



Universidad de Valladolid

MÁSTER EN ABOGACÍA Y PROCURA

FACULTAD DE DERECHO

**LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y
LA APROPIACIÓN INDEBEDIDA**

Autor: Carlos Quintana Haldón

Tutor: Antonio María Javato Martín

1. RELACIÓN DE HECHOS.....	Pág.4
2. CALIFICACIÓN JURÍDICA.....	Pág.4
2.1 El delito de administración desleal.....	Pág.4
2.1.1 Bien jurídico protegido, objeto material del delito y ámbito de aplicación.....	Pág.6
2.1.2 Tipo objetivo.....	Pág.7
2.1.2.1 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	Pág.7
2.1.2.2 Facultades y deberes del administrador.....	Pág.7
2.1.2.3 Conducta típica.....	Pág.9
2.1.2.4 Comisión por omisión.....	Pág.10
2.1.2.5 Prescripción y perseguibilidad del delito.....	Pág.12
2.1.2.6 Alcance del perjuicio producido.....	Pág.15
2.1.2.7 Atipicidad y consentimiento.....	Pág.16
2.1.3 Tipo subjetivo.....	Pág.17
2.1.4 Penalidad.....	Pág.18
2.1.4.1 Tipo básico.....	Pág.18
2.1.4.2 Tipo agravado.....	Pág.19
2.1.4.3 Tipo atenuado.....	Pág.20
2.2 El delito apropiación indebida.....	Pág.20
2.2.1 Bien jurídico protegido y objeto material del delito.....	Pág.21
2.2.2 Tipo objetivo.....	Pág.23
2.2.2.1 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	Pág.23
2.2.2.2 Obligación de entregar o devolver.....	Pág.23
2.2.2.3 Apropiación o negación de haber recibido.....	Pág.24
2.2.2.4 Conducta típica.....	Pág.24
2.2.2.5 Prescripción y perseguibilidad del delito.....	Pág.25

2.2.2.6 Alcance del perjuicio producido.....	Pág.25
2.2.3 Tipo subjetivo.....	Pág.25
2.2.4 Penalidad.....	Pág.26
2.2.4.1 Tipo básico.....	Pág.26
2.2.4.2 Tipo agravado.....	Pág.27
2.2.4.3 Tipo atenuado.....	Pág.27
2.3 Distinción entre delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida.....	Pág.28
2.4 Delito continuado.....	Pág.31
2.5 Aplicación al caso concreto.....	Pág.33
3. CONCLUSIONES.....	Pág.35
4. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.36
5. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	Pág.38

1. RELACIÓN DE HECHOS.

Adrián, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue nombrado administrador y tesorero de su comunidad de propietarios, encargado de llevar su administración en la horquilla temporal que va desde el 15/03/1996 al 28/12/2018, por lo cual estaba autorizado para acceder a la cuenta bancaria abierta por la mentada comunidad.

Durante ese período de tiempo, más concretamente entre el año 2015 hasta el año 2018, con el fin de obtener un ilícito beneficio, Adrián realizó cargos y disposiciones de fondos en la reseñada cuenta bancaria que no se correspondían con actuaciones que hubieran generado a favor de aquel el derecho a la percepción de cantidad alguna, llegando a apoderarse de manera improcedente y en su propio beneficio de una cantidad total de 2.984,00€ realizando diferentes operaciones bancarias, ninguna de ellas con un monto individual superior a 400€, que conllevaron a la extracción de un total de 3.884,04€ de los cuales, mediante sucesivas imposiciones tenidas lugar los días 20/06/2017 y 31/10/2018, 900€ fueron reintegrados a la cuenta bancaria antes reseñada.

No cabe duda que los hechos descritos suponen la comisión de varias conductas delictivas, las cuales van a ser analizadas en los diferentes epígrafes del presente dictamen.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA.

2.1 EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

Antes de la reforma del año 2015, el delito de administración desleal se encuadraba en el capítulo de delitos societarios como exponía el artículo 295:

“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 triplo del beneficio obtenido, ”

El nuevo delito de administración desleal, regulado en el artículo 252 del Código Penal queda como sigue:

“Serán castigados con las penas del artículo 248, o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultados 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.”

Las modificaciones dan como resultado que el delito de administración desleal pase a estar comprendido en los delitos contra el patrimonio ampliando su ámbito de aplicación a supuestos societarios, civiles y mercantiles, tanto público como privado.

Para comprender los motivos de esta modificación legislativa tendremos que acercarnos al punto XV del preámbulo de la reforma que expone lo siguiente:

“La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no solo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigen tal decisión”.

Este delito se caracteriza por el hecho de que una persona, administrador, al cual se le ha dado plenos poderes o que tenga facultades sobre un patrimonio lo gestiona de manera incorrecta causando un perjuicio económico al titular/es.

Si la persona que comete este delito sabe que está exponiendo y arriesgando el patrimonio que gestiona y para mayor abundamiento es consciente de ello, ya estaría cometiendo el delito de administración desleal. Con ello, llegamos a la conclusión, que no se exige ánimo de lucro a la hora de cometer este delito, sino que basta con exista dolo a la hora de actuar consintiendo el perjuicio que se ocasiona.

Como he explicado anteriormente, este tipo de delito se aplica, actualmente, tanto a casos de empresas o personas jurídicas como a cuando una persona gestiona el patrimonio de un tercero con el consentimiento de éste.

2.1.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, OBETO MATERIAL DEL DELITO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Antes de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, el delito de administración desleal societario protegía el patrimonio exclusivamente del campo societario. Actualmente, el delito de administración desleal genérico engloba como bien jurídico protegido al patrimonio¹, es decir, aquellos confiados a otro sujeto.

De forma más concreta, el Preámbulo XV de la reforma 1/2015 indica respecto al desplazamiento del delito societario al patrimonial se produjo porque por su naturaleza es el lugar que debe ocupar.

A lo que al objeto material del delito se refiere, si el bien jurídico protegido es el patrimonio general, este lo compone el patrimonio ajeno. Es importante, remarcar que las facultades a la hora de administrar, que posee el sujeto activo, no tienen por qué ser todas las que conforman el patrimonio del sujeto pasivo sino pueden ser elementos concretos del patrimonio.²

Respecto al ámbito de aplicación, al proteger el patrimonio ajeno tanto de personas físicas, jurídicas y patrimonios sin dueño de conductas alejadas de la lealtad, podemos llegar a la conclusión que actualmente el ámbito de aplicación del delito de administración desleal es más amplio que antes de llevarse a cabo la reforma. Todo ello se debe a que el nuevo artículo 252, al igual que el artículo 297, del Código Penal puede aplicarse a las sociedades en formación o irregulares, cuando antes de la reforma solo acudíamos al artículo 297 del Código Penal a través del antiguo artículo 295 de dicho Código.

