

## **PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y DE APROPIACIÓN INDEBIDA**

**Carlos Martínez-Buján Pérez**

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de A Coruña

**Resumen:** Se estudian los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, así como las relaciones que deben existir entre ambas figuras delictivas. A tal efecto, se parte del examen del estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la materia y se analiza el contenido de los nuevos artículos 252 y 253 del Código penal español, introducidos en la reforma de 2015. Se tienen en cuenta asimismo las propuestas de reforma legislativa que se han venido efectuando tras la aprobación del nuevo CP de 1995: en concreto, las contenidas en los proyectos de 2007 y de 2013. Se incluyen, finalmente, unas indicaciones de política legislativa de cara a una futura reforma del Código penal español en esta materia.

**Palabras clave:** apropiación indebida, administración desleal, delito societario, usos dominicales y no dominicales, perjuicio patrimonial.

**Abstract:** Crimes from misappropriation and unfair administration are studied, as well as the relationships which must exist between

---

Recibido: abril 2015. Aceptado: junio 2015

both criminal entities. To that effect, it starts with the review of the current state of the doctrinal and case-law debate on the subject and it analyzes contents the new articles 252 and 253 on the Spanish penal code amended in 20015. Also taken into account are the proposals of legislative reform which have been made after the approval of 1995 PC: Specifically, those contained in 2007 and 2013 bills. Finally, some indications about legislative policy are included, in regards to a future reform of the Spanish penal code on the subject.

**Keywords:** misappropriation, unfair administration, corporate crime, proprietary and non-proprietary uses, patrimonial damage.

**Sumario:** I. Introducción. II. Evolución y estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial. 2.1. La caracterización tradicional del delito de apropiación indebida con anterioridad al CP de 1995 y la necesidad de crear un delito (societario) de administración desleal de patrimonio ajeno. 2.2. La creación del delito societario de administración fraudulenta del art. 295 en el CP de 1995 y su relación con el delito de apropiación indebida del art. 252. 2.2.1. La posición de la doctrina. 2.2.2. La posición de la jurisprudencia. 2.2.3. Recapitulación y balance: crítica del art. 295. III. El futuro: propuesta de *lege ferenda*. 3.1. Introducción. 3.2. El proyecto de 2007. 3.3. El proyecto de 2013 y la reforma de 2015. 3.3.1. El proyecto de 2013. 3.3.2. La reforma de 2015: el nuevo art. 252. 3.4. La tesis del *statu quo*. 3.5. Observaciones críticas a la tesis del *statu quo*. 3.6. Recapitulación e interrogantes político-criminales. 3.7. El ámbito del delito de apropiación indebida: las conductas apropiatorias realizadas por un administrador. 3.8. La tipificación del futuro delito de apropiación indebida. 3.9. El ámbito del futuro delito genérico de administración desleal: las conductas perjudiciales para el patrimonio ajeno realizadas por el administrador. Características definitorias. 3.9.1. La nota conceptual básica: conductas no apropiatorias. 3.9.2. El desvalor de la acción. 3.9.3. El perjuicio patrimonial. 3.9.4. El sujeto activo. 3.9.5. ¿Necesidad de un elemento subjetivo del tipo?. 3.9.6. ¿Tipos atenuados y agravados?. 3.10. La tipificación de un delito específico delito societario de administración desleal. 3.11. Propuesta de tipificación de los delitos de apropiación indebida y administración desleal

## I. Introducción

La reforma del Código penal español efectuada por la L.O. 1/2015 llevó a cabo una profunda modificación en materia de administración desleal: creó un nuevo delito genérico en el art. 252, suprimió el delito societario del art. 295 y modificó también el delito de apropiación indebida, que ahora pasa a incluirse en el art. 253.

Por una parte, el presente trabajo tiene por objeto examinar el estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la denominada administración desleal de patrimonio ajeno, una conducta delictiva que en el Derecho penal español ha venido siendo objeto de viva controversia, sobre todo desde que el CP de 1995 introdujo el delito societario de administración fraudulenta en el art. 295 con una redacción que adolecía de graves defectos de técnica legislativa. De hecho, uno de los aspectos centrales de la referida discusión ha sido tratar de delimitar el ámbito de aplicación de este precepto, así como establecer su diferencia con el tradicional tipo de la apropiación indebida, definido en el, a la sazón vigente, art. 252 del CP.

Por otra parte, y sentado lo que antecede, este trabajo se dedicará también a pergeñar unas indicaciones de política legislativa de cara a una futura reforma del CP español en esta materia, unas indicaciones que, a la vez, comportarán un análisis crítico de los textos de los arts. 252 y 253 aprobados en la reforma de 2015. Por supuesto, en esta tarea se tendrán en cuenta asimismo las propuestas de reforma legislativa que se han venido efectuando tras la aprobación del nuevo CP de 1995: en concreto, hay que mencionar las contenidas en los proyectos de 2007 y de 2013, en los que se incluían unos preceptos específicamente destinados a regular un genérico delito de administración desleal de patrimonio ajeno (eso sí, con formulación distinta en cada caso), situado al lado del delito de apropiación indebida, y sin perjuicio de que, en el caso del proyecto de 2007, se optase además por mantener también la tipificación de un delito societario de administración fraudulenta. Por último, se tendrá en cuenta

al respecto también las propuestas concretas de tipificación que algunos penalistas han plasmado en textos articulados, al hilo de las mencionadas propuestas de reforma legislativa incluidas en los Proyectos citados.

## **II. Evolución y estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial**

Vaya por delante que, tras haber sostenido desde la entrada en vigor del CP de 1995 las exégesis más variadas sobre el delito societario de administración fraudulenta (y su relación con el delito de apropiación indebida), en el momento de emprenderse los trabajos de reforma que desembocaron en la L.O. 1/2015 se había impuesto en la jurisprudencia del TS español una línea interpretativa mayoritaria sobre la naturaleza de dicho delito que coincidía con la tesis que había venido manteniendo un sector doctrinal y a la que, personalmente, yo también me había adherido.

Por ambas razones, pues, tanto por tratarse de la exégesis mayoritaria en la jurisprudencia como por ser la que me parecía más acertada *de lege lata*, voy a centrarme principalmente en exponer dicha línea jurisprudencial y voy a prescindir de examinar las restantes (y variadas) tesis que se han elaborado en la doctrina y en la jurisprudencia. A estas aludiré únicamente de manera incidental, en especial al referirme al juicio que me merecen las antecitadas propuestas de reforma legislativa y, en su caso, las propuestas doctrinales de reforma elaboradas por diversos penalistas al hilo de los textos contenidos en los proyectos mencionados.

Por lo demás, la conveniencia de acoger el citado enfoque expositivo se ve avalada por una circunstancia ulterior, a saber: la interpretación sostenida por la jurisprudencia mayoritaria permite ofrecer un entendimiento razonablemente satisfactorio, tanto dogmática como político-criminalmente, de la naturaleza del delito de administración desleal y de su relación con el de-

lito de apropiación indebida, así como posibilita contar con una regulación que no ofrece lagunas significativas de punibilidad.

Veamos entonces cuáles son los rasgos de la línea jurisprudencial dominante, que toma como base los argumentos proporcionados por el sector doctrinal en el que me inscribo.

### **2.1. La caracterización tradicional del delito de apropiación indebida con anterioridad al CP de 1995 y la necesidad de crear un delito (societario) de administración desleal de patrimonio ajeno**

Con anterioridad a la publicación del nuevo CP de 1995, la opinión dominante había venido caracterizando tradicionalmente el delito de apropiación indebida por la presencia de dos notas que pertenecen a su tipo de acción. En primer lugar, la existencia de un comportamiento ilícito del autor sobre la cosa como si fuese verdaderamente su dueño, es decir, un comportamiento que objetivamente presupone realizar un *acto dominical ilícito* y que, por supuesto, concurre también (frente a lo que erróneamente creían algunos autores) cuando el objeto de la apropiación es el dinero recibido en administración. En segundo lugar, la existencia de un *incumplimiento definitivo* de la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie (o, si se prefiere, la privación definitiva de la propiedad), trátase de dinero o trátase de cualquier otro bien.

Pues bien, sentados estos dos elementos básicos del tipo de la apropiación indebida, cabe añadir que la opinión tradicionalmente dominante siempre entendió que la diferencia entre las modalidades típicas de acción, consistentes en “apropiarse” y en “distraer” residía en que la primera va referida a actos realizados en beneficio del propio patrimonio del autor del delito, mientras que la segunda alude a los actos realizados en beneficio del patrimonio de otra persona<sup>1</sup>.

---

1 Vid. por todos, resumiendo la posición tradicional sobre el concepto de apropiación indebida, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “De nuevo: sobre la

Así las cosas, la doctrina especializada que se ocupó del tema, respaldada por la jurisprudencia a la sazón mayoritaria, coincidió en asegurar que el delito de apropiación indebida resultaba inaplicable en muchos supuestos (en especial en el ámbito bancario) en los que no tiene lugar, o no se puede probar, una auténtica apropiación (definitiva) de fondos sociales, dado que se trata de puras conductas de distracción provisional, cuyo título previo suele estar revestido, además, del carácter de préstamo de mutuo; en tales casos el T.S. desestimó tradicionalmente el delito de apropiación indebida, con la excepción de los supuestos en que se pudo probar —cosa ciertamente no sencilla— que se trataba de “negocios vacíos”, carentes desde un principio de toda realidad y seriedad. En este sentido, dejando al margen los supuestos dudosos, las constelaciones de casos que en modo alguno podían ser subsumidas bajo el tipo de la apropiación indebida pueden ser sintetizadas en las siguientes: las conductas de “autopréstamo”, es decir, la abusiva 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 puedan causar un perjuicio a la entidad bancaria; los casos de prestación de garantías con bienes de la sociedad para el afianzamiento de deudas personales de los administradores; los supuestos de “autocartera encubierta”, esto es, la adquisición de acciones del banco con fondos del propio banco, restando así efectividad al capital social, con el fin de mantener artificialmente la cotización en bolsa. Por lo demás, las constelaciones de casos podrían alcanzar una mayor proyección, tanto cualitativa como cuantitativa, si se reclamaba (como solicitaban algunos autores) la necesidad de castigar penalmente el comportamiento desleal que causa un mero peligro (y no un perjuicio lesivo) para el patrimonio administrado. En fin, en todos estos casos no existe (o no se puede probar) un acto de

---

diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en *La Ley*, nº 4680, 1998, pp. 2 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001, pp. 28 s.

disposición de la cosa como propia que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, sino sólo unos meros usos temporales ilícitos (o sea, compatibles con dicha obligación), que no pueden ser considerados actos ejecutivos de apropiación indebida<sup>2</sup>.

En resumidas cuentas, estas eran las razones que habían venido conduciendo a la opinión dominante a descartar que el tipo de la apropiación indebida pudiese servir para sancionar los genuinos supuestos de administración desleal (o, al menos, un ámbito relevante de ellos) y, consecuentemente, las razones que avalaban la creación de un específico delito de administración desleal. Y a ello cabía añadir la compatibilidad que en algunos casos podría establecerse entre la apropiación indebida y la administración desleal, como nos ilustra la experiencia de la jurisprudencia alemana en supuestos de pluralidad de acciones, a la vista de la diversidad de bienes jurídicos protegidos y también, sobre todo, a la vista de la diversidad de sujetos pasivos.

## **2.2. La creación del delito societario de administración fraudulenta del art. 295 en el CP de 1995 y su relación con el delito de apropiación indebida del art. 252**

### *2.2.1. La posición de la doctrina*

A la vista de lo expuesto en el epígrafe anterior, era obvio, en mi opinión, que la creación del delito del art. 295 en los términos en que se definió en el nuevo CP de 1995, y, en concreto, con la previsión de una penalidad significativamente inferior a la de la apropiación indebida del art. 252, vino a corroborar la tesis que había mantenido tradicionalmente nuestra jurisprudencia y que sigue manteniendo la opinión doctrinal mayoritaria. El delito del art. 252 debía quedar reservado exclusivamente para los supuestos en que se acredita una auténtica apropiación de

---

2 Vid., sobre todas las cuestiones citadas, referencias en MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 29 s., y bibliografía que se cita.

bienes (trátase de dinero o de cualquier otro bien), sea en beneficio del autor (modalidad de la apropiación en sentido estricto), sea en beneficio de otra persona (modalidad de la distracción).

¿Qué función vino a cumplir entonces el nuevo art. 295? Pues parece evidente interpretar que vino a cubrir aspectos que el tradicional delito de apropiación indebida no abarcaba, o sea, supuestos en que no se puede acreditar la existencia de un genuino acto apropiatorio, sino que se trata de conductas no apropiatorias (que no suponen actos dominicales ilícitos y que no comportan un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver) capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado, conductas que valorativamente son casos de menor gravedad. En síntesis, únicamente esta interpretación se ajustaba a todas las reglas de la hermenéutica penal<sup>3</sup> y, en particular, solamente así podía encontrar justificación de *lege lata*

---

3 En la doctrina, entre otros, vid. ya especialmente FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Valencia 1996, pp. 531 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles”, en *La Ley*, nº 4237, 1997, 1 s.; “De nuevo”, cit., 1998, 2 s.; CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Madrid 1998, pp. 292 ss. y 298 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 96 ss. y *Derecho penal económico y de la empresa (Parte especial)*, 4ª edición, Valencia 2013, pp. 571 ss. Vid. además referencias de otros autores en GILI PASCUAL, A., “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, 2013, pp. 68 s., n. 63, donde pueden hallarse también referencia a otras posiciones minoritarias (n. 67).

En definitiva, como bien resumió ya GÓMEZ BENÍTEZ (“De nuevo”, cit., 1998, p. 3), en el seno del art. 252 las dos modalidades, apropiarse y distraer, exigían un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, aunque solo la primera de ellas exige una actuación en beneficio propio con un *animus rem sibi habendi*, mientras que la segunda iba referida a la desviación de la cosa o del dinero en beneficio de otro. Por consiguiente, las disposiciones abusivas de bienes sociales que no implicasen apropiación (o sea, realizadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver), tanto en beneficio propio como de tercero, constituían actos de administración desleal y, por ende, menos graves que los de apropiación indebida.

la sensible diferencia de marcos penales entre las figuras de los arts. 252 y 295<sup>4</sup>.

Con arreglo a tales premisas, había que interpretar entonces las modalidades de acción contenidas en el art. 295 CP: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de esta.

En lo que atañe a la primera modalidad, la acción de “disponer” del art. 295 debía ser diferenciada de la acción de disponer en el ámbito de la apropiación indebida. Y es que, en efecto, la doctrina (que no el texto punitivo) suele emplear el verbo “disponer” como máximo común denominador de los verbos típicos del art. 252, “apropiar”, “distraer” y “negar haber recibido”, pero obviamente se trata de disponer de la cosa de un modo que implique un incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver. Por el contrario, el delito de administración desleal no comporta una “disposición” de semejantes características, sino una distracción no definitiva (señaladamente, unos usos temporales ilícitos) pero capaz de perjudicar el patrimonio administrado<sup>5</sup>.

Así las cosas, con base en el criterio expuesto, se trazaba una clara línea de demarcación conceptual entre la “disposición” característica del delito de apropiación indebida y la del delito de administración desleal, de tal manera que así no surgirán problemas de delimitación entre ambos. Al establecerse la distinción entre ambas “disposiciones” en su carácter definitivo o temporal, o sea, en la mayor gravedad de la primera frente a la segunda dentro de la misma línea de ataque al bien jurídico, tenemos fijado entonces el límite máximo de la noción de

---

4 Evidentemente, ni que decir tiene que la argumentación que aquí se sostenía *de lege lata* parte de la premisa de que el marco penal del art. 252 CP era mucho más grave que el del art. 295. Sobre esta cuestión vid. las razones que expongo ampliamente *infra* en el epígrafe 2.2.3., al analizar la tesis de GÓMEZ-JARA.

5 Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal*, P.E., 4ª. ed., cit., pp. 555 ss.

administración desleal. En otras palabras, desde esta perspectiva cabía afirmar que el ámbito del delito del art. 295 terminaba allí donde empezaba el del art. 252.

Quedaba únicamente entonces por averiguar cuál era el límite mínimo de la administración desleal, que sirviese para diferenciar las conductas constitutivas de delito (por ende, incluíbles en el art. 295) de aquellas que deben quedar relegadas al ilícito mercantil. Aunque el tema era opinable, resultaba preferible acoger una concepción amplia, que se caracteriza por reconducir al verbo “disponer” toda clase de utilizaciones o aprovechamientos de los bienes que integran el patrimonio social (por tanto, también los comportamientos de hecho o simples usos), con tal de que tales usos no supongan para el administrador una atribución definitiva de dominio<sup>6</sup>.

---

6 Vid. ulteriores precisiones en MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal*, P.E., 4ª. ed., cit., pp. 556 s., donde, entre otras cuestiones, se recogen los supuestos más característicos de “disposición jurídica” mencionados en la doctrina y en la jurisprudencia: las conductas de “autopréstamo” (esto es, la abusiva utilización del crédito en favor del grupo de control de una sociedad bancaria, bien directamente a los propios administradores, bien a personas o sociedades vinculadas a ellos, con desviación del objeto social y en situaciones que puedan causar un perjuicio a la entidad); la constitución de garantías reales (v. gr., una hipoteca) sobre bienes de la sociedad para afianzar el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales. Algunos autores mencionan otros grupos de casos cuya reconducción a la figura de la administración desleal es más discutible: determinados supuestos de pago de comisiones a sociedades vinculadas a (o controladas por) los administradores; distribución de dividendos ficticios (o no distribuibles); ciertos casos de no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas; y algunas hipótesis de no ingreso de cuotas retenidas a los trabajadores en concepto de Seguridad social y de IRPF (sobre estos y otros casos vid. por todos: GÓMEZ BENÍTEZ, “El delito”, cit., 1997, pp. 2 ss., CASTRO MORENO, *El delito*, cit., 1998, pp. 313 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 49 ss., GILI, “Pago”, cit., 2013, pp. 46 ss.; sobre el caso particular de la retribución abusiva de directivos, que algunos autores consideraban que podía quedar incluida en el art. 295, vid., además de los trabajos acabados de citar de GÓMEZ BENÍTEZ y de CASTRO MORENO: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona 2008; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Crisis financiera y retribución de directivos”, en *Indret Penal* 2/2009; LUZÓN

Por lo que respecta a la segunda modalidad de acción del art. 295, la “contracción de obligaciones” incluía, en principio, cualquier acto de gravamen sobre los bienes sociales, en atención a lo cual esta modalidad de acción se identificaría con una contracción de cargas (v. gr., a través de una hipoteca o una prenda). Ahora bien, tenía que tratarse de casos no reconducibles a la primera modalidad de acción (disponer de los bienes), en atención a lo cual en la segunda modalidad se incluirían los supuestos de afianzamiento personal en que el fiador o avalista (la sociedad) se convierte en un auténtico deudor (aunque sea subsidiario), desde el momento en que responde ante el acreedor del incumplimiento de la deuda por parte del deudor principal (el administrador)<sup>7</sup>.

Por lo demás, la figura del art. 295 admitía la comisión por omisión, habida cuenta de que las aludidas modalidades de acción no eran modalidades específicas de ejecución, sino más bien modalidades genéricas de acción a través de las cuales debía llegarse a la causación del resultado, o, si se prefiere, estábamos ante “tipos de resultado mixto” —en la terminología

---

CAMPOS, E., “¿Sanciones penales a los altos directivos de banca?”, en *La Ley*, nº7757, 2011.; LUZÓN PEÑA, D.M., “Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades”, en el libro *Crisis financiera y Derecho penal económico*, E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (coord.), Madrid 2014; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal*, P.E., 4ª ed., cit., pp. 505 y 557; vid. además la STS 17-7-2006).

- 7 Vid. CASTRO MORENO, *El delito*, cit., 1998, pp. 350 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 57 ss. Eso sí, procede aclarar que obviamente estos supuestos de afianzamiento personal no tenían necesariamente por qué ser constitutivos de delito. Lo serían siempre que conllevasen la causación de un efectivo perjuicio patrimonial para la sociedad administrada, v. gr., disminución de la capacidad de afianzamiento de la sociedad de tal manera que no pueda solicitar sus propios créditos, con el consiguiente y conocido efecto en cadena de resultados perjudiciales (GÓMEZ BENÍTEZ, CASTRO, MARTÍNEZ-BUJÁN). Por su parte, MAYO CALDERÓN, B., (*La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del código penal español y propuestas de lege ferenda*, Granada 2005, pp. 321 s.) incluía en esta segunda modalidad todos los actos de gravamen sobre los bienes sociales para el afianzamiento de deudas personales de los administradores.

de SCHÜNEMANN— estructuralmente similares al tipo de la estafa<sup>8</sup>.

### 2.2.2. *La posición de la jurisprudencia*

Aunque, como queda dicho, tras la aprobación del CP de 1995 la jurisprudencia del TS acogió inicialmente una línea interpretativa que se apartaba de las premisas acabadas de apuntar<sup>9</sup>, poco a poco fue emergiendo otra línea exegética que se inscribía en los presupuestos que aquí se preconizan.

---

8 Vid. en este sentido NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996, pp. 275 s., quien acertadamente ejemplificaba el caso de que mediante el silencio se permite la prórroga de un contrato que resulta, debido al cambio de circunstancias, altamente desventajoso para la sociedad.

Vid. también ampliamente CASTRO MORENO, *El delito*, cit., 1998, pp. 426 ss., y bibliografía que se cita, quien mencionaba los casos del administrador que, encargado de vender unas acciones de la sociedad, no lo hace a sabiendas en el momento oportuno, privando a la sociedad de un mayor beneficio, o el del administrador que deja transcurrir el plazo que tenía la sociedad para satisfacer una obligación, generando con ello el deber de indemnizar al acreedor social los daños y perjuicios ocasionados e incrementando la deuda principal en los correspondientes intereses, a costa, todo ello, del patrimonio social (p. 428).

A favor de admitir, asimismo, la comisión por omisión en estos supuestos, vid. GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona 1999, p. 246, partiendo de la premisa de que el art. 295 contenía un delito de dominio; en igual sentido vid. MAYO, *La tutela*, cit., 2005, p. 325. También LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, “Administración desleal. Concurso entre apropiación indebida y administración desleal” en *Diccionario de Derecho penal económico*, J. Boix dir., Madrid 2008, p. 52, y 2010, 16 s., la admitían en determinados casos.

9 Sobre dicha línea interpretativa, que, en esencia, propugnaba una interpretación extensiva del tipo de la apropiación indebida y que en última instancia suponía reconducir buena parte de las administraciones desleales de patrimonio ajeno (las relativas al dinero) al delito del art. 252 y, consiguientemente, merced a una auténtica *interpretatio abrogans*, dejar sin contenido en este importante ámbito el delito del art. 295, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal*, P.E., cit. 2013, 4ª ed., pp. 571 ss. Para una buena exposición de la doctrina jurisprudencial vid. GILI, “Pago”, cit., 2013, pp. 62 ss.

En este sentido, hay que mencionar, ante todo, la STS 29-7-02, en la que, tras la entrada en vigor del nuevo CP de 1995, se volvían a asumir las premisas de la doctrina dominante en cuanto a las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal<sup>10</sup>, si bien en dicha sentencia se sostenía, de forma inconsecuente e incomprensible, que las dos formas típicas del delito de apropiación indebida (apropiarse y distraer) deben ser realizadas en beneficio propio, y no se ofrecía una interpretación que permitiese terminar con la confusión jurisprudencial consolidada desde la STS 26-2-98<sup>11</sup>.

Con posterioridad, hay que citar las SsTS 9/2009, 1181/2009, 18-11 y 462/2009, hasta llegar a las más recientes SsTS 517/2013, 656/2013, 765/2013 y 206/2014, con una correcta argumentación, en lo que parecía ya una línea jurisprudencial consolidada, puesto que, en palabras del magistrado de la Sala 2ª del TS CONDE-PUMPIDO, en dichas sentencias participó “un elevado número de magistrados, algunos repetidamente, en las que no se ha formulado ningún voto particular y en las que concurre una pluralidad de ponentes”<sup>12</sup>.

