les propuso la gestión directa de aquella indemnización para renegociar las deudas, gestionar los pagos a los acreedores o acudir a las subastas para recomprar los bienes que formaban parte de su patrimonio. Por estas razones, el día 14 de marzo de 2012, cuatro días después del cobro de la indemnización, Rómulo efectuó una transferencia bancaria desde su cuenta en la entidad UNIM a la cuenta del BBVA ESXXX, titularidad del despacho profesional del acusado, ESTELLADOR DRET SA., por un importe de 115.812,88 euros, mientras que los 8000 euros correspondientes al resto de la indemnización los utilizó Rómulo para atender sus propias necesidades familiares.

El acusado, sin embargo, no destinó ninguna de aquellas cantidades al pago de acreedores ni a la renegociación de las deudas ni a evitar el embargo del patrimonio de la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel, incorporando aquel importe a su patrimonio y disponiendo el acusado, Rafael, de aquellas cantidades para sus propios gastos personales o incluso profesionales.

Debido a las dificultades económicas por las que atravesaba la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel le solicitaron poder disponer de la indemnización, a lo que el acusado les iba dando diferentes excusas hasta que finalmente, el día 20 de junio de 2014, efectuó una primera transferencia de 5000 euros desde una cuenta titularidad de su hijo Pedro Antonio, y posteriormente, y debido a su insistencia, les hizo dos entregas más: una por importe de 4000 euros y otra por el de 5000 euros.

Finalmente, y ante la insistencia de la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel para que les devolviera el dinero, el acusado, Rafael, emitió el 29 de octubre de 2016 una minuta de honorarios por importe de 105.000 euros más IVA a la que aplicó íntegramente el importe que había recibido en el año 2012 por transferencia de Rómulo”.

Para el estudio del presente supuesto práctico llevaré a cabo un análisis detallado de la legislación aplicable al caso; tanto del momento en el que el acusado Rafael emite minuta de honorarios (29 de octubre de 2016) y a partir del cual previsiblemente se interpondría denuncia/querrela, como, del momento anterior a esa fecha, que es cuando tiene lugar la reforma del Código Penal 1/2015. Esto es importante porque hace que los hechos puedan ser subsumibles en un tipo penal diferente.

En cuanto al dictamen jurídico, en primer lugar he analizado los hechos de cara a resolver la cuestión de la calificación jurídica y la autoría. Para ello, he entendido que los hechos se pueden subsumir en tres tipos, y de cara a su estudio, los he agrupado en dos. Por un lado, dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, he estudiado los tipos del 252 CP de administración desleal y del 253 CP de apropiación indebida y he aplicado uno de ellos al caso concreto. Por otro lado, he entendido que podría tener lugar otro tipo de delito dentro de los delitos contra la Administración de Justicia como es el de la deslealtad profesional del art. 467.2 CP, por lo que lo que he estudiado el tipo para finalmente poder aplicarlo al caso concreto.

En segundo lugar, he detallado las consecuencias jurídicas de los hechos anteriormente calificados en el caso concreto, estableciendo una pena y justificándola. En ese sentido, he analizado algunos de los apartados del art. 250 CP aplicables.

Finalmente he llegado a una solución del supuesto práctico fundamentada en derecho, con jurisprudencia y doctrina de apoyo y he redactado una serie de conclusiones finales.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y AUTORÍA

La Ley Orgánica (LO) 1/2015 de 30 de marzo de 2015 es la última y más reciente modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal por la que se reforman los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

Como se profundizará posteriormente, esta reforma introduce un nuevo delito de administración desleal (art. 252 CP), derogando así el anterior delito de administración desleal de sociedades regulado en el artículo 295 del anterior CP y reforma, a su vez, el delito de apropiación indebida del anterior 252 CP (ahora arts. 253 y 254 CP) .De esta manera, quedan diferenciadas ambas figuras, ya que tanto un delito como el otro se regulan dentro del mismo Título y Capítulo, pero en secciones independientes¹.

A lo largo de los siguientes epígrafes, se van a examinar los delitos de administración desleal y de apropiación indebida (desde antes de la reforma hasta la situación actual) en cuanto a que es el principal objeto del trabajo, pues entendemos que en el supuesto planteado y por la conducta del abogado como administrador de un patrimonio que no es el suyo, se da uno de los dos. A continuación, se razonará brevemente la concurrencia o no del delito de deslealtad profesional para este mismo supuesto.

2.1. La administración desleal o la apropiación indebida

La reciente reforma llevada a cabo por la citada LO 1/2015 ha modificado uno de los tipos penales más complejos² de la Parte especial del Derecho penal, ya que la gestión de patrimonios, tanto públicos como privados, es una actividad económica muy importante que da lugar a problemas jurídicos complejos.

Concretamente, la gestión del patrimonio ajeno por un tercero hace que sea necesario que se determinen tanto una serie de pautas o reglas de actuación, como unos mecanismos o instrumentos de control (y en su caso, sanciones) con el fin de que quien administra o

¹Los delitos de administración desleal y apropiación indebida se encuentran regulados ambos dentro del “Título XIII; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, y “Capítulo VI; de las defraudaciones”, pero en Secciones distintas: “De la administración desleal” (Sección 2ª) y “De la apropiación indebida” (Sección 2ª bis).

²NIETO MARTIN, A., “Administración desleal y apropiación indebida”, en *Derecho penal y económico de la empresa*, Madrid, 2018.

gestiona el patrimonio de otra persona actúe siempre en beneficio de su titular y evite cualquier acto que pueda ser perjudicial (o desleal) para el mismo³.

2.1.1. Situación legal antes de la reforma de 2015: Posturas doctrinales y jurisprudenciales

Dice CASTELLÓ⁴ que la reforma 1/2015 generó muchas expectativas acerca de la diferenciación entre la apropiación indebida y la administración desleal, que, durante muchos años, había ocasionado interpretaciones y argumentos diversos.

La doctrina y la jurisprudencia fueron estableciendo tesis para intentar justificar la diferencia punitiva históricamente existente entre un delito y otro. No solo esto, que con la reforma quedó “aparentemente” enmendado, sino que lo que se ha intentado sobre todo es corregir la controversia referente a la delimitación del ámbito de aplicación de la denominada “administración desleal del patrimonio ajeno”.

Para comprender el objeto de la reforma en este aspecto, es necesario que nos situemos en un contexto histórico y en la caracterización tradicional del delito de apropiación indebida con anterioridad al Código Penal de 1995.

- Antecedentes legislativos previos a 1995

Brevemente diremos que no es hasta el CP del año 1995 cuando se incorpora al catálogo de tipos penales, el art. 295 CP conocido como “delito societario de administración fraudulenta” o “delito de administración fraudulenta”, que se mantiene hasta la reforma de 2015, en los mismos términos.

Por lo que respecta a la situación inmediatamente anterior al CP de 1995, en el Texto Refundido de 1973⁵, la apropiación indebida se encontraba en una sección independiente en un delito único, dentro del capítulo llamado “Defraudaciones” y es con el CP de 1995, cuando finalmente se traslada al art. 252 CP.

³El fundamento del delito estudiado se encuentra en esta línea según NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018.

⁴CASTELLO NICÁS N., “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-06 (2017).

⁵Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

-Caracterización tradicional del delito de apropiación indebida

Dice MARTINEZ-BUJAN PEREZ⁶ que el delito de apropiación indebida se caracterizaba tradicionalmente por dos elementos centrales:

1. El comportamiento ilícito del autor sobre la cosa como si fuese su dueño.
2. La existencia de un incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución de la cosa.

Sentadas así las bases, la doctrina especializada y la jurisprudencia mayoritaria establecieron que el delito de apropiación indebida así previsto no era aplicable en muchos supuestos (en especial en el ámbito bancario) porque no existía, o no se podía probar una auténtica apropiación, una apropiación definitiva⁷.

A) Código Penal del año 1995: Creación del art. 295 CP y su relación con el art. 252 CP de apropiación indebida (antiguo)

El Código Penal de 1995 introdujo el llamado delito societario de administración fraudulenta regulado en el art. 295 CP⁸, reducido al ámbito de los administradores, de hecho o de derecho, de sociedades mercantiles descritas en el art. 297 CP⁹ (se refiere solo a sociedades constituidas o en formación).

Este delito así previsto suscitaba principalmente dos problemas¹⁰:

⁶MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35 (2015), p 457-566.

⁷Por ejemplo, en los supuestos de “autopréstamo” o “autocartera encubierta. El autopréstamo es una conducta de utilización del crédito en favor del grupo de control del Banco, bien directamente a los propios administradores, bien a personas o sociedades vinculadas a ellos, en situaciones que causen un perjuicio a la entidad bancaria. La autocartera encubierta es la adquisición de acciones del banco con fondos del propio banco, restando efectividad al capital social, con el fin de mantener artificialmente la cotización en bolsa

⁸ Decía el antiguo 295 CP 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 ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes 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*”.

⁹Art 297 CP: “*A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”.

¹⁰MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35 (2015), p 457-566.

- El ámbito de aplicación tan restringido del delito; no se podía aplicar fuera de sociedades mercantiles (no se encontraban dentro del precepto por ejemplo el tutor y los bienes de su pupilo o albaceas etc.).
- La distinción con el delito de apropiación indebida y su importancia práctica respecto de las penas a imponer (la administración societaria imponía penas de tres meses a cuatro años o multa del tanto al triplo mientras que las de la apropiación indebida iban desde los seis meses a tres años¹¹).