¹ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 66.

² RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en QUINTERO OLIVARES, G., Comentario a la Reforma Penal de 2015”, Aranzadi, Pamplona, 2015.

2.1.2 TIPO OBJETIVO.

2.1.2.1 SUJETO ACTIVO Y PASIVO.

El sujeto activo sería cualquiera siempre que tenga facultades de administración sobre el patrimonio ajeno. Podemos añadir a esos administradores los administradores de hecho, como dice Castro Moreno³, los padres, tutores o albaceas en relación a los bienes de sus hijos incapaces o menores no emancipados.

El sujeto pasivo será ser el titular del patrimonio afectado, ya sea sujeto físico o jurídico, pudiendo ser estos últimos tanto privados como públicos, al igual que aquellos terceros titulares de intereses patrimoniales sobre el patrimonio administrado, aun no siendo titulares, siempre que el patrimonio que el sujeto activo administra sea ajeno para él⁴.

2.1.2.2 FACULTADES Y DEBERES DEL ADMINISTRADOR.

Esta figura tiene la suficiente importancia en este delito que sin este sujeto no existiría el delito de administración desleal. En el momento que una persona recibe facultades, de manera formal a través de un título, para administrar un patrimonio es el que se encarga de gestionarlo y ha de hacerlo de la misma forma como si fuera suyo.

Como establece la doctrina penal cabe la posibilidad de que un sujeto tenga las facultades necesarias para hacerse cargo del patrimonio, es decir, la persona que gestiona el patrimonio no tiene por qué ostentar el título de administrador.

La Jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 719/2015 de 10 de noviembre, expone:

³CASTRO 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.

⁴ RUIZ BOSCH, S., “*El delito de administración desleal de patrimonios ajenos*”, en Revista Foro FICP (Fundación internacional de ciencias penales) nº 3, diciembre 2017.

«Este nuevo precepto castiga a 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. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como en el derogado art. 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal»

Dicho esto, encontramos los tres tipos de facultades contenidas en la norma para fijar así los límites de la norma.

En primer lugar encontramos las facultades emanadas por la Ley, buen ejemplo de estas las encontramos en el artículo 164 y siguientes del Código Civil respecto a la imposición a los padres de la administración de los bienes de sus hijos.

En segundo lugar estaría las facultades encomendadas por la autoridad, como ejemplo mencionar a los interventores o administradores judiciales del artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y en último lugar, las facultades asumidas por negocio jurídico, es la forma más usual, como ejemplo tomamos las figuras de los administradores de fincas, de patrimonios y de sociedades mercantiles.

Siendo las dos primeras facultades impuestas al sujeto porque así lo establece la norma o autoridad sin que haya podido elegir las.

Para finalizar este epígrafe, analizaremos someramente el incumplimiento del deber específico de vigilancia en situaciones en las que las funciones se encuentren divididas entre varias personas. En este caso, nos podemos encontrar un trabajador no administrador realizando un acto perjudicial al patrimonio.

De Porres Ortiz de Urbina⁵, afirma que el sujeto activo del delito de administración desleal es quien contenga las facultades de administrar el patrimonio. No se puede equipar, sigue

⁵DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. El derecho. Septiembre, 2016.

afirmando el autor, el deber de control y vigilancia, que puede llegar a tener un trabajador dentro de una empresa, con las facultades de administración. Acaba exponiendo De Porres Ortiz, que el delito está conformado para sancionar la administración desleal y no el no cumplimiento de funciones de vigilancia y control que pueden adjudicarse a personas que no tengan funciones de administración.

Por su parte la Jurisprudencia, en su Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, afirma lo siguiente:

“Castiga el artículo 252 del Código Penal como autores a los que "teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico". No se debe limitar, por ello, a los administradores de derecho o, de hecho, o a los socios, sino que lo relevante es que, cualquiera que sea el título del cargo, el autor tenga facultad para administrar, siendo irrelevante la forma o funciones en que lo haga.”

2.1.2.3 CONDUCTA TÍPICA.

Consiste en infringir las facultades previstas de administración excediéndose en el ejercicio de estas produciendo un perjuicio en el patrimonio administrado. La conducta debe realizarse previamente al suceso que produce el daño a la hora de perjudicar al patrimonio administrado, excediendo e infringiendo las facultades administrativas.

Para que exista el delito de administración desleal debe de producirse el exceso de las facultades de administración no solo la infracción de los deberes de administración.

Dicho lo anterior entendemos al delito de administración desleal como un delito de resultado. La doctrina afirma al respecto que el artículo 252 del Código Penal exige un resultado concreto derivado de la conducta ilícita que provoca un perjuicio patrimonial.

El artículo 252 del Código Penal, desmenuza la administración desleal en las siguientes tres características:

- Ostentar las facultades de administración en un patrimonio ajeno.
- Excederse en el ejercicio de las facultades.
- Causar un perjuicio.

Lo mismo establece la Sentencia 23/2019 de 11 de diciembre de la Audiencia Provincial de Guadalajara:

“De manera que son tres sus elementos, el ostentar facultades de administración de un patrimonio ajeno; excederse en el ejercicio de su facultades, tanto abusando de las mismas como no actuando con la diligencia exigible, hasta el punto que causa perjuicios frente a terceros, y finalmente, efectivamente, el perjuicio patrimonial que puede configurarse tanto como una pérdida patrimonial efectiva, como de ganancia.”

Respecto al resultado típico, debe de ser un perjuicio patrimonial que se pueda evaluar económicamente.

2.1.2.4 COMISIÓN POR OMISIÓN.

La doctrina en este aspecto está dividida, parte de ella argumenta que sí existe comisión por omisión en la administración desleal porque se requiere no una infracción del deber sino un exceso en el ejercicio de la administración y la otra parte de la doctrina que arguye que no existe porque no hay problema en incluir a todos aquellos que tiene la facultad de gestionar y deja de hacerlo, esta división de la doctrina se debe a que el precepto no contempla expresamente haciendo solo referencia a la acción.

Romeo Casabona⁶, entiende como comisión por omisión aquellos delitos resultantes de los delitos de resultado tanto de la parte específica del Código Penal como de la cláusula general del artículo 11 del Código Penal.