---

10 Con todo, es de justicia reconocer que, en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, el razonamiento de la doctrina mayoritaria había vuelto a ser acogido ya tempranamente en el Auto de la AP de Huelva 25-1-2000 en un caso en el que el administrador utilizó bienes de la sociedad “M. SA” afectos a la producción empresarial de ésta (maquinaria, local, trabajadores) en beneficio de otra sociedad (“G., SL”) de la que aquél era administrador único; como consecuencia de ello la sociedad “M., SA” se vio perjudicada. Lo que importa resaltar es que en dicho Auto se señala inequívocamente que los actos realizados con voluntad apropiatoria son apropiación indebida, mientras que los simples usos temporales ilícitos (compatibles con la obligación de devolver) constituyen administración desleal.

11 Críticamente vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código penal y en la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 608, 2004, pp. 5 s.

12 Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en “Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal”, en *Diario La Ley*, Nº 8350, 9 de Julio de 2014.

En concreto, como resumía el propio CONDE-PUMPIDO, para esta reciente línea jurisprudencial “la diferencia entre ambas figuras consiste en que en la administración desleal del art. 295 se incluyen actuaciones abusivas y desleales de los administradores de carácter menor que abusan del patrimonio social de una forma desleal, pero sin apropiación definitiva de los bienes de la sociedad. En el delito de apropiación indebida del art. 252 CP se incluyen los supuestos de apropiación genuina con *animus rem sibi habendi* y los de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad”. Y ello permitía justificar la significativa diferencia de los respectivos marcos penales con los que se conminaban los citados delitos: “Partiendo de dicha premisa, la diferencia punitiva se justifica por no ajustarse a las reglas de la lógica que se castigue con la misma pena comportamientos con diferente gravedad en la entidad del injusto ya que en la apropiación indebida el despojamiento patrimonial tiene carácter definitivo y en la administración desleal no”<sup>13</sup>.

Por lo demás, en lo que atañe a la apropiación indebida de dinero, recordaba CONDE-PUMPIDO que la reciente

---

13 En particular, cabe reproducir aquí los considerandos de la STS 206/2014, de 3 de marzo (ponente: Sánchez Melgar), en la que se indicaba que “debe acogerse la concepción que se basa en la calidad del comportamiento del administrador, en el sentido de que en el art. 295 CP las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 CP. Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida los supuestos de apropiación genuina con **animus rem sibi habendi** y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador”.

doctrina jurisprudencial del TS “ya habla actualmente de manera pacífica de la distinción entre apropiación indebida en sentido propio y apropiación indebida por distracción, incluyéndose en esta última la de dinero y, en general, otras modalidades de conducta que también tendrían cabida en el tipo de la administración desleal cometida por administradores societarios pero que en realidad son de apropiación de dinero por estos últimos”. Y al respecto citaba la última sentencia del TS (STS 117/2014, ponente Varela Castro), que identifica en el art. 252 CP dos clases de apropiación indebida: “Estas dos modalidades son la apropiación propiamente dicha y la que se denomina apropiación por «distracción». Aquélla se comete cuando el sujeto activo de la acción presuntamente inculpaible ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino. Asimismo se explica en esta resolución que una y otra modalidad exigen como presupuesto un negocio o título en cuya virtud el receptor de la cosa, fungible o no, adquiere determinadas facultades que no son equiparables a las del dominio, si lo recibido no es fungible, pero que implica la adquisición del dominio cuando es fungible. Por ello la consumación de la apropiación por distracción no consiste tanto en la incorporación de lo recibido al propio patrimonio, como en no darle el destino pactado, expresándose en términos prácticamente idénticos la STS 90/2014 (ponente: Marchena Gómez)”<sup>14</sup>.

---

14 Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Observatorio”, cit., 2014, quien aclara que “para evitar confusiones terminológicas, se elude en la doctrina jurisprudencial reciente la referencia que hacía la sentencia dictada en el caso Argentia Trust a que en el art. 252 CP hay dos modalidades delictivas diferentes, una de apropiación indebida propiamente dicha, y otra de «administración desleal» ya que, al denominar a la segunda modalidad de apropiación indebida como administración desleal es donde se produce la confusión, al introducir aparentemente en el art. 252 un modelo de administración desleal como el alemán, que en realidad no tiene cabida en nuestro sistema de apropiación indebida”.

Ello no obstante, y pese a la aludida calificación de jurisprudencia “consolidada”, hay que efectuar alguna matización, dado que, como reconocía el propio CONDE-PUMPIDO, seguían existiendo algunas resoluciones que se apartaban, siquiera sea parcialmente, de dicha línea jurisprudencial. Esto es lo que sucede en la STS 117/2014, de 15 de abril (ponente Varela Castro), en la que, pese a compartir, en principio, el criterio de dicha línea jurisprudencial, acaba recurriendo (de forma incoherente) al criterio del exceso intensivo del administrador<sup>15</sup>, dentro de las facultades que le competen, para determinar el ámbito del delito societario del art. 295, aun cuando existan actos de apropiación definitiva (como era el pago de honorarios por los servicios prestados por un tercero a la sociedad administrada en una cuantía superior a la justificada en los contratos). En efecto, en esta sentencia se subraya que lo “esencial” es que tales actos “*entran en el ámbito funcional del cargo de administrador social. Por lo que la tacha de abusivo solamente podría apreciarse en lo intensivo pero no en cuanto extensión fuera del ámbito competencial*” (negrita en el original)<sup>16</sup>. Y en esta línea cabe citar

---

15 Esta tesis jurisprudencial, que se había iniciado con la STS 11-5-2005 y 17-7-2005, sostenía que el art. 295 castigaba un abuso de poder, es decir, se trataría de un exceso intensivo o abusivo en las competencias del administrador, en la medida en que el sujeto actúa dentro de ellas, pero indebidamente ejercidas, de modo desleal e infiel, mientras que el 252 castigaba una extralimitación en el poder, o sea, un exceso extensivo en el ejercicio de las competencias, habida cuenta de que el autor actúa fuera de lo que específicamente le permite el título por el que recibe los bienes, superando las facultades del administrador. En otras palabras, lo decisivo a los efectos de aplicar la apropiación indebida en su modalidad de distracción residía en la existencia de una obligación concreta de disposición que el administrador incumple y no la obligación genérica de administrar lealmente; por el contrario, existía una conducta de administración desleal del 295 cuando la conducta del administrador no esté sometida a obligaciones específicas de entrega o devolución o cuando, en todo caso, a pesar de cumplir dichas obligaciones específicas, vulnere los deberes de lealtad genéricos de administración leal y fiel.

16 Según se indica en el considerando tercero de la citada STS, el administrador acusado, usando las facultades de las que efectivamente disponía en la sociedad administrada, ordenó pagos de honorarios a otra sociedad (en la

también la Sentencia del JCP nº 1, de 29-5-2014 (ponente Vázquez Honrubia), en la que —dicho sintéticamente— se condena por un delito continuado de administración fraudulenta a cuatro ex-directivos de Caixa Penedés que, a través de “un plan preordenado a causar un perjuicio económico a la Caja y un correlativo enriquecimiento de ellos”, y “violando sus deberes de fidelidad”, “se auto-concedieron derechos económicos exorbitantes no contemplados en sus contratos de trabajo para el momento del cese en sus puestos por cualquier motivo, sin conocimiento ni aprobación por los órganos colegiados de dirección y control de la entidad”; en esta sentencia se argumenta que concurren todos los

---

que él también tenía intereses) en una cuantía que excedía notablemente la justificable. En concreto, según se contenía en los hechos probados de la sentencia de instancia, que había calificado esta conducta como apropiación indebida, “el acusado, con abuso de las funciones propias de su cargo como Administrador de Promoción Alagón Juan XXIII-9, S.L., y en perjuicio de la sociedad, realizó operaciones financieras y contables mediante las cuales desvió fondos propios de la mercantil y del crédito concedido por Caja Laboral hacia las sociedades DIRECCION000 y Domingo Novoa Rey, S.L., de las que también era Administrador, dándoles así a las cantidades correspondientes un destino diferente al pactado o que estuviera relacionado con la actividad de la citada sociedad. Concretamente, desvió 22.336,96 € a Domingo Novoa Rey, S.L., y 445.716,74 € a DIRECCION000 CB, habiéndose cargado, además, en la cuenta de tal sociedad, y a favor de Domingo Novoa Rey, S.L., 690.329,79 € por “facturas pendientes de recibir”, sin justificación documental alguna en la contabilidad, habiéndose generado así para la sociedad Promoción Alagón Juan XXIII-9, S.L., por tal motivo, un perjuicio de 1.158.383,49 €.”.

Por lo demás, conviene aclarar que en el caso enjuiciado en esta sentencia el acusado había llevado a cabo otra conducta que sí cabía incluir en el delito de administración desleal, como era el otorgamiento de préstamos a otra sociedad en la que dicho acusado también tenía interés, y sin que, en cambio, resultase acreditado el interés de la sociedad administrada en tales préstamos.

Y conviene recalcar que la sentencia del TS era consciente que se apartaba del criterio tradicional, al afirmar que “al menos en lo que concierne a la disposición vía préstamo ha de advertirse que dicha disposición no predica ánimo de permanente distracción, estando en la naturaleza del acto su finalidad de disposición **temporal**”. De lo cual se infiere, *a contrario sensu*, que en el caso del pago excesivo de honorarios sí había ánimo de permanente distracción.

requisitos del art. 295, y, en concreto, el “abuso de las funciones propias del cargo”, que se revela como un abuso “intensivo” en el sentido de que la actuación de los directivos se mantuvo “dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas”.

### 2.2.3. *Recapitulación y balance: crítica del art. 295*

Ciertamente, interpretaciones como esta última venían propiciadas por el criticable tenor literal del delito del art. 295, el cual podía ofrecer algún apoyo a tesis que trataban de traer a un primer plano las ulteriores notas distintivas de este delito con el fin de marcar las diferencias que existían con el delito de apropiación indebida.

En este sentido, cabía destacar modernamente las tesis de GÓMEZ-JARA y de LUZÓN/ROSO, que tenían en común la idea de rechazar la premisa sostenida por la concepción doctrinal y jurisprudencial mayoritarias con respecto a la diferenciación entre las figuras de los arts. 252 y 295, y, en particular, la idea de descartar que el ámbito de aplicación del delito del art. 295 se circunscribiese exclusivamente a los usos temporales ilícitos.

En concreto, GÓMEZ-JARA, si bien reconocía que la concepción doctrinal mayoritaria “se compagina bien con la diferencia de punición que existe entre los artículos 252 y 295 ..., no parece que se corresponda con la verdadera naturaleza de la administración desleal”, cuya esencia no reside en el uso temporal ilícito de los bienes de la empresa, sino que se basa en la vulneración del deber de lealtad, esto es, vulneración de deberes genéricos *ad intra*, en el caso del art. 295, y conculcación de deberes específicos (de entrega o devolución de los bienes recibidos) *ad extra*, en el del art. 252, de tal manera que entonces todas las conductas de administración desleal, aunque se trate de disposiciones definitivas, deben ser sancionadas única y exclusivamente con arreglo al art. 295<sup>17</sup>.

---

17 GÓMEZ-JARA, *La administración*, cit., 2008, p. 183. Vid. además GILLI, “Pago” cit., 2013, pp. 71 s., quien consideraba particularmente destacable

Ahora bien, el problema de la tesis de GÓMEZ-JARA era que (con independencia de que pudiese tener su razón de ser de *lege ferenda*) no podía ser mantenida de *lege lata*, a la vista de la significativa diferencia de penalidad entre ambos delitos<sup>18</sup>, la cual se erigía, a mi juicio, en el argumento decisivo en este debate y sin que en modo alguno pudiese ser obviada o relativizada (como pretendía GÓMEZ-JARA en otro pasaje de su exposición<sup>19</sup>, sin perjuicio de reclamar una modificación legal en este punto).

---

esta interpretación (conciliable con las sentencias del TS que inciden en el carácter intensivo del abuso que caracteriza a la administración desleal frente al abuso extensivo que representa la apropiación indebida), en la medida en que atiende a la esencia del delito de administración; no obstante, entendía que cabe “formular reservas sobre la seguridad de sus resultados”. Vid. también, tras la L.O. 1/2015, GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y en otras figuras (arts. 252 y ss.)”, en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015, pp. 767 s., situando la diferencia entre ambos delitos en el dato de que se esté, o no, ante una obligación concreta de entrega o devolución, sin alternativas jurídicamente válidas de gestión. Vid. asimismo PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013”, *InDret* 1/2015, p. 15, quienes, en referencia al art. 252 del Proyecto de 2013, entienden que el delito de administración desleal existe cuando el administrador actúa como tal, en el ejercicio de sus funciones, como gestor autónomo del patrimonio administrado, quedando excluidos del tipo únicamente aquellos supuestos en los que el administrador crea riesgos de perjuicio “desde fuera”.

- 18 Eso sí, hay que aclarar que en la comparación que efectúo me refiero exclusivamente a “delitos” en sentido estricto, porque es cierto que la apropiación indebida preveía una falta por razón de la cuantía (no superior a 400 euros, según el art. 623.4 CP), que no existía en relación con la administración desleal.
- 19 En este lugar, GÓMEZ-JARA (*La administración*, cit., 2008, p. 198) afirmaba que “otra cuestión es que la penalidad asignada al artículo 295 CP —o su descripción típica— no sea satisfactoria. (...) Pero hasta que ello (scil., la agravación de la penalidad del art. 295) se produzca, resulta de mayor conformidad con los parámetros del Estado de Derecho sancionar dichas conductas desleales única y exclusivamente conforme al artículo específicamente previsto para ello: el art. 295 CP”.

Y algo similar cabía predicar de la tesis de LUZÓN/ROSO, quienes, frente a la concepción mayoritaria, entendían que el tipo del art. 295 contenía un injusto “cualitativamente distinto” del definido en el art. 252, dado que, además del desvalor de resultado, representado por el perjuicio patrimonial (común a

---

Por lo demás, hay que resaltar que de la lectura de los dos pasajes que se acaban de citar (los referidos en las páginas 183 y 198) se colige que, para este autor, la penalidad del art. 252 era más grave que la del art. 295 (y esta conclusión se confirma además, implícitamente, en ulteriores pasajes de su exposición en las páginas 189 y 200). Sorprende por ello que en las páginas 186 y s., n. 63, GÓMEZ-JARA escribiese que, tras la reforma operada por la Ley 15/2003, “no parecen tener cabida razonamientos que apelen a que, en realidad, la apropiación indebida del art. 252 CP es más grave que la administración desleal del art. 295 CP, incluso en su tipo básico, debido a que, en última instancia, este último precepto permite sancionar la conducta con pena de multa en lugar de con pena de prisión”.

Con todo, y más allá de la contradicción en la que incurría este penalista, conviene detenerse a aclarar esta cuestión de la gravedad de ambos delitos, puesto que estábamos ante un aspecto fundamental en la discusión de *lege lata*, que era utilizado asimismo por otros penalistas en su argumentación, como NIETO MARTÍN, A. (“Administración desleal”, en F.J. Álvarez García (dir.) J. Dopico (coord.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013. p. 790), cuando llegaba a afirmar también que, a partir de la reforma de 2003, “el art. 295 tiene una pena más grave que la del 252 en su tipo básico”.

Pues bien, en este sentido sorprende asimismo el razonamiento que, a renglón seguido, empleaba GÓMEZ-JARA para avalar su tesis de la mayor gravedad de las penas del art. 295: “y es que, con independencia de que dependiendo de la perspectiva escogida, una pena de multa cuantiosa puede ser considerada más grave que una pena de prisión que ni siquiera implique su cumplimiento efectivo, debe tenerse en cuenta que la *amenaza penal* contempla la posibilidad de una mayor pena de prisión, hecho que por sí mismo justifica que la penalidad deba considerarse más grave”.

Frente a este razonamiento procedía responder desde diversas perspectivas. En primer lugar, la comparación de la gravedad de las penas entre dos delitos, a los efectos de determinar cuál de ellos es más grave, debe hacerse siempre con base en los marcos penales (abstractos) de las respectivas figuras, y no de la pena que en el caso concreto pueda llegar a imponerse efectivamente por parte de un juez. Sentado lo anterior, es evidente, en segundo lugar, que la pena de multa en general (y la multa de cuantía proporcional, en particular) es siempre de menor gravedad que la pena de prisión, como se desprende de la escala general de las penas del art. 33 CP: en esta escala se caracteriza a la pena de prisión como pena grave o menos grave, mientras

ambos tipos), existía un desvalor de acción específico, plasmado en la “vulneración de deberes especiales”, así como “la mucho mayor repercusión del ámbito societario tanto para los intereses y relaciones jurídicas de múltiples terceros implicados en o relacionados con una sociedad como para un eficaz funcionamiento del sistema económico moderno”, repercusión que —a juicio de

---

que la multa es menos grave o leve; además, se sitúa a la pena de prisión en primera posición en el orden de gravedad de las penas; y, en fin, en concreto, en lo que atañe a las penas menos graves, la multa proporcional se incardina en el apartado j) mientras que la pena de prisión superior a tres meses se sitúa en el apartado a). En tercer lugar, de lo anterior se infiere (y ello ha venido siendo comúnmente admitido en doctrina y jurisprudencia) que un marco penal que prevea exclusivamente una pena de prisión (como era el del art. 252) es siempre de mayor gravedad que otro marco penal que prevea una pena de prisión con carácter alternativo a una pena de multa (como sucedía en el art. 295).

Ciertamente, la aludida reforma de 2003 había rebajado el límite máximo de la pena de prisión asignada al *tipo básico* del art. 252 (hasta los tres años), de tal manera que ese límite resultaba entonces inferior al límite máximo del art. 295 (que continuó siendo de cuatro años), pero ello no autorizaba a afirmar que, por ese mero dato, el marco penal abstracto del art. 295 fuese de mayor gravedad que el del art. 252. A lo sumo, lo que podía afirmarse, en rigor, era que existía la posibilidad de que en un supuesto muy concreto (y bien inusual, por cierto, dado que se trataría de casos en que se impondría la pena de prisión en su límite máximo) la conducta del art. 295 llegase a ser castigada con una pena de prisión superior a la que resultaría de aplicar el art. 252; mas, a la inversa, también podía afirmarse que existía la posibilidad de que en otros muchos supuestos (y bastante más frecuentes) se impusiese solo una pena de multa para la conducta del art. 295, mientras que la pena del art. 252 siempre era la de prisión. Pero no es eso todo, puesto que lo que se acaba de indicar era predicable únicamente de la comparación de los tipos básicos: y es que, en efecto, si, en lugar de tomar en consideración el tipo básico del art. 252, entraba en juego el tipo cualificado del art. 250 (algo frecuente, por cierto; y máxime tras la reforma de 2010, que posibilitaba la aplicación del tipo cualificado si la defraudación es superior a los 50.000 euros), el marco penal de la apropiación indebida era extraordinariamente superior (y en todas las hipótesis concretas planteables) al marco del art. 295, toda vez que en aquel se preveía una pena de prisión de mayor duración, tanto en su límite mínimo como en su límite máximo (de uno a seis años), así como una multa con carácter obligatorio.

La conclusión de todo lo que se acaba de exponer en esta nota es que, de *lege lata*, el CP español a la sazón vigente castigaba la apropiación indebida

dichos autores— llegaba hasta el punto de comportar la presencia de un segundo bien jurídico<sup>20</sup>.

No obstante, dejando al margen ahora otras consideraciones, esta tesis volvía a chocar de *lege lata* con el obstáculo de la benignidad de la penalidad del art. 295 en relación con la del art. 252 (dato que, en mi opinión, y como queda dicho, es insoslayable y de mucho peso), puesto que la coherencia de dicha tesis reclamaría precisamente todo lo contrario.

En suma, y en síntesis, a la vista de estas tesis discrepantes, me interesa subrayar que en modo alguno se podía desconocer que el delito del art. 295 presentaba indudablemente las notas distintivas que apuntaban dichos penalistas. Sin embargo, tales notas no podían desvirtuar la nota esencial que de *lege lata* caracterizaba al injusto del art. 295, esto es, la tipificación exclusiva de los usos temporales ilícitos. En este sentido, era obvio que el art. 295 no podía ser interpretado aisladamente, puesto que se insertaba en un sistema legal con el que debía coordinarse; y esa interpretación sistemática se oponía radicalmente a trasladar las apropiaciones definitivas de fondos sociales desde la figura del art. 252 a la del art. 295, con el enorme privilegio que ello suponía, cuando precisamente lo coherente y lo razonable habría sido castigarlas incluso con una pena superior a la prevista para el delito del art. 252. Además, tampoco era razonable entender que en el seno del art. 295 convivían (castigadas con la misma pena) conductas genuinamente apropiatorias y conductas que constituían meros usos temporales ilícitos.

---

con un marco penal muy superior al de la administración desleal, en virtud de lo cual tenía que poder afirmarse que la primera era mucho más grave que la segunda. Y este dato forzosamente tenía que ser tenido en cuenta en la tarea hermenéutica. Haciéndose eco de este argumento, vid. GILL, “Pago”, cit., 2013, pp. 60 s., n. 37, si bien le achacaba su carácter coyuntural y pragmático, alejado de “la auténtica esencia de la administración desleal” (pp. 70 s.).

20 LUZÓN/ROSO, “Administración”, cit., 2008, pp. 190 s., y “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, en *InDret Penal* 3/2010, p. 28.

En síntesis, puede ser que la interpretación que había venido efectuando la doctrina y jurisprudencia mayoritarias no fuese plenamente satisfactoria, pero era —con mucho— la menos insatisfactoria de las posibles.

Y, por cierto, por dichas razones no se podía compartir la afirmación de NIETO de que “ni la jurisprudencia ni la doctrina han sido capaces de resolver satisfactoriamente las relaciones entre el art. 252 y 295 del CP”. Con independencia de que en la labor hermenéutica de las relaciones entre ambos delitos se hubiesen pergeñado diversa tesis (y algunas más aceptables que otras), lo cierto era que no se podía achacar a la doctrina o a la jurisprudencia el no haber sabido ofrecer una respuesta satisfactoria al problema planteado, cuando había sido el legislador el que había plasmado una tipificación político-criminalmente irracional, a la vez que técnicamente muy deficiente.

### **III. El futuro: propuestas *de lege ferenda***

#### **3.1. Introducción**

Según se indicó en el epígrafe I, las propuestas de reforma legislativa que se realicen en esta materia deberán tener en cuenta, ante todo, la reforma llevada a cabo por la L.O. 1/2015, así como los textos de los proyectos de 2007 y de 2013, en los que se incluían unos preceptos específicamente destinados a tipificar la administración desleal de patrimonio ajeno. Y este análisis se revela *prima facie* fructífero en la medida en que dichos proyectos ofrecen modelos diferentes de tipificación, y sobre los que además existen ya algunas valoraciones doctrinales que han enjuiciado los textos que se proponen y que han añadido concretas modificaciones en cada caso.

Por otra parte, contamos asimismo con importantes estudios doctrinales que han suministrado valiosas indicaciones de cara a una futura caracterización del delito de administración desleal, algunas de las cuales han sido ya esbozadas en páginas

anteriores, y que serán analizadas con más detenimiento a lo largo del presente trabajo.

Así las cosas, creo que el proceder metodológico correcto es poner en relación todo este bagaje con la regulación jurídica hasta ahora vigente (y, por supuesto, con la interpretación jurisprudencial) con el fin de fijar unas pautas básicas de análisis, que se pueden concretar en una serie de interrogantes que expongo a continuación.

En primer lugar, cabe preguntarse si en la actualidad existían verdaderas lagunas de punibilidad en el tratamiento jurídico-penal de las conductas de administración desleal de patrimonio ajeno o (aun cuando se considere que tales lagunas no existían) si dicho tratamiento resultaba plenamente satisfactorio desde la perspectiva político-criminal.