La posición de la doctrina al respecto era la siguiente:

La doctrina mayoritaria mantuvo que el antiguo art. 252 CP¹² de apropiación indebida únicamente debería quedar reservado para aquellos supuestos en los que se acreditase una auténtica apropiación¹³ de bienes en beneficio del autor (modalidad de apropiación en sentido estricto) o en beneficio de otra persona (modalidad de distracción).

Por el contrario, el antiguo art. 295 CP de administración desleal abarcaba conductas en las que no se podía acreditar un “acto apropiatorio” pero sí eran capaces de causar un perjuicio al patrimonio del administrado, a través de dos modalidades de acción: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad y contraer obligaciones a cargo de esta. Profundicemos brevemente.

- La acción de “disponer” en el antiguo 295 CP no implicaba disponer de la cosa de manera que se produzca un incumplimiento definitivo, sino que comportaba una “distracción no definitiva” capaz de perjudicar. Finalmente se acogió una concepción amplia de disponer: *“Todas aquellas utilizaciones o aprovechamientos de los bienes que integran el patrimonio social con tal de que no supongan para el administrador una atribución definitiva de dominio”*¹⁴.

¹¹Lo relevante aquí era que al delito de apropiación indebida se podían aplicar las agravantes del art 250 CP, pudiendo elevarse las penas de 1 a 6 años y de 4 a 8 años, sigue diciendo NIETO MARTIN, A., “Administración desleal y apropiación indebida”, en *Derecho penal y económico de la empresa*, Madrid, 2018, p. 240.

¹²Decía el antiguo art. 252 CP: *“Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren 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 cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable”*.

¹³“Auténtica apropiación” se refiere aquella apropiación basada en la concepción tradicional ya referida, es decir: apropiación definitiva y acto dominical ilícito.

¹⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35 (2015), p. 457-566.

- Contraer obligaciones a cargo de la sociedad implicaba en principio, todo acto de gravamen sobre los bienes sociales (hipoteca, prenda, etc.) siempre y cuando no se recondujesen a la primera modalidad.

La jurisprudencia ha sufrido una evolución más larga en la concepción de ambos tipos penales, porque tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se plantea un largo debate que se asienta en las siguientes claves:

Primero, el TS acogió una incipiente línea interpretativa que diferenciaba la apropiación indebida en dos modalidades típicas; la apropiación en sentido estricto y la apropiación en la modalidad de “distracción”, que se entendía como una especie de administración desleal pero sin apoderamiento definitivo de los bienes¹⁵.

El principal problema era que en art. 295 CP no existía una figura genérica para supuestos de gestión o administración desleal, sino que sólo podían ser sujetos activos de este delito quienes fueran administradores de hecho o de derecho de una sociedad, criterio de delimitación. Este criterio, a juicio de varios autores, no era nada acertado¹⁶ pues el “infractor” del art. 295 CP se aprovecharía del precepto que contemplaba de forma expresa la característica esencial del sujeto pasivo (administrador), de preferente aplicación por el criterio de especialidad, que derivaría en una condena por administración desleal de menor penalidad que la de apropiación indebida.

Pues bien, esto plantea la cuestión de si podría entenderse que el art 295 CP gozaba de un ámbito de aplicación propio o si se superponía con la apropiación indebida en su modalidad de distracción.

La jurisprudencia se pronunció en ese sentido y surgen diversas teorías o criterios.

La primera teoría se conoce como teoría del solapamiento o de los círculos secantes¹⁷. Con esta teoría se entendía que la administración desleal societaria y la apropiación indebida en su modalidad de “distracción” se solapaban. Esta teoría se ve reflejada en la conocida

¹⁵JAVATO MARTIN, A.M., “Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras”, *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* 56, octubre- diciembre 2019. pp. 91-134.

¹⁶NUÑEZ CASTAÑO, E., “Manual de derecho penal y económico de la empresa”, 2ª Edición. Valencia; Tirant lo Blanch, Biblioteca Virtual, 2016, p. 74, y CASTELLO NICÁS N., “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-06 (2017).

¹⁷NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018. p. 74.

sentencia de 26 de febrero de 1998, el caso *Argentina Trust*¹⁸, donde el TS expresó que con el delito del art 295 CP “*no se ha venido a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida*” (F.D 8º) sino que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta serían subsumibles a la vez en los dos arts. anteriores “*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*”, determinando el problema del concurso de leyes o de normas, que en virtud del art 8.4 CP o principio de alternatividad, se resolvería en favor del delito más gravemente penado¹⁹.

Esta es la Sentencia de inicio que ha servido en jurisprudencia posterior (aunque con matizaciones), como por ejemplo el Caso *Banesto*²⁰, que continuó con otra teoría, la llamada “teoría de los círculos tangentes”. En este caso, se había castigado por el principio de alternatividad y se corrige la argumentación diciendo 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*” (F.D 28º) y que una y otra figura lo único que tienen en común es que el sujeto activo es un administrador de un patrimonio (en el caso de administración desleal pues un carácter social).

Hasta aquí decir que los tribunales habían intentado dos cosas:

- Aclarar las diferencias entre los dos tipos, apartándose del criterio del concurso de normas (a resolver por el principio de alternatividad), donde se hacía alusión expresa a la representación gráfica de círculos (concéntricos, secantes o tangentes²¹).

¹⁸STS 224/1998, de 26 de febrero de 1998. La jurisprudencia sentó las bases del delito de apropiación indebida estableciendo que dentro del art 252 CP convivían dos tipos penales, el de apropiación indebida “strictu sensu” (“apropiaren”), y el de administración desleal (“distrajerén”).

¹⁹ CASTELLO NICÁS N., “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-06 (2017) y JAVATO MARTIN, A. M., “Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* 56, octubre- diciembre 2019. pp. 91-134.

Por el contrario, se resolvería en base al principio de especialidad pero en todo caso, concurso dice LOPEZ BARJA DE QUIROGA en “*La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*”, Pamplona, 2015. pp. 209-210.

²⁰STS 224/1998, de 26 de febrero de 1998 conocida como el caso *Argentina Trust* y STS 867/2002 de 29 de julio de 2002 conocida como caso *Banesto*.

²¹A propósito de la distinción entre ambas figuras sobre la base de círculos concéntricos, secantes o tangentes que había sostenido el TS se refiere GALVEZ JIMENEZ, A., “*El delito de administración desleal (art. 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*”, Madrid, 2019.

- Evitar que, quien con la ejecución de una conducta que se ajustaba a los elementos del tipo de apropiación indebida, aun siendo administrador en los términos del art. 295 CP, resultase beneficiado por una característica que debería ser un elemento agravatorio frente a la infracción común²².

Posteriormente se produce una evolución de estas tesis con el fin de que cada delito tenga su aplicación propia, es decir que el art 295 CP y la apropiación indebida por “distracción” se apliquen cada una de manera diferenciada, y ello tiene lugar a través dos corrientes o tesis²³:

La primera es la distinción atendiendo a la clase de exceso que comete el administrador en relación con el título del que dispone²⁴:

- Exceso intensivo: supuestos en los que el administrador realiza actos ilícitos pero dentro de su ámbito de competencias (dentro de las funciones y gestiones que le habían sido encomendadas), abusando de sus facultades o incumpliendo deberes leales hacia la mercantil. Constituye un delito de administración desleal.
- Exceso extensivo: aquellos supuestos en los que el administrador actúa ilícitamente fuera de su ámbito de competencias, superando sus facultades como administrador y actuando fuera del título de recepción que se lo permite. Constituye un delito de apropiación indebida.

La segunda que se ha seguido es el carácter (temporal o definitivo) de la disposición patrimonial, esto es, en el caso de apropiación indebida, un comportamiento desleal o abusivo implicaría una expropiación definitiva de los bienes, mientras que si la expropiación no es definitiva, por ser un mero uso temporal ilícito, sería un delito de administración desleal²⁵.

Añaden otras STS (STS 707/2012, de 20 de septiembre o la STS 517/2013, de 17 de junio) que para que la apropiación indebida en su modalidad de “distracción” quede consumada,

²² Argumento que se ha plasmado posteriormente en STS 165/2016, de 2 de marzo, que se refiere expresamente en la STS 476/2015, de 13 de julio: “si esto fuera así, nos llevaría a considerar el delito societario como un tipo privilegiado o atenuado”.

²³JAVATO MARTIN, A.M., “Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras”, *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* 56, octubre- diciembre 2019. págs. 91-134.

²⁴ STSS 915/2005, de 11 de julio; 841/2006, de 17 de julio, 121/2008, de 26 de febrero y 1181/2009 de 18 de noviembre entre otras.

²⁵NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018.

haría falta que el sujeto llegase a un “punto sin retorno”, es decir que le fuese imposible definitivamente la entrega o devolución de la cosa.

Mantiene MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ²⁶ que esta última línea jurisprudencial, la del carácter de la disposición patrimonial, ha sido la línea seguida por la doctrina mayoritaria antes de la reforma del CP de 2015. Con ella, la función del art 295 CP fue la de cubrir aspectos que el tradicional delito de apropiación indebida no abarcaba reservándose este para aquellos supuestos de auténtica apropiación de los bienes, ya fuere en beneficio del autor (apropiación en sentido estricto) o beneficio de un tercero (apropiación en la modalidad de “distracción”).

B) Reforma del Código Penal de 2015: Posición de la doctrina y la jurisprudencia

Así las cosas, esta situación de conflicto en la delimitación entre ambas figuras provocó que el art. 295 CP (administración desleal en el ámbito de los delitos societarios) se convirtiese en un precepto residual, no contribuyendo a solucionar la confusa situación existente.