Por lo anterior, el Tribunal Supremo en sus sentencias, de la sala de lo Penal, 537/2005, de 25 de abril, 64/2012, de 27 de enero y 459/2013 de 28 de mayo, expone los siguientes requisitos:

-Una situación típica.

⁶ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 155.

Siendo aquella que pone en riesgo la protección de un bien jurídico tutelado, entendiéndose como la protección del patrimonio administrado.

-La posición de garante.

Romeo Casabona dice:

“Aquellos obligados por un especial deber jurídico, ... por tanto, solo podrá cometer un delito en comisión por omisión aquel que, por su estado, posición, cargo o actuar precedente esté especial y jurídicamente obligado (sin que baste una con una obligación ética, como la que provendría, p. ej. De un Código deontológico) a evitar el resultado”

Es por ello, que el sujeto que tiene las facultades de administración debe velar por la protección del patrimonio que administra, tomando medidas, si es necesarios, para evitar la aparición de un perjuicio.

-La producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Sería necesario observar la unión entre un resultado que provoque un perjuicio al patrimonio y la omisión de las facultades de administración que tiene el sujeto.

Una vez que hemos examinado lo expuesto por la jurisprudencia, es el momento de ahondar en lo que establece la doctrina sobre la inclusión de la omisión como comisión en el delito de administración desleal.

De manera afirmativa se manifiesta Gálvez Jiménez⁷, al declarar que el delito de administración desleal admite la comisión por omisión, realizando una crítica al legislador al no haber incorporado este la comisión por omisión afirmando lo siguiente:

“Tomando como referencia el concepto de perjuicio que hemos defendido, consideramos que las conductas omisivas que pueden ser enjuiciadas a través del art. 252 CP, son aquellas en las que el administrador omite un comportamiento que hubiese generado un aumento patrimonial social esperado, o bien, otras en las que el administrador no impide que el patrimonio social sufra una disminución a pesar de que podría haberlo evitado.”

⁷GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 254 a 256.

Negativamente se manifiesta CASTRO MORENO⁸, admite el autor que sí se admite la comisión por omisión solo se sanciona la infracción de un deber, a su vez, también expone que el artículo 252 del Código Penal al tipificar el exceso requiere de una conducta típica.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 906/2016, de 30 de noviembre, responde a lo planteado de la siguiente manera:

“Con carácter general, la cuestión debe ser respondida afirmativamente, pues, desde el punto de vista teórico, los delitos de infracción de deber se cometen ordinariamente mediante la omisión del acto debido. La causación de un perjuicio, prevista en el tipo, puede tener lugar por una conducta tanto activa como omisiva. En la redacción actual del artículo 252, pudiera plantear algún problema interpretativo la expresión típica "excediéndose en su ejercicio", que parece referirse a una conducta activa. Sin embargo, en principio, las facultades para administrar comprenden tanto la posibilidad de adoptar una decisión de hacer como de no hacer. La decisión de no hacer es igualmente ejercicio de la facultad de administrar, puede considerarse un exceso, según el caso, y puede ser el origen del perjuicio.”

2.1.2.5 PRESCRIPCIÓN Y PERSEGUIBILIDAD DEL DELITO.

La prescripción establece un plazo determinado para que una acción judicial pueda iniciarse. En el delito de administración desleal, la prescripción abarca el tiempo que tiene la víctima para denunciar el delito.

Según el Código Penal, el delito de administración desleal prescribe a los cinco años, a contar desde el día en el que se cometió el delito. Hay que tener en cuenta que este plazo empieza a contar desde que la víctima tiene conocimiento del delito o de su autor. Existen circunstancias que afectan a la prescripción haciendo que el plazo se pueda extender o interrumpir.

⁸CASTRO MORENO, Abraham; *Comentarios prácticos al Código Penal*, Editorial Thomson Reuters. Pág. 206.

La prescripción del delito de administración desleal queda interrumpida cuando se inicia en su contra un procedimiento penal, independientemente de que lo inicie por iniciativa el Ministerio Fiscal o por denuncia la empresa afectada. Esto significa que si el sujeto pasivo inicia una acción legal, el plazo de prescripción se detiene reiniciándose desde cero una vez finalizado el proceso.

Entra en juego la cuestión de qué ocurre si el delito de administración desleal después de varios años de haber sido cometido queda descubierto, para ello, el plazo de prescripción empieza a contar desde que se descubre el delito. En el caso de que hayan transcurrido más de diez años desde su comisión, ya no podría ser perseguido.

Respecto a la afectación de la responsabilidad civil, hay que tener en cuenta que la prescripción del delito no afecta a la hora de reparar el daño al sujeto pasivo. La responsabilidad civil puede ser reclamada después de que el delito haya prescrito.

Antes de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para perseguir el delito de administración desleal se seguía lo aplicado en el artículo 296 del Código Penal:

“1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”

2. “No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.”

Lo anterior permitía que se iniciase el procedimiento mediante denuncia del agraviado, teniendo como excepción si el mismo fuera menor de edad, artículo 105.2 LECrim:

“En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.»

Todo ello por cuanto los delitos societarios son tratados como delitos semipúblicos o semiprivados⁹.

Posterior a la reforma, se suprime el artículo 295 del Código Penal creándose el actual artículo 252 en el mismo Código pero ahora dentro de los delitos patrimoniales provocando que no se aplique lo establecido en el artículo 296 del Código, pasando a tener carácter de delito público el delito de administración desleal.

Es por ello, que para ejercitar la acción penal están legitimados el agraviado, el perjudicado, los terceros perjudicados de manera indirecta y cualquier sujeto que sin ser afectado tenga el conocimiento del delito.

Otra de las consecuencias de la reforma es la aplicación de la “excusa absolutoria” a lo que respecta el artículo 268 del Código Penal. En él se argumenta la exención de responsabilidad penal cuando los sujetos activo y pasivo, respectivamente, del delito patrimonial sean parientes.

Sobre lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo 618/2010 de 23 de junio, expone:

“La razón de ser de la «excusa absolutoria» de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 porque ello, suele provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”.

⁹ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art.252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital.)* 1ª edición. Editorial Dykinson, Pg. 367.

2.1.2.6 ALCANCE DEL PERJUICIO PRODUCIDO.

Es uno de los elementos que más controversia ha creado, conflicto que se ahonda aún más por la nula referencia en la reforma del Código Penal en lo que a definición de perjuicio se refiere.