Sentado lo que antecede es imprescindible plantearse, en segundo lugar, la cuestión de si, en el seno del fenómeno criminológico de la administración desleal de patrimonio ajeno, habría que distinguir dos clases fundamentales de conductas a efectos de tipificación penal: la que supone una auténtica apropiación definitiva del patrimonio administrado, de un lado, y la que, si bien no conlleva dicha apropiación, causa un perjuicio al patrimonio administrado, de otro lado. A su vez, dentro de esta segunda clase, cabría preguntarse si habría que diferenciar entre conductas que ocasionan un perjuicio material lesivo, medido con el criterio del saldo total que rige para el delito de estafa, y conductas que causan un perjuicio caracterizado de modo más amplio, conforme a un concepto funcional o personal de patrimonio, o incluso conductas que simplemente suponen un peligro para el patrimonio administrado. Finalmente, habría que interrogarse si en todos estos casos debería haber alguna diferencia en cuanto a las sanciones penales que se prevean y, además, si deben ser mayores, menores o iguales a las que se asigne al delito de apropiación indebida.

En tercer lugar, habría que dilucidar la cuestión de si, además de una figura (o figuras) delictiva genérica de adminis-

tración desleal, resulta necesario crear un específico delito societario, caracterizado por ser cometido en el seno de una sociedad por parte de un administrador o de un socio.

### 3.2. El proyecto de 2007

En el proyecto de ley de 2007<sup>21</sup> se proponía la creación de una figura *genérica* de “administración fraudulenta” (al estilo del Derecho alemán, pero con una redacción inspirada en el entonces vigente art. 295 del CP español) en un nuevo art. 254 bis, sin perjuicio de mantener una figura específica en el art. 295, eso sí, caracterizada esta como un puro delito societario, en el que lo que se tipificaba era la gestión (y no la administración) fraudulenta de un socio<sup>22</sup>.

Bajo la rúbrica de la sección 3<sup>a</sup>, intitulada “De la administración fraudulenta”, el delito del art. 254 bis se incluía en el capítulo VI del título XIII del Libro II con el siguiente texto:

El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquéllos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se tratare de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio.

---

21 Vid. BOCG (Congreso de los diputados) de 15 de enero de 2007: Proyecto de Ley 121/000119 Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

22 Sobre este Proyecto de 2007, vid. especialmente LUZÓN/ROSO, “Administración”, cit., 2008, pp. 29 ss.

Al lado de este nuevo precepto, se mantenía el tradicional delito de apropiación indebida en el art. 252 con una redacción idéntica a la vigente, pero con la salvedad de circunscribir su presupuesto a la concurrencia de un título que produzca obligación de entregar o devolver, eliminando, consiguientemente, las menciones ejemplificativas adicionales al depósito, comisión o administración.

La creación del nuevo art. 254 bis y su relación con el delito de apropiación indebida del art. 252 encontraban una detenida justificación en un amplio pasaje de la Exposición de Motivos (en adelante) EdM que acompañaba al Proyecto de Ley de 2007 y que reproduzco:

En el delito de apropiación indebida se ha venido planteando en los últimos años un problema de enorme importancia, que es el de la fijación de sus relaciones con el de administración fraudulenta, en la lógica necesidad de evitar interpretaciones que se superpongan o que den lugar a que la administración fraudulenta pudiera aparecer como una modalidad privilegiada de apropiación indebida, lo cual es inadmisibles. La solución del problema debe por lo tanto partir de que se trata de infracciones diferentes, sin perjuicio de que puedan ser cometidas ambas en concurso de delitos. En la búsqueda de esa clarificación de los respectivos espacios se ha estimado conveniente sintetizar la descripción del delito de apropiación indebida concretando su presupuesto en la concurrencia de título que produzca obligación de entregar o devolver, prescindiendo de las menciones solo ejemplificativas adicionales al depósito, comisión o administración que en nada afectan al alcance del tipo y en cambio puede producir una relativa confusión. A su lado, para así hacer más perceptible la diferencia, se describe y pena el de administración fraudulenta, en el que además de destacar su carácter de deslealtad o traición se describe en qué han de plasmarse esas desviaciones de conducta que por sí solas muy poco es lo que indican que sea acorde con la certeza y precisión que cabe exigir a un tipo penal, y a tal fin se señala, como en el texto hasta ahora vigente, la disposición de los bienes administrados o la contracción de obligaciones con cargo a su principal o la sociedad, u oculte beneficios (*sic*), si con ello causa un perjuicio

o frustra un beneficio que legítimamente hubieran podido esperar sus principales o socios. Con ello se resuelve la polémica sobre la interpretación de éste delito que muchos querían ver como una especialización de la apropiación indebida con la que compartiría la condición de delito de menoscabo patrimonial, naturaleza que como queda ahora paladinamente claro es una de las manifestaciones posibles de la infracción mas no la única, pues también entran los manejos abusivos del administrador que derive hacia su persona o hacia terceros negocios y beneficios que legítimamente hubieran de corresponder a la sociedad o a su principal. Se contempla, en fin, la posibilidad de que la disposición fraudulenta de bienes sociales puedan también cometerla socios no administradores.

Por su parte, en lo que se refiere al nuevo delito societario del art. 295, el Proyecto de 2007 proponía la siguiente redacción:

Los socios de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o de la misma forma contraigan obligaciones a cargo de aquella causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los demás socios, depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital confiados a la sociedad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del perjuicio causado, e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio<sup>23</sup>.

Ello no obstante, y pese a que el legislador español realizó una importante reforma del CP en el ámbito socioeconómico a través de la L.O. 5/2010, no introdujo, finalmente, en esta Ley modificación alguna en la figura de la administración desleal de patrimonio ajeno, dejando escapar, una vez más, la oportunidad de tipificar adecuadamente este delito y de clarificar sus

---

23 Con relación a este nuevo delito del art. 295, la EdM no contenía aclaración alguna, salvo la lacónica afirmación con la que finalizaba el párrafo —más arriba transcrito— destinado a explicar la reforma de los delitos de apropiación indebida y administración fraudulenta: “se contempla, en fin, la posibilidad de que la disposición fraudulenta de bienes sociales puedan también cometerla socios no administradores”.

relaciones con el delito de apropiación indebida. Y máxime si se tiene en cuenta la errática doctrina jurisprudencial a la sazón existente, con resoluciones claramente contradictorias, así como la llamativa controversia en la doctrina científica (que se incrementaba de año en año), en la que prácticamente se discutían todos los elementos del delito.

Sin perjuicio de enjuiciar posteriormente de manera específica las novedades más significativas que presentaba este Proyecto de 2007, baste con anticipar aquí las líneas esenciales que ofrecía esta regulación.

Ante todo, hay que resaltar la idea de tipificar en el art. 254 bis, por primera vez, un delito de administración desleal genérico, como figura diferente de la apropiación indebida, con una redacción que, si bien se basaba en el entonces vigente art. 295, ofrecía algunas novedades, como la de añadir las modalidades de acción consistentes en “ocultar beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realizar cualquier otro acto que implique deslealtad”, o la de agregar al perjuicio como resultado material (que en todo caso debía exceder de 400 euros) la modalidad de “frustrar un beneficio legítimo”.

Ello no obstante, dicho precepto presentaba la (criticable) originalidad de incluir en la misma figura delictiva (y, por tanto, con la misma pena) no solo la administración desleal de particulares sino también la administración desleal societaria, y reservando el art. 295 para tipificar un delito que no era tanto una administración desleal cuanto la *gestión* fraudulenta de un socio (que no fuese administrador de hecho o de derecho) con una pena sensiblemente inferior a la prevista para la administración desleal genérica del art. 254 bis<sup>24</sup>.

---

24 Sobre las relaciones entre ambos preceptos vid. LUZÓN/ROSO, “Administración”, cit., 2008, pp. 31 s., quienes argüían con razón que dicha sensible diferencia de penalidad tenía que fundamentarse forzosamente en la idea de que el sujeto activo del delito del art. 295 debía ser un socio no administrador, al que no le incumbía el específico deber de lealtad propio del cargo.

### 3.3. El proyecto de 2013 y la reforma de 2015

#### 3.3.1. El proyecto de 2013

En el proyecto de ley de 2013<sup>25</sup> se proponía también la creación de una figura genérica de “administración desleal”, con una redacción claramente inspirada en la figura de la *Untreue* del art. 266 del Código penal alemán.

Recogida en el precepto que hasta la fecha venía ocupando la apropiación indebida (art. 252), que pasaba a ser incluido en una nueva sección 1 bis del capítulo VI del título XIII del libro II, la figura de la administración desleal se definía del modo siguiente:

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre (sic) 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.
2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.
3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.

Por su parte, el delito de apropiación indebida pasaba a ser incluido en el art. 253 con la siguiente redacción:

---

25 Vid. BOCG (Congreso de los diputados) de 4 de octubre de 2013: Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del 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 una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros<sup>26</sup>.

Finalmente, en la Disposición derogatoria única del Proyecto de Ley de 2013 se proponía la supresión del delito societario de administración fraudulenta contenido en el, a la sazón vigente, art. 295 del CP.

La Exposición de Motivos (EdM) que acompañaba al Proyecto de Ley de 2013 dedicaba un extenso pasaje (más amplio y parcialmente diferente del que se contenía en el Anteproyecto de 2012<sup>27</sup>) a la creación del nuevo delito de administración

---

26 El art. 253 sigue incardinado en la sección 2ª del capítulo VI del título XIII del libro II (bajo la rúbrica “de la apropiación indebida”), acompañado del art. 254, que aglutina la apropiación indebida de cosa perdida y la provocada por un error del transmitente, con una nueva redacción amplia: “apropiación de cosa mueble ajena fuera de los supuestos del artículo anterior”.

27 El pasaje de la EdM del Anteproyecto de 2012 establecía: “(...) Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección Ibis “de la administración desleal”, en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales. Con la finalidad de poner fin a esa situación, se opta por incluir dentro de los delitos contra el patrimonio, pero fuera de los delitos societarios, un tipo penal de administración desleal que sanciona

desleal y a sus relaciones con los delitos de apropiación indebida y de malversación<sup>28</sup>:

Se introduce, dentro del capítulo VI del título XIII, una nueva sección 1 bis ‘de la administración desleal’, en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

---

los actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial. La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluyen, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de 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 trata 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. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos (...).”

28 Según indiqué, en el presente trabajo me ocupo únicamente de las relaciones entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Sobre las relaciones con la malversación, vid. CASTRO MORENO/GUTIÉRREZ

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o ‘distracción’ de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, «cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio»; y administración desleal, «cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado», supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. —sic— artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

La reforma supera además la referencia a un ‘perjuicio económicamente evaluable’ que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el

valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado).

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación (...)<sup>29</sup>.

---

RODRÍGUEZ, “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, en F.J. Álvarez García (dir.) J. Dopico (coord.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013, pp. 778 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8104, 13 de junio, 2013.

- 29 El epígrafe XV de la EdM se completaba con unas consideraciones sobre los delitos de apropiación indebida y de malversación, de las que reproduzco las relativas al primero de dichos delitos: “Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de 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. En este último grupo de supuestos se mantiene la

Para enjuiciar la propuesta del Proyecto de 2013 cobran especial relieve dos extensos e importantes Informes que el Consejo Fiscal y el CGPJ realizaron sobre el texto del Anteproyecto de 2012, unos informes que, en esencia, son predicables del texto del Proyecto de 2013, en la medida en que este conservó íntegramente la misma redacción del Anteproyecto en la descripción de los tipos básicos del art. 252. En particular, cabe resaltar que en dichos informes se sugerían importantes modificaciones a dicho texto, que no fueron atendidas por los redactores del Proyecto, salvo la supresión de un tipo cualificado que se incluía en el Anteproyecto y que preveía la imposición de la pena del tipo básico en su mitad superior “si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro”.

A lo largo de las páginas siguientes iré dando cuenta de tales modificaciones, así como, en particular, de los ilustrativos comentarios que en dichos Informes se efectuaban sobre el referido pasaje de la EdM, que, en lo sustancial (salvo la referencia al concepto de perjuicio<sup>30</sup>), pasó del Anteproyecto al Proyecto.

---

actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”.

- 30 En este sentido, hay que reconocer que en la EdM del Proyecto de 2013 se suprimió una referencia que el Anteproyecto de 2012 hacía al peligro como elemento integrante del perjuicio, supresión que obedeció, sin duda, a las fundadas críticas realizadas por los Informes del Consejo Fiscal y del CGPJ. En efecto, al aludir al concepto de perjuicio, en el Anteproyecto se indicaba que “el perjuicio patrimonial existe tanto cuando (“...”) o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado”. Pues bien, con respecto a ello censuraba el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pp. 231 s.) con razón, como “altamente perturbador” que “eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previ-

Aquí baste con dejar constancia de que, en particular, el CGPJ comenzaba ya su informe con una crítica general, achacando a los redactores del Anteproyecto el que en la EdM se enunciaban unas directrices que después no se trasladaban al texto articulado<sup>31</sup>.

Con todo, hay que advertir de que, tras la tramitación parlamentaria del Proyecto en el Senado, el texto de la EdM

---

sión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el párrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al párrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado”.

El redactor de la EdM del Proyecto de 2013 asumió en buena medida esta crítica, puesto que no solo suprimió las aludidas referencias al peligro sino que acogió en parte la directriz que, a renglón seguido se fijaba en dicho Informe: “Sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación”.

- 31 En concreto en el Informe del CGPJ se indicaba literalmente: “Se dice (scil., en la EdM del Anteproyecto) que el perjuicio patrimonial se apreciará cuando se produzca una disminución efectiva del patrimonio, cuando a consecuencia de la gestión desleal no se produzca el incremento debido o, simplemente, cuando se cree una situación de peligro de pérdida. Sin embargo, nada de ello trasciende a la parte dispositiva del Anteproyecto, pues ninguno de los números del artículo 252 define, de manera auténtica, el perjuicio patrimonial. Otro tanto acontece con los supuestos de específicos que se dice quedan incluidos (venta no autorizada a cambio de un valor inferior al real, concesión no autorizada de créditos sin garantías, contratación de servicios que no se prestan, etc.), ya que ninguno de ellos aparece reflejado en el artículo 252”.

Con respecto a ello téngase en cuenta, empero, que en la EdM del Proyecto de 2013 se suprimieron ya las referencias al peligro (y a los supuestos específicos reveladores de un peligro), según señalé en la nota anterior.

fue modificado para adaptarse a las observaciones críticas de los aludidos Informes, según explico a continuación.

### 3.3.2. *La reforma de 2015: los nuevos arts. 252 y 253*

En lo que atañe al delito de administración desleal, el texto del art. 252 (así como el correspondiente pasaje de la EdM) sufrió algunas relevantes modificaciones<sup>32</sup> (eso sí, sin que tales modificaciones afectasen a la esencia del nuevo delito<sup>33</sup>) durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2013, que pasaron al texto definitivo, el cual quedó redactado así:

---

32 Aparte de estas modificaciones que califico de “relevantes”, se aprovechó para corregir la deficiencia gramatical inserta en el apartado 1 del art. 252: “teniendo facultades para administrar sobre (sic) un patrimonio ajeno”. En el texto definitivo se suprimió la preposición “sobre”, cuyo empleo resultaba incorrecto, pues el verbo administrar es un verbo transitivo en el que el objeto directo no puede ir precedido de semejante preposición, denotativa de un complemento circunstancial de lugar.

En cambio, y al igual que sucede en numerosos preceptos de la reforma, se mantiene el vocablo “mismas” en función anafórica (“excediéndose en el ejercicio de las mismas”, scil., las facultades), a pesar de que, según el *Diccionario panhispánico de dudas*, “es innecesario y desaconsejable el empleo de *mismo* como mero elemento anafórico, esto es, como elemento vacío de sentido cuya única función es recuperar otro elemento del discurso ya mencionado; en estos casos, siempre puede sustituirse *mismo* por otros elementos más propiamente anafóricos, como los demostrativos, los posesivos o los pronombres personales”. Dicho Diccionario corrige este uso “a pesar de su extensión en el lenguaje administrativo y periodístico”. Ahora el mencionado Diccionario deberá añadir “a pesar de su utilización masiva en (nada menos) el Código penal”.

33 Las que sí afectaban a la esencia del delito eran las enmiendas nº 215 y 634 de contenido idéntico, presentadas en el Senado por el GPEPC y el GPS respectivamente, que proponían una redacción que reproducía casi literalmente, con ligeros cambios (y con análoga justificación), la propuesta efectuada por NIETO, “Administración”, cit., 2013, pp. 787 ss., a la que me referiré más abajo.

El texto del art. 252 en dichas enmiendas era el siguiente:

1. Comete un delito de administración desleal quien siendo responsable de la administración de un patrimonio ajeno, perteneciente a personas físicas o jurídicas, ocasione a éstas un perjuicio patrimonial o económico, en beneficio propio o de un tercero, mediante cualquiera de los siguientes comportamientos:

1. 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.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

La principal modificación fue la supresión del apartado 2 del precepto del Proyecto, en el que se contenía el denominado “tipo de la deslealtad”<sup>34</sup>, supresión motivada, sin duda,

---

1.º Excediéndose en las facultades de disposición del patrimonio administrado o de contracción de obligaciones a cargo de éste, que tenga conferidas por contrato o por mandato legal.

2.º Despreciando conscientemente posibilidades seguras de incrementar el patrimonio administrado o gestionado o transfiriendo a un tercero la oportunidad de realizar esos posibles negocios.

3.º Utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o, en su caso, los recursos humanos de la sociedad o del administrado.

4.º No evitando conscientemente una lesión al patrimonio administrado.  
2. Los culpables de administración desleal serán castigados con la pena de prisión de un año a tres años. Para la fijación de la pena se atenderá la cuantía de lo defraudado y el quebranto económico ocasionado a los perjudicados. Se impondrá la pena de multa de tres a 12 meses si el valor de la cantidad defraudada fuera inferior a 10.000 euros.

3. El delito de administración desleal será castigado con la pena de prisión de dos años a seis años y multa de seis a dieciocho meses:

1.º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas.

2.º Cuando se deje a los perjudicados en grave situación económica.

4. Se impondrán penas de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses cuando el perjuicio económico sea superior a 250.000 euros y cuando la conducta típica sea realizada en una sociedad bancaria o de ahorro o en cualquier sociedad de inversiones abierta a un número indeterminado de inversores, agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados siempre que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

34 Esta modificación se produjo ya en el Dictamen de la comisión de Justicia del Congreso, a la vista del informe emitido por la Ponencia (16 de enero de 2015).

por las unánimes críticas dirigidas a esta modalidad delictiva por parte de la doctrina especializada<sup>35</sup>. Eso sí, en la EdM de la L.O. 1/2015 no se ofrece explicación alguna de esta importante decisión, a pesar de que (como queda dicho) esta EdM fue también modificada, no solo para suprimir algunos pasajes, sino también para añadir un nuevo párrafo al texto que acompañaba al Proyecto de 2013, destinado a recalcar la necesidad de crear el nuevo delito genérico de administración desleal y de suprimir el delito societario que hasta la fecha se tipificaba en el art. 295.

En segundo lugar, se modificó también la redacción del tipo atenuado, que quedó notablemente simplificada: este tipo únicamente existirá ahora “si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros”; en tal caso se impondrá una pena de multa de uno a tres meses<sup>36</sup>.

En tercer lugar, el GPP del Senado presentó otra enmienda a través de la cual se proponía añadir una Sección 1ª bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que quedó redactado como sigue: “Se modifica la rúbrica de la Sección 2ª de Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse “De la administración desleal” y que comprenderá el artículo 252”<sup>37</sup>.

---

35 Sobre este texto vid. por todos PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”, *Iuris*, junio 2013, pp. 36 ss., quienes, en referencia al Anteproyecto de 2012, subrayaban que la propuesta española adoptaba el modelo alemán, conteniendo el apartado primero la modalidad de abuso (252.1 APC) y el segundo la de infidelidad (252.2 APC), estructurados como tipo específico y tipo básico respectivamente.

36 Inicialmente la cuantía que delimitaba el tipo atenuado (tipo que había sido modificado ya en el Dictamen de la comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el 16 de enero de 2015) era de 500 euros. No obstante, a través de la enmienda nº 988 presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Senado, se rebajó la cuantía a 400 euros sobre la base de la siguiente justificación, común a otros delitos patrimoniales: “se fija la cuantía en 400 euros, en lugar de 500, pues finalmente se ha llegado a la conclusión de que no parece oportuno incrementar en los momentos actuales la cantidad delimitadora entre la infracción menos grave y la leve”.

37 Era la enmienda nº 987, que incluía la siguiente justificación: “se trata de una corrección técnica, por cuanto que al tener que tipificarse la administra-

Además, se incluyó una corrección técnica, por cuanto que, al desaparecer la Sección 1ª bis, debía eliminarse la referencia a esta Sección. El art. 252, según enmienda presentada al apartado 126, queda comprendido en la Sección 2ª, no en la 1ª bis, que ha quedado eliminada.

Finalmente, según indiqué más arriba, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto en el Senado también se modificó sustancialmente el texto de la EdM en el epígrafe XV, dedicado a la administración desleal.

Y merece la pena resaltar esta modificación, en la medida en que permite poner de relieve la falta de sintonía entre la redacción del tipo de la administración desleal y la explicación que de él ofrecía la EdM del Proyecto.

Propiciada, sin duda, por los Informes críticos del CGPJ y del Consejo Fiscal, la modificación que se produjo en el texto de la EdM consistió no solo en corregir determinados aspectos del texto del Proyecto, sino también en eliminar buena parte de su contenido, el cual quedó como sigue:

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. 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 sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro

---

ción desleal a continuación de la sección referida a las estafas, aquélla debe encuadrarse en una sección 2ª<sup>37</sup>.

la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, 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.

Como se puede comprobar, en el texto definitivo, aparte de sintetizarse las diferencias que el legislador traza entre la administración desleal y la apropiación indebida, se eliminaron las referencias a la interpretación jurisprudencial del tradicional delito de apropiación indebida, incluido en el derogado art. 252, así como las consideraciones relativas a cómo debe ser interpretado el concepto de “perjuicio patrimonial” en el seno del nuevo delito de administración desleal<sup>38</sup>.

---

38 Con todo, resulta curioso que el texto de la EdM finalmente aprobado surgiese “de la nada”, por así decirlo, en el documento aprobado por el Senado el 23 de marzo de 2015 (BOCG n° 493). Y empleo esta expresión porque, ciertamente en el Senado se había presentado una enmienda al Preámbulo por parte del GPP del Senado (la enmienda n° 955), pero esta enmienda no ofrecía novedad alguna con relación al texto aprobado en el Dictamen de la comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, a la vista del informe emitido por la Ponencia (16 de enero de 2015).

Tales supresiones deben ser acogidas favorablemente, por las razones que expondré posteriormente, a lo largo de las páginas siguientes.

En lo que atañe al delito de apropiación indebida, el nuevo art. 253 también sufrió modificaciones tras la tramitación parlamentaria del Proyecto en el Senado.

Así, por un lado, se produjo la consabida modificación relativa al apartado 2, en sintonía con lo dispuesto para el delito de administración desleal y para los restantes delitos patrimoniales, quedando redactado, a la postre, del siguiente modo: “Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”<sup>39</sup>.

Pero, por otro lado, se modificó el dictado del apartado 1 para incluir en el objeto material las expresiones “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble”, de tal manera que dicho apartado quedó redactado así: «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”<sup>40</sup>.

39 Inicialmente, en el texto aprobado por el Congreso, la cuantía del tipo atenuado era de 500 euros, pero, merced a la enmienda nº 989 del GPP del Senado se rebajó el límite cuantitativo a los 400 euros.

40 Reproduzco en letra negrita las modificaciones introducidas en el texto aprobado por el Senado el 23-3-2015 (BOCG nº 493), fruto del Dictamen de la Comisión de Justicia en el Senado (BOCG, nº 485, de 9 de marzo de 2015). Las enmiendas nº 216 y 635, de contenido idéntico, presentadas por el GPEPC y el GPS respectivamente, proponían incluir en el objeto material la expresión “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial” y el vocablo “administración” entre los títulos jurídicos. El contenido de tales enmiendas (y la justificación que las acompaña) reproduce literalmente la propuesta efectuada por CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 773 ss., a la que me referiré más abajo.

A su vez, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto en el Senado se modificó el pasaje de la EdM referente a la apropiación indebida, en el sentido 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”<sup>41</sup>.

### 3.4. La tesis del *statu quo*

Pese a todas las propuestas de modificación efectuadas por la doctrina y pese a las propuestas reflejadas en los mencionados proyectos de reforma del CP, recientemente se había sugerido la solución de dejar las cosas como estaban y no llevar a cabo modificación alguna al respecto.