Pues bien, el legislador de 2015, con el único objetivo de aclarar la situación, lleva a cabo una profunda reforma que consiste en la desaparición del delito de administración societaria del art. 295 CP y que el art. 252 CP y su contenido, se separe en dos; el actual art. 252 y el art 253 CP²⁷ (y art. 254 CP).

Port tanto, este nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno queda regulado en el artículo 252 CP (Sección 2ª) y castiga un tipo de abuso de las funciones propias del administrador de un patrimonio ajeno, de manera que se cause perjuicio económico. Ello implica que la figura del delito de apropiación indebida forme parte de una nueva sección (Sección 2ª bis), y se regule separadamente, en los arts. 253 y 254 CP pero con modificaciones importantes²⁸:

1. Se excluye a los administradores de la apropiación indebida para incluir sus conductas en la administración desleal.
2. Se elimina la conducta “distracer” como modalidad típica del delito de apropiación indebida, pasando a constituir una modalidad del delito de

²⁶MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35 (2015), p. 457-566.

²⁷SEGRELLES DE ARENAZA, I., “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, en *La Ley Penal*, N° 121, 2016.

²⁸NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018.

administración desleal y en consecuencia, se aclara que la apropiación puede realizarse para sí o para un tercero.

3. Se excluye la denominación de “activos patrimoniales”, de manera que ahora formarán parte del tipo de administración desleal. El objeto material queda limitado a los bienes muebles.
4. Se descarta la referencia a la administración como título que produce obligación de entregar o devolver añadiendo un nuevo título que es el de custodia (de ahí que ahora se haya limitado a bienes muebles).
5. Se produce la homogenización de las penas de ambos delitos por remisión a los arts. 249 y 250 CP.
6. Los antiguos delitos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y de cosa transmitida por error se combinan en un nuevo artículo que es el art 254 CP.
7. Se establece en ambos delitos leves que sustituyen a la antigua falta.

Dicho esto, vamos a ver la posición de la doctrina y la jurisprudencia tras la reforma de 2015.

En primer lugar, diremos que según JAVATO MARTIN²⁹, el objetivo del legislador de apaciguar la polémica acerca de la diferenciación del ámbito de aplicación de ambas infracciones, no parece que se haya solucionado. La discusión sigue siendo la siguiente: Si el sujeto con facultades de administración, se apropia de dinero u otro bien que administra, es delito de administración desleal o por el contrario constituye delito de apropiación indebida.

Un sector doctrinal³⁰ se decanta por el criterio vigente justo antes de la reforma, que es el de la “temporalidad” en la disposición de los bienes, de manera que si el administrador se apropia ilícitamente de los bienes de una manera temporal, es delito de administración desleal y por el contrario si se apropia definitivamente, es delito de apropiación indebida.

²⁹JAVATO MARTIN, A.M., “Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* 56, octubre-diciembre 2019. págs. 91-134.

³⁰LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. L., “La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles”, Madrid, 2015.

Por el contrario, otros penalistas³¹ no mantienen este criterio de la “temporalidad” sino que se basan en la teoría de los “excesos” antes mencionada, englobando los comportamientos de carácter apropiatorio del administrador en el art 252 CP porque entienden que el fundamento de este tipo es el abuso del poder de actuación que el administrador tiene sobre el patrimonio de otro, independientemente de si la disposición de los bienes es temporal o definitiva.

De la misma manera se posiciona NUÑEZ CASTAÑO³² al establecer que el delito de apropiación indebida se configura como “un tipo de infracción del deber de entrega o devolución acordado previamente entre las partes” o lo que es lo mismo, un exceso en el comportamiento, “ejerciendo un poder o facultad de la que se carece por completo” ya que no se tiene poder para decidir que se hace con los bienes entregados.

La posición de la jurisprudencia tras la reforma de 2015 es clara, ya que se ha consolidado la tesis inmediatamente anterior a la reforma del carácter temporal o definitivo de la disposición patrimonial, igual que en la doctrina. De este modo, el TS castiga por el art 252 CP los abusos patrimoniales sin pérdida definitiva de los bienes y por el art 252 CP los casos de apropiación definitiva o “expropiación”. Dice la STS 700/2016 de 9 de septiembre de 2016 y otras³³, que “*la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador (...) la disposición con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de apropiación indebida) (...) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal)*”. Por eso, sigue diciendo esta sentencia, que la reforma recoge en el art 252 CP de administración desleal, el tipo del art 295 derogado, extendiéndose a todos los casos de administración desleal de patrimonio en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades de administración. Y que el art 253 CP de apropiación indebida sanciona supuestos de apropiación definitiva, incluido dinero, donde hay perjuicio al patrimonio del administrado.

³¹NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018., pp. 75-76 y GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 CP y ss.)” en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 (GONZALEZ CUSSAC Dir.)*, Valencia, 2015.

³²NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018 y SEGRELLES DE ARENAZA, I., “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, *La Ley Penal*, N° 121, 2016, pp. 10 y ss.

³³En la misma línea, STSS 906/2016, de 30 de noviembre; 316/2018, de 28 de junio; 313/2019, de 17 de junio; 237/2019, de 9 de mayo; y SAN 15/2019 de 25 de abril.

En ese mismo sentido argumenta el TS en una sentencia de noviembre de 2017 (STS 739/2017, de 16 de noviembre) indica que en el nuevo art 252 CP incorpora “*un supuesto de administración desleal de mayor amplitud que el anteriormente vigente, ya que no se limita al ámbito societario y a unas concretas modalidades de conducta, sino que alcanza a cualquier persona que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno*”. Sigue diciendo en otra sentencia de ese mismo año (STS 772/2017, de 29 de noviembre) que examinando ambas redacciones, las conductas que antes quedaban dentro del art 295 CP “*(...) pueden subsumirse ahora en el artículo 252*”³⁴.

2.1.2. Situación actual: Configuración del delito de administración desleal y de apropiación indebida.

Una vez llegados a este punto, vamos a ver la regulación actual de los artículos estudiados. Comenzamos por el delito de administración desleal, al ser el primero que se regula en el Código Penal.

EL DELITO DE ADMINISTRACION DESLEAL (ART. 252 CP)

El artículo 252.1 CP regula el delito de administración desleal de la siguiente manera: “*Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar 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*”. Una vez transcrito este párrafo, se van a comentar los aspectos más relevantes para su estudio.

A) Ámbito de aplicación³⁵

El ámbito de aplicación del delito de administración desleal es ahora más amplio que antes de la reforma. Este delito protege el patrimonio ajeno (ya sea de personas físicas, jurídicas o patrimonios sin dueño) de conductas desleales realizadas por sus administradores. Y es más

³⁴De forma resumida, esta sentencia alude a que no es que se estrechen los límites de la conducta sino que se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea administrador por lo que puede serlo “todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular”. Tampoco se exige que se actúe en beneficio propio o de un tercero sino que “de la infracción de facultades resulte un perjuicio para el patrimonio del administrado”. De esa manera se limita a la “disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o contracción de obligaciones a su cargo” e incluso “desparece la mención a que el perjuicio sea evaluable”.

³⁵CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos*. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir), Cizur Menor (Navarra), 2015. p.199.

amplio ahora porque el antiguo 295 CP (ya citado), al referirse a “cualquier sociedad constituida o en formación” nos llevaba a acudir únicamente a la definición de sociedad que da el art. 297 CP (actualmente no modificado), mientras que ahora, bajo el nuevo art. 252 CP, además del art. 297 CP, se puede aplicar también a las sociedades en formación o irregulares³⁶ entre otras. De dudosa inclusión antes eran por ejemplo, las comunidades de bienes o de propietarios, cuestión resuelta hoy.

B) Bien jurídico protegido

Este tipo se configura como un delito contra el patrimonio en general³⁷, por lo tanto, el bien jurídico protegido es este, no sólo porque se encuentra ubicado sistemáticamente entre los delitos patrimoniales (Título XIII, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico), sino también porque el elemento de la deslealtad no contiene un injusto propio adicional de menoscabo de confianza, pues “ese menoscabo es el modo de atacar los intereses patrimoniales de los administrados³⁸”. Por tanto, se protege el patrimonio en su totalidad.

C) Sujeto activo y sujeto pasivo

Se deduce de la descripción típica del delito estudiado que pueden ser sujeto activo aquellos que tengan facultades para administrar un patrimonio ajeno (siendo irrelevante a estos efectos el título o cargo concreto que ostenten, siempre que tengan efectivamente facultades de gestión). Dice CASTRO MORENO³⁹ que se trata por tanto, de administradores, incluidos los de hecho⁴⁰.

³⁶ Las sociedades en formación e irregulares se incluyen porque los administradores designados pueden poseer facultades de administración en virtud de un contrato jurídico fundacional.

³⁷ Entiende que es un conjunto de bienes, derechos, obligaciones, activos que lo conforman, tanto los elementos materiales como los inmateriales, muebles e inmuebles, valores, activos patrimoniales etc, entiende NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018. Igualmente MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte Especial”, Tirant lo Blanch, 21ª Edición. Valencia, 2017, p.352, se refiere al patrimonio como “un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y deben ser valorables en dinero”.

³⁸PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., El deber de gestión leal, en *La Ley Penal nº128*, septiembre-octubre 2017, p.4.

³⁹ CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir)*, p. 202., Cizur Menor (Navarra), 2015.