Será necesario desarrollar dos elementos importantes como son el patrimonio y el perjuicio.

Respecto del patrimonio haremos referencia a las definiciones tanto en el ámbito jurídico, económico, jurídico/económico y personal.

A) **Ámbito Jurídico.**

El patrimonio está formado por todos los derechos patrimoniales reconocidos por normas jurídicas, careciendo de importancia el valor numérico de cada bien.

B) **Ámbito económico.**

A diferencia del anterior, se utilizaría el valor numérico del bien¹⁰. Ello se aplicaba en relación con el extinto artículo 295 del Código Penal.

C) **Ámbito jurídico/económico.**

Combinación de los dos anteriores, determina al patrimonio como la totalidad de bienes y derechos que están relacionados al sujeto por una norma jurídica teniendo una valoración económica¹¹.

D) **Ámbito personal.**

Tiene relación con la finalidad que la persona le da al patrimonio, que se produzca o no un perjuicio dependerá de esa finalidad que se le ha otorgado al bien, sin tener ninguna referencia sobre el valor económico del bien.¹²

¹⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016, Pág. 8.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, (20ª edición), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, Pág. 324.

¹² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *la reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Editorial Aranzadi, 2015. Pág. 77.

A lo que al perjuicio respecta, encontramos la opinión de De Porres Ortiz De Urbina, que entiende al perjuicio como la disminución patrimonial y como la frustración de un incremento o aplicación del patrimonio para una finalidad no autorizada por parte del administrado¹³.

Finalmente, Pastor Muñoz¹⁴ sobre si todo perjuicio patrimonial se debe de entender como típico en base a lo que expone el artículo 252 del Código Penal, afirma lo siguiente:

“Si pretendemos que la figura de la administración de patrimonios ajenos tenga sentido, debe existir un espacio de riesgo permitido – de lo contrario, la norma del art. 252 CP exigiría del autor que renuncie a su puesto de administrador, pues ese sería el único modo de eliminar todo riesgo para el patrimonio administrado.

2.1.2.7 ATIPICIDAD Y CONSENTIMIENTO.

La doctrina define al consentimiento como el acto de disposición del titular del bien protegido en el tipo delictivo, en el que renuncia a la protección disminuyendo así la perseguibilidad de la conducta. El consentimiento se encuentra aceptado como causa de atipicidad en los delitos patrimoniales puesto el sujeto activo actúa en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo.

Es suficiente con que el consentimiento sea libre y no exista engaño o coacción, pudiendo ser oral o escrito, que sea anterior o simultáneo a la acción y que el interesado tenga conocimiento de la trascendencia que existe para el bien prestar el consentimiento a un tercero para que ejecute la acción¹⁵.

¹³DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. El derecho. Septiembre, 2016.

¹⁴ PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016, Pág. 16.

No existe problemática cuando nos enfrentamos a patrimonios cuya titularidad es de una persona física o jurídica; en cambio, sí existe dicha problemática cuando la titularidad recae sobre sociedades mercantiles. Cuando esto ocurre tendríamos que tomar como titulares a la sociedad mercantil en cuestión o a los socios, depositarios, cuentapartícipes que aparecían en el antiguo artículo 295 del Código Penal.

Según algunos autores, como Gálvez Jiménez¹⁶, con la nueva redacción del delito de administración desleal, la legitimada para consentir el acto que puede ser perjudicial para el patrimonio es la sociedad mercantil.

Por su parte, la Jurisprudencia en la sentencia 316/2018, de 28 de junio, del Tribunal Supremo en la que un administrador es sentenciado por administración desleal, desestima lo recurrido:

“La expresa autorización a través de su ratificación, por el socio único de la sociedad CARBUASTUR S.L. de la totalidad de las actuaciones de administración realizadas por D. Baltasar durante el tiempo en que ejerció el cargo de Administrador de la misma, excluye a nuestro juicio la tipicidad de los hechos... Dicho consentimiento de la sociedad, expresado a través del socio único de la misma, constituye a juicio de esta parte una causa de atipicidad por irrelevancia jurídica general”.

2.1.3 TIPO SUBJETIVO.

El delito objeto de nuestro dictamen es de tipo doloso, no admite la comisión imprudente, dicho esto, es necesario que el sujeto activo sea consciente que tiene el deber de velar por el patrimonio administrado sabiendo que puede producir un perjuicio en el caso de no hacerlo de manera correcta.

¹⁵ ROMEO CASABONA, Carlos; SOLA RECHE, ESTEBAN; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General. 2da edición.* Editorial Comares, Pág. 254.

¹⁶ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital.* 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 254 a 290.

Cabe hacer mención en este epígrafe al ánimo de lucro, el cual no es necesario porque es suficiente con cometer un perjuicio sin necesidad de tener ánimo de enriquecerse, ya que es un delito de daños, todo lo contrario ocurre en la estafa y en la apropiación indebida.

Para definir de manera correcta al ánimo de lucro podemos acudir a la Sentencia 1206/2005 de 14 de octubre del Tribunal Supremo que lo define de la siguiente manera:

“Como hemos visto, es la existencia de ánimo de lucro en el agente delictivo, entendiendo por tal una ventaja económica de cualquier género que produzca, a su vez, el oportuno perjuicio en el sujeto pasivo del delito.”

Anteriormente a la reforma de 2015, el ánimo de lucro sí estaba incluido en el delito de administración desleal, hay autores, como Gálvez Jiménez,¹⁷ que señalan que la exclusión del ánimo de lucro del delito de administración desleal es debido a que algunos administradores tendrían la posibilidad de que después de haber cometido un perjuicio patrimonial aprovechan el entramado societario para hacer difícil la prueba del propósito de lucrarse.

Finalmente, hay que hacer mención a la consumación, que necesita de un perjuicio patrimonial, la naturaleza de dicho perjuicio tiene que ser patrimonial o económica, es por ello, que se posiciona en las defraudaciones patrimoniales. En el perjuicio patrimonial cabría incluir tanto el daño emergente como el lucro cesante o, en su caso, la ganancia que se deja de obtener.

2.1.4 PENALIDAD.

2.1.4.1 TIPO BÁSICO.

En este caso nos remitimos al artículo 249 del Código Penal, delito básico de estafa, en el que se establece la pena de prisión de 6 meses a 3 años:

Artículo 249 Código Penal:

¹⁷ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 283 y 284.

“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”.