---

Repárese, empero, en que el legislador de la LO 1/2015 se limitó a especificar en el objeto material los términos “dinero, efectos y valores”, sin incluir, pues, los “activos patrimoniales” y sin mencionar el título de la “administración”.

- 41 Reproduzco en letra negrita la novedosa redacción que se incluyó en el texto aprobado por el Senado el 23-3-2015 (BOCG nº 493), y que, al igual que sucedía con respecto a la administración desleal, tampoco se contenía en la enmienda nº 955 que GPP del Senado había presentado con relación al Preámbulo.

Por provenir de un reputado magistrado de la sala 2ª del TS, que además había intervenido en la consolidación de la doctrina jurisprudencial mayoritaria en el momento actual a la que me referí más arriba, merece la pena detenerse en esta tesis, exponiendo los argumentos que el magistrado CONDE-PUMPIDO ha resumido en un prestigioso foro de debate jurídico<sup>42</sup>.

Tales argumentos pueden ser sintetizados del modo siguiente.

El punto de partida es la exposición de la línea jurisprudencial dominante en cuanto a la caracterización de los delitos de apropiación indebida y administración desleal y a las relaciones que cabe establecer entre ambos, línea jurisprudencial que recogí más arriba en el epígrafe II.2.2.2., al que me remito.

Con base en dicha línea jurisprudencial, afirma CONDE-PUMPIDO que “la jurisprudencia ya habla actualmente de manera pacífica de la distinción entre apropiación indebida en sentido propio y apropiación indebida por distracción, incluyéndose en esta última la de dinero y, en general, otras modalidades de conducta que también tendrían cabida en el tipo de la administración desleal cometida por administradores societarios pero que en realidad son de apropiación de dinero por estos últimos”. Por tanto, a juicio del referido magistrado, “tenemos un sistema que está funcionando bien”, a diferencia de lo que sucede en el modelo alemán, el cual “crea problemas como se ha destacado en el informe del Consejo General del Poder Judicial, y necesita que la jurisprudencia lo clarifique durante un largo período de tiempo, por la vía de resoluciones caso a caso, mientras que en España ya ha finalizado ese proceso. El TS ya ha hecho el trabajo interpretativo y clarificador y está actualmente garantizada la seguridad jurídica”.

Sentadas estas premisas, añade dicho magistrado que “no hay razón alguna para cambiar el modelo”, por lo que critica “el contenido de la reforma (scil., la que se contenía en el Proyecto

---

42 Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Observatorio”, cit., 2014.

de 2013) del precepto en cuestión”, argumentando en apoyo de su tesis “que no se aprecia una reclamación en el mundo económico, forense o jurisdiccional de cambio del sistema vigente, y que con la reforma no se va a tutelar mejor el bien jurídico protegido”. A renglón seguido, reconoce que “cabe plantearse dogmáticamente como hipótesis que quizás debería haberse legislado de otra forma hace 20 años pero ahora la reforma llega tarde, siendo extemporánea y perturbadora. Hemos trabajado con un modelo diferente, hemos dado solución a los problemas que nos daba este sistema e incorporar ahora otro modelo sólo obedece a un prurito doctrinal, que no va a aportar mejoras desde el punto de vista de cubrir lagunas de punición o de proteger mejor el bien jurídico tutelado por el precepto”.

Por último, considera que “con la reforma no se ganaría en seguridad jurídica habida cuenta de los problemas que ha planteado en Alemania el precepto de referencia habiéndose cuestionado incluso su constitucionalidad por falta de taxatividad, ya que se trata de un texto abierto en el que no se sabe cuáles son las obligaciones que impone para cuidar del patrimonio ajeno, e introduce serios riesgos para el ejercicio de determinadas profesiones, como la propia abogacía. Constituye un motivo de preocupación que se pretenda modificar una regulación como la vigente en España, que aporta seguridad jurídica, un valor esencial para el buen funcionamiento de una economía de mercado, por otra que va a generar serios problemas. Y este análisis no resulta afectado por el hecho de que el TC alemán haya dicho que su regulación penal de la administración desleal no es inconstitucional puesto que el TC alemán ha salvado la constitucionalidad del precepto completándolo con la abundante doctrina jurisprudencial alemana que se ha dictado a lo largo de muchos años. Esto quiere decir que el modelo, tal y como se introduce, puede considerarse inconstitucional por falta de taxatividad y sólo una prolongada labor jurisprudencial puede salvarlo, labor jurisprudencial que en España debería empezar de cero, cuando ya existe un trabajo jurisprudencial propio que ha aportado claridad y seguridad al modelo actual”.

En síntesis, CONDE-PUMPIDO concluye su argumentación afirmando que “el cambio de modelo responde a una concepción doctrinal respetable, pero no es necesario para responder a una demanda social, forense, del mundo económico o del jurisdiccional. No elimina graves lagunas de punibilidad, ni aporta mayor seguridad jurídica. Prescinde de la doctrina jurisprudencial de nuestro TS, dejando vacío de contenido un trabajo clarificador realizado a lo largo de casi dos décadas, e introduce un modelo importado, que es muy cuestionado en su propio país de origen, y que resulta inseguro, innecesario y perturbador”<sup>43</sup>.

### **3.5. Observaciones críticas a la tesis del *statu quo***

Frente a la tesis del *statu quo*, preconizada por CONDE-PUMPIDO hay que efectuar una serie de matizaciones.

La primera va referida a la propia afirmación de que la jurisprudencia del TS en la materia que nos ocupa ofrece una doctrina consolidada y de que, consecuentemente, existe plena seguridad jurídica.

En efecto, según expliqué más arriba (epígrafe II.2.2.2.) para CONDE-PUMPIDO lo decisivo en la diferenciación es —dicho de forma resumida— que “en la apropiación indebida el despojamiento patrimonial tiene carácter definitivo y en la administración desleal no”.

Sin embargo, es el propio CONDE-PUMPIDO el que, tras afirmar que esta “puede considerarse una doctrina suficientemente consolidada”, a renglón seguido, y de forma un tanto contradictoria, matiza que “subsisten resoluciones que siguen un criterio más tradicional”.

---

43 La tesis del *statu quo* aparece respaldada por diversas intervenciones habidas en la propia sesión del referido Observatorio de Derecho penal económico (vid. las intervenciones de Junco Otaegui, Casado González y Vegas Torres). Sin embargo, resulta curioso —a la par que sumamente ilustrativo— comprobar cómo en estas intervenciones no se comparte exactamente, en realidad, la diferenciación entre apropiación indebida y administración desleal propuesta por CONDE-PUMPIDO, según explico más abajo.

Este reconocimiento bastaría ya para poner en tela de juicio la existencia de una plena seguridad jurídica en este punto. Ni que decir tiene que la seguridad jurídica debe ser un valor absoluto y no puede ser esgrimida como argumento cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, subsisten sentencias del propio TS que contradicen la tesis mayoritaria, por muy dominante que esta sea. Pero es que además acontece que una de esas excepciones a la tesis dominante viene dada por una sentencia que es inmediatamente posterior a la afirmación de la sedicente consolidación. Me refiero a la más arriba citada STS 117/2014 (ponente Varela Castro), en la que, pese a compartir, en principio, el criterio de la línea jurisprudencial dominante, acaba recurriendo (por cierto, de forma incoherente) al criterio del exceso intensivo del administrador, dentro de las facultades que le competen, para determinar el ámbito del delito societario del derogado art. 295, aun cuando existan actos de apropiación definitiva (como era el pago de honorarios por los servicios prestados por un tercero a la sociedad administrada en una cuantía superior a la justificada en los contratos)<sup>44</sup>.

Por lo demás, que la seguridad jurídica se ve comprometida es algo que, sin ir más lejos, se demuestra cuando en

---

44 Debe hacerse notar, además, que el criterio sostenido en esta sentencia no es novedoso, sino que enlaza con la tesis que se había venido manteniendo con anterioridad en diversas sentencias del propio TS, y que fue seguida por algunas resoluciones posteriores, como la STS 464/2014, de 3 de junio. Por lo demás, el caos interpretativo en el que se ha visto sumido el TS español a lo largo de estos años ha provocado (aunque sea de forma indirecta) casos tan curiosos como el de la STS 655/2014, de 15 de octubre, en la que una clarísima conducta de apropiación indebida fue calificada, primero, como delito de administración desleal por la AP de Madrid y luego fue casada y anulada por el TS, por entender (correctamente) que el administrador de una comunidad de propietarios/usuarios de un aparcamiento no era un “administrador” (a los efectos del art. 295, en relación con el art. 297). Sin embargo, el TS no pudo condenar por apropiación indebida (absolviendo al administrador) porque las partes no habían acusado por este delito, en virtud de lo cual entendió que se habría quebrado el principio acusatorio si se hubiese condenado por él, dado que el TS consideró que apropiación indebida y administración desleal no eran delitos homogéneos.

el marco de las intervenciones habidas en la propia sesión del referido Observatorio de Derecho penal económico otros prestigiosos ponentes ni siquiera mencionan el criterio que, según CONDE-PUMPIDO, está consolidado. Es más, y antes al contrario, aluden al criterio del “abuso intensivo” (recogido en la STS 117/2014)<sup>45</sup>. Y a ello hay que añadir el relevante dato de

---

45 Así Junco Otaegui indica que “la doctrina desarrollada por la Sala 2ª del TS en sentencias posteriores a la dictada en el caso *Argentina Trust* ha venido a fijar y establecer criterios de diferenciación que permiten deslindar con cierta seguridad los supuestos encuadrables en la figura de la apropiación indebida del art. 252, que básicamente son aquellos en los que el administrador de hecho o de derecho ejerce facultades de disposición de las que realmente carece, frente a los casos de administración desleal del art. 295, en los que el administrador utiliza abusivamente las facultades que tiene conferidas en beneficio de intereses ajenos a la sociedad administrada y con el correlativo perjuicio de la misma”.

Casado González señala, de forma contundente, que “los problemas que planteaba el art. 252, en el que se castiga la apropiación indebida y la gestión desleal, y el concurso con la administración desleal societaria del art. 295, ya están resueltos por la jurisprudencia, al distinguir entre el abuso extensivo y el abuso intensivo para deslindar la gestión leal de la administración desleal”.

Vegas Torres considera “confusa la regulación actual de la administración desleal, lo que resulta acreditado por los vaivenes jurisprudenciales sobre la interpretación del tipo, si bien recientemente se han consolidado criterios de gran interés que han fundamentado, entre otras cuestiones, la divergencia punitiva entre los arts. 295 y 292 CP. Aún así, siguen planteándose dificultades respecto a su aplicación en el caso concreto (...)”.

En fin, para Prego de Oliver “en la administración desleal quien dispone ha de ejercitar una facultad jurídicamente reconocida por el orden jurídico, verdadera y no simulada, aunque pueda estar disimulada, mientras que en la disposición del tipo de apropiación indebida quien dispone actúa fácticamente ejercitando una facultad que no tiene, porque el poder actuado por el sujeto no le es reconocido por la norma y jurídicamente no existe, siendo esta disposición siempre fáctica y la otra siempre jurídica, por lo que no hay ninguna coincidencia ni solapamiento entre ambas”.

Y, de hecho, algunos penalistas, como GILI (“Administración”, cit., 2015, p. 762) han podido llegar a afirmar que, sin perjuicio de la coexistencia de diversas tentativas de distinción, la tesis que había ido ganando peso en el parecer jurisprudencial desde mediados de la pasada década era la que hacía descansar la distinción en la clase de exceso que se comete en relación con el título jurídico del que se dispone para la actuación.

que la inseguridad aplicativa se veía amplificadas por el hecho de que, por razón de la pena prevista para este delito, era la Jurisprudencia menor la que solía tener la última palabra en su interpretación, dado que en ella se agotaba normalmente la segunda instancia<sup>46</sup>.

Ahora bien, en segundo lugar, y más allá del cuestionamiento de la afirmación de que el TS español ofrezca una doctrina plenamente consolidada que garantice la seguridad jurídica, la tesis del *statu quo* presenta un importante problema ulterior, al adolecer de una evidente confusión. En efecto, una cosa es que este criterio sea el más satisfactorio de *lege lata* y otro, que lo sea también de *lege ferenda*. El criterio es efectivamente, a mi juicio, el más satisfactorio de *lege lata* (o, mejor dicho, si se prefiere, el menos insatisfactorio si se quiere respetar el principio de legalidad), pero ello no implica que sea plenamente satisfactorio de *lege ferenda*, puesto que no permite resolver adecuadamente todas las constelaciones de hipótesis constitutivas de administración desleal de patrimonio ajeno.

Así, por de pronto, a la tesis del *statu quo* hay que oponer una objeción fundamental, que ha venido siendo tradicionalmente esgrimida en la doctrina y que va dirigida a rellenar una significativa laguna de punibilidad, a saber: al castigarse únicamente la versión societaria en el derogado art. 295, quedaba al margen de lo punible la genérica administración desleal de un patrimonio ajeno, realizada fuera de una estructura societaria (con la única excepción, bien específica por cierto, del supuesto de malversación impropia del art. 435 3º CP). De ahí que, desde hace años la doctrina dominante (y con independencia del mantenimiento de un específico delito societario) hubiese venido propugnando la creación de un genérico delito patrimonial de administración desleal, ubicado en inmediata conexión con los delitos de estafa y apropiación indebida, un delito que no solo se aplicaría en los casos en los que el titular del patrimonio administrado fuese una persona física, sino también en los casos en

---

46 Cfr. GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 761.

los que el titular fuese una entidad que jurídico-penalmente no encajase en el concepto de sociedad a los efectos del art. 297<sup>47</sup>.

Por otra parte, no se puede desconocer que el delito del art. 295, además de no permitir abarcar los casos no societarios, presentaba diversos defectos técnicos y político-criminales que hacían necesaria su reforma. En concreto, cabe resaltar que —según se expondrá más abajo— existen conductas de administración desleal que resultaban impunes con arreglo a este precepto y que son merecedoras de castigo penal.

Finalmente, aceptando como correcto que existen casos de administración desleal que deben ser castigados con arreglo al tipo de la apropiación indebida, resultaba deseable que el legislador delimitase con claridad cuáles son esos supuestos, especialmente si se acepta (algo que también creo correcto, aunque es una cuestión controvertida) que dichos casos son merecedores de mayor pena que la genuina administración desleal. Y en particular debería resolverse ya por el legislador la calificación de supuestos como el enjuiciado en la mencionada STS 117/2014 (ponente Varela Castro), que castiga la conducta como delito societario de administración desleal, contradiciendo la tesis jurisprudencial mayoritaria, según la cual la conducta allí analizada debería haber sido castigada como apropiación indebida.

### 3.6. Recapitulación e interrogantes político-criminales

A la vista de todo lo que se acaba de exponer, cabe concluir que la tesis del *statu quo* no puede ser acogida y que, por

---

47 Sirva de ejemplo el caso enjuiciado por la STS, 15-10-14 (Rec. 243/2014), en la que no se considera al administrador de una comunidad de propietarios/usuarios “administrador de sociedad” a los efectos del delito societario de administración desleal del art. 295. Eso sí, el TS argumenta desde una doble perspectiva: ni las comunidades de propietarios o usuarios son sociedades, ni el administrador encaja en la definición contenida en los arts. 297 y 295, que requieren capacidad de obligar a la sociedad por el cargo que ocupa en ella, quebrantamiento del deber de lealtad y perjuicio a la sociedad concernida.

ende, resultaba conveniente una reforma legal que delimitase con precisión las figuras de la apropiación indebida y la genérica administración desleal. Asimismo, es preciso analizar si, a mayores, resultaría aconsejable la tipificación de un específico delito societario de administración desleal.

A tal efecto, el referido análisis tendrá en cuenta ante todo la nueva regulación llevada a cabo por la L.O. 1/2015, pero hay que insistir en que contamos también con los textos de los proyectos de los años 2007 y 2013 y con la experiencia del Derecho comparado, singularmente la del Derecho alemán. Asimismo, contamos además con los diferentes estudios doctrinales destinados a examinar tales propuestas legislativas, estudios que, en algunos casos, incluyen textos articulados que se ofrecen como alternativa o como mejora de dichas propuestas y que sirvieron de base para la redacción de algunas enmiendas presentadas al Proyecto.

Así las cosas, entiendo que el proceder metodológico correcto es que, con carácter previo a la redacción de cualquier texto, se identifiquen las decisiones político-criminales básicas, algo sobre lo que, por cierto, no existe consenso en la doctrina.

- 1) La primera de tales cuestiones político-criminales consiste en determinar si el delito de apropiación indebida es, o no, de mayor gravedad que el delito de administración desleal, cuestión que, a su vez, está relacionada con el alcance del delito de apropiación indebida, y, en concreto, con la decisión particular de si el ámbito de este delito debe, o no, quedar reducido exclusivamente a los supuestos de apoderamiento de una cosa mueble ajena, excluyendo el dinero.
- 2) Despejados estos interrogantes básicos, quedarán abiertos otros en función de la respuesta obtenida.
- 3) Así, si se opta por excluir la apropiación de dinero de la esfera del delito de apropiación indebida (como hace la reforma de 2015), habría que averiguar si todos los comportamientos de administración desleal

(tanto las conductas apropiatorias como las no apropiatorias) merecerían la misma pena y, en su caso, si esa pena debería ser mayor, igual o menor a la del delito de apropiación indebida.

- 4) Por el contrario, si se admite que la apropiación indebida debe abarcar supuestos de apropiación de dinero por parte de un administrador (a mi juicio, lo correcto), habrá que delimitar con precisión cuáles deben ser esos casos y, en particular, dilucidar si dicho ámbito debe quedar reducido a las llamadas actuaciones meramente fácticas del administrador (también calificadas como *exceso extensivo*), por tratarse de conductas realizadas al margen de sus funciones propias como administrador, o si debería englobar además aquellas conductas que, si bien se llevan a cabo por el administrador en el marco de las funciones propias de su cargo (el denominado *exceso intensivo*), comportan genuinos actos apropiatorios con carácter definitivo.
- 5) A su vez, en el caso de que las conductas apropiatorias del administrador realizadas con exceso intensivo quedasen excluidas del tipo de la apropiación indebida habría que determinar si merecen la misma pena que las conductas que, aunque no son apropiatorias, causan un perjuicio al patrimonio administrado.
- 6) Por lo demás, habría que decidir si dentro de estas últimas (las que podríamos convenir en llamar genuinas conductas de administración desleal) habría que incluir exclusivamente los supuestos de causación de un efectivo perjuicio patrimonial económicamente evaluable o si podrían quedar abarcados casos de perjuicio concebido en un sentido más amplio.
- 7) Finalmente, a todos los interrogantes anteriores habría que añadir la referida cuestión relativa a la posibilidad de crear un específico delito societario de administración desleal (y, en caso afirmativo, con qué contenido dentro de las variantes que se acaban de

indicar) e incluso crear un tipo todavía más específico en el seno de particulares sectores de la esfera económica, como podría ser el de la actividad bancaria y la intermediación financiera.

### **3.7. El ámbito del delito de apropiación indebida: las conductas apropiatorias realizadas por un administrador**

*Prima facie*, atendiendo a los modelos legislativos existentes y a las construcciones jurisprudenciales y doctrinales, está clara la diferencia que existe entre el injusto de la apropiación indebida y el de la administración desleal. En la apropiación indebida se lesiona el derecho de propiedad mediante una acción de apoderamiento de una cosa mueble ajena que el autor tiene en su posesión o bajo su custodia en virtud de un título que produzca obligación de devolverla o de darle un destino determinado. En la administración desleal se lesiona el patrimonio (del mismo modo que en el delito de estafa) mediante una conducta realizada por un sujeto que infringe un deber jurídico que le incumbe de cuidar el patrimonio de otro y sobre el que tiene una capacidad jurídica de disposición.

Sin embargo, y atendiendo asimismo a los diversos modelos legislativos y a las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, es posible detectar la existencia de una zona fronteriza o común, integrada por la entrega de dinero. Pues bien, el problema reside en delimitar con precisión esa zona fronteriza con el fin de averiguar qué supuestos deben ser reconducidos a uno o a otro delito.

En principio, ha venido existiendo un amplio consenso (particularmente perceptible en la doctrina y jurisprudencia españolas, a la vista de la tradicional regulación de la apropiación indebida en nuestro CP) a la hora de entender que hay un supuesto en el que el comportamiento apropiatorio del sujeto activo debe ser incardinado en el delito de apropiación indebida, a saber: el de quien recibe el dinero con la obligación concreta

de darle un destino específico perfectamente determinado e incumple dicha obligación, dándole al dinero recibido un destino diferente al pactado, sea en beneficio propio, sea en beneficio ajeno<sup>48</sup>.

Ahora bien, el problema surge cuando profundizamos algo más en esa zona limítrofe, puesto que cabe imaginar supuestos en los que (como sucede en la más arriba comentada STS 117/2014, de 15 de abril) el administrador tiene capacidad para disponer de los bienes (eso sí, con el deber de cuidar el patrimonio) y, excediéndose en el uso de dichas facultades, lleva a cabo lo que materialmente no es sino un verdadero acto apropiatorio (sea en beneficio propio, sea en beneficio de un tercero).

Vaya por delante que, en casos como el relatado en la referida sentencia, habría que matizar la afirmación de que el administrador incurre en un mero exceso intensivo. Y es que, en efecto, no parece que abonar cantidades notoriamente desproporcionadas, que comportan una auténtica apropiación de fondos sociales, tengan cabida en rigor dentro de las funciones

---

48 Vid. por todos GÓMEZ-JARA, *La administración*, cit., 2008, pp. 193 s.; NIETO, “Administración”, cit., 2013, pp. 791 s. En particular, aclara, acertadamente, este segundo penalista que dicha incardinación (reconocida en el, a la sazón vigente, art. 252 CP) resulta correcta porque, si bien desde el punto de vista civil el sujeto que recibe el dinero se convierte en su propietario y, por tanto, no cabría hablar en rigor de apropiación indebida, esta conducta se halla valorativamente más próxima al delito de apropiación indebida que al de administración desleal, en la medida en que el sujeto recibe el dinero de manera similar a quien recibe prestado cualquier otro bien con el fin de entregarlo o devolverlo; y añade, como segundo argumento, que esta solución permitiría construir un delito de administración desleal mucho más taxativo. Por lo demás, ilustra NIETO esta interpretación con dos claros ejemplos: si A entrega 6.000 € a B para que compre al día siguiente acciones de la empresa X, y B decide pagar con ello una deuda, incumpliendo su obligación, existe un delito de apropiación indebida; en cambio, existe administración desleal si A entrega dicho dinero a B para que lo invierta en bolsa de la manera que estime más conveniente (atendiendo a su rentabilidad), y A decide comprar acciones de una empresa en la que él tiene intereses, pero que no es nada rentable. De acuerdo también con esta interpretación, incluso tras la L.O. 1/2015, GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 765.

propias del cargo de administrador social. Más bien, parece que estamos ante una conducta materialmente muy próxima a las apuntadas apropiaciones fácticas y que, por tanto, no estamos ante un mero ejercicio intensivo, sino, en realidad, ante una actuación del administrador al margen de sus estrictas funciones.

En suma, cabría afirmar que en este caso hay una apropiación de bienes que valorativamente no se distingue sustancialmente de una genuina conducta de apropiación indebida, pero, a la vez, no se puede ignorar que en el administrador existe una infracción del deber de cuidar el patrimonio ajeno, nota característica de la administración desleal<sup>49</sup>.

Pues bien, aunque el tema sea opinable, creo que en estos últimos casos limítrofes (y aunque en rigor no quepa sostener

---

49 En cualquier caso, entiendo que lo que habría que descartar era el concurso de delitos, cuestión planteada por algunos autores. Así, GÓMEZ-JARA (*La administración*, cit., 2008, p. 194) se planteaba esta cuestión incluso en el supuesto de las genuinas apropiaciones fácticas, o sea, cuando existe una obligación concreta del administrador de disponer de un dinero para un fin determinado y el administrador lo “distrae” destinándolo a otros fines. Al respecto, escribía dicho penalista (p. 194, n. 69), “se podría argumentar que toda apropiación indebida por parte de un administrador societario implica una administración desleal ya que toda infracción de la obligación de entrega o devolución a su principal –la sociedad– implica asimismo una vulneración de los deberes genéricos de administración fiel y leal consignados en el ya citado 127 LSA. Ante esta situación, la ulterior cuestión es si se considera que la propia conducta de apropiación indebida, sobre todo a la vista de la penalidad que implica, incluye ya la administración desleal del art. 295 CP”.