⁴⁰ En este punto hay que hacer una aclaración respecto de los administradores de hecho y es que, aunque no se haga referencia expresa a ellos, sus facultades se hayan previstas en la ley (los arts. 31 CP y 1888 y ss. del CC) y que aunque ejerzan sin título válido, lo que fundamenta su responsabilidad penal es la estructura empresarial o poder de decisión que tienen respecto del bien

Por tanto, lo principal es poseer materialmente tales facultades a través de alguna de las fuentes señaladas en el precepto: “(...) sean emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico”, como es por ejemplo el caso de los administradores de sociedades (ley), administradores de los bienes fallecidos de la viuda en cinta (autoridad judicial) o caso de los apoderados (negocio jurídico). En cuanto a este último, decir que deben incluirse no solo los contratos, sino también los cuasicontratos (que incluye la gestión de negocios ajenos).

También pueden ser sujetos activos del delito los padres, tutores, curadores o albaceas respecto de los bienes de sus hijos incapaces o menores no emancipados, bienes pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, aunque en este caso, respecto del delito genérico de administración desleal deben respetarse los principios de autonomía y especialidad del delito impropio de negociaciones prohibidas⁴¹.

La condición de sujeto pasivo viene determinada por la titularidad exclusiva o compartida del patrimonio del administrado, por lo que pueden ser sujetos pasivos cualquier persona física o jurídica y también todos aquellos terceros titulares de intereses patrimoniales sobre el patrimonio administrado (del que no son titulares), siempre que el patrimonio administrado por el sujeto activo sea ajeno para este⁴².

Sucede, por ejemplo, en los casos de patrimonios separados, protegidos o autónomos, donde ni el administrador ni los beneficiarios son titulares de tal patrimonio pero pueden resultar perjudicados por la gestión desleal debido a los intereses patrimoniales de cada uno en su correcta administración⁴³.

D) Conducta típica

El art. 252 CP sanciona a todos aquellos que infrinjan las facultades de administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en su ejercicio y que de esa manera causen un perjuicio al

jurídico protegido y la conducta típica que realizan, de tal manera, a su juicio, el art 31 CP lo equipara jurídicamente con el administrador de derecho.

⁴¹CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos*. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir), Cizur Menor (Navarra), 2015. Sobre el art. 440 CP) es mucho menos severo, sin olvidar que si la conducta se dirige a la acusación de un perjuicio patrimonial, en virtud del art 8.3ª CP, se aplicará el delito más grave, esto es el art 252 CP.

⁴²RUIZ BOSCH, S., “El delito de administración desleal de patrimonios ajenos”, en *Revista Foro FICP (Fundación internacional de ciencias penales)* nº 3, diciembre 2017, pp. 278-290.

⁴³PUEYO RODERO, J.A., “Aproximación al nuevo delito de administración desleal. Interferencias con la apropiación indebida de dinero”, en *Cuadernos penales José María Lidón, núm. 13, “Modificaciones sustantivas de Derecho penal y el Estatuto de la víctima,”* Universidad de Deusto, Bilbao 2017. p. 56

administrado⁴⁴. A priori, vemos que es una conducta típica sumamente amplia y hay que acotarla.

En primer lugar, siguiendo la tesis de NUÑE CASTAÑO⁴⁵ y la seguida a lo largo de todo el trabajo, del propio precepto se pueden extraer las siguientes facultades:

- Facultades de administrar (realización de labores de gestión de lo que se recibe), y permite que se puedan incluir tanto las modalidades típicas de del derogado art. 295 CP (disposición fraudulenta del patrimonio ajeno), como la “problemática” distracción (cuando se da a los bienes un destino distinto del debido o pactado, referida a dinero o cosas fungibles).
- También forman parte de las conductas típicas los casos en los que se contraigan obligaciones a cargo del titular del patrimonio que se administra, por ejemplo los casos de negocios de riesgo y de contratación sin poder de créditos.
- Igualmente el exceso en el ejercicio de las facultades de administración o bien conductas para las que no había sido autorizado el administrador. Según la SAN 576/ 2017 de de 31 de marzo de 2017, tal exigencia de abuso de funciones conlleva el conocimiento y voluntad de realizar una gestión desleal del patrimonio ajeno, que “excluye los casos de incompetencia, falta de diligencia o mala gestión”.

En cuanto a la comisión por omisión, existe discrepancia en ambos sentidos. Dice un sector que si cabe la comisión por omisión porque el tipo penal requiere un exceso en el ejercicio de facultades de administración y no una simple infracción de los deberes de administración ya que si no, no se aportaría nada al contenido típico, que ocurriría por la mera transgresión del deber. Los que dicen que no, no ven inconveniente para incluir a todo aquel que tiene la facultad de gestionar y deja de hacerlo (conlleva a la disminución del valor del patrimonio del administrado) por ejemplo, cuando el administrador deja prescribir un crédito frente a un tercero (omisión del cobro de créditos) u omisión a la sociedad de información⁴⁶.

⁴⁴En este sentido SAN 576/2017 de 31 de marzo de 2017, abuso de las funciones propias de su cargo con infracción de los deberes de lealtad y fidelidad respecto del administrado).

⁴⁵NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en “*Manual de derecho penal y económico de la empresa*”, 2ª Edición. Valencia, 2018.

⁴⁶A favor de esta tesis ANDRES DOMÍNGUEZ, A. C., “Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)”, en *La Ley* 5974/2016, p.8. y CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir)*, Cizur Menor (Navarra), 2015.

En cuanto al resultado típico, este tiene que ser un efectivo perjuicio patrimonial, evaluable económicamente (se detallará en el sub epígrafe F) “Tipo subjetivo y consumación”).

E) Objeto material del delito

Ya hemos referenciado que el bien jurídico protegido es el patrimonio en general, por lo que el objeto material del delito es el patrimonio ajeno. Dicho lo cual, la gestión desleal del patrimonio propio queda fuera de este delito. Es necesario resaltar que las facultades de administración encomendadas al sujeto activo no tienen que ser todas las que componen el patrimonio del sujeto pasivo sino que pueden limitarse a determinados elementos patrimoniales del mismo⁴⁷.

F) Tipo subjetivo y consumación

El delito de administración desleal es de tipo doloso exclusivamente, incluyendo dolo eventual, por lo que se excluye la comisión imprudente.

En cuanto al ánimo de enriquecimiento, este delito no lo requiere porque además de que no está expresamente previsto en el tipo penal (diferencia con el art. 295 CP que mencionaba el “beneficio propio o de un tercero”), se llega a la conclusión de que es suficiente con realización del perjuicio sin necesidad de ánimo de lucro, configurándose como un delito de daños con infracción de deber⁴⁸.

En cuanto a la consumación, ya hemos dicho que requiere de un perjuicio patrimonial. Tal perjuicio, al igual que en la apropiación indebida, tiene que tener una naturaleza patrimonial o económica, de ahí que se encuentre sistemáticamente dentro de las “defraudaciones patrimoniales” y en el propio precepto haya una remisión penológica (de la que luego se hablará) que principalmente se refiere a los criterios del importe de lo defraudado y el quebranto económico al perjudicado.

En contra, NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018 y PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Un aproximación a su fundamento y límites”, *La Ley Penal nº 128*, septiembre-octubre, 2017. p. 4.

⁴⁷ RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en *QUINTERO OLIVARES, G., (dir). Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Aranzadi, Pamplona, 2015.

⁴⁸ RUIZ BOSCH, S., “El delito de administración desleal de patrimonios ajenos”, en *Revista Foro FICP (Fundación internacional de ciencias penales)* nº 3, diciembre 2017, pp. 278-290.

Una última apreciación aquí y es que entiende la doctrina que en el perjuicio patrimonial hay que incluir tanto el daño emergente como el lucro cesante o la ganancia dejada de percibir⁴⁹.

G) Penalidad

En cuanto a las penas aplicables al delito de administración desleal hay que acudir por mandato expreso a los arts. 249 y 250 relativos al delito de estafa y sus tipos agravados con algunas matizaciones.

El tipo básico es el art. 249.1 CP, una pena de prisión de seis meses a tres años, pudiendo ser valorada según sea el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado o las relaciones entre el defraudador y el perjudicado. Por el contrario, algunos tipos previstos en el art. 250 CP son incompatibles con la dinámica comisiva de la administración desleal, por ejemplo la estafa procesal (7º), el abuso de firma u ocultación de protocolo (2º) o el abuso de relaciones personales (6º).

Por último, al igual que en la estafa, se prevé un tipo privilegiado de administración desleal considerándolo delito leve cuando la cuantía del perjuicio ocasionado no exceda de 400 euros⁵⁰.

Ahora se va a proceder a estudiar el delito de apropiación indebida.

EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA (ART. 253)

El artículo 253.1 CP regula el delito de apropiación indebida al establecer que *“serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”*.

⁴⁹ CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir)*, Cizur Menor (Navarra), 2015.

⁵⁰ La reforma de 2015 ha suprimido las faltas mediante la derogación del Libro III y ha convertido algunas faltas que se encontraban anteriormente previstas, en infracciones administrativas, cuestiones civiles o delitos leves. Por eso, ahora se distingue entre delitos graves, delitos menos graves y delitos leves. Estos últimos vienen recogidos en el art 13.3. del CP. Dicen MARCHENA GOMEZ, M., y GONZALEZ CUELLAR SERRANO, N., en “La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015”, *Ediciones Jurídicas Castillo de Luna*, Madrid, 2015. Págs. 407-408.

Una vez transcrito este apartado, se va a comenzar con su estudio.

A) Concepto y bien jurídico protegido

Este delito consiste en apoderarse de cualquier cosa mueble de un “sujeto pasivo”, llamado propietario, y que un “sujeto activo” haya recibido previamente de forma lícita mediante un título que le obligue a devolverla.