2.1.4.2 TIPO AGRAVADO.

Atendemos a lo expuesto en el artículo 250 del Código Penal, delito agravado de estafa, con pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses siempre que concurren determinadas circunstancias.

Artículo 250 Código Penal:

“1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

- 1. ° Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.*
- 2. ° Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.*
- 3. ° Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.*
- 4. ° Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.*
- 5. ° El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.*
- 6. ° Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.*

7. ° Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

8. ° Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

2. Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4. °, 5. °, 6. ° ó 7.° con la del numeral 1.° 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€”.

2.1.4.3 TIPO ATENUADO.

Por la baja cuantía del perjuicio patrimonial, estableciendo ésta en cualquier monto inferior a los 400 euros o menos, se impondrá una pena de multa de 1 a 3 meses.

2.2 EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

El artículo 253.1 del Código Penal regula el delito de apropiación indebida al establecer lo siguiente:

“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”.

Podríamos decir que existe apropiación indebida en las situaciones en las que alguien recibe la cosa por título que produzca la obligación de entregarla o devolverla y en vez de ello lo que hace es incorporarla a su patrimonio de manera definitiva. Se recoge en los

delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en el Capítulo de las defraudaciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece cinco elementos para que exista el delito de apropiación indebida:

- Haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título.
- El título por el que se recibe la cosa mueble o el dinero ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble o ese dinero.
- La acción delictiva, aquella que justifica la antijuridicidad penal, aparece definida con los termino distraer o apropiar en perjuicio de otro
- Doble resultado de enriquecimiento respecto del sujeto activo y de empobrecimiento patrimonial agraviado
- Debe concurrir necesariamente el dolo que, como requisito genérico de carácter subjetivo, tiene que acompañar a la acción que el tipo describe.

2.2.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y OBJETO MATERIAL DEL DELITO.

La doctrina establece el bien jurídico protegido en el derecho de propiedad de los bienes muebles aunque también existe casos de apropiación indebida de dinero. En casos de insolvencia, aparte del derecho de propiedad, se protege el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor, con lo que se castiga el incumplimiento del deudor del deber de mantener su patrimonio para el pago de las deudas.

Respecto a la doctrina, ZUGALDÍA ESPINAR¹⁸ y GÓMEZ BENÍTEZ¹⁹, explican que la apropiación indebida constituye un delito contra la propiedad, entendiéndose como la

¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. (1998). Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid: Akal.

¹⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J. (2004). "Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la jurisprudencia". *Actualidad jurídica Aranzadi* N° 608, 2004.

privación al sujeto de todas las facultades inherentes al dominio.

Autores como DE LA MATA BARRANCO²⁰ o MANJÓN-CABEZA²¹, explican que el bien jurídico es alternativo, el derecho de propiedad se protege cuando se trata de bienes no fungibles, por otro lado, en los bienes fungibles, se protegería el derecho al cumplimiento de la obligación de devolver, en el caso de dinero sería el derecho de crédito.

En referencia a la jurisprudencia, el TS sostiene que no se puede decir de manera absoluta que el bien jurídico protegido sea la propiedad, en función de que pueden ser objeto de este delito las cosas fungibles. También ha defendido el TS como objeto de protección la confianza como interés individualizable o como bien colectivo.

Respecto al objeto material del delito es una cosa mueble, en la que se excluyen las cosas inmuebles, la cual ha de ser recibida en virtud de un título legítimo. Respecto a la fungibilidad, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²² establece que siempre que no sean fungibles, por otra parte, BOIX REIG²³ afirma que pueden tratarse de cosas fungibles o no fungibles.

En tema dinerario, la conducta será típica cuando se impida de manera definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo.

Un sector doctrinal establece que la identidad entre la cosa recibida y aquella de la que el sujeto se apropia o niega haber recibido en el caso de las cosas fungibles. El TS ha llegado a condenar por apropiación indebida casos en los que no se produce la identidad entre lo recibido y lo apropiado como refleja la STS de 26 de noviembre de 2004.

²⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. (1994). *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Barcelona: PPU.

²¹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (1998). *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*. Madrid: Civitas.

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2015). *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las solvencias punibles*. Navarra: Thomson Reuters Proview.

²³ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid: Iustel.

2.2.2 TIPO OBJETIVO.

2.2.2.1 SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.

El sujeto activo es el que ha recibido la cosa a través de un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla. No sería sujeto activo el propietario de la cosa, mientras que el sujeto pasivo es el propietario de la cosa mueble, efectos o valores.

El Tribunal Supremo ha establecido, en su STS de enero de 2006, que el círculo de posibles sujetos activos será para los que han recibido el objeto del delito a través de unas relaciones jurídicas, solo ellos pueden quebrantar la confianza que se protege con el bien jurídico de la propiedad.

Cuando la persona obligada a devolver la cosa sea una persona jurídica, el directivo de la misma no podrá ser el autor, pero podrá responder a través del artículo 31 del Código Penal en el que vienen recogidas las actuaciones en nombre de otro.

2.2.2.2 OBLIGACIÓN DE ENTREGAR O DEVOLVER.

Para que se produzca la conducta típica tiene que existir una relación con la obligación por la cual el sujeto recibe el objeto o el dinero.

El art. 253 CP establece “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”.

De ello se deduce que las cosas muebles tienen que ser recibidas en depósito, comisión o custodia o a través de otro título que obligue a entregar o devolver la cosa, este último precepto es de numerus apertus, es decir, incluye cualquier negocio jurídico que produzca la obligación de devolver.

Para el Tribunal Supremo no toda relación que conlleve una obligación de entregar o devolver tiene que ser un delito de apropiación indebida.

Respecto al dinero, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020 expone que el sujeto, que se apropiare del dinero recibido en depósito, comisión o custodia, cometa apropiación indebida.

2.2.2.3 APROPIACIÓN O NEGACIÓN DE HABER RECIBIDO.

La apropiación es uno de los requisitos que tiene que cumplir el sujeto para ser considerado autor de un delito de apropiación indebida. No solo se debe dar la situación de un mal uso de la cosa que se tiene en posesión, sino que tiene que cumplirse el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver la cosa recibida.

Con lo anterior, se confirma la idea de la doctrina mayoritaria, es decir, la apropiación indebida requiere la apropiación de manera definitiva de la cosa al incumplir la obligación de devolver o entregar la cosa recibida.²⁴

Lo anteriormente dicho conlleva que el sujeto que recibe la cosa o el dinero le dé una finalidad distinta de la que le corresponde, es decir, no solo equivale a convertirse de manera ilícita en su dueño sino a actuar de manera ilícita sobre el bien.