A mi juicio, es obvio que *de lege lata* no era en modo alguno admisible el concurso ideal de delitos (que no, por cierto, el medial, al que alude GÓMEZ-JARA), a la vista de la significativa diferencia de penalidad. Pero tal concurso debe ser descartado incluso *de lege ferenda*: en el caso de comportamientos apropiatorios por parte de un administrador, las relaciones entre ambos delitos son las propias del concurso de normas, salvo, claro es, que existan *hechos* diferentes. Un solo hecho, en cambio, no puede dar lugar a un concurso de delitos, porque se vulneraría el principio *non bis in idem*: prescindiendo de posibles peculiaridades no sustanciales en la redacción de los respectivos tipos, lo relevante es que la acción es única, el perjuicio también lo es, y la posición específica de administrador es asimismo imprescindible para poder castigar por ambos delitos. Entre ellos solo

que haya una obligación concreta de disponer de un dinero para un fin específico perfectamente determinado) debería concederse preeminencia a la circunstancia de que el sujeto lleva a cabo también una auténtica apropiación o distracción definitiva de fondos (con usos dominicales ilícitos) y por tanto calificar el hecho como apropiación indebida. Ello tiene la ventaja de poder construir un delito de administración desleal más uniforme y taxativo<sup>50</sup>, al permanecer excluidos de este todos los comportamientos apropiatorios y quedar entonces reservado el tipo para las restantes conductas que (sin constituir usos dominicales) causen un perjuicio al patrimonio administrado mediante una infracción del deber de salvaguarda que le incumbe al administrador.

Sentado lo anterior, la cuestión que a renglón seguido procede resolver es la de si una conducta de apropiación indebida como la que se acaba de definir debe ser castigada con una pena superior o inferior (o igual) a la que corresponde al delito de administración desleal.

Este interrogante ha sido respondido de forma muy diversa tanto en el Derecho comparado como en la doctrina española y en los proyectos españoles de CP.

Ciertamente, en principio, en el Derecho alemán el marco penal que se asigna a la infidelidad patrimonial (*Untreue*) es superior al que se establece para la apropiación indebida<sup>51</sup>, pero, obviamente, hay que tener en cuenta la decisiva peculiaridad de

---

existiría la diferencia básica de que en el delito de apropiación indebida la conducta comporta un uso dominical, mientras que en la administración desleal, no.

50 Recuérdese que a ello alude NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 792), aunque solo para incluir en la apropiación indebida las genuinas apropiaciones fácticas.

51 Pena de prisión de hasta tres años o multa para la apropiación indebida (que se puede elevar hasta los cinco años de prisión en el caso de que la cosa “le hubiese sido confiada al autor”) frente a una pena de prisión de hasta cinco años o multa (que puede ser elevada hasta los diez años de prisión en los casos “especialmente graves”).

que el delito alemán de la *Untreue* abarca todos los supuestos de administración desleal (incluyendo los comportamientos que aquí hemos calificado de apropiatorios) y de ahí el amplio marco penal que va desde una simple multa hasta una pena de prisión de diez años, lo que permite ofrecer gran flexibilidad a la hora de adaptarse a la muy diferente gravedad de supuestos planteables.

En el nuevo art. 252 introducido por la L.O. 1/2015, que adopta fielmente el modelo alemán (y que, por tanto, parece re-conducir todos los comportamientos apropiatorios del administrador infiel al delito de administración desleal), se asignan, en cambio, las mismas penas a ambos delitos<sup>52</sup>, tanto en el tipo básico como en el tipo atenuado<sup>53</sup>; unas penas que, por cierto, son las mismas que se prevén para el delito de estafa y de apropiación indebida<sup>54</sup>. Con todo, hay una razón que permite sostener la mayor gravedad, de *lege lata*, de la apropiación indebida: el art. 269 mantiene el castigo de los actos preparatorios para este delito y no lo prevé, empero, para la administración desleal.

Por el contrario en el Proyecto de 2007 las penas fijadas para el delito de apropiación indebida (las mismas que se señalaban para la estafa) eran superiores a las establecidas para el

---

52 Observa con razón GILI (“Administración”, cit., 2015, pp. 766 y 782) que con esta equiparación punitiva el legislador de 2015 evidencia de nuevo su obsesión por evitar todo peligro de fricción entre ambos delitos, renunciando a una “adecuada diferenciación de penas, que ponderase correctamente el distinto desvalor de las conductas”.

53 El texto final de la L.O. 1/2015 corrige la sorprendente previsión del Proyecto de 2013, en el que tipo privilegiado, que se preveía con idéntica redacción para ambos delitos (hecho de escasa gravedad), la pena de multa en la administración desleal (de uno a seis meses) poseía un límite superior al de la apropiación indebida (de uno a tres meses). Esta discordancia no pasó al texto definitivo, puesto que, tras la tramitación parlamentaria, la pena del tipo atenuado quedó establecida de modo idéntico para ambos delitos (multa de uno a tres meses).

54 Vid. en este sentido, críticamente, CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 771, considerando desproporcionada la remisión que efectuaba el art. 252-1 del Anteproyecto de 2012 a las penas de los arts. 249 y 250 (estafa y apropiación indebida).

delito de administración fraudulenta<sup>55</sup>. Y, con respecto a este Proyecto de 2007, hay que aclarar que, si bien se mantenía en el tipo de la apropiación indebida el dinero como objeto material, se suprimía la referencia expresa a la “administración” (así como a cualquier otro título específico), lo que podría permitir llegar a interpretar que todos los supuestos de administración desleal (incluyendo los comportamientos apropiatorios) deberían quedar integrados en el delito de administración fraudulenta.

A mi juicio, y comenzando por descartar lo que me parece más evidente, la pena prevista para la administración desleal genérica en ningún caso debería ser superior a la asignada al delito de apropiación indebida<sup>56</sup>.

En sentido contrario se ha pronunciado en nuestra doctrina NIETO, sobre la base de argumentar que “los autores del delito de apropiación indebida (...) no violan ningún deber de salvaguarda. Hacen algo menos grave: incumplen una concreta obligación, la de devolver el bien o darle un destino determinado”<sup>57</sup>.

Sin embargo, frente a ello hay que responder que no se alcanza a comprender por qué un genérico deber de salvaguardar el patrimonio va a pesar de forma tan decisiva en la ponderación de injustos. Y es que, a tal efecto, no solo hay que valorar este elemento sino cada injusto en su globalidad: así, en la apropiación indebida, existe la infracción de una obligación jurídica *específica*, perfectamente determinada, de entrega o devolución de una cosa y se trata, además, de una infracción que comporta la

---

55 En efecto, las penas previstas para la administración fraudulenta eran las de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio, mientras que para la apropiación indebida eran las señaladas para la estafa, o sea, prisión de uno a cuatro años en el tipo básico, pero con la posibilidad de llegar a imponer la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses si concurriese alguna de las circunstancias del art. 250 e incluso la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses en determinados casos.

56 En este sentido vid. también el Informe del CGPJ, p. 199.

57 NIETO, “Administración”, cit., 2013, p. 794.

privación definitiva del dominio de la cosa<sup>58</sup>; en cambio, en la administración desleal existe ciertamente un perjuicio patrimonial, pero de variado significado, según el contenido que se le quiera otorgar<sup>59</sup>.

Por lo demás, y partiendo de la base de que reina amplio acuerdo a la hora de entender que la apropiación indebida debe ser castigada con el mismo marco penal que se prevé para la estafa, tampoco se alcanza a comprender entonces cuál es la razón que justificaría castigar con mayor pena la administración desleal que la estafa. Incluso en el caso de que el perjuicio patrimonial se conciba de igual modo en ambos delitos, no hay razón para asegurar que el desvalor de acción de la administración desleal (infracción del deber de cuidar el patrimonio) deba ser superior al de la estafa (engaño bastante); y a ello hay que añadir, a mayores, que tanto en la estafa como en la apropiación indebida pueden concurrir específicas circunstancias de agravación (peculiares de estos delitos)<sup>60</sup> que permiten incrementar notablemente las penas y que no son de aplicación en la admi-

---

58 Con respecto a ello merece ser destacada la opinión de GÓMEZ-JARA (*La administración*, cit., 2008, p. 198, n. 77), quien, al analizar la situación del CP español a la sazón vigente y sostener una tesis parcialmente discrepante de la que aquí acogemos, escribía, empero, que “ciertamente, no es descartable una interpretación conforme a la cual la infracción de un deber *específico* de entrega o devolución pueda considerarse de mayor gravedad que la infracción del deber *genérico* de administración desleal, y, por tanto, la mayor penalidad del artículo 252 CP para casos de especial perjuicio económico”. Por lo demás, recuérdese que dicho penalista, con carácter previo a esta afirmación, también reconocía que (p. 194, n. 69), “se podría argumentar que toda apropiación indebida por parte de un administrador societario implica una administración desleal ya que toda infracción de la obligación de entrega o devolución a su principal –la sociedad– implica asimismo una vulneración de los deberes genéricos de administración fiel y leal consignados en el ya citado 127 LSA”.

59 Y, por cierto, recordemos que para NIETO (“Administración”, cit., 2013, pp. 791 ss.) se trata de un perjuicio que incluye una variada gama de supuestos.

60 Y ello se comprueba ya de *lege lata* en el vigente Derecho penal español (en el art. 250 CP), así como en los proyectos de reforma existentes.

nistración desleal, a la vista de la naturaleza que aquí otorgamos a esta figura delictiva<sup>61</sup>.

En resumidas cuentas, de lo que se acaba de exponer se desprende que la administración desleal genérica no debería ser un delito más grave que los delitos de apropiación indebida y estafa, por lo que las penas previstas para aquella no tendrían que ser mayores que las asignadas a estos. Es más, cabría sostener incluso que, a la vista del modelo que, de *lege ferenda*, aquí se propugna (incardinando los comportamientos apropiatorios de un administrador en el delito de apropiación indebida), el tipo básico de la apropiación indebida debería ser castigado con una pena superior al de la administración desleal genérica<sup>62</sup>. Ello sería coherente con la regulación tradicionalmente vigente del delito de malversación que castigaba con mayor pena las conductas apropiatorias (antiguo art. 432) que aquellas otras que

---

61 Sin embargo, NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 799) entiende que la administración desleal debe ser sancionada con pena superior a la de la estafa: “la administración desleal debe situarse en la cúspide de los delitos patrimoniales, debido a las mayores facilidades que el autor tiene para lesionar y aprovecharse del patrimonio ajeno y la mayor indefensión de éste”. Y todo ello pese a que NIETO incluye en el delito de administración desleal “una enorme variedad de casos” (p. 794), entre ellos los aludidos supuestos de usos no dominicales ilícitos (“apropiándose o *utilizando*”).

62 En este sentido vid. CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 771: “Al sancionar el delito de administración desleal conductas fraudulentas no apropiatorias, la sanción debe resultar inferior a la que tienen las defraudaciones patrimoniales clásicas como la estafa o la apropiación indebida, en los que el autor incorpora a su propio patrimonio al de un tercero, el objeto material del delito, con expropiación del mismo para los sujetos pasivos. Ello no sucede en la administración desleal, donde el perjuicio para el sujeto pasivo no deriva de la expropiación de la cosa, sino del uso ilícito que sobre ella realiza el administrador, al gravarla, prestarla, ponerla en garantía... en su propio provecho o de un tercero y causando un perjuicio al titular del patrimonio del que nadie se ha apropiado. Se trata por tanto, de conductas menos graves, que justifican su menor penalidad (STS nº 867/2002, de 29 de julio)”.

A continuación, dichos penalistas efectúan una propuesta concreta de marcos penales (vid. pp. 771 s.).

solo suponían una distracción provisional o unos usos temporales ilícitos (antiguos arts. 433-pfo. 1º y art. 434)<sup>63</sup>, si bien en la actualidad, tras la reforma de 2015, la nueva regulación de la malversación ya no acoge esa diferenciación de conductas.

### **3.8. La tipificación del futuro delito de apropiación indebida**

De acuerdo con las premisas establecidas en el epígrafe anterior, el tipo de la apropiación indebida debería seguir incluyendo expresamente el *dinero* como objeto material y la mención de la *administración* como uno de los títulos que hagan nacer la obligación de entregar, devolver o (propongo yo añadir también) de *darle a la cosa mueble un destino determinado*.

Por otra parte, en lo que atañe a la acción típica consistente en la apropiación del dinero (o de la cosa mueble), debería incluirse tanto la realizada en beneficio propio como en beneficio de otro, con el fin de abarcar las conductas —tradicionalmente castigadas en nuestra jurisprudencia como apropiación indebida en su modalidad de “distracción”— en las que no es el autor de la acción típica quien se queda con el dinero sino que es otra persona la que se apropie de él.

Por tanto, y en síntesis, el contenido del tipo que se construya no debería diferir sustancialmente del texto del art. 252 CP, proveniente de la redacción dada en 1995.

De ahí se colige que la redacción que aquí se propugna se aparte de la solución plasmada en la L.O. 1/2015, que, si bien en el texto final mantuvo el dinero como objeto material<sup>64</sup>, eliminó

63 Aluden a ello CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 767. Por lo demás, conviene subrayar que el propio NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 795) reconoce que la malversación es un caso de administración desleal, por más que presente algunas “particularidades”.

64 Obsérvese al respecto las vacilaciones del prelegislador. El Proyecto de 2007 mantenía el dinero. En cambio el Proyecto de 2013 había eliminado la referencia a este objeto material, que, sin embargo, finalmente se reintrodujo en el Senado. En nuestra doctrina habían propuesto últimamente mantener

el vocablo *administración* como ejemplo de título posesorio que produce obligación de entregar o devolver<sup>65</sup>, de tal forma que, según se infiere paladinamente de la EdM de la Ley de 2015, el

---

el dinero como objeto material: CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 773 y 775; NIETO, “Administración”, cit., 2013, p. 792, quien consideraba equivocada la decisión del Proyecto de 2013 de suprimir las apropiaciones indebidas de dinero, habida cuenta de que —según indiqué más arriba— a su juicio existen determinados supuestos de administración desleal de dinero que deben ser reconducidos al delito de apropiación indebida.

Aclaraba este penalista que “esta es la voluntad de la ley al eliminar la referencia al ‘dinero’ y el verbo típico ‘distraer’”. No obstante, entiendo que la supresión del verbo distraer carecía aquí de relevancia, en la medida en que el texto del proyecto incluía ya la novedosa expresión “se apropiaren para sí o para un tercero”, expresión que permitiría abarcar los supuestos que tradicionalmente han venido siendo subsumidos en el verbo distraer.

En la EdM del Proyecto de 2013 se añadió una explicación sobre la exclusión del dinero (una explicación que no se incluía en la EdM del Anteproyecto y que fue solicitada en el Informe del Consejo Fiscal de 2012): “en realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal”. Y esta explicación se reiteró en el texto definitivo de la L.O. 1/2015, con mayor amplitud: “Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, 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”.

Sin embargo, frente a semejantes afirmaciones hay que matizar que, como ya aclaraba acertadamente T., VIVES ANTÓN, (en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993 p. 966), en los casos en que el objeto material sea el dinero como bien fungible (y no como objeto específico), casos tradicionalmente incluidos desde antiguo por nuestra jurisprudencia en el delito de apropiación indebida, es cierto que el que recibe el dinero “adquiere la propiedad del mismo, con la obligación de devolver la cantidad de que se trate”; ello no obstante, lo único que sucede es simplemente que el bien jurídico “no podía ser la propiedad del *dinero como cosa*, sino el derecho al valor que el mismo representa.

dinero recibido por un administrador con facultades para administrarlo dará ahora lugar siempre a un delito de administración desleal.

Con respecto a esto último, sostiene NIETO que es un acierto que se suprima de los títulos de apropiación indebida el término administración “pues su sitio es, obviamente, el delito de administración desleal. Basta con la mención al ‘dinero’ y al verbo ‘distraer’ para permitir que estos supuestos sigan siendo sancionados por el delito de apropiación indebida”<sup>66</sup>. Ello no

---

El delito pasa así a proteger determinados *derechos de crédito* y a consistir, por lo tanto, en tales casos, *no en una auténtica apropiación de cosas, sino en una disposición abusiva de valores patrimoniales*” (p. 964, en cursiva en el original). Y, en esta línea de pensamiento, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2012 (p. 237), tras poner de relieve que “lo que no queda clara (scil. en la EdM) es la supresión de la referencia al dinero, como ejemplificación de las conductas que recaen sobre cosas fungibles”, señalaba que “la referencia al dinero ponía de relieve que en la apropiación indebida no sólo había que prestar atención al menoscabo del derecho de propiedad, sino también al derecho de crédito que el acreedor propietario tenía por la cantidad entregada. La ausencia de referencia en la EdM parece indicar que se considera salvada la referencia por la mención a las cosas muebles y al deber de devolución —pues al fin y al cabo el dinero es una cosa mueble—, pero siendo problemáticas las cosas fungibles bien merecería una aclaración este tema, porque en este supuesto el bien jurídico protegido no es el derecho de propiedad, sino el derecho del acreedor a ver devuelto otro tanto de la misma especie o calidad, un derecho de crédito, en definitiva”.

Cuestión diferente es que, como también matizaba VIVES, esta solución de castigar la apropiación indebida de dinero (de “innegable justicia material”) presentase reparos desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad. De ahí la razón de ser de las modificaciones legales que más abajo propongo.

- 65 En cambio, el nuevo delito de apropiación indebida del art. 253 añade como título posesorio la “custodia”, tal vez para remarcar la diferencia de este delito con la administración desleal, en el sentido apuntado por el Informe del Consejo Fiscal de 2012, en el pasaje en el que afirmaba que “en principio, en la administración desleal hay administración y el poder de disposición es jurídico y se protege el patrimonio, mientras que en la apropiación indebida hay custodia desleal, el poder de disposición es fáctico y se protege el derecho de propiedad” (p. 236).
- 66 NIETO, *ibid.* El Proyecto de 2007 suprimía todos los títulos (depósito, comisión o administración) que en el Código hasta 2015 vigente se enumeraban *ad exemplum*.

obstante, recuérdese que aquí partimos de la base de reconducir a la esfera de la apropiación indebida un elenco más amplio de conductas constitutivas de administración desleal que el descrito por NIETO, en virtud de lo cual sería conveniente la mención del término “administración”<sup>67</sup> entre los títulos que producen la obligación de entregar, devolver o de darle un destino determinado al dinero que el sujeto ha recibido o que le ha sido confiado<sup>68</sup>.

La adición de esta última expresión (“*darle un destino determinado*”) al lado de los verbos entregar o devolver sería conveniente para que no existiese la más mínima duda acerca de la calificación como apropiación indebida de las (más arriba descritas como tales) genuinas conductas apropiatorias de dinero por parte de un administrador en el ejercicio de sus funciones, cuando posee capacidad jurídica de disponer de los fondos que administra<sup>69</sup>.

---

67 En igual sentido se manifiestan CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 775, quienes, contundentemente, aclaran que “el administrador que, abusando de sus facultades, se queda (apropia) para sí o para un tercero de (sic) los bienes que administra, ya sean fungibles como el dinero, o no, siempre ha cometido una apropiación indebida. Aquí, en España, y prácticamente en cualquier país del mundo civilizado. Para incriminar estas conductas, en absoluto es necesario ningún nuevo delito de administración desleal”. Recuérdese que, según indiqué más arriba, esta justificación fue asumida literalmente por las enmiendas nº 216 y 635, de contenido idéntico, presentadas en el Senado por el GPEPC y el GPS respectivamente.

68 Es más, aun admitiendo que el delito de apropiación indebida quedase reservado exclusivamente para el supuesto que recoge NIETO (apropiación de bienes de los que el autor dispone para un concreto fin, sin margen para actuaciones alternativas jurídicamente válidas), no hay razón para eliminar el vocablo “administración”, puesto que un administrador podrá cometer entonces un delito de apropiación indebida si lleva a cabo el supuesto descrito. Cfr., correctamente GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 765, quien, partiendo de la misma interpretación que NIETO sobre el ámbito de la apropiación indebida, subraya que la mención de la “administración” (del mismo modo que la del dinero) no tiene por qué acarrear confusión alguna entre los delitos de los arts. 252 y 253.

69 De este modo, se pueden solventar los aludidos reparos, desde el punto de vista del principio de legalidad, a la calificación del dinero como genuino

De ahí que, desde esta perspectiva, podría considerarse acertada la decisión del texto del nuevo art. 253 de L.O. 1/2015 cuando, en referencia a la cosa mueble, propone añadir la expresión “o que les hubiera sido confiada” al lado de “que hubieran recibido”, porque dicha adición permitiría ampliar la órbita típica a conductas en las que, en rigor, no existe una recepción material o física de la cosa<sup>70</sup>, lo cual sería relevante en aquellos supuestos de administración desleal en los que —como queda dicho— el dinero y los demás bienes se ponen a disposición del

---

objeto material del delito de apropiación indebida, en la línea sugerida por VIVES.

Por otra parte, de este modo, se puede salir al paso también del argumento esgrimido en la EdM de la L.O. 1/2015, ya recogido más arriba. Y es que, en efecto, no está de más recordar que, en puridad de principios, el redactor de la EdM incurre en un conocido equívoco en la comprensión del art. 252, a saber: que, desde el punto de vista jurídico, apropiarse indebidamente de una cosa no significa que el autor de dicho acto se convierta ilícitamente en su dueño (por la sencilla razón de que la víctima continúa siendo indudablemente su propietaria), sino que actúa ilícitamente sobre la cosa como si fuese su dueño, y que con tal actuación se produce una incorporación ideal (que no es lo mismo que momentánea, temporal o provisional) del patrimonio ajeno al propio. Y esta característica elemental de toda conducta de apropiación indebida se halla asimismo presente cuando el objeto de la apropiación es dinero recibido en administración, dado que, si bien su carácter de bien fungible permite reconocer que el administrador puede consumir el dinero o usarlo como dueño, lo que no puede hacer es usarlo **ilícitamente** como dueño, o sea, no lo puede usar al margen del título de administración por el que lo recibió. Vid. por todos: GÓMEZ BENÍTEZ, “De nuevo”, cit., 1998, pp. 2 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, p. 104.

- 70 Es evidente que la caracterización clásica de la apropiación indebida, que tenía como objeto únicamente los bienes muebles físicamente aprehensibles, carece de sentido en la actualidad; y de ahí que fuese un acierto que el CP de 1995 incorporase a la enumeración de objetos materiales del art. 252 el “activo patrimonial”, expresión que también se mantenía en el Proyecto de 2007. Por ello, causa sorpresa que en el nuevo art. 253 de la L.O. 1/2015 se suprima esta expresión, con la consecuencia de que entonces la apropiación de bienes inmuebles por parte de un administrador pase a quedar incardinada en el nuevo delito de administración desleal, según aclaro a continuación en el texto. Vid. sobre ello, también críticamente, CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 776 s.

administrador; y no (en puridad de principios) para entregarlos o devolverlos, sino para el cumplimiento del fin social<sup>71</sup>.

Otra cuestión discutible es la supresión de la referencia a los “*activos patrimoniales*” (expresión que se incluyó en el CP de 1995 como una novedad frente al texto del art. 535 del CP anterior, y que también se mantenía en el Proyecto de 2007), con respecto a la cual la EdM no ofrece explicación alguna. En el Informe del Consejo Fiscal de 2012 se avalaba dicha supresión con el argumento de que “un sector de la jurisprudencia había entendido incluidos los inmuebles (SSTS 954/2005, 28 junio; 1210/2005, 28 octubre) lo que sistemáticamente no parece del todo correcto” (p. 237). Sin embargo, frente a esta opinión del Informe del Consejo cabe oponer, en coherencia con la tesis que aquí sostengo, que no hay razón que justifique excluir las genuinas apropiaciones de bienes inmuebles del delito de apropiación indebida para trasladarlas al nuevo delito genérico de administración desleal (que es lo que, sin duda, pretende la reforma de 2015, por más que la EdM nada aclare al respecto), el cual, como queda dicho, no debería ser aplicado en los casos de auténticas conductas apropiatorias<sup>72</sup>.