Esta figura constituye una infracción penal en la medida en que existe un propósito de “hacer la cosa como propia” incorporándola al patrimonio del infractor mientras que un mero incumplimiento contractual no implica que exista ese propósito o voluntad de apropiación sino sólo un “retraso o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver”⁵¹.

En cuanto al bien jurídico protegido de este delito, diremos que de forma unánime la doctrina entiende que este es la propiedad, ya que se priva al sujeto activo de todas las facultades inherentes al dominio⁵².

B) Sujetos

El sujeto pasivo es el propietario de la cosa mueble, efectos o valores mientras que el sujeto activo es, en principio, aquel que ha recibido la cosa en cualquiera de las formas que dice el artículo: depósito, recibe la cosa ajena con obligación de “restituirla” (arts. 1758 y 1766 CC), de ser “devuelta” (art. 1770.1 CC) y de “devolverla” (art 306. 1 CCom); comisión (art 224 CCom); custodia u otro título, siempre que se genere obligación de entregar o devolver. Es por esto que el TS⁵³ ha establecido que es un delito especial.

Es un delito impropio porque solo pueden ser sujeto activo los que reúnan las cualidades y requisitos siguientes: acto de incorporación de la cosa al patrimonio, cosa mueble, y que la recepción tiene que tener causa en un justo título genere obligación de devolver o entregar⁵⁴.

⁵¹ STS 2609/2006 de 11 de abril de 2006.

⁵² Coinciden varios autores en que este delito se trata de un delito de apoderamiento de cosa mueble ajena con quebranto de la confianza negocial por lo que los usos sin ánimo de apropiación quedan excluidos. ANDRES DOMÍNGUEZ, A. C., “Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)”, en *La Ley* 5974/2016 y NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018.

⁵³ Delito especial, STS 5202/2012 de 30 de abril de 2012.

⁵⁴ STS 2104/2013 de 19 marzo de 2013.

C) Conducta típica

Centrándonos ahora en el actual 253 CP, diremos que la conducta típica constituye la “recepción de la cosa en virtud de un título traslativo de la posesión”, esto es que exista un desplazamiento patrimonial y entrega efectiva de la cosa de manera que forme parte del ámbito de disposición de sujeto activo.

Es por ello que el art. 253 CP hace una enumeración ejemplificativa⁵⁵ además de una cláusula final, que implica la admisión de supuestos similares siempre que se transmita la posesión y concurra la obligación de entrega. En todos los títulos se aprecia la existencia de una confianza por lo que los títulos no basados en la misma no son hábiles para la apropiación indebida⁵⁶.

D) Objeto material del delito

El objeto material, que necesariamente ha de tener un contenido económico, está formado por los bienes muebles, dinero (puede ser efectivo o cheque, talón, letra de cambio o similar, STS 1228/2016 de 2 de marzo de 2016), efectos o valores, haciendo una exclusión expresa a los activos patrimoniales del antiguo precepto⁵⁷.

E) Tipo subjetivo y consumación

El delito de apropiación indebida es un delito esencialmente doloso, y es posible el dolo eventual. El dolo implica que el sujeto conoce que la cosa mueble que detenta es ajena, que

⁵⁵ Podemos añadir los siguientes a título de ejemplo: comodato, prenda con desplazamiento, contratos de sociedad, usufructo, arrendamiento y aparcería, contratos de factoring, correduría, comisión, agencia, arrendamiento financiero o leasing, sociedad de gananciales etc.

No podrían ser, aquellos en los que se transmite la propiedad y no la posesión, porque no cumple con el presupuesto principal de este delito, el título traslativo de posesión. Por ejemplo, el mutuo, el contrato de cuenta corriente, depósito irregular, cláusulas de reserva de dominio o prohibición de enajenar:

La nueva jurisprudencia establece que no es óbice para que la transmisión del bien sobre el que pesa la reserva ocultando la misma al tercero adquirente, pueda ser sancionada vía estafa impropia del art 251.2. (STS 1039/2013 de 23 diciembre de 2013)

⁵⁶ En ese sentido STS 2625/2006 de 17 abril de 2006.

⁵⁷ Para CASTRO MORENO, A., “art. 252” en Comentarios Prácticos al Código Penal. en *Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir)*, Cizur Menor (Navarra), 2015., dicha supresión es coherente con la eliminación del título de “administración” y con la limitación expresa de los “bienes muebles” exclusivamente, no los bienes inmuebles, ya que las apropiaciones de bienes inmuebles por sus administradores, deberían ser sancionadas por la administración desleal.

la ha recibido a través de un título que le obliga a entregarla o devolverla y que con sus actos contraviene dicha obligación⁵⁸.

Por otra parte, al igual que ocurre con el delito de administración desleal, se requiere un ánimo de lucro o voluntad apropiatoria, es decir, una finalidad de enriquecerse o beneficiarse de la conducta (*animus rem sibi habendi*)⁵⁹ que hace que queden fuera del ámbito típico los actos dispositivos con propósito de uso.

En cuanto a la consumación, el delito de apropiación indebida es un delito de resultado lesivo, esto es, que se exige que la apropiación de la cosa se haga “en perjuicio de otro”. Dice el autor seguido que el hecho de que se utilice la preposición “en” no implica que el delito se consume por la mera intención de producir el perjuicio, sino que este debe de ocurrir y tiene que ser de contenido patrimonial⁶⁰. Dicho lo cual, la tentativa es posible y por eso es importante, el ánimo del autor, ya que este tendrá la posesión de la cosa y la consumación del tipo dependerá de este cuando decida quedarse o no devolver la cosa.

F) Penalidad

Aquí también existe una remisión penológica al delito de estafa y sus agravantes (arts. 249 y 250 CP). El tipo básico sigue siendo el art 249.1 CP con una pena de seis meses a tres años, pudiendo ser valorada según sea el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado o las relaciones entre el defraudador y el perjudicado.

Sin embargo, es necesario matizar lo siguiente respecto de las circunstancias agravantes: la circunstancia agravante del art. 250.1.1 CP relativa a “viviendas” no se puede aplicar pues se ha eliminado el término “activos patrimoniales” como objeto material del delito (ahora bienes muebles, valores y efectos). Tampoco la agravante 6º relativa al abuso de relaciones personales entre víctima y agresor, pues es el propio fundamento de este delito (y del anterior estudiado), la relación de confianza. Tampoco la circunstancia 2º, el abuso o firma de otro, o la agravante de estafa procesal (7º).

⁵⁸ STS 757/2005 de 10 de febrero de 2005 y ANDRES DOMÍNGUEZ, A. C., “Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)”, en *La Ley* 5974/2016. p.5.

⁵⁹ ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, en *Derecho Penal Español, Parte Especial (II)*, (dir.) ÁLVAREZ GARCÍA J., Valencia, 2011, p. 311., que dice que la ley no exige expresamente ese ánimo de lucro aunque tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia lo vienen exigiendo implícitamente.

⁶⁰ CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir)*, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Por otra parte, este delito incluye una segunda remisión penológica y es que se impondrán las anteriores penas (arts. 249 y 250 CP) salvo que las conductas ya estuvieran previstas y castigadas con una pena más grave en otro precepto de este Código.

También existe un tipo privilegiado regulado en el apartado 2 del art. 253 CP que es el llamado delito leve de administración desleal, donde el perjuicio patrimonial no excede de 400 euros, castigado con multa de uno a tres meses.

2.1.3. Aplicación al caso concreto

El caso objeto de estudio se desarrolla en torno al debate de la línea divisoria tradicionalmente existente entre los delitos de administración desleal del artículo 252 CP y apropiación indebida del artículo 253 CP. Se intentará de una manera ordenada, razonar cada parte del supuesto planteado para que a la hora de las conclusiones, no quede nada en el olvido. Como ya hemos advertido a lo largo de los anteriores epígrafes, la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes y de cara a la proposición de la solución del dictamen jurídico me he decantado por una postura.

De acuerdo con el supuesto práctico planteado y resumidamente, resultó probado que el acusado Rafael (abogado en ejercicio) no destinó la indemnización (en torno a 115.000 euros) recibida por la familia Luz Estíbaliz Jose-Pablo Esteban Sergio Rómulo Samuel (en adelante, “la familia”), a la que había propuesto la gestión directa de la misma, para la realización de unas funciones muy concretas: el pago de cantidades a acreedores, la renegociación de la deuda y evitar el embargo del patrimonio familiar.

En este sentido, Rafael dispuso de ese dinero para sus propios gastos personales y profesionales. Y, aunque fue requerido en varias ocasiones para la devolución de la cantidad, finalmente reintegró 14.000 euros (que primeramente había solicitado como provisión de fondos en el año 2012). Del resto de la indemnización no se supo nada hasta que en el año 2016, el acusado emitió una minuta de honorarios profesionales por un importe de 105.000 euros más IVA, a la que aplicó íntegramente el importe que había recibido en 2012 (la indemnización) por la familia.

Dicho esto, resolvamos.

- *Legislación aplicable*

Lo primero que tenemos que tener en cuenta son las fechas en la que se produjeron los hechos relevantes a estos efectos; la fecha en la que el abogado tiene en su poder el dinero de la indemnización, esto es, el 14 de marzo de 2012 y la fecha en que el acusado emite la minuta de honorarios, 29 de octubre de 2016. Por tanto, todo en el año 2016.

Pues bien, como los hechos datan de 2016, hay que fijar el marco normativo en el Código Penal anterior, es decir en la LO 10/1995 CP.