Respecto a la negación de haber recibido es la situación en la que existe la reclamación de la cosa y el sujeto, faltando a la verdad, niega haber recibido la cosa. Es imprescindible la acreditación de que la cosa se ha recibido a través de un título con la obligación de devolverla o entregarla. La negación no lleva aparejada la disposición de la cosa pero debe suponer la negativa a devolverla.²⁵

2.2.2.4 CONDUCTA TÍPICA.

El actual artículo 253 del Código Penal establece que la conducta típica constituye la recepción de la cosa en virtud de un título traslativo de la posesión, es decir, que exista un desplazamiento del patrimonio y la entrega de manera efectiva de la cosa.

El mencionado artículo realiza una enumeración²⁶ que conlleva la admisión de situaciones similares siempre que exista la transmisión de la cosa y haya que entregarla.

²⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. (2016). "Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)". *La ley digital* N° 5974, 2016).

²⁵ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid: Iustel.

²⁶ 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.

2.2.2.5 PRESCRIPCIÓN Y PERSEGUIBILIDAD DEL DELITO.

Los plazos de prescripción que corresponden a los delitos de apropiación indebida son:

- A la apropiación indebida del artículo 253 se le impondrán iguales penas que a los delitos de estafa, por lo que el delito prescribe en los mismos plazos.
- Al supuesto residual del delito de apropiación indebida del artículo 254, penado con multa de 3 a 6 meses, se le aplica el plazo de prescripción de 5 años.
- Si la apropiación indebida recae sobre objetos de especial valor, el delito está penado con prisión de 6 meses a 2 años, y prescribe a los 5 años.
- Si la cuantía de lo apropiado no excede de 400 euros, se trata de un delito leve castigado con multa de 1 a 2 meses, y prescribe al año.

2.2.2.6 ALCANCE DEL PERJUICIO PRODUCIDO.

El perjuicio consiste en la pérdida del valor económico de la cosa por parte del dueño y el enriquecimiento del autor al incorporarla a su patrimonio. Basta con que se haya dañado las facultades de disposición del dueño, por ende, deben de excluirse las conductas en las que existe compensación de deudas.

2.2.3 TIPO SUBJETIVO.

La apropiación indebida es un delito doloso. Ello conlleva que el sujeto sabe que la cosa o el dinero es ajena/o, que tiene la obligación de entregar o devolver y que con su actuación incumple la obligación²⁷. Por lo cual, el querer devolver la cosa después de la apropiación no excluye la existencia de dolo pero puede dar lugar a la situación de impunidad por desestimiento voluntario, esta situación con lleva dolo eventual como bien afirma el Tribunal Supremo²⁸. A su vez, se requiere un ánimo de lucro (“*animus rem sibi habendi*”), en otras palabras, enriquecerse de la conducta que hace que queden

²⁷ 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.

²⁸ STS de 10 de febrero de 2005 y STS 24-6-2008.

excluidos cualquier opción de uso normal de la cosa o dinero²⁹.

Podemos afirmar que la apropiación indebida es un delito de resultado lesivo, en tanto en cuanto la apropiación se haga en perjuicio de un tercero³⁰.

Volviendo al ánimo de lucro hay que saber diferenciar la existencia del propósito de atribución y el de enriquecimiento³¹.

A lo que propósito de atribución se refiere, parece ser que sin voluntad de atribución no hay acción, es decir, el sujeto actúa con el conocimiento de que tiene la cosa y que ello conlleva la obligación de devolverla. Respecto al enriquecimiento, este sería el resultado de incumplir la obligación de manera dolosa.

2.2.4 PENALIDAD.

Existe una remisión penológica al delito de estafa y sus agravantes como indican los artículos 249 y 250 del Código Penal.

2.2.4.1 TIPO BÁSICO.

El tipo básico castiga este delito con penas de prisión de 6 meses a 3 años. Para fijar esta pena, el artículo 248 del Código Penal dice que “*se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción*”.

Si lo apropiado de manera indebida no excede de 40 euros la pena será de multa de 1 a 3 meses.

²⁹ ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, en *Derecho Penal Español, Parte Especial (II)*, (dir.) ÁLVAREZ GARCÍA J., Valencia, 2011, p. 311.

³⁰ 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.

³¹ VIVES ANTÓN, T. G. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

2.2.4.2 TIPO AGRAVADO.

Tras la reforma de la LO/2015, el Código Penal recoge los tipos agravados del delito de apropiación indebida en el artículo 250 de dicho Código.

Existirá una agravación de la pena cuando:

- Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
- Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
- Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
- El valor de la defraudación supere 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas.
- Se cometa con abuso de las relaciones personales existente entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.
- Se cometa estafa procesal, incluyendo la manipulación de las pruebas e un procedimiento judicial.
- Concurra reincidencia. Se daría cuando al delinquir, el culpable hubiera sido condenado al menos por 3 delitos de defraudaciones.

Si concurre alguna de estas circunstancias, el Código Penal castiga con penas de prisión de 1 a 6 años y multas de 6 a 12 meses.

2.2.4.3 TIPO ATENUADO.

El tipo atenuado del delito de apropiación indebida viene regulado en el artículo 254 del Código Penal. La pena será de 3 a 6 meses con las siguientes excepciones:

- En caso de que se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico la pena será de prisión de 6 meses a 2 años.

2.3 DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

Respecto a la apropiación indebida, ésta se encuentra regulada en los artículos 253³² y 254 del Código Penal.

La principal diferencia, entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, la encontramos en que en la administración desleal el sujeto activo tiene facultades mucho más extensas de administración que el sujeto activo de la apropiación indebida.

En otras palabras, en el delito de administración desleal el vulnerador tiene permiso para llevar a cabo esa administración y gestión, mientras que en el delito de apropiación indebida solo tiene el depósito, comisión o custodia de los bienes del patrimonio.

Es por ello, que la jurisprudencia diferencia entre ambos delitos la disposición de los bienes con carácter definitivo en la apropiación indebida y en la administración desleal el abuso sobre los bienes pero sin la pérdida definitiva de los mismos.

Esta última línea jurisprudencial ha sido catalogada como la dominante en los momentos previos a la reforma de 2015. La doctrina defendió que el delito antiguo del artículo 252 del Código Penal debería de quedar reservado para los supuestos en los que existiese una

³² Art. 253 Código Penal:

«1. 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».