---

71 Y es que, como recuerda acertadamente NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 793) con relación a la regulación anteriormente vigente, la administración sí confiere al autor del delito de apropiación indebida (a diferencia del resto de los títulos) la capacidad de disponer de los fondos entregados de una forma jurídicamente válida y solo mediante una ficción podía decirse que existía el primer elemento del tipo de la apropiación indebida, esto es, la translación física del bien por parte de su propietario a la esfera de dominio del administrador.

72 En este sentido vid. CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 776, quienes sostienen también que “los delitos patrimoniales clásicos, como el de apropiación indebida, deben ser interpretados a la luz de los tiempos actuales, superando interpretaciones históricas desfásadas como la que pretende que la apropiación indebida debe recaer sobre objetos físicamente aprehensibles y trasladables; es decir, sobre bienes muebles exclusivamente”. Y, con respecto a ello, ejemplifican que “no hay ninguna razón para que el administrador de un patrimonio en el que hay bienes inmuebles, o de una sociedad que entre sus activos patrimoniales se cuentan los bienes inmuebles, que decide regalarlos a su hija como regalo de boda, aprovechando que tiene poderes notariales para realizar cualquier acto de

Finalmente, en sintonía con el tipo penal que propugno, me parece acertada la inclusión de la expresión “se apropiaren para sí o para un tercero” en el precepto que se propone en el nuevo art. 253 de la L.O. 1/2015, en lugar del verbo “distraer” que se empleaba en el CP hasta la fecha vigente<sup>73</sup>. Ahora bien, con respecto a ello es preciso aclarar que la justificación de esta sustitución no debería residir en la razón que, implícitamente, se ofrece en la EdM de dicha Ley y que, explícita e inequívocamente, se aducía en la EdM del Proyecto de 2013 (a saber, que el ‘distraer’ encierra una modalidad no apropiatoria de administración desleal), sino, sencillamente, en la necesidad de suprimir un término (“distraer”) que, por su ambigüedad, había provocado la —más arriba relatada— discusión interpretativa en la doctrina y en la jurisprudencia españolas. Ciertamente, entiendo que no habría inconveniente en seguir concibiendo dicho verbo en el sentido tradicionalmente otorgado por nuestra doctrina y jurisprudencia y que modernamente ha vuelto a ser dominante, o sea, como aquella conducta apropiatoria en la que el beneficiario no es el autor del delito sino otra persona; pero no se puede pasar por alto que un sector minoritario en la doctrina y en la jurisprudencia había venido confiriendo (incorrectamente) un significado diferente al verbo “distraer”, como genuina conducta de administración desleal y no como conducta apropiatoria, interpretación que sorprendentemente hace suya el redactor de la EdM de la L.O. 1/2015 y, sobre todo, del Proyecto de 2013<sup>74</sup>.

---

enajenación, disposición, gravamen... de dichos bienes, no sea sancionado por apropiación indebida. Y, sin embargo, sí deba serlo, cuando se queda o regala un ordenador, dinero u otro bien mueble”. En la misma línea se ha pronunciado GILI (“Administración”, cit., 2015, p. 766), subrayando que su desaparición es innecesaria incluso desde la óptica del legislador de 2015, obsesionado por deslindar nitidamente los delitos de los arts. 252 y 253.

En idéntico sentido se pronunciaban también las aludidas enmiendas nº 216 y 635, presentadas en el Senado por el GPEPC y el GPS respectivamente, asumiendo literalmente esta justificación.

73 En igual sentido, vid. CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 774. En el Proyecto de 2007 se mantenía el verbo “distraer”.

74 En efecto, pese a que es evidente que la jurisprudencia dominante en los últimos tiempos (en sintonía con la tesis tradicionalmente mantenida por ella)

En resumidas cuentas, la supresión del verbo “distraer” resulta conveniente para evitar que este verbo genere una confusión sobre la calificación de las conductas no apropiatorias y, consecuentemente, para impedir que estas puedan ser caracterizadas como delito de apropiación indebida<sup>75</sup>.

En atención a todo ello, la redacción que propongo para el delito de apropiación indebida es la que se recoge al final de este trabajo en el epígrafe 3.11.

### **3.9. El ámbito del futuro delito genérico de administración desleal: las conductas perjudiciales para el patrimonio ajeno realizadas por el administrador. Características definitorias.**

#### *3.9.1. La nota conceptual básica: conductas no apropiatorias*

De todo lo expuesto en los epígrafes anteriores se puede extraer, por de pronto, una conclusión básica de cara a la

---

no acogía ya esta exégesis, el redactor de la EdM de la L.O. 1/2015 indica que “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 (...)”. Por su parte, con toda rotundidad, el redactor del Proyecto de 2013 literalmente escribía que “la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o ‘distracción’ de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, ‘cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio’; y administración desleal, ‘cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado’, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo”. No deja de sorprender que el Proyecto otorgase validez a una posición jurisprudencial que había sido minoritaria (a la vez que manifiestamente incorrecta) en el elenco de resoluciones de nuestro TS y que había sido completamente abandonada en los últimos tiempos.

75 En un sentido plenamente coincidente con el que aquí se propugna, vid. CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 774 s., criticando también que la EdM partiese de la errónea premisa de considerar

tipificación del futuro delito genérico de administración desleal, a saber: debería quedar reservado para aquellas conductas desleales del administrador, que, si bien no consisten en una auténtica apropiación (no suponen unos usos dominicales ilícitos), son capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado. Por tanto, en la tarea de definir las características de este delito habrá que dejar claramente explicitada, ante todo, esta nota conceptual básica.

A tal efecto, cabría sostener que, a la vista de la redacción que aquí hemos propuesto para el delito de apropiación indebida (con la inclusión del dinero como objeto material, con la mención expresa de la administración como uno de los títulos que generan la obligación de entregarlo, devolverlo o de darle un destino determinado y con la posibilidad de que la apropiación sea en beneficio de una persona diferente del administrador), no resulta imprescindible reflejar expresamente en el delito de administración desleal la característica de que la conducta del administrador que perjudica el patrimonio administrado no puede consistir en una conducta apropiatoria, desde el momento en que esta conducta ya queda incardinada en el delito de apropiación indebida, el cual además (según indiqué anteriormente y volveré sobre ello) debería ser sancionado con una pena superior a la prevista para el delito de administración desleal.

Ello no obstante, si se quiere despejar definitivamente cualquier asomo de duda al respecto, podría incluirse una expresión que explicitase la nota conceptual de la apropiación indebida formulada negativamente: v. gr., “sin apropiarse, para sí o para un tercero,” o sencillamente “sin realizar una conducta de apropiación indebida”.

---

que la “distracción” del delito de apropiación indebida del art. 252 CP a la sazón vigente castigaba conductas no apropiatorias y que, por tanto, esta modalidad no tendría sentido en el seno del futuro delito de apropiación indebida, dado que se trata de un comportamiento que quedaría incluido en el futuro delito de administración desleal.

Ahora bien, una vez sentada esta primera nota conceptual básica, habrá que analizar otros aspectos fundamentales de la conducta típica, entre los que descuellan, ante todo, dos: por una parte, cómo hay que describir el desvalor de acción, consistente en las modalidades comisivas y en la infracción del deber de lealtad que incumbe al administrador; por otra parte, cómo hay que concebir el resultado material del delito, consistente en el perjuicio que se causa al patrimonio administrado.

### 3.9.2. *El desvalor de la acción*

En lo que atañe al desvalor de la acción, la cuestión es compleja. De hecho, como es sabido, contamos con diversos modelos tanto en el Derecho comparado como en la doctrina española.

Según indiqué más arriba, el Proyecto de CP de 2013 optaba claramente por seguir el modelo alemán de forma casi literal<sup>76</sup>.

A mi juicio, la redacción que proponía el proyecto de 2013, importada del modelo alemán, no podía ser acogida ya, de entrada, por una razón elemental, a saber: en el apartado 2 del art. 252 se incluía la figura de la denominada deslealtad o ruptura de la fidelidad, que ha sido muy criticada en la doctrina alemana por su extraordinaria amplitud (“una peligrosa cláusula general que cercena la seguridad jurídica”, se ha escrito), hasta el punto de que se ha llegado a poner en tela de juicio su constitucionalidad<sup>77</sup>. Hay que alabar, pues, la decisión definitiva del

---

76 Por su parte, el texto que proponía el de 2007 —pese a que *prima facie* parecía adoptar una redacción muy similar a la que se contenía en el derogado art. 295— no difería sustancialmente de la reflejada en el Proyecto de 2013 en este aspecto, puesto que, tras recoger las modalidades de acción consistentes en disponer de los bienes y en contraer obligaciones, añadía la cláusula general de “realizar cualquier otro acto que implique deslealtad” con el titular del patrimonio administrado.

77 Vid. por todos ya MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, 1994,

legislador de la L.O. 1/2015 que durante la tramitación parlamentaria suprimió dicha modalidad.

Ahora bien, el legislador de 2015 mantuvo inalterada, empero, la redacción de la figura definida en el apartado 1 del art. 252 del Proyecto de 2013, en el que se pretende recoger la figura del abuso de un modo muy genérico, puesto que castiga el simple hecho de “infringir, excediéndose en el ejercicio de las facultades de administración”<sup>78</sup>, o sea, sin incluir modalidad

---

pp. 273 ss., con ulteriores indicaciones. Vid. además en este sentido el Informe del CGPJ, 2013, pp. 200 s., en el que se subraya acertadamente que, por una parte, esta cláusula general proviene de la Ley de 26 de mayo de 1933 (scil., tras llegar a Hitler al poder) y que se promulgó “en un contexto histórico determinado” (scil., para ser aplicada a judíos y otros enemigos del *Reich*, titulares de grandes empresas). Por otra parte, se añade que la razón de su mantenimiento hasta la actualidad reside básicamente en la peculiar configuración de las estructuras empresariales en la legislación mercantil alemana, en la cual “junto al órgano de administración —que goza obviamente de los poderes de gestión y representación social y cuyos miembros, por tanto, si abusan de esos poderes pueden incurrir en el tipo de abuso de poderes—, contempla también la existencia en las sociedades del Consejo de Vigilancia, cuyos miembros carecen de poderes sociales y, que, por tanto, no pueden incurrir en la modalidad de abuso de unos poderes de los que carecen”. De ahí que en Alemania se haya venido entendiendo que “el mantenimiento de este segundo tipo genérico de infidelidad, construido sobre la mera infracción de deberes de custodia del patrimonio que se debe salvaguardar, es útil actualmente para sancionar a los miembros de los Consejos de Vigilancia que, por omisión, infringen sus deberes, haciendo así posible la producción de un perjuicio a la sociedad. De este modo, el mantenimiento del referido tipo de infidelidad en Alemania pretende solventar los problemas que se presentarían para aplicar el otro tipo —el de abuso de poderes— a los miembros desleales del Consejo de Vigilancia”. Vid. también en la misma línea CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 768 s. En el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pp. 227 ss.) se solicitaba también suprimir la segunda modalidad típica pero con el fin de “refundir ambos apartados en uno solo, con elementos comunes”.

78 Repárese en que la redacción que se propone no posee la taxatividad que presenta el tipo del abuso recogido en el § 266 StGB, puesto que en él se castiga a quien “abuse de la facultad (...) de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro”. La nota distintiva del tipo de abuso reside, pues, en que el autor debe ostentar una auténtica facultad jurídica para disponer u obligar válidamente frente a terceros.

de acción alguna, con lo cual queda abierta la posibilidad de castigar las meras infracciones de conducta del administrador y, consiguientemente, de acabar sancionando una genérica falta de lealtad o de probidad en el administrador<sup>79</sup>.

De ahí que me parezca preferible optar por la caracterización contenida en el derogado art. 295<sup>80</sup>, en el que, sobre la base del “abuso de funciones”<sup>81</sup>, se concretaban las modalidades típicas de acción en las conductas de “disponer de los bienes”

---

79 Vid. por todos ya, anteriormente, MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 43 s. Vid. además, en sentido muy crítico con la descripción del Proyecto español de 2013, CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 769 s. En relación ya al nuevo art. 252 coincide GILI (“Administración”, cit., 2015, pp. 772 ss. y p. 782) en entender que la imprecisa referencia a unas «facultades para administrar» conduce a una gran indeterminación, “pues el tipo es ahora lo suficientemente abierto como para que pueda extenderse a conductas propias del tipo de infidelidad”, lo cual requerirá que la jurisprudencia efectúe “inmediatas aclaraciones que eviten el desbordamiento del tipo”.

80 En este sentido vid. el Informe del CGPJ, 2013, p. 201, en el que, atinadamente, se indica que “resultó plausible que el legislador de 1995, al establecer el nuevo delito societario de administración desleal del actual artículo 295 CP, tomara de la regulación alemana la conducta del primero de los tipos —el de abuso de poder— reproduciendo las conductas de disposición y contracción de obligaciones contempladas en aquél, aunque restringidas al ámbito societario, pero prescindió, en cambio, del otro tipo alemán —el de deslealtad o infidelidad— que ahora pretende importar el Anteproyecto”. Vid. también el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pp. 229 s.)

81 Resulta curioso observar los términos de la discusión entablada en la doctrina española acerca de la conveniencia de optar por el término “abusar” o el término “excederse”, una discusión estéril en la medida en que discurre a espaldas del Diccionario de la RAE. Así, NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 798) respalda la fórmula del Proyecto (“excederse en el ejercicio de las facultades”) frente a la expresión del § 266 StGB (“abusar de la facultad de disponer”) con el argumento de que el tipo penal se construye sobre el “exceso intensivo”: “se trata de sobrepasar lo jurídicamente permitido (*dürfen*), en el marco de lo que jurídicamente puede realizar el administrador (*können*)”. Por el contrario, CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 769) prefieren configurar la acción típica sobre la base del verbo abusar “en tanto que el abuso se refiere al uso desviado, a la desviación de poder, evitando la discusión sobre si el mismo debe sobrepasar o no los límites del propio poder”.

(a la que podría añadirse, en su caso, “utilizarlos”<sup>82</sup>) y “contraer obligaciones”<sup>83</sup>.

Cuestión diferente es que, además de incluir estas modalidades, se añadan otras, singularmente para prever el castigo de

---

Sin embargo, ante estas opiniones encontradas hay que aclarar que los términos en pugna son, en realidad, sinónimos: “abusar”, en la acepción que aquí nos interesa, significa “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”, y “exceder” significa “proponerse, ir más allá de lo lícito o razonable”.

Y por esta misma razón (entre otras razones) hay que entender que la inclusión del adverbio “fraudulentamente” -contenido en el vigente art. 295 CP para la modalidad de “disponer” y propuesto de, *lege ferenda*, por CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 769) para las dos modalidades típicas- resulta innecesario. Sobre el carácter superfluo de dicho adverbio vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, p. 43, n. 68.

82 Con respecto a la posibilidad de añadir el verbo “utilizar” al lado de “disponer”, hay que aclarar que, a mi juicio, tal adición no resulta necesaria, habida cuenta de que en el seno de este delito no hay que acoger, obviamente, el significado estricto del verbo “disponer” (acepción 4ª del diccionario de la RAE: “ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute”), sino su significado amplio (acepción 5ª: “valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo por suyo” (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 46 ss.)). Con todo, tampoco estaría de más incorporar explícitamente el verbo “utilizar”, e incluso suprimir el verbo “disponer”, puesto que así quedaría claro que en la administración desleal solo tienen cabida los usos ilícitos no dominicales.

83 En este sentido vid. asimismo CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 769. También NIETO (“Administración”, cit., 2013, pp. 788 y 797) propone incluir el requisito de “tener capacidad para disponer u obligar jurídicamente al patrimonio ajeno” en uno de los tipos que formula. Recuérdese además que en las enmiendas nº 215 y 634 de contenido idéntico (inspiradas en la propuesta de NIETO) presentadas en el Senado por el GPEPC y el GPS respectivamente, se incluía la modalidad de la “contracción de obligaciones”. Sobre la necesidad de incluir ambas modalidades específicas de acción, vid. por todos, ampliamente, ya MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 43 ss.

Por otra parte, entiendo que la modalidad de “contraer obligaciones” debe ser interpretada en un sentido amplio (y no específicamente jurídico-civilista), o sea, en el del lenguaje vulgar, como equivalente a cualquier carga que se impone al patrimonio administrado, con lo que se incluirían en ella casos como el de la comisión por parte del administrador de un ilícito (penal, administrativo, civil, comunitario) que genera que recaiga una sanción sobre

determinadas conductas omisivas que son capaces de ocasionar un perjuicio al patrimonio administrado<sup>84</sup>.

Con respecto a ello, especial mención merece el esfuerzo de NIETO por tipificar con precisión una nueva modalidad de acción, de un lado, y unas específicas conductas omisivas, de otro.

En lo que atañe a la primera, ha propuesto este penalista una modalidad típica para castigar a quien ocasione el perjuicio patrimonial “apropiándose o utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o, en el caso de que se trate de la administración de una sociedad, los empleados que prestan su servicio”.

Ello no obstante, ante la posible tipificación de esta modalidad hay que efectuar varias aclaraciones desde la perspectiva de la propuesta que aquí he efectuado.

La primera es que, según acabo de señalar, lo cierto es que, compartiendo con NIETO la premisa de que el delito debe abarcar los usos temporales ilícitos, la acción de “utilizar” ya quedaría incluida en la modalidad básica de “disponer”; y, de no entenderse así, lo que habría que hacer es añadir a esta modalidad la de “utilizar” o, sencillamente, sustituir el “disponer” por “utilizar”.

La segunda aclaración es que la conducta de “apropiarse” carece de sentido, si se parte de la base (como aquí hago) de que las conductas apropiatorias no quedan incardinadas en el delito de administración desleal<sup>85</sup>.

---

el patrimonio administrado, siempre que concurren, claro es, los restantes requisitos típicos. Sobre estos casos vid. PASTOR/COCA, “¿Administración”, cit., 2015, pp. 1 ss.

84 Sobre la problemática de las conductas omisivas, y su admisibilidad en determinados supuestos, vid. por todos: NIETO MARTÍN, *El delito*, cit., 1996, pp. 275 ss.; CASTRO MORENO, *El delito*, cit., 1998, pp. 426 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 60 ss.

85 En las mencionadas enmiendas nº 215 y 634 se prescinde del verbo “apropiándose” y se incluye únicamente el verbo “utilizando”.

En fin, la tercera aclaración es que la inclusión de la “utilización (o disposición) indebida de los empleados que prestan su servicio en una sociedad” nos remite a una cuestión general, que no debería ir vinculada a la creación de una modalidad específica de conducta sino al propio objeto material del delito, dado que lo que se trata de dilucidar es si dentro de los “bienes de la sociedad” tienen cabida ya “los empleados que prestan su servicio en ella”: así, en caso afirmativo, su previsión específica sería superflua; solo si se llega a la conclusión de que no tienen cabida, es cuando habría que plantearse la cuestión de su inclusión en el objeto material.

A mi juicio, no hay duda de que dentro del vocablo *bienes* tienen cabida casos como el del administrador que utilizó la maquinaria, el local y los trabajadores de una sociedad afectos a la producción empresarial de ésta, en beneficio de otra sociedad de la que aquél era administrador único, y, como consecuencia de ello, causó un significativo perjuicio patrimonial a la primera, al privar a ésta de obtener el beneficio que hubiese conseguido con una utilización correcta de sus bienes<sup>86</sup>. Y no hay duda en casos como el relatado porque tanto la maquinaria como el local son, evidentemente, “bienes”. No obstante, el problema es si los trabajadores o empleados (por sí mismos) de una empresa pueden quedar incluidos en dicho vocablo. En la acepción aquí aplicable “bienes” (utilizado en plural) equivale a “hacienda y caudal”, y, a partir de la edición 22ª del diccionario de la RAE, también a “patrimonio”, el cual abarca, a su vez, todo el “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”. De acuerdo con esta amplia definición, parece que los empleados también serían parte integrante del patrimonio de una empresa. Con todo, para despejar cualquier duda, no estaría de más que el legislador mencionase expresamente a los empleados, al lado de lo bienes, con el fin de que puedan ser típicos aquellos supuestos

---

86 Sobre este caso enjuiciado en nuestra jurisprudencia, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 47 s.

en los que el administrador los utiliza indebidamente para fines ajenos al objeto social<sup>87</sup>. Por lo demás, ni que decir tiene que la utilización indebida de los empleados poseerá plena relevancia en el seno de sociedades, por lo que cobraría pleno sentido en un específico delito societario de administración desleal, aunque lógicamente son imaginables casos al margen de una estructura societaria<sup>88</sup>.

Por su parte, en lo que concierne a los supuestos omisivos, ha propuesto NIETO agregar dos comportamientos omisivos del administrador, con el confesado propósito de tipificar los “más frecuentes e importantes en la práctica”, prescindiendo de “la idea de una formulación de un tipo de infidelidad genérico”<sup>89</sup>, a saber: “desaprovechar una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio que administra o gestiona” y “no evitar una lesión al patrimonio administrado”<sup>90</sup>.

---

87 Evidentemente, que se incluyan los empleados y, en general, toda clase de bienes (y no solo el dinero) en el objeto material y que la acción típica pueda consistir en su utilización no implica que puedan ser subsumidos en el tipo delictivo aquellos supuestos que ocasionan un perjuicio insignificante para el bien jurídico protegido, como v. gr., el de la utilización de una máquina de escribir de la empresa para redactar una carta personal, de un teléfono para usos particulares o de un botones para llevar un mensaje relativo a un asunto privado (vid. por todos CASTRO MORENO, *El delito*, cit., 1998, pp. 294 s.). Resulta obvio que, en atención al principio de irrelevancia, deben quedar al margen del delito tales conductas, salvo que se considere oportuno tipificar una falta penal de administración desleal o un tipo atenuado para casos de menor relevancia.

88 En este sentido, proponían acertadamente las referidas enmiendas nº 215 y 634 la siguiente redacción: “utilizando indebidamente ... los recursos humanos de la sociedad o del administrado”.

89 Y es que, en efecto, conviene recordar que, de hecho, la función que ha venido cumpliendo el tipo alemán genérico de la deslealtad es precisamente abarcar comportamientos omisivos como los que se describen a continuación en el texto.

90 Vid. NIETO, “Administración”, cit., 2013, pp. 788 y 799. En la misma línea, las citadas enmiendas nº 215 y 634 proponían un texto muy similar para ambas modalidades: “despreciando conscientemente posibilidades seguras de incrementar el patrimonio administrado o gestionado o transfiriendo a un tercero la oportunidad de realizar esos posibles negocios” y “no evitando conscientemente una lesión al patrimonio administrado”. Estas enmiendas

Ciertamente, a mi juicio, manteniendo las modalidades *genéricas*<sup>91</sup> de acción consistentes en disponer de los bienes y contraer obligaciones, no habría inconveniente en admitir determinados supuestos de comisión por omisión apuntados por la doctrina, como señaladamente “el caso de que mediante el silencio se permita la prórroga de un contrato que resulta, debido al cambio de circunstancias, altamente desventajoso para la sociedad” o el caso del “administrador que deja transcurrir el plazo que tenía la sociedad para satisfacer una obligación, generando con ello el deber de indemnizar al acreedor social los daños y perjuicios ocasionados e incrementando la deuda principal en los correspondientes intereses, a costa, todo ello, del patrimonio social”. En casos como estos cabría entender que, mediante la omisión de la acción debida, el administrador está ya contrayendo obligaciones que resultan perjudiciales para la sociedad. Sin embargo, cabe plantear otros supuestos cuya incardinación en el tipo sería discutible (como, v. gr., el apuntado por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, de “no ejercitar acciones de lo que se deriva la pérdida de derechos económicos para la sociedad”) o que quedarían claramente excluidos, como, v.gr., el caso (recogido en la EdM del Proyecto de 2013) del administrador que “deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado”, o el caso, citado por CASTRO, del administrador que, “encargado

---

iban acompañadas de la siguiente justificación: el Proyecto “persiste en la más inadmisibles vaguedad, lo cual, y eso es lo más grave, y así se ha señalado ya en la doctrina, se dejan en la muy posible impunidad acciones como las de perjudicar a la Sociedad por no hacer dolosamente lo necesario para que ésta aumente sus beneficios, ya sea por desviar el negocio a favor propio o de un tercero. Igualmente queda en una nebulosa la utilización de bienes y recursos sociales en beneficio del administrador, que solo se transformaría en delito si se produce la imposibilidad de reponer el monto o la evaluación económica de lo utilizado. Tampoco parece clara la incriminación de las omisiones dolosas de acciones que pueden evitar la lesión del patrimonio social, como puede ser el renunciar a reclamar un pago o indemnización, o ejercer acciones para lograr una reparación”.