- *Tipificación del delito antes de la reforma*

Siguiendo lo anterior, y situándonos en la doctrina y en la jurisprudencia que hemos hecho referencia en anteriores apartados, diremos que los hechos serían legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida en su redacción anterior.

Estamos ante un delito del antiguo art. de apropiación indebida porque la doctrina jurisprudencial del momento⁶¹ era que la apropiación indebida se caracterizaba por los siguientes requisitos: “*a) una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, (...), b) un título posesorio, determinativo de los fines de la tenencia, (...) o en destinarlos a algún negocio o gestión (...), c) el incumplimiento de los fines de la tenencia, ya mediante apoderamiento (...) o por no darles el destino convenido sino otro determinante de enriquecimiento ilícito (...)* y; *d) el elemento subjetivo denominado ánimo de lucro (...) determinante de un enriquecimiento ilícito*”.

Aquí, existe una recepción de dinero que responde a una gestión profesional de un determinado patrimonio en beneficio de un tercero, lo que encaja perfectamente con lo que la jurisprudencia llamaba modalidad de “distracción” de la apropiación indebida.

La jurisprudencia no solo establecía los anteriores requisitos sino que antes de la reforma la tesis que seguía el Alto Tribunal y que coincidía con la doctrina mayoritaria era la del criterio de la “temporalidad” o carácter de la disposición patrimonial. De este modo el art el 252 CP contemplaría los casos de “expropiación” definitiva de los bienes, como sería este caso, porque en el art 295 CP no encajaba.

⁶¹ Entre muchas otras: ATS 7996/2002 de 21 de marzo de 2002, STS 4765/2004 de 5 de julio de 2004, STS 757/2005 de 10 de febrero de 2005 (doctrina jurisprudencial), STS 1936/2007 de 13 de febrero de 2007.

Por tanto, concluimos que, como el delito societario de administración desleal se aplicaba a los casos de usos ilícitos “no dominicales” donde no se producía incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver sino “únicamente” una extralimitación por el administrador de sus facultades, y este no es el caso, según la jurisprudencia de ese momento, el supuesto es apropiación indebida porque el abogado se apoderó del dinero definitivamente, sin intención de devolverlo y además hizo uso de tal dinero para gastos profesionales y personales.

- *Tipificación del delito después de la reforma*

En primer lugar decir que los postulados del delito de apropiación indebida y de administración desleal después de la reforma cambian, porque no sólo se vuelve a redactar un artículo (art 253) sino que también se deroga otro (art 295) y se crea uno nuevo (art 252). Pese a esto, la jurisprudencia no había cambiado tanto y la doctrina mayoritaria sigue manteniendo la tesis del momento justo anterior a la reforma; se sigue el carácter de la disposición patrimonial, si es apropiación definitiva “expropiación” (apropiación indebida) o temporal (administración desleal).

Dicho lo cual, y a mi juicio, esta tesis no es la más acertada ya que existe una corriente doctrinal⁶² para la que el abuso de poder del administrador que vulnera deberes genéricos de su cargo en el marco de sus competencias constituye el elemento esencial del delito de administración desleal resultando irrelevante si la apropiación de los bienes es temporal o definitiva.

Esta teoría es la anteriormente referida como la “teoría de los excesos”, donde el fundamento del actual delito de administración desleal reside en el abuso de poder de actuación que tiene el administrador sobre el patrimonio del otro, vulnerando sus deberes genéricos (*ad-intra*). En cambio la apropiación indebida, lo que se exige es un deber específico de entrega o devolución de la cosa, deber (*ad- extra*).

Por tanto, en el presente supuesto, considero que no se da un supuesto de apropiación indebida sino que es un caso de administración desleal del art 252 CP actual, donde el

⁶²NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, 2ª Edición. Valencia, 2018, también JAVATO MARTIN, A.M., “Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* 56, octubre- diciembre 2019, pp. 91-134 y SEGRELLES DE ARENAZA, I., “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, *La Ley Penal*, 5973/2016, y GALVEZ JIMENEZ, A., “El delito de administración desleal (art. 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital”, Madrid, 2019.

administrador (abogado) es administrador de un patrimonio ajeno (la indemnización de “la familia”), y tiene encomendadas unas funciones muy concretas sobre ese patrimonio (gestión directa; renegociar deuda, recuperar bienes del patrimonio y subastas), las cuales incumple, y abusa de su poder, realizando gestiones para sí mismo, excediéndose de lo encomendado, no existiendo un deber específico de devolución del dinero sino de gestión directa.

2.2. Los delitos contra la administración de justicia: la deslealtad profesional

2.2.1. Antecedentes

Dice RAMOS RUBIO⁶³ que este delito es a través del cual se designaba la prevaricación impropia (porque el delito de malversación está ligado a la condición de funcionario público) de los abogados y procuradores.

El CP de 1995 fue el que incluyó este delito dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y me gustaría resaltar aquí que de las conductas que se describían en él, se ha excluido como prevaricación de los abogados y procuradores la revelación de secretos del cliente, conductas que ahora pertenecen al art. 199.2 CP o al art. 466 CP⁶⁴.

El delito de deslealtad profesional se regula en el art. 467.2 CP. Este art se encuentra dentro del Título XX “De los delitos contra la administración de justicia”, y del Capítulo VII llamado “De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional”, que abarca de los arts. 463 CP a 467 CP.

Dice el art. 467 apartado 2 del CP que *“el abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años”*.

⁶³ RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en *QUINTERO OLIVARES, G., (dir). Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015

⁶⁴ Art 199.2. *“El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”* y , art. 466 CP *“El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años”*.

Vamos a detallar ahora el tipo delictivo.

2.2.2. Tipo delictivo

A) Sujeto activo

El sujeto activo o el autor de este delito es la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal que en este caso, queda restringida a: “el abogado o procurador que...”.

La doctrina unánimemente ha reconocido que este delito es un delito especial (no toda persona puede ser autor del mismo) y a su vez, se puede calificar dentro de los delitos especiales propios porque los tipos de deslealtad profesional de abogados y procuradores no guardan relación con ningún tipo común⁶⁵. La STS 5848/2000 de 14 de julio de 2000 dice que “el sujeto activo sea un Abogado o un Procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano”.

Ambos apartados del art 467 CP mencionan indistintamente a “abogados y procuradores” como posibles sujetos activos del delito y esto es así porque ambas figuras requieren unas normas de conducta en el mismo nivel de intensidad, a pesar de que tengan funciones diferentes y por tanto, deberes profesionales distintos. Por tanto, la cualificación de este delito, que es la de la doble representación o defensa y perjuicio a los intereses encomendados, que se configura a través de dos notas o elementos configuradores y esenciales del tipo⁶⁶:

- Cualidad profesional del abogado y procurador (que se consten como habilitados).
- Relación profesional con una persona determinada, llamada cliente (que tengan o hayan tenido).

B) Objeto material y sujeto pasivo

La cuestión del objeto material y del sujeto pasivo en este delito es controvertida y es por eso que se hace una breve aclaración.

En primer lugar diremos que el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción coinciden normalmente pero no siempre, dado que depende del bien jurídico protegido. En

⁶⁵DOMINGO DE LA BLANCA, I.M., “*De la deslealtad profesional de los abogados y procuradores: Análisis de las figuras delictivas tipificadas en el artículo 467 del Código Penal de 1995*” (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, Granada, 2015.

⁶⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “*Código penal, doctrina y jurisprudencia*”, Tomo III,, Madrid, 1997. p. 4363.

este caso la problemática se solventa con que el art. 467 CP tutela el correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, donde solo puede ser sujeto pasivo del delito el Estado, ya que el cliente asume la condición de “perjudicado” en cuanto a titular del objeto material que sería el derecho de defensa o el derecho a un proceso debido con todas las garantías⁶⁷.

Por tanto, el sujeto pasivo del delito del art. 467. 2 CP es el titular del bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, es decir, el Estado. El objeto material del delito sería el derecho de defensa o derecho a un proceso con todas las garantías y el perjudicado el cliente entendiendo este como “justiciable” en cuanto a sujeto que entra en relación con la jurisdicción que utiliza los servicios profesionales de quien ejerce la abogacía.

C) Conducta típica

La acción típica de este delito es la de “perjudicar por acción u omisión de forma manifiesta los intereses encomendados” y es por ello que es un delito de resultado ya que requiere un resultado derivado de una actividad dolosa o imprudente. Tal resultado consiste en un perjuicio manifiesto que ha de recaer sobre los intereses que se le han encomendado.

Por tanto, la conducta delictiva se integra por una manifestación de la voluntad del abogado o procurador y de la que se deriva un resultado (perjuicio) y una relación de causalidad. La jurisprudencia exige la existencia de un encargo profesional (STS 680/2012 de 17 de septiembre de 2012) y la asunción de defensa de intereses como profesional excluyendo actuaciones preprocesales o extraprocerales (STS 964/2008, de 23 de diciembre de 2008).

En cuanto a la comisión por omisión tenemos que decir que este delito encaja debido a la mención en el propio tipo, además de que la propia posición de garante del abogado obliga a actuar de forma leal respecto de los intereses de los clientes y respecto de la administración de justicia.

En cuanto resultado, “el perjuicio de forma manifiesta” a los intereses que le son encomendados, necesita siempre de una interpretación ya que “perjudicar de forma manifiesta” no siempre es relevante en según que casos.

⁶⁷ DOMINGO DE LA BLANCA, I.M., “*De la deslealtad profesional de los abogados y procuradores: Análisis de las figuras delictivas tipificadas en el artículo 467 del Código Penal de 1995*” (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, Granada, 2015. p. 216.