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

auténtica apropiación de bienes fuese en beneficio del autor o en beneficio de un tercero. Por su parte, el delito societario de administración desleal iba aplicado a usos ilícitos no dominicales en que no se producía el incumplimiento definitivo de entregar o devolver, solo existía la extralimitación de las facultades del administrador produciendo un perjuicio en el patrimonio administrado.

La discusión gira en torno a si la conducta, de un sujeto que tiene facultades de administración y se apropia de dinero u otro bien, tiene cabida en el delito de administración desleal o debería de subsumirse en el delito de apropiación indebida.

A favor de la segunda opción encontramos a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que mantiene la temporalidad a la hora de disponer los bienes. Es decir, si el administrador se apropia de manera definitiva los bienes estamos ante apropiación indebida; si por su parte, si la apropiación no es definitiva deberá aplicarse el delito de administración desleal.

Por su parte, tanto NÚÑEZ CASTAÑO y GILI PASCUAL están a favor de englobar los comportamientos apropiatorios del administrador en el artículo 252 del Código Penal, haciéndolo en base a la teoría de los excesos. GILI PASCUAL parte de la esencia del actual artículo 252 que reside en el abuso de poder que tiene el administrador sobre el patrimonio que administra, en cambio, en la apropiación indebida lo que se infringe es el deber de entrega o devolución de la cosa.

NÚÑEZ CASTAÑO piensa de manera similar, para ella el abuso de poder del administrador es un elemento esencial del nuevo delito del artículo 252 sin valorar la importancia de si la apropiación es temporal o definitiva. Por su parte, la apropiación indebida se configura como ejercitar un poder que carece el administrador por completo debido a que no tiene competencia a la hora de decidir el destino de los bienes.

También se engloban en esta teoría SEGRELLES DE ARENAZA Y GÁLVEZ JIMÉNEZ. Destaca el primero que el legislador ha dejado claro que la administración tiene regulación propia desde el 2015 y se le ha dedicado el actual artículo 252. La segunda defiende que el administrador que se apropia el dinero que debe administrar será sancionado por el artículo 252 y no por el 253, aunque para la autora es necesario que la apropiación la realice en el ejercicio de sus facultades, si no sucediese entonces estaríamos antes un delito de apropiación indebida.

De lo anterior discrepa NIETO MARTÍN, para este autor el artículo 252 del Código Penal contiene dos subtipos, por un lado los excesos en la capacidad de disposición que incorporan las conductas incluidas en el artículo 295 y por otro los excesos en la capacidad de gestión en los que se incluirían los casos de administración desleal que la jurisprudencia castigaba en la variante de administración desleal contenida en la apropiación indebida.

En el Preámbulo de la reforma 1/2015, de 30 de marzo, su apartado XV expone:

“Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida...quien recibe de otro, dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.”

La exposición de motivos de la reforma del Código Penal explica lo siguiente:

“Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error”.

La Jurisprudencia, por su parte, abarca este asunto en diferentes sentencias, mero ejemplo de ello puede ser la 136/2016, de 2 de marzo, en la que el apartado sexto, expresa lo siguiente:

“En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de

administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la 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 todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.”

Con la reforma, actualmente, el delito de apropiación indebida lo comete el sujeto que recibe la posesión de una cosa mueble por un título estando a obligado a devolver o entregar dicha cosa, y en vez de entregarla, realiza un acto que conlleva el incumplimiento de esta obligación. A su vez, comete un delito de administración desleal quien teniendo facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno, sin tener ánimo de apropiación, realiza sobre él sin estar autorizado, actuaciones que causan un perjuicio al administrado.

2.4 DELITO CONTINUADO.

El delito continuado regulado en el artículo 74.1 del Código Penal puede relacionarse con el artículo 252 del Código Penal. Consiste en varias acciones en distinto tiempo que infringen la misma norma en distintas ocasiones. Una de las características del delito continuado porque cada acción un delito ya consumado o intentado pero todas esas acciones se valoran como un solo delito. El delito continuado no se aplica a delitos culposos, sino solo a los delitos dolosos, al igual que a las infracciones no enjuiciadas.

El tipo básico del delito continuado está regulado en el artículo 74 del Código Penal:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

Por infracción más grave se entiende la que lleva aparejada una pena más grave según lo establecido en el artículo 33 del Código Penal. Cuando son penas de igual gravedad se puede optar por cualquiera de ellas.

Ello supone una agravación de la pena alternativa, teniendo que ser argumentada por el Tribunal y fundada en la gravedad en los hechos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2021 establece los requisitos del delito continuado:

- Un elemento fáctico.
- Identidad de sujeto activo.
- El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice “*en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.
- Homogeneidad en el *modus operandi*.
- El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados.
- Cierta conexidad espacio-temporal, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo.

El sujeto que tiene facultades para administrar un patrimonio realiza varias acciones delictivas. Esta pluralidad de conductas se realiza en un corto espacio temporal. Durante esta horquilla de tiempo, el sujeto que ejecuta cada uno de los delitos no tiene por qué perjudicar siempre al patrimonio en una cantidad mayor de cuatrocientos euros. De esta manera las acciones de este sujeto pueden provocar la consumación del delito de administración desleal del tipo básico o del atenuado o de ambos a la vez.

Mención aparte hay que hacer del delito de masa, regulado en el artículo 74.2 del Código Penal, que sucede cuando los perjudicados son un número de personas. El delito de masa queda excluido del delito de administración desleal. Ello es debido a que uno de los requisitos del delito de masa es que tiene que afectar a un número indeterminado de personas, situación que no se cumple con lo expuesto en el artículo 252 del Código Penal.

Dispone el art. 74.2 CP que “*Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la*

extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”.

Cuando el artículo 74.2 del Código Penal referencia la palabra “personas” da a entender que se refiere a personas físicas y se entiende que cuando el delito del artículo 252 del Código Penal acaece en el ámbito de las sociedades de capital y se perjudica al patrimonio social, el único sujeto pasivo es una persona jurídica.

La pena en infracciones contra el patrimonio se verá agravada, se tendrá en cuenta el daño total causado, sumando todas las cuantías de las distintas infracciones

Finalmente, si nos remitimos al artículo 74.3 del Código Penal, observaremos que lo anterior no es aplicable cuando el delito es contra bienes estrictamente personales aunque con la excepción de que podría existir continuidad delictiva en los delitos contra el honor, la libertad o indemnidad sexual contra un mismo sujeto. Dicho artículo lo expone de la siguiente manera:

“Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

2.5 APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Aplicando todo lo expuesto al caso concreto, resulta que puede existir una doble calificación en el hecho enjuiciado a Adrián como administrador de los bienes de la comunidad.