- 91 Sobre el entendimiento de ambas conductas como modalidades *genéricas* de acción del derogado art. 295, que no suponían medios limitados de ejecución, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 61 s.

de vender unas acciones de la sociedad, no lo hace a sabiendas en el momento oportuno, privando a la sociedad de un mayor beneficio”<sup>92</sup>.

Precisamente, para casos como el último de los citados estaría pensada la modalidad típica propuesta por NIETO, consistente en “desaprovechar una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio que administra o gestiona”. Ello no obstante, a mi juicio semejante modalidad debería reformularse en el sentido siguiente: de un lado, configurar la pérdida de un beneficio cierto como una clase de perjuicio<sup>93</sup>; de otro lado, redactar de modo más taxativo la conducta, vinculando ese resultado (además de a las acciones de “disponer de los bienes” o de “contraer obligaciones”, puesto que también a través de conductas activas puede desaprovecharse la posibilidad de obtener un beneficio) a la omisión de un deber específico del administrador de realizar las acciones tendentes a optimizar (o, mejor dicho, a conservar o a incrementar) el patrimonio administrado, dado que solo en el caso de que al administrador le incumba esa competencia específica podrá equipararse su omisión al hacer positivo.

Y por esta última razón habrá que reformular también el segundo de los comportamientos citados por NIETO (“no evitar una lesión al patrimonio administrado”), puesto que, tal y como él la prevé, supone reintroducir —como una modalidad más de conducta, desvinculada de las modalidades de “disponer de los bienes” o de “contraer obligaciones”— una cláusula genérica de comisión por omisión en la línea del tipo de la deslealtad del Derecho alemán.

---

92 Sobre todos estos casos vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 60 s. En lo que atañe al último de los casos citados en el texto, se plantea además el problema de dilucidar si en el perjuicio característico de la administración desleal hay que incluir la pérdida de la posibilidad cierta de obtener una ganancia o la de un incremento patrimonial esperado, cuestión que examinaré más abajo.

93 Con respecto a ello recuérdese que en la EdM del Proyecto de 2013 se aclaraba que el perjuicio patrimonial existe también cuando la actuación desleal determina la ausencia de un incremento patrimonial esperado. Sin embargo, esta precisión no se incorporó al texto definitivo de la L.O. 1/2015.

Por tanto, si lo que pretende NIETO es reconocer la punibilidad de la omisión de los especiales deberes de salvaguarda o de aseguramiento con respecto a la actuación de los subordinados del administrador, la referida cláusula resulta superflua, dado que ya existe la norma del art. 11 para castigar los supuestos de autoría del directivo en comisión por omisión y las reglas generales para castigar la participación de dicho administrador en comisión por omisión.

Y si lo que pretende es simplemente tipificar la causación de un perjuicio al patrimonio administrado imputable a la omisión de una acción específica que el administrador tenía que haber realizado en el ejercicio de una competencia específica que a él le incumbía personalmente, habría que redactar un tipo de omisión y resultado en unos términos parecidos a los que acabo de exponer.

Finalmente, dentro del examen de las modalidades de acción, algunos penalistas consideran necesario introducir una ulterior especificación en lo tocante al objeto material, que en el texto del nuevo art. 252 de la L.O. 1/2015 (al igual que en otros textos legislativos y en diversas propuestas doctrinales) aparece definido como un patrimonio “ajeno”. Así, CASTRO/GUTIÉRREZ proponen añadir a esta definición la expresión “o del que un tercero resulte beneficiario”, y completarla con otra adición al aludir al sujeto pasivo del delito (el titular “o el beneficiario” del patrimonio). La razón de semejantes adiciones reside en la necesidad de incluir en el tipo la conducta del administrador que causa un perjuicio a un patrimonio que, en rigor, no es “ajeno”, como sucede señaladamente en el ejemplo del *trust*<sup>94</sup>.

---

94 Vid. CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 768 s., quienes aclaran que, pese a no recogerse en el Código Civil español (aunque sí en el catalán), este negocio jurídico privado fideicomisario es plenamente válido en España (vid. STS, 1ª, nº 338/2008, de 30 de abril) y se caracteriza por que el patrimonio administrado es un patrimonio autónomo sin dueño (que no pertenece al otorgante, ni al administrador, ni al beneficiario). De ahí que –a su juicio– el tipo debería reflejar también “la posibilidad de que (...) se trate de un patrimonio autónomo del que no existe dueño,

Compartiendo la necesidad de incluir en el tipo estos supuestos y asumiendo que las especificaciones que proponen los referidos penalistas permitirían, desde luego, resolver el problema de su falta de tipicidad, conviene matizar, con todo, que para conseguir dicho objetivo bastaría ya simplemente con que el dictado legal suprimiese las referencias al carácter “ajeno” del patrimonio y a su “titular”, referencias que son superfluas<sup>95</sup>, desde el momento en que lo verdaderamente decisivo, a los efectos de la tipificación del presente delito, es que el administrador cause un perjuicio al patrimonio que tenía obligación de cuidar. Y precisamente por esta razón creo incluso que la interpretación teleológica permitiría respaldar la inclusión de los supuestos examinados, aunque el patrimonio administrado fuese adjetivado de “ajeno”<sup>96</sup>.

---

pero esté afecto al cumplimiento de unos fines en beneficio de terceros que pueden resultar igualmente perjudicados por la administración desleal de dichos bienes”.

Sin embargo, pese a lo que afirman con rotundidad estos penalistas, lo cierto es que el *trust* no está admitido en nuestro Derecho, ni en el ámbito civil ni en el fiscal (España no ha ratificado el Convenio de la Haya). En particular, en la referida sentencia de la sala 1ª del TS se indica literalmente que “la figura del *trust* resulta desconocida en Derecho español” y que en el caso enjuiciado, en el que se discutía si debía aplicarse el *trust* o un legado testamentario, el TS entendió que “la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión *mortis causa*”. Por lo que se refiere al ámbito fiscal, vid. la consulta de la DGT de 14/01/2010, en la que se indica que “dicha figura no está reconocida por el ordenamiento jurídico español”, por lo que “las relaciones entre personas físicas realizadas a través de un *trust* se consideran realizadas directamente entre las propias personas físicas intervinientes”.

95 De hecho en el precepto que proponía el Proyecto de 2007 para el genérico delito de administración desleal (art. 254 bis) no se contenían tales referencias.

96 En efecto, como justificación de su propuesta arguyen CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 768) que “«ajeno», conforme al Diccionario de la RAEL, es aquello *que pertenece a otra persona*, y no sólo lo que no es propio. Las *res nullius* no son propias y, sin embargo, tampoco son ajenas, porque no tienen dueño”. Ello no obstante, ante este argumento conviene aclarar que, si bien es cierto que en la primera acepción

### 3.9.3. El perjuicio patrimonial

El nuevo art. 252, redactado por la L.O. 1/2015 se limita a exigir como resultado material del tipo, en su apartado 1, “la causación de un perjuicio al patrimonio administrado”, si bien del apartado 2 se deduce *a contrario sensu* que ese perjuicio ha de ser de cierta entidad, puesto que debe ser superior a 400 euros<sup>97</sup>.

Varias son las cuestiones que suscita la plasmación típica del resultado del delito, a algunas de las cuales daba respuesta expresa la EdM del Proyecto de 2013, aunque tal respuesta no

---

del Diccionario de la RAE “ajeno” significa “perteneciente a otra persona”, no lo es menos que en su acepción cuarta significa “impropio, extraño, no correspondiente”, y no hay razón alguna que obligue a acoger el primer significado de la palabra “ajeno” en el seno del delito de administración desleal, cuando la interpretación teleológica respaldaría claramente la acepción cuarta. Por lo demás, parece obvio, de un lado, que el concepto de ajenez válido para el delito de hurto no tiene por qué coincidir con el que conviene al delito de administración desleal y, de otro lado, que el *trust* no puede ser equiparado a las *res nullius* susceptibles de adquisición por ocupación, esto es “a los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y la pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas” (art. 610 C.c.).

97 A mi juicio, resultaba preferible la redacción del Proyecto de 2013 que aludía a la “escasa gravedad” (“por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima”) para que fuese aplicable el tipo atenuado, aunque, a renglón seguido aclaraba, que por encima de 1.000 euros de perjuicio nunca existirá esa “escasa gravedad”. En mi opinión, la cuantificación económica del perjuicio patrimonial no se acompaña bien con la idea —plasmada en la EdM— de “superar” el concepto puramente económico de patrimonio a los efectos de caracterizar el perjuicio patrimonial en este delito.

En este sentido, conviene recordar que el Proyecto alternativo alemán, si bien renunciaba confesadamente a incluir baremos numéricos que delimitasen la conducta, proponía añadir la expresión “en considerable medida” a las acciones típicas de “disponer” o “contraer obligaciones” (vid. *Alternativ-Entwurf*, § 183, p. 61, donde se subrayaba que dicho elemento debe ser interpretado de acuerdo con la gravedad de la acción para la sociedad de que en concreto se trate; mas —en opinión de los autores del Proyecto Alternativo— indudablemente permite eliminar de la órbita típica conductas como, v. gr., la de “la contratación transitoria de una empleada de la limpieza en contra de un acuerdo social”).

se incorporó finalmente al texto definitivo de la EdM de la L.O. 1/2015, con lo que las dudas sobre la interpretación del perjuicio patrimonial se acrecientan.

Así, ante todo, cabe destacar que desaparece la característica contenida en el delito del derogado art. 295, que exigía que se cause “directamente un perjuicio económicamente evaluable”. A la vista de la unánime crítica efectuada por la doctrina española a semejante caracterización<sup>98</sup>, el redactor de la EdM del Proyecto de 2013 razonaba que “la reforma supera además la referencia a un ‘perjuicio económicamente evaluable’ que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no

---

98 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 38 ss. Ello no obstante, al comentar la propuesta del Anteproyecto de 2012, CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 770) se adhieren a la solución de reclamar un perjuicio cuantitativamente evaluable, puesto que, tras dejar sentado que el delito debe ser configurado como un delito de resultado lesivo (“con perjuicio”), agregan que “para aquellos supuestos en los que la conducta no revista especial gravedad, en atención al importe de perjuicio ocasionado, se puede establecer un tipo atenuado (...), siendo partidarios, a este respecto, de establecer una cifra concreta, al estilo de lo que actualmente sucede con el tipo atenuado de malversación de caudales (artículo 432.3 CP), que podemos fijar en 3.000 euros”.

pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)”.

De este modo, la EdM del Proyecto de 2013 venía a caracterizar el perjuicio patrimonial de un modo muy amplio, próximo a la línea en la que se ha venido interpretando dicho perjuicio en la jurisprudencia alemana al aplicar el delito de la *Untreue*<sup>99</sup>, puesto que, sobre la base de permitir la adopción de un concepto personal o funcional de patrimonio, dicho perjuicio no solo se sitúa en la disminución del acervo patrimonial sino que engloba también la ausencia del incremento patrimonial

99 Se trata de una interpretación tan amplia del concepto de perjuicio patrimonial que ha dado lugar a una “volatilización” del resultado, según la conocida expresión de WEBER, U., “Überlegungen zur Neugestaltung des Untreurestrafrechts”, en DREHER-FS, 1977, p. 560. Recuérdese al respecto que la jurisprudencia alemana fue ampliando progresivamente el concepto de perjuicio patrimonial en el delito de *Untreue* hasta el punto de llegar a incluir en el resultado la frustración del fin, la ausencia de incremento patrimonial esperado o incluso supuestos de simples puestas en peligro concreto del patrimonio en especial en negocios de riesgo: v. gr., concesiones de créditos o préstamos sin garantía suficiente —singularmente a los propios administradores o a personas vinculadas a ellos—, abono de cuentas ficticias —sin que su reintegro esté garantizado— para ocultar manipulaciones contables internas, utilización de dinero ajeno como garantía para la obtención de créditos propios (vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ PÉREZ, “El delito”, 1994, cit., pp. 277 ss.). Por su parte, el delito que proponía introducir el Proyecto alternativo alemán en el § 183 se configuraba como un tipo de peligro, aunque hay que matizar que ello se justificaba por el hecho de que este delito circunscribía su ámbito de aplicación a determinadas clases de sociedades (vid. ALTERNATIV-ENTWURF eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft, vorgelegt von LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, Tübingen, 1977, *Vorbem. vor § 179*, p. 47 y § 183, p. 61. Vid. también WEBER, “Überlegungen”, cit., 1977, p. 569).

esperado e incluso la frustración del fin, con mención además de algún ejemplo de conducta que no comporta necesariamente, en rigor, la causación de un efectivo perjuicio patrimonial (“préstamo no autorizado a terceros”, “creación de cajas negras de fondos”), sino más bien un peligro para el patrimonio administrado.

Sin embargo, frente a esta caracterización tan amplia hay que matizar que ello no se deduce expresamente del tenor literal del precepto que se propone, puesto que, si bien suprime la calificación de “económicamente evaluable”, se limita a indicar, lacónicamente, que el resultado ha de consistir en “un perjuicio al patrimonio administrado”<sup>100</sup>, y máxime cuando después se caracteriza el tipo atenuado del apartado 2 a través de un mero límite cuantitativo de 400 euros<sup>101</sup>.

---

100 Según señalé más arriba, tanto el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (p. 231) como el Informe del CGPJ de 2013 (p. 198) criticaron que el texto del precepto no aclarase el concepto de perjuicio patrimonial en la línea explicada en la EdM y criticaron también que no se reflejasen en el texto del precepto aquellos supuestos específicos que la EdM proclamaba incluidos. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, nº 8046, 19 de marzo, 2013, epígrafe VI, quien, con todo, entiende que dicha falta de aclaración “no impedirá su consideración como directriz interpretativa del perjuicio patrimonial contemplado en el nuevo art. 252” y podrá abarcar todos los supuestos que se ejemplifican.

Ello no obstante, hay que recordar que las críticas contenidas en dichos Informes iban referidas a la EdM que acompañaba al *Anteproyecto*, la cual iba mucho más allá que la Exposición del Proyecto en este punto, habida cuenta de que incluía expresamente en el concepto de perjuicio patrimonial supuestos de “creación de una *situación de peligro* para el patrimonio” pues “el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro”. Por lo demás, se mencionaban explícitamente ejemplos de conductas típicas que no se recogen en la EdM del texto definitivo (“la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado”).

101 Por lo demás, ni que decir tiene que del tenor literal del apartado 2 se desprende que el perjuicio patrimonial (también el del apartado 1 en todo caso) ha de ser cuantitativamente evaluable. Es obvio que cuando alude a

Así las cosas, coincidiendo con la EdM del Proyecto de 2013 en la conveniencia de una configuración amplia del perjuicio patrimonial para este delito<sup>102</sup>, sería conveniente, pues, una redacción que despejase cualquier duda al respecto, y máxime cuando en el texto de la EdM de la L.O. 1/2015 desapareció la explicación sobre el perjuicio patrimonial<sup>103</sup>. Por ello, hay que solicitar la introducción de expresiones claramente indicativas de esa caracterización amplia, como la que, por cierto, proponía añadir el Proyecto español de 2007, que aludía a la “frustración de un beneficio legítimo”, al lado de la causación de un perjuicio, un añadido que, en la línea propugnada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas<sup>104</sup>, viene a coincidir también con

---

la “cuantía del perjuicio patrimonial”, se está refiriendo a aquel perjuicio patrimonial que previamente se ha incluido en el apartado 1.

- 102 Vid. en este sentido, en referencia al delito societario, MARTÍNEZ PÉREZ, “El delito”, cit., 1994, *passim*, especialmente, pp. 315 ss., 326 y 333 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 77 ss. Ello no obstante, en nuestra doctrina no faltan penalistas, como, p. ej., CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 766 y 770) que proponen caracterizar el delito como tipo de resultado lesivo, a través de la expresión “con perjuicio para el titular o el beneficiario del patrimonio”.
- 103 Con esa desaparición no se puede invocar, pues, ya siquiera la *voluntas legislatoris* para avalar un concepto personal de perjuicio patrimonial (vid., con todo, GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 777, haciéndose eco del pasaje desaparecido, como *voluntas legislatoris*; no obstante, se trataría de una “*voluntas prelegislatoris*”). Por tanto, y antes al contrario, la desaparición de dicho pasaje en la EdM no se condice con un concepto personal, amplio, de perjuicio.
- 104 Con respecto a ello cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia alemanas coinciden mayoritariamente en aceptar que el perjuicio patrimonial típico del delito de *Untreue* puede consistir no sólo en una minoración patrimonial, sino también en la ausencia de un incremento patrimonial esperado, eso sí, siempre que se acredite una “gran probabilidad” o una “esperanza fundada” de que se produzca el incremento de patrimonio, y no bastando, pues, con una perspectiva general, vaga e indeterminada de conseguir una ventaja patrimonial (vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ PÉREZ, “El delito”, cit., 1994, pp. 277 s.). Se suele argumentar al respecto que el contenido del deber de cuidado patrimonial en el delito de *Untreue* no reside únicamente en la tarea de conservar la integridad del patrimonio, sino además en el cometido de incrementarlo (sobre ello vid. por todos ya

la antecitada propuesta concreta de algunos penalistas, como la de NIETO, cuando sugiere incluir (si bien como modalidad de acción) la conducta de “desaprovechar una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio administrado”. Pero además sería conveniente aludir expresamente al concepto de la “frustración del fin” (formulado primigeniamente para los supuestos de prestaciones unilaterales), para poder abarcar los supuestos que la propia EdM del Proyecto de 2013 enumeraba a título ejemplificativo.

En este sentido, hay que compartir la propuesta contenida en el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2012, cuando señalaba que “sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación” (p. 232).

Ni que decir tiene que con la ampliación del concepto de perjuicio que aquí se propugna se produciría un notable ensanchamiento de la esfera de aplicación del delito de administración desleal con respecto al derogado delito societario del art. 295, dado que entonces el resultado típico (y la consumación del delito) se producirá con independencia de la causación de un efectivo perjuicio patrimonial económicamente evaluable. Así, si tomamos como ejemplos algunos de los supuestos más prototípicos citados al analizar el derogado art. 295, podemos comprobar cómo la concesión abusiva de préstamos en beneficio de los administradores o la prestación de garantías para afianzar

---

LABSCH, K.H., *Untreue (§ 266 StGB), Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, 1983, p. 322).

deudas personales de estos<sup>105</sup> comportarían ya, por sí mismas, sin duda el perjuicio característico de esta figura delictiva en la medida en que suponen la frustración del fin con arreglo a un criterio funcional de patrimonio

Por último, de todo lo que se acaba de exponer se infiere que resulta claro que en la expresión “causar un perjuicio al patrimonio administrado” del nuevo art. 252 no tienen cabida los casos de simple puesta en peligro del patrimonio administrado, a los que aludía la EdM del Anteproyecto de 2012. De hecho, recuérdese que a raíz de la crítica contenida en el Informe del Consejo Fiscal de 2012, el redactor de la EdM del Proyecto de 2013 optó ya por eliminar toda referencia al peligro.

Y no podía ser de otro modo, puesto que, si ya resulta discutible caracterizar el perjuicio patrimonial en el sentido amplio que se acaba de exponer, es inaceptable interpretar que queda incluido el simple peligro para el patrimonio allí donde la norma del art. 252 emplea la expresión “causar un perjuicio al patrimonio administrado”, en su apartado 1, y la locución “si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros”, en el apartado 2<sup>106</sup>.

En este sentido, hay que compartir, de nuevo, plenamente el razonamiento que efectuaba el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2012, cuando, en referencia a la inclusión

105 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 79 s.

Con todo, conviene aclarar que algunos penalistas, como, p. ej., GÓMEZ BENITEZ (“El delito”, cit., 1997, p. 3), consideraban expresamente que conductas como la de prestar garantías para afianzar deudas personales de los administradores sería ya típica según el art. 295. Sin embargo, parece claro que esta conducta no encierra necesariamente, en sí misma, un perjuicio directa y económicamente evaluable, con independencia de que en algunos casos pueda llegar a causarlo si se llega a ejecutar la garantía.

106 En cambio GILI (“Administración”, cit., 2015, p. 777), partiendo de que en el nuevo art. 252 tiene cabida un concepto personal o funcional de patrimonio, no descarta que se incluyan supuestos de simple peligro, por más que matice que “deberá contenerse también la mayor tendencia a la consideración del solo peligro como perjuicio que puede auspiciar este planteamiento”.

del peligro en el concepto de perjuicio patrimonial, indicaba que “eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado” (pp. 231 s.).

Y es que, en efecto, de la lectura de la EdM del Anteproyecto de 2012 se deduce que el redactor incurría en una confusión o, cuando menos, equiparaba indebidamente dos supuestos bien diferentes: los casos en los que a través de negocios de riesgo se llega a causar un efectivo perjuicio patrimonial al administrado, de un lado, y los casos en que (con independencia de que el negocio realizado sea de riesgo, o no) este efectivo perjuicio no llega a producirse y solo tiene lugar la creación de una situación de peligro para dicho patrimonio. Esto se explicaba muy bien en el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (p. 232), cuando se argüía: “Una cosa es que el daño típico pueda concretarse bajo la forma de la asunción de un riesgo. Será así en los casos en que la celebración de un ‘negocio de riesgo’ termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla de ‘creación de peligro dañosa’ (schädigenden Gefährdung) o de ‘daño de riesgo’ (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, y otra distinta que la puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU)”.

En otras palabras, no habrá inconveniente alguno para poder incluir en el tipo de la administración desleal las operaciones de riesgo o altamente especulativas<sup>107</sup> (incluso manteniendo un concepto puramente económico de perjuicio patrimonial), puesto que, como ya se ha señalado en la doctrina alemana, el problema planteado por los negocios de riesgo no es, en realidad, un problema vinculado al elemento típico del perjuicio sino que más bien se trata de una cuestión ligada a la infracción del deber de lealtad que incumbe al sujeto activo<sup>108</sup>, así como al contenido del dolo, habida cuenta de que en tales negocios el dolo aparece en su forma eventual<sup>109</sup>. Por tanto, hay que aclarar que una conducta consistente en una operación de riesgo será penalmente típica con arreglo al delito de administración desleal del art. 252 si se cumplen tres requisitos: 1) el sujeto infringe el deber de lealtad, excediéndose en el ejercicio de las facultades de disposición para las que estaba autorizado; 2) el sujeto obra con dolo eventual de que pueda producirse un perjuicio para el patrimonio administrado; 3) causación efectiva de dicho perjuicio patrimonial. Si el perjuicio patrimonial no llega a producirse, el hecho permanecerá impune, dado que solo se habrá realizado una tentativa del delito de administración desleal con dolo eventual, y esta no resulta punible.

Así las cosas, si lo que se pretende es querer castigar aquellos negocios de riesgo que simplemente crean una situación de peligro para el patrimonio administrado, habría que tipificar un delito de peligro (al estilo del § 183 del Proyecto alternativo alemán) en el que la puesta en peligro del patrimonio constituya ya el resultado del tipo y, por ende, su consumación<sup>110</sup>.

---

107 Subraya en nuestra doctrina con razón NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 798) que precisamente una de las funciones del delito de administración desleal es el castigo de esta clase de operaciones.