Como hemos dicho ya en anteriores delitos, dice la jurisprudencia que el perjuicio ha de ser patrimonial (evaluable económicamente en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante) y moral, sin exigirse que sea irreparable o de precisa cuantificación⁶⁸. Además, el perjuicio puede ser imputado al abogado y/o procurador cuando hayan creado, con su conducta, un riesgo jurídicamente relevante para el derecho a un proceso debido y con ello se pueda demostrar tal riesgo o infracción a los intereses encomendados.

D) Tipo subjetivo: dolo e imprudencia

En primer lugar, se entiende que el tipo subjetivo del delito de deslealtad profesional (perjuicio de los intereses encomendados) admite tanto la comisión dolosa como la imprudente⁶⁹. En cuanto al dolo, es cuestión de prueba de la intencionalidad del profesional en perjuicio de los intereses encomendados, no debe de ofrecer problemas de apreciación, bastará con que la acción del abogado normalmente provoque perjuicio y este se incluya dentro del ámbito de protección del artículo.

Por otro lado, se admite el dolo eventual, esto es, que forman parte del tipo las conductas de los abogados que, sin tener intención de dañar o perjudicar (lesión al derecho de defensa o derechos dimanantes del proceso) la mantienen o no la evitan resultando “gravemente dañosa” con conocimiento total del resultado (impidiendo) o por lo menos con alta previsión de que se producirá un resultado perjudicial (el correcto funcionamiento de la administración de justicia)⁷⁰.

Por último decir, que caben las formas imperfectas de ejecución como por ejemplo el intento de acuerdo con la parte contraria en perjuicio del cliente.

En cuanto a la imprudencia, y a diferencia de la conducta dolosa, en este tipo de delito el abogado o procurador con su acción, no pretende realizar la comisión de ningún tipo delictivo sino que el injusto imprudente se despliega con la “negligencia” o el “descuido”. En este caso hay que destacar lo que se conoce como “imprudencia profesional”, que quiere decir que algunas conductas, cuyo riesgo es asumido socialmente (conductas lícitas) porque se obtiene algo valioso para la sociedad, se encargan a personas profesionalmente preparadas (conforme a las reglas de la profesión o *lex artis*), en este caso abogados y

⁶⁸STS 615/2000 de 1 de febrero de 2000.

⁶⁹STS 4121/2000 de 14 julio 2000.

⁷⁰DOMINGO DE LA BLANCA, I.M., “*De la deslealtad profesional de los abogados y procuradores: Análisis de las figuras delictivas tipificadas en el artículo 467 del Código Penal de 1995*” (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, Granada, 2015. p. 308.

procuradores, para que ejerzan ciertas actividades con mayor seguridad para el resto de la sociedad⁷¹.

Una última puntualización aquí es que el propio art. 467.2 CP limita el reproche penal a la imprudencia grave cuando establece “perjudique de forma manifiesta”. Ya hemos hablado del perjuicio y nos remitimos a ello, pero decir aquí que la llamada “imprudencia simple” o “simple descuido” entraría dentro del ámbito de las reglas deontológicas y disciplinarias de la profesión, porque el art. 467 CP tipifica las conductas más intolerables y que exceden de la mera negligencia sancionable disciplinariamente por el régimen deontológico de cada profesión⁷². Este tema es objeto de polémica.

E) Penalidad

En cuanto a la penalidad, el art. 467 CP establece que si los hechos constituyen una mala acción profesional del abogado o procurador, se impondrá una pena conjunta de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio, de uno a cuatro años. Además se añade que si los hechos se cometen por imprudencia grave, se impondrá pena conjunta de multa e inhabilitación por el mismo tiempo (6 a 12 meses).

2.2.3. *Aplicación al caso concreto*

Una vez aplicado al caso concreto los delitos antes estudiados y tras la lectura de diversa casuística, se va a analizar la posibilidad de subsumir los hechos en el tipo del delito de deslealtad profesional.

Tal y como dice la STS 307/2013 de 4 de marzo, el hecho de incorporar este artículo responde a “incriminar aquellas conductas más intolerables” que se den en el ejercicio de profesiones jurídicas porque si no, los comportamientos ilícitos en el desempeño de estas profesiones quedarían supeditados a las normas colegiales únicamente o a la exigencia de responsabilidad civil cuando haya culpa.

⁷¹ DOMINGO DE LA BLANCA, I.M., “*De la deslealtad profesional de los abogados y procuradores: Análisis de las figuras delictivas tipificadas en el artículo 467 del Código Penal de 1995*” (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, Granada, 2015. p. 311.

⁷² STS 237/2009, de 9 de mayo.

Es más, como dice otra STS 680/2012 de 17 de septiembre, este delito afecta a la Administración de Justicia porque “*no supone una vulneración de deberes contractuales entre las partes; (...). La afectación es indirecta pero cierta*” ya que la deslealtad de la profesión de abogado en este caso, menoscaba e incluso anula el derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde esta perspectiva jurisdiccional concluimos que la responsabilidad penal derivada de este delito sólo se da con las conductas que afecten directamente al funcionamiento de la Administración de Justicia y en este supuesto práctico hay dos actuaciones profesionales que nos interesan:

- primera; cuando el acusado aconseja iniciar un procedimiento concursal, que se extravía, se inicia otro que se inadmite y el primero extraviado también se inadmite.
- Segunda; momento a partir del cual se realiza la transferencia de la indemnización. Este es el que tenemos que tener en cuenta porque en el primero lo que existe es una falta de cuidado, que no es suficiente para que se derive una deslealtad profesional, además de que el motivo principal fue debido al incorrecto funcionamiento del propio juzgado, pese a que luego se inadmitió.

Se concluye que, de acuerdo con el supuesto, a fecha de octubre de 2016 ya se habían roto las relaciones profesionales con el acusado porque entendemos que ya se habían ejecutado la mayor parte de los bienes del patrimonio, y las subastas que se deberían de haber realizado era de cara a que los bienes ya habían sido ejecutados, por lo que no se trata de una gestión desleal frente a la administración de justicia; no se vulneran los intereses del cliente en los tribunales, el cliente no ha quedado “desprotegido” sino que el encargo era la gestión de las deudas, y en el caso de las subastas, siempre que no se hubiesen ejecutado.

La familia en todo momento y libremente han podido elegir un “gestor”, que en este caso es abogado, pero que podía haber elegido a cualquier otro, ya que la condición de gestor no es única de los profesionales del derecho, sino que cualquier persona con conocimientos económicos o financieros podría haber llevado a cabo las gestiones.

Por tanto, no se han menoscabado los intereses del cliente frente al derecho de defensa o al derecho a un proceso debido con todas las garantías.

3. CONSECUENCIAS JURIDICAS

En cuanto las consecuencias jurídicas del supuesto propuesto consideramos a Rafael, abogado en ejercicio en el momento de los hechos, como autor penalmente responsable de acuerdo con los artículos 27 y 28 CP, al haber ejecutado personal y directamente los hechos.

El delito cometido por el que se considera autor es un delito de administración desleal del artículo 252 CP actual. Y las consecuencias penales derivadas del hecho delictivo, en atención a la remisión penológica del anterior artículo, el art. 250 CP, se tipifican las siguientes modalidades agravadas del delito, y que a nuestro juicio se aplicarían dos:

- “Apdo. 4º: Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.
- “Apdo. 5º: El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”.

En primer lugar decir que antes de la reforma LO 5/2010 del CP, existía un único subtipo previsto en el art. 250.6 CP⁷³ que agrupaba los dos apartados anteriores pero tras la reforma, dice la STS 1039/ 2013, de 23 de diciembre, que “el subtipo se dividió en dos estableciendo un criterio absolutamente objetivo (valor de la defraudación) y otro subjetivo (el de especial gravedad)”⁷⁴, pero ambos con el mismo resultado penológico. Esto es así aunque se de en un apartado o dos porque la horquilla de la pena sigue siendo la misma (un año a seis años) salvo que se apreciase la circunstancia del párrafo 2º⁷⁵.

Una serie de puntualizaciones respecto de apartados de este art. 250 CP:

- Apdo. 6º: *“que se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”.*

En este caso la jurisprudencia entiende que el quebrantamiento de la confianza es propio del tipo de delito de la apropiación indebida y que particularmente en lo que se refiere a la relación abogado-cliente, no hay que dejar de lado que la deslealtad o el quebrantamiento

⁷³ “6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.

⁷⁴ STS 345/2015 de 17 junio de 2015.

⁷⁵ Art 250.2. “Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros”. Circunstancia hípervagrada.

de la confianza depositada por el perjudicado integra el delito, “se requiere algo más que evidencia ese aprovechamiento de la credibilidad profesional”⁷⁶. En todo momento la relación que existía entre el acusado y el cliente siempre fue estrictamente profesional, con la esperable relación de confianza en su condición de profesional del derecho. Por tanto, queda descartada.

- Apdo 1º: *“Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”*.

Lo tenemos que descartar por el tenor literal del mismo. “Cosas” de primera necesidad, viviendas etc. no caben en este supuesto porque aunque la Familia se encontraba en graves dificultades económicas y que posiblemente se haya comprometido el patrimonio con deudas sobre viviendas, ya queda protegido por el apdo. 4º, la especial situación económica causada.

Por lo tanto, en este caso y con lo expuesto anteriormente, atendiendo a la cuantía que excedía considerablemente de los 50.000 euros se aplicaría el art 250.5 CP (ya hemos dicho que el 4º también se aplicaría pero que llegaríamos a la misma solución no cumpliendo todos los presupuestos para la “híper-agravada”), la pena a imponer se encuentra entre un año y seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal por lo que hay que valorar el perjuicio económico causado.