Por un lado, podemos catalogar el hecho como un delito de administración desleal porque Adrián fue nombrado administrador y tesorero de la comunidad de propietarios del edificio y, como tal, era el encargado de llevar su administración y tener acceso a la cuenta bancaria de la comunidad de vecinos.

Lo catalogamos como un delito básico de administración desleal porque Adrián se excede en sus facultades y comete una acción que produce un perjuicio como viene expuesto en el artículo 252 del Código Penal.

En la acción de Adrián como administrador se dan los cuatro condicionantes para ocurra el delito de administración desleal. Existe el sujeto activo, en este caso, el administrador. También confluye que Adrián ha sido facultado para administrar el patrimonio de la comunidad de vecinos. A la par, ocurre que el administrador hace una gestión incorrecta y un exceso de sus facultades a la hora de administrar los bienes y, finalmente, esa gestión y exceso de sus facultades provoca un perjuicio en los bienes y en el sujeto pasivo lo que provoca que se llegue a un fin que no se corresponde con los intereses del administrado haciendo que se vea perjudicado, con ello llegamos a la conclusión que la administración desleal es un delito de resultado.

Confluyen en la gestión de Adrián los elementos para poder catalogarlo de delito de administración desleal. En su caso existe un sujeto activo y un sujeto pasivo, incluimos la existencia de dolo, es decir, esas acciones se han realizado con pleno conocimiento del perjuicio que podrían ocasionar, y por supuesto, existe en este caso el elemento objetivo de la administración desleal como es el perjuicio patrimonial.

Ahora bien, para la jurisprudencia mayoritaria existe un punto sin retorno a la hora de quedarse los caudales de manera dolosa y siempre que existe apropiación se cataloga, según lo expuesto en el artículo 253 del Código Penal, como delito de apropiación indebida.

En el caso de Adrián se apropia para sí de un dinero que ha recibido en depósito y custodia conllevando la obligación de devolverlo, todo ello queda de manera patente cuando Adrián devuelve una pequeña parte de la cantidad mal administrada (900€ de 3.884,04€) y no lo hace de manera completa.

La acción de Adrián cumple con todos los elementos de la apropiación indebida. El autor, con su acción, transforma una posesión legítima en ilegítima estando obligado a devolverlo, es justo en esa transformación donde entra en juego el dolo. En este caso, Adrián lo hace suyo e incorpora esa cantidad a su patrimonio produciendo un perjuicio para el sujeto pasivo.

La mala gestión de Adrián no se realiza en un mismo acto, por lo que estaríamos ante un delito continuado regulado en el artículo 74 del Código Penal. Es el plan preconcebido por el mismo autor que responde a un dolo unitario y conecta las distintas acciones u omisiones punibles realizadas siempre afectando al mismo bien jurídico. Todas las acciones deben de ser homogéneas, como es el caso que nos ocupa, y se extienden en el

tiempo y no en una horquilla corta, sino en un intervalo de tres años (2015 a 2018) provocando así el espacio temporal necesario para poder catalogar la acción de Adrián como delito continuado.

Para finalizar, cabe hacer mención a la responsabilidad civil que viene regulada en el artículo 109 del Código Penal, en la que Adrián está obligado a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados; en el caso de que fuera imposible para el acusado entraría en juego la indemnización . Sea como fuere en nuestro caso estamos ante una responsabilidad civil de tipo contractual.

3. CONCLUSIONES.

Una vez analizado el delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal enfocado a asuntos que dan lugar a diferentes opiniones, apoyadas en la doctrina y en la jurisprudencia, hemos de hacer un somero resumen de todo lo expuesto en este dictamen.

Con el delito de administración desleal nos encontramos con un delito bastante genérico, en lo que a conductas típicas se refiere, que para afirmar si cumple los elementos de tipo hay que acudir al caso concreto.

El objeto de debate ha sido las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales acaecidas antes y después de la reforma del año 2015.

El debate continua a que se considera apropiación indebida debido a que la jurisprudencia piensa que la administración desleal constituye diversas modalidades. Con ello, el Tribunal Supremo considera la no existencia de una apropiación definitiva, sino temporal y de ahí que surta el delito de administración desleal.

Para finalizar, los artículos 252 y 253 del Código Penal establecen delitos delimitados porque no existe impedimento para que en el delito de administración desleal exista comportamientos apropiatorios. En la reforma se suprimió el concepto administración del tipo de la apropiación indebida incluyéndose en el artículo 252 del Código Penal la administración fraudulenta del patrimonio ajeno.

4. BIBLIOGRAFÍA.

CASTRO MORENO, Abraham; *Comentarios prácticos al Código Penal*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2015.

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. Elderecho. Septiembre, 2016.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson. 2016.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Editorial Aranzadi, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El tipo de acción del nuevo delito de administración desleal del art. 252 del Código Penal en Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Editorial Comares, Granada, 2016.

MIR PUIG, Carlos; *La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma del 2015 del código penal español*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Tomo 68, Fasc/mes 1, 2015.

MORRILLAS CUEVAS, Lorenzo; *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Nociones Generales. El Delito Doloso: Juicio de Antijuricidad*, Tomo II, Volumen I, Editorial Dykinson, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte Especial*. 20a edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena; *Elementos del tipo subjetivo (i) El Dolo*, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General* (Coords. GÓMEZ RIVERO, M.), Volumen II, Editorial Tecnos, 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016.

PASTOR MUÑOZ, Vila; *El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal*, en *IURIS*, núm. 194, 15 a 28 de junio de 2013, Ed. La Ley.

ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, 2016.

BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid: Iustel.

BORJA JIMÉNEZ, E. e. (2009). *Diccionario de derecho penal económico*. Madrid: Iustel.

CASTRO MORENO, A. e. (2016). *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2015). *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las solvencias punibles*. Navarra: Thomson Reuters Proview.

MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

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. Una aproximación a su fundamento y límites”, *La Ley Penal n°128*, septiembre-octubre, 2017.

5. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 719/2015 de 10 de noviembre.

Sentencia 23/2019 de 11 de diciembre de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

Sentencia del Tribunal Supremo, de la sala de lo Penal, 537/2005, de 25 de abril, 64/2012, de 27 de enero y 459/2013 de 28 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 906/2016, de 30 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 618/2010 de 23 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 316/2018, de 28 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020