- *Responsabilidad civil*

El art. 109 CP obliga a reparar los daños causados derivados de un delito. En el presente caso, la cantidad transferida por la Familia fue de 115.000 euros. El acusado efectuó tres entregas de 14.000 euros, con lo que el efectivo perjuicio económico a cuyo pago vendrá obligado el condenado será de 101.000 euros más intereses legales devengados hasta la fecha.

Valorando todos aspectos y a modo de resolución razonada del dictamen propuesto, calificaríamos los hechos con una pena de prisión de cuatro años y multa de ocho meses puesto que entiendo que el caso tiene unas características muy graves y reprochables. A saber; la difícil situación económica, el hecho de numerosos requerimientos, la falta de contestación acerca del destino del dinero, que la familia había confiado prácticamente toda

⁷⁶ STS 984/2008 de 23 de diciembre de 2008.

la indemnización con el objetivo de pagar sus deudas, (que podían no haberlo hechos, dejar de pagar deudas y quedarse con ese dinero). Justificamos la pena también en que el acusado no ha tenido intención ninguna de reparar el daño y en la conducta de falta total de ética profesional al haber emitido minuta de honorarios profesionales para intentar “justificarlo”.

Igualmente se le debería de imponer la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena de acuerdo con el art. 56 CP.

- *Responsabilidad de la Compañía Aseguradora*

La responsabilidad de la compañía aseguradora en cuanto a entidad con la que el Colegio de Abogados tenía suscrita una póliza de seguros por responsabilidad civil profesional de los letrados colegiados, es quien tiene la responsabilidad civil directa en este supuesto en base a lo expuesto a continuación.

La doctrina jurisprudencial⁷⁷ dice que la finalidad de los contratos de seguro profesional es la de “*dar seguridad a quien debe confiarse a los profesionales bajo su ámbito pues si no, de otro modo, perdería su propio contenido y esencia*”. Esto quiere decir que, el sentido del contrato de seguro de responsabilidad civil en la profesión de la abogacía es dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la abogacía de “*una garantía eficiente frente a terceros, de manera que quienes les contraten y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten de manera segura, “cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria”*”.

Además el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro incluye dentro de la cobertura objetiva del contrato, la responsabilidad civil derivada de daños negligentes o voluntarios (errores o faltas), que puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición frente al asegurado, en el caso de conducta dolosa de este.

Por todo esto, debemos concluir la que la compañía aseguradora es la responsable civil en la medida en que había suscrito la póliza de responsabilidad civil profesional como abogado del acusado Rafael.

⁷⁷ STS 588/2014 y ATS 952/2015 de 18 de junio de 2015. Entre otras.

4. CONCLUSIONES

Como ya he expuesto anteriormente, mi posición ha sido contraria a la más reciente doctrina jurisprudencial ya que, aunque a simple vista exista una apropiación indebida de dinero, en este caso, de la indemnización, he entendido que existe un tipo específico que se aplica a los casos de gestión profesional de un determinado patrimonio. Ese tipo es el de la administración desleal.

El objeto del debate ha sido las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales de antes y de después de la reforma, y yo me he posicionado en una corriente minoritaria pero que cada vez tiene más relevancia.

El gran debate continua en torno a que se considera apropiación definitiva porque según la jurisprudencia actual, la administración desleal constituye diversas modalidades como por ejemplo que se proporcione dinero o ventajas económicas a los competidores a cambio de faltar a los deberes propios del cargo o que se busque una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra o incluso que dentro de este concepto se engloben los usos temporales ilícitos de los bienes que posteriormente son restituidos. En todos estos casos, el TS considera que no existe una apropiación definitiva, sino temporal y por eso constituyen delito de administración desleal.

Ahora bien, a mi juicio, los arts. 252 y 253 CP regulan tipos delictivos bien delimitados porque nada impide que en el delito de administración desleal exista un comportamiento apropiatorio. Y no solo esto, sino que con la reforma se suprimió el título de administración del tipo de la apropiación indebida y se incluyó en el 252 CP la administración fraudulenta del patrimonio ajeno en la que se vulneran deberes genéricos de lealtad del administrador, motivo más que suficiente y que coincide con el de varios autores, en que el legislador ha querido reconducir el delito del derogado 295 CP.

Finalmente y como ya se ha explicado en cada apartado de “aplicación al caso concreto”, resumiremos que no se ha entendido un delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP por entender que no se dan todos los presupuestos del mismo, y que existe responsabilidad civil directa de la aseguradora por la póliza suscrita por el colegio de abogados que en su caso, podrá repetir contra el abogado-asegurado.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA

ANDRES DOMÍNGUEZ, A. C., “Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)”, en *La Ley* 5974/2016.

CASTELLO NICÁS N., “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, RECPC 19-06 (2017).

CASTRO MORENO, A., “art. 252” en *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el Patrimonio y socioeconómicos*. Arts 234-318. T. III (GOMEZ TOMILLO Dir), Cizur Menor (Navarra), 2015.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Código penal, doctrina y jurisprudencia”, Tomo III, Madrid, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., “Observatorio de derecho penal económico de 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos. KMPG. El nuevo artículo 252 del anteproyecto del código penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal”, *Diario la ley nº 8350* de 9 de julio de 2014.

DOMINGO DE LA BLANCA, I.M., “De la deslealtad profesional de los abogados y procuradores: Análisis de las figuras delictivas tipificadas en el artículo 467 del Código Penal de 1995” (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, Granada, 2015.

GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 CP y ss.)” en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (GONZALEZ CUSSAC (Dir.), Valencia, 2015.

GALVEZ JIMENEZ, A., “El delito de administración desleal (art. 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital”, Madrid, 2019.

JAVATO MARTIN, A.M., “Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras”, *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* 56, octubre-diciembre 2019.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. L., “La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles”, Madrid, 2015.

- MARCHENA GOMEZ, M., y GONZALEZ CUELLAR SERRANO, N., “La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015”, *Ediciones Jurídicas Castillo de Luna*, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35 (2015).
- MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Tirant lo Blanch, 21ª Edición. Valencia, 2017.
- NIETO MARTIN, A., “Administración desleal y apropiación indebida”, en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*, Madrid, 2018.
- NUÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación” en *Manual de derecho penal y económico de la empresa*”, 2ª Edición. Valencia, 2018.
- PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Un aproximación a su fundamento y límites”, *La Ley Penal nº128*, septiembre-octubre, 2017.
- PUEYO RODERO, J.A., “Aproximación al nuevo delito de administración desleal. Interferencias con la apropiación indebida de dinero”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13. Universidad de Deusto, Bilbao 2017.
- RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir). *Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- ROCA AGAPITO, Luis, “Delitos societarios”, *Derecho Penal Español, Parte Especial (II)*, (dir.) Álvarez García, J., Valencia, 2011,
- RUIZ BOSCH, S., “El delito de administración desleal de patrimonios ajenos”, en *Revista Foro FICP (Fundación internacional de ciencias penales) nº 3*, diciembre 2017.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I., “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, *La Ley Penal 5973/2016*.

6. RELACION DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Año 1998

STS 224/1998, de 26 de febrero de 1998, caso Argentinia Trust.

Año 2000

STS 615/2000 de 1 de febrero de 2000

STS 4121/2000 de 22 de mayo de 2000

STS 5848/2000 de 14 julio de 2000

Año 2001

SAP Madrid 23 abril de 2001

Año 2002

STS 867/2002 de 29 de julio de 2002, caso Banesto.

Año 2004

STS 4765/2004 de 5 de julio de 2004

Año 2005

STS 757/2005 de 10 de febrero de 2005

STS 915/2005, de 11 de julio de 2005

Año 2006

STS 841/2006, de 17 de julio de 2006

Año 2007

STS 1936/ 2007 de 13 de febrero de 2007

Año 2008

STS 121/2008, de 26 de febrero de 2008

STS 964/2008, de 23 de diciembre de 2008

Año 2009

1181/2009 de 18 de noviembre de 2009

Año 2011

STS 204/2011 de 23 de marzo de 2011

Año 2012

STS 3476/ 2012 de 30 de abril de 2012

STS 680/2012 de 17 de septiembre de 2012

STS 707/2012, de 20 de septiembre de 2012.

Año 2013

STS 307/2013 de 4 de marzo de 2013

STS 2104/2013 de 19 marzo de 2013

STS 517/2013, de 17 de junio de 2013

STS 1039/ 2013, de 23 de diciembre de 2013

Año 2014

STS 2392/2014 de 3 de junio de 2014

STS 5202/2014 de 19 de noviembre de 2014

Año 2015

STS 345/2015 de 17 junio de 2015

ATS 952/2015 de 18 de junio de 2015

STS 476/2015, de 13 de julio de 2015

Año 2016

STS 1228/2016 de 2 de marzo de 2016

STS 244/2016 de 30 de marzo de 2016

STS 332/2016 de 20 de abril de 2016

STS 683/2016 de 26 de julio de 2016

STS 700/2016 de 9 de septiembre de 2016

STS 906/2016, de 30 de noviembre de 2016

Año 2017

SAN 576/ 2017, de 31 de marzo de 2017

STS 739/2017, de 16 de noviembre de 2017

STS 772/2017, de 29 de noviembre de 2017

Año 2018

STS 316/2018, de 28 de junio de 2018

Año 2019

SAN 15/2019 de 25 de abril de 2019

STS 313/2019, de 17 de junio de 2019