108 Vid. ya indicaciones en MARTÍNEZ PÉREZ, “El delito”, cit., 1994, p. 280.

109 Cfr. NIETO, *ibid.*

110 A tal efecto, ha propuesto NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 798) que “para intervenir en estos supuestos con suficiente seguridad jurídica resulta singularmente adecuada la combinación en el tipo subjetivo de dolo

En definitiva, si, como queda dicho, para acoger una caracterización amplia del concepto de perjuicio patrimonial en este delito habría sido ya conveniente que el texto del art. 252 aclarase expresamente que el perjuicio patrimonial puede basarse en el criterio de la “frustración del fin”, con mayor motivo resultaría imprescindible (no ya solo conveniente) que mencionase explícitamente la creación de una situación de peligro para el patrimonio, si lo que se pretende es que el delito español abarque esta clase de hipótesis<sup>111</sup>.

---

eventual más ánimo de enriquecimiento. Esta estructura otorga a la sanción de los negocios de riesgo el grado de taxatividad y de merecimiento de pena suficiente para la intervención del derecho penal”.

Con relación a esta propuesta, creo oportuno matizar que la exigencia de un elemento subjetivo del injusto (en la línea del delito del Proyecto alternativo alemán) parece efectivamente procedente, siempre que se incluya en un delito societario específico construido como un delito de peligro, mas no en un genérico delito de administración desleal, según explico más abajo.

- 111 De ahí que no pueda coincidir plenamente, en cambio, con el tenor literal de la última conclusión del Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2012, en la que se indicaba: “Este (scil., el concepto de perjuicio patrimonial), como otros tantos (grado de esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión, problema de los negocios jurídicos inválidos que atribuyen la administración), es un tema cuyos límites han de dejarse a la jurisprudencia, sin que el legislador pueda pretender una interpretación auténtica que no viene insinuada claramente por el texto de la norma, que configura el tipo como uno de resultado y no como uno de peligro”.

Para empezar, hay que aclarar que la “interpretación auténtica” es aquella que se contiene precisamente en el texto de la norma, y no en la EdM. Y, sentado esto, una cosa es obviamente que el redactor de la EdM no deba aclarar el concepto de perjuicio patrimonial, y otra, distinta, es que el legislador incorpore al texto del articulado un concepto (ahora sí a modo de interpretación auténtica) en el que defina cómo ha de concebirse dicho perjuicio.

Y así, del mismo modo que el propio Informe Consejo Fiscal consideraba conveniente que el legislador “hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, (“...”) compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada” (p. 232), ningún obstáculo hay para que —si lo considerase oportuno— el legislador incorporase la creación de una situación de peligro al concepto de perjuicio.

De todos modos, con respecto a la necesidad de castigar penalmente tales hipótesis, hay que tener presente que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, en el CP español no habrá problema alguno para admitir la tentativa del delito de administración desleal, lo que permitirá acoger algunos supuestos (no todos) de conductas (eso sí, realizadas con dolo directo) que estén dirigidas a la causación de un perjuicio patrimonial, aunque tal resultado no llegue a producirse por causas independiente de la voluntad del autor<sup>112</sup>.

#### 3.9.4. *El sujeto activo*

En punto al sujeto activo, la nota definitoria básica en el delito genérico de administración desleal debe venir integrada por el deber de cuidado patrimonial que incumbe a una persona, a la que, en concreto, le ha sido encomendada la facultad jurídica de decisión *autónoma* de administrar (o gestionar) un patrimonio ajeno<sup>113</sup>, en el sentido de que dicho sujeto goza de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión de dicho patrimonio<sup>114</sup>. Recuérdese al respecto que aquí partimos de la base

---

En suma, entiendo que la caracterización del perjuicio patrimonial no es una cuestión que deba dejarse a la decantación jurisprudencial, a diferencia de otras cuestiones que, efectivamente, sí tendrán que ser resueltas por el juzgador, como “la esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión”.

- 112 Con respecto al derogado delito societario del art. 295, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, pp. 77 s.
- 113 La doctrina y jurisprudencia alemanas mayoritarias han venido coincidiendo tradicionalmente en restringir el círculo de sujetos activos idóneos sobre la base de dicha descripción, aclarándose que existe una facultad de decisión auténticamente *autónoma* cuando el sujeto encargado de cuidar el patrimonio podía obrar de otro modo. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ PEREZ 1994, pp. 273 ss.
- 114 Cfr. en este sentido recientemente NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 797), quien encuentra la “esencia” del deber de salvaguarda característico de este delito en “tener capacidad para disponer u obligar jurídicamente al patrimonio ajeno, pero siempre que además el autor tenga un margen de discrecionalidad relevante”. Y es que, en efecto, téngase en cuenta que,

de que si no existe esa autonomía o margen de discrecionalidad en el administrador y lo que existe es una obligación concreta de darle un destino específico perfectamente determinado al bien administrado, habrá un delito de apropiación indebida en el caso de que el administrador incumpla esa obligación, dándole al bien recibido un destino diferente al pactado, sea en beneficio propio, sea en beneficio ajeno.

Sentado esto, no hay necesidad de efectuar restricción personal ulterior alguna en el delito genérico de administración desleal, sin perjuicio de que ello fuese pertinente, en su caso, en un delito societario específico<sup>115</sup>.

Desde luego, no es imprescindible mencionar las fuentes concretas de las facultades dispositivas del sujeto activo, en la línea del Derecho alemán, como hace el nuevo art. 252 de la L.O. 1/2015 (“emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico”), porque basta ya con el requisito del abuso de las facultades jurídicas de disposición que posea el sujeto<sup>116</sup>, siendo indiferente cuál sea la fuente concreta de la que nace la capacidad jurídica de disposición<sup>117</sup>.

---

para este penalista, cuando no existe margen de discrecionalidad alguno, habrá un delito de apropiación indebida (p. 791).

- 115 Como, a la sazón, proponían en su momento los autores del Proyecto alternativo alemán para el delito societario del abuso de facultades jurídico-sociales. Vid. *Alternativ-Entwurf*, § 183, cit., p. 61.
- 116 El requisito del abuso de las facultades jurídicas de disposición permite ya excluir del ámbito típico las actuaciones que descansan en una simple relación de confianza, (posibilidad que se incluye en el § 266 StGB –*Treueverhältnis*- en el tipo de infidelidad), con lo que se conjura el riesgo apuntado por GILI (“Administración”, cit., 2015, pp. 775 s.), quien, por ello, se muestra partidario de mencionar las referidas fuentes.
- 117 Vid. en este sentido CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 767, quienes añaden que su mención puede producir, en cambio, conflictos concursales, especialmente con los supuestos de malversación impropia del art. 435,3º CP, que sanciona (con unas penas superiores a las previstas para la administración desleal) a los administradores que sustraen o aplican a usos ajenos los bienes cuya administración les ha sido confiada por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares (conducta que en la reforma de 2015 se extiende además —merced a la introducción de un

Y, por la misma razón, tampoco resulta necesario especificar determinadas categorías de sujetos, como v. gr., administradores o gestores<sup>118</sup>, puesto que —como queda dicho— lo único verdaderamente relevante en el delito genérico de administración desleal es la facultad que tiene una persona de disponer autónomamente (con un margen de discrecionalidad) de los bienes pertenecientes a aquel patrimonio ajeno que tenía obligación de cuidar.

Por tanto, no debería limitarse la descripción del sujeto activo al *administrador* (como hacía, empero, el Proyecto de

---

nuevo n° 4 en el art. 435— a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores), y conflictos también con el delito del art. 440 que en la L.O. 1/2015 extiende su ámbito de aplicación a “los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso”. A estos conflictos alude asimismo GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 776, en referencia ya a la regulación de 2015, si bien observa que tales conflictos no plantearán dificultades en orden a su resolución (p. 780).

También NIETO (“Administración”, cit., 2013, pp. 796 s.) se muestra contrario a la enumeración de dichas fuentes.

118 En este sentido cabe mencionar aquí la propuesta de NIETO, quien pretende restringir el círculo de sujetos activos a los “administradores” y a los “gestores” mediante la incorporación al tipo de la expresión “teniendo encomendada la administración de un patrimonio ajeno o la gestión de asuntos patrimoniales de un tercero” (NIETO, “Administración”, cit., 2013, p. 787). Ahora bien, llegado el momento de explicar las razones de esta propuesta, sorprendentemente NIETO nos aclara cómo concibe él ambos conceptos: serían administradores “aquellas personas que tienen encomendada la gestión global de un patrimonio y cuyo estereotipo podrían ser los administradores de una sociedad o el tutor”; por su parte, los gestores irían referidos a “supuestos de administración parcial de un patrimonio ajeno, que sólo entrarían en el círculo de autores del art. 252 (scil., del Anteproyecto de 2012) cuando puedan realizar su gestión con un cierto margen de discrecionalidad. El estereotipo podría ser el albacea o la gestión de un fondo de pensiones” (p. 797). Ni que decir tiene que tal entendimiento no encuentra respaldo en el diccionario de la RAE, puesto que, al contrario, dichos vocablos poseen un significado muy amplio en el lenguaje ordinario, según indico a continuación.

Las antecitadas enmiendas n° 215 y 634, inspiradas en la propuesta de NIETO, prescindían ya, en cambio, de tales referencias al sujeto activo y lo describían simplemente así: “... quien siendo responsable de la

2007: “administrador de hecho o de derecho”), dado que el autor del delito no tiene por qué ser un administrador en el sentido jurídico-mercantil. Ciertamente, la opinión mayoritaria ha venido interpretando el concepto de “administrador de hecho” en un sentido material o fáctico, atento a los fines del Derecho penal, coincidente con la acepción gramatical del lenguaje vulgar, o sea, definiendo al administrador como aquella persona que “administra bienes ajenos” y concibiendo el verbo administrar, en la acepción 3ª del diccionario de la RAE, aquí aplicable, como “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes”. Con todo, no se puede olvidar que esta exégesis del concepto de “administrador de hecho” no ha sido unánimemente aceptada y, por ello, resulta preferible renunciar a la inclusión del vocablo administrador, habida cuenta de que —insisto— lo relevante a los efectos de este delito es que al sujeto activo le incumba un deber de cuidar el patrimonio<sup>119</sup>.

Y menos sentido tiene aún recurrir al vocablo “gestor” con el fin de restringir el círculo de sujetos activos, puesto que, despojado de ulteriores calificativos<sup>120</sup>, se trata de un vocablo que carece de un significado jurídico preciso y que en el uso

---

administración de un patrimonio ajeno, perteneciente a personas físicas o jurídicas ...”.

119 Así las cosas, pudiera pensarse que en la rúbrica de este delito debería entonces evitarse también la expresión “administración desleal” y emplear otra terminología como, p. ej., la del StGB alemán (“infidelidad patrimonial”). Ello no obstante, si en la descripción del tipo no se utiliza ya el vocablo administrador y se caracteriza funcionalmente al sujeto activo como aquella persona a la que le incumbe un deber de gestionar lealmente un patrimonio ajeno, no hay inconveniente alguno en seguir reconociendo a este delito como delito de administración desleal, denominación plenamente extendida en la doctrina y en la jurisprudencia, en sintonía con el lenguaje vulgar.

120 Obviamente cuando se menciona aquí la palabra “gestor” no se está pensando en figuras específicas como la del “gestor administrativo” (“persona que se dedica profesionalmente a promover y activar en las oficinas públicas asuntos particulares o de sociedades”) o la del “gestor de negocios” (“persona que, sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o intereses ajenos, en pro de aquel a quien pertenecen”).

ordinario del lenguaje posee un contenido puramente fáctico<sup>121</sup>. De ahí que, en fin, resulte inválido para conseguir restricción alguna. Es más, precisamente por la generalidad que encierra su significado, no existiría inconveniente alguno en emplear el verbo “gestionar” (un patrimonio) en la descripción típica como verdadero hiperónimo de los verbos disponer (de los bienes) y contraer (obligaciones).

### 3.9.5. ¿Necesidad de un elemento subjetivo del tipo?

Es preciso hacer una referencia a la posibilidad de introducir en la conducta típica la expresión de obrar “en beneficio propio o de un tercero” como elemento subjetivo del tipo. Ciertamente, el nuevo art. 252 de la L.O. 1/2015 no incluye ya esta expresión<sup>122</sup>, pero se trata de un elemento que, en cambio, figuraba en el delito societario del art. 295, que también se proponía

---

121 Así, prescindiendo de la acepción 2ª (“persona de una empresa que participa en la administración de esta”), que no resulta aquí aplicable por remitirnos a un significado estrictamente empresarial (y que además en todo caso encierra también un contenido meramente fáctico), la palabra “gestor” alude a la persona cuyo cometido es “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”.

122 En el Anteproyecto de 2012 figuraba el “ánimo de lucro”, pero como elemento caracterizador de un tipo cualificado que posibilitaba imponer la pena en su mitad superior. No obstante, a la postre la cualificación desapareció ya en el texto del Proyecto de 2013 (y también finalmente en la L.O. 1/2015), atendiendo a las críticas contenidas en los informes del Consejo Fiscal (2012, p. 230) y del Consejo General del Poder Judicial, que coincidieron en señalar que, dado que en la práctica en la inmensa mayoría de los casos de administración desleal existe ánimo de lucro, el tipo básico devendría inaplicable *de facto*. Además, según se argüía en el Informe del CGPJ (2013, p. 203), “esta realidad impondrá, a la vez, la inaplicación del tipo de apropiación indebida, puesto que este solo viene al caso, según el artículo 253.1 del Anteproyecto, cuando no existe un delito conminado con pena superior, lo que concede prioridad automáticamente al delito agravado de administración desleal con ánimo de lucro (misma pena, pero en su mitad superior)”. Coincidiendo con ello, vid. también MANZANARES, “El nuevo”, cit., 2013, epígrafes IV y VII.

Por lo demás, probablemente por esta circunstancia el redactor del Anteproyecto de 2012, al consignar la penalidad, incluyó en el texto del nuevo

en el art. 254 bis del Proyecto de 2007 y que recientemente ha sido respaldado en algunas propuestas efectuadas en la doctrina española<sup>123</sup>.

Tal requisito no es, desde luego, una originalidad del legislador hispánico, dado que se contenía en el delito propuesto

---

delito de apropiación indebida la expresión “salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código” (cfr., en este sentido, el Informe del Consejo Fiscal de 2012, p. 236, en el que se calificaba al delito de la apropiación indebida como “tipo de recogida”). Ello no obstante, al desaparecer la agravación basada en el “ánimo de lucro”, carece de sentido esta cláusula, porque las penas previstas para ambos delitos son idénticas.

- 123 Vid., en concreto, la propuesta de CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 766, si bien, llegado el momento de justificarla, y tras coincidir en la apuntada crítica a su caracterización como elemento agravatorio, se limitan a señalar que “el ánimo de lucro, entendido como la actuación en beneficio propio o de un tercero, debe necesariamente incorporarse a la tipicidad de la modalidad básica, para alejar el delito de administración desleal del delito de daños realizados con abuso de confianza, sancionados actualmente con pena de multa” (p. 771). En idéntico sentido, vid. GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 778, quien, a la vista del nuevo art. 252, llega a proponer incluso que se interprete que tal elemento se halla tácitamente incluido en el tipo. Sin embargo, ante esta opinión cabe oponer que, con carácter general, entre los delitos de administración desleal y de daños no puede haber interferencia alguna: a través de las acciones de “disponer de los bienes” o de “contraer obligaciones” no producirá el daño en la propiedad ajena del art. 263 CP, concebido como deterioro, destrucción o inutilización de la cosa. Y, en todo caso, si en alguna hipótesis particular la conducta de administración desleal ocasionase un daño de dicha índole a la propiedad del sujeto administrado, habrá que examinar el caso concreto para dilucidar si existe un concurso de delitos o si el más grave delito de administración desleal absorbe el delito del art. 263. Pero estas hipótesis en modo alguno se resuelven restringiendo el delito de administración desleal a las acciones llevadas a cabo con ánimo de lucro: lo único que se conseguiría con ello es dejar impunes los comportamientos de administración desleal realizados sin ánimo de lucro y que tampoco serían constitutivos de daños.

Cuestión diferente es que simplemente se afirme, como se hacía en el Informe del CGPJ de 2013 (pp. 202 s.), que “al igual que el § 266 del Código Penal alemán del que está tomado, las modalidades básicas del artículo 252.1 y 2 Anteproyecto no requieren ánimo de lucro, por lo que se aproximan más a los delitos de daños que a los de enriquecimiento”, afirmación que es plenamente correcta.

en el Proyecto alternativo alemán<sup>124</sup>. No obstante, concebido como un genuino elemento subjetivo del injusto (algo, de por sí, discutible con arreglo al correcto uso del lenguaje<sup>125</sup>), podría tener, tal vez, su justificación en un delito societario, como el del Proyecto alternativo, en el que el tipo no exigía perjuicio alguno, puesto que se contentaba con las acciones de disponer de los bienes o de contraer obligaciones. De ahí la conveniencia de introducir dicho elemento, que, junto a la restricción del círculo de sujetos activos a los gestores o liquidadores de determinadas clases de sociedades, aportaba la taxatividad y el merecimiento de pena necesarios, según argüían los redactores del Proyecto alternativo<sup>126</sup>.

---

Vid. asimismo la propuesta de NIETO (“Administración”, cit., 2013, pp. 787 y 797), quien, tras criticar la solución del Anteproyecto de prever el ánimo de lucro como tipo cualificado, considera, empero, que es necesario incluirlo en el tipo básico “porque incrementa la taxatividad del precepto”; vid. también las mencionadas enmiendas nº 215 y 634, inspiradas en la propuesta de NIETO, que, consecuentemente, incluían el elemento “en beneficio propio o de un tercero”. Sin embargo, ante esta opinión hay que oponer que, en puridad de principios, el ánimo de lucro no aporta realmente taxatividad al delito español, tal y como está redactado, sino que simplemente lo restringe sin un fundamento político-criminal ni dogmático válido, según explico a continuación en el texto. Eso sí, a renglón seguido NIETO matiza que “la eliminación del ánimo de lucro quizás deba tomarse en consideración, en su caso, a la hora de elaborar tipos de administración desleal específicos para el ámbito bancario y de la intermediación financiera” (p. 798). Por lo demás, sobre la necesidad del ánimo de lucro vid. también MAYO, *La tutela*, cit., 2005, pp. 368 s.

- 124 En el delito del § 183 se incluía la expresión “*zum eigenen oder fremden Vorteil*”, denotativa de un inequívoco elemento subjetivo del tipo, según se confirmaba, por lo demás, en la justificación ofrecida por sus redactores: “dada la ausencia de un perjuicio patrimonial, el umbral de la punibilidad no se alcanza todavía con el mero actuar doloso. De ahí que en la vertiente subjetiva del tipo se exija que el autor obre con ánimo de obtener un beneficio propio o ajeno (...)”. Cfr. *Alternativ-Entwurf*, § 183, cit., p. 61.
- 125 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los elementos subjetivos del tipo de acción (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)”, en *teoría & derecho*, 13/2013, pp. 259 s.
- 126 Vid. *Alternativ-Entwurf*, § 183, cit., ibid.

En cambio, en un genérico delito de infidelidad patrimonial, que se construya sobre la base de un significativo desvalor de acción (disponer de los bienes con infracción del deber de cuidar el patrimonio) y que incorpore expresamente el efectivo perjuicio como resultado material, tal elemento subjetivo no resulta necesario y es político-criminalmente insatisfactorio, puesto que permitiría excluir injustificadamente de la órbita típica aquellos supuestos en los que no se pudiese acreditar a quién beneficia la acción desleal. Y es que, en efecto, al igual que se predica del delito alemán de la *Untreue*, lo relevante es que se cause dolosamente el perjuicio al patrimonio administrado, con independencia de que beneficie a alguien, dado que, aunque esto último sea lo habitual en la realidad criminológica, no cabe descartar que el sujeto activo pueda obrar movido exclusivamente por un ánimo de venganza (o, sencillamente, en los supuestos omisivos, movido por el afán de no trabajar), en cuyo caso la conducta será igualmente merecedora de pena<sup>127</sup>.

Por lo demás, desde el punto de vista dogmático, incorporar el ánimo de beneficiarse o el ánimo de lucro al delito genérico de administración desleal, tal y como está redactado en el nuevo art. 252, o como aquí se propone, carece de toda justificación, puesto que no desempeñaría ninguna de las funciones dogmáticas que se atribuyen a los elementos subjetivos del tipo: no aportaría relevancia ni ofensividad al tipo (ni resolvería equívocidad alguna de la conducta objetivamente descrita), ni tampoco serviría para anticipar la línea de punibilidad<sup>128</sup>.

---

127 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito*, cit., 2001, p. 70, y n. 119, con indicaciones. Vid. además ampliamente en este sentido SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., “Sobre la definición legal del delito de administración desleal”, en C. Romeo/F. Flores (ed.) *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económico y tecnológica*, Granada 2012, pp. 619 ss.

128 Sobre el fundamento de los elementos subjetivos del tipo, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, “Los elementos”, cit., 2013, pp. 248 ss.

### 3.9.6. ¿Tipos atenuados y agravados?

Comenzando por los primeros, cabe recordar que, a diferencia del Proyecto de 2007, que no preveía tipo atenuado alguno, el Proyecto de 2013 incluía en el apartado 3 del art. 252 un tipo en el que se indicaba que “si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros”.

Se trataba de un tipo notablemente atenuado, que poseía una redacción idéntica, *mutatis mutandis*, a la que se preveía para el delito de apropiación indebida<sup>129</sup>, y que, a mi juicio, puede resultar conveniente en un genérico delito de administración desleal, con el fin de que esta figura delictiva pueda ser aplicada a los casos de menor relevancia, sin vulnerar el principio de proporcionalidad, aunque, eso sí, la concreta redacción que se propone pudiera ser objeto de alguna modificación<sup>130</sup>.

---

129 Eso sí, sorprendentemente —según señalé más arriba— en el Proyecto de 2013 la pena prevista para el tipo de la administración desleal era superior (pena de multa de uno a seis meses) a la asignada al tipo de la apropiación indebida (pena de multa de uno a tres meses). Digo sorprendentemente porque, en cambio, las penas previstas para los tipos básicos eran idénticas. Ignoramos cuáles eran las razones que llevaron a los redactores del Proyecto de 2013 a establecer esa diferenciación penológica únicamente en los respectivos tipos atenuados. En todo caso, téngase en cuenta que en el texto definitivo se corrigió esta discordancia.

Sea como fuere, baste con insistir en que, de *lege ferenda*, aquí partimos de la mayor gravedad del delito de apropiación indebida, lo cual conduce a entender que la pena del tipo atenuado prevista para este delito nunca puede ser inferior a la propuesta para al delito de administración desleal.

130 Así, CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 766) lo proponen solo en el caso de que “el perjuicio ocasionado no exceda de 3.000 euros”. Por su parte, NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 788) propone también un tipo atenuado para supuestos “de escasa gravedad”, con la particularidad de que añade una serie de elementos para valorar esa gravedad (entre los que incluye “la cuantía de lo defraudado, el quebranto económico ocasionado a los perjudicados, los medios empleados y cuantas

A mi juicio, según indiqué más arriba al analizar la cuestión del perjuicio patrimonial (y por las razones allí expuestas), el texto definitivo del tipo atenuado introducido por la L.O. 1/2015 empeoró notablemente la redacción, al caracterizarlo con parámetros exclusivamente cuantitativos, sobre la base de una concepción estrictamente económica del perjuicio. Por ello, entiendo que habría sido preferible renunciar a un límite cuantitativo determinado y basarlo, simplemente, en la escasa entidad del perjuicio causado, criterio que podría verse complementado (de forma cumulativa o alternativa) con otros, como, señaladamente, el de la situación económica de la víctima, a los efectos de determinar la “escasa gravedad” de la conducta.

Por su parte, en lo que atañe a los **tipos agravados**, aunque en el nuevo art. 252 redactado por la L.O. 1/2015 no se recogen de forma expresa unas agravaciones específicas, hay que tener en cuenta que este precepto castiga la administración desleal “con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250”.

Con arreglo a esta técnica de remisión (que se preveía ya en la redacción del CP de 1995 para el delito de apropiación indebida), hay que sobreentender, pues, que al delito de administración desleal le serán también de aplicación las agravaciones incluidas en el art. 250 para el delito de estafa.

Sin embargo, el art. 254 bis del Proyecto de 2007 no seguía dicha técnica de remisión en cuanto a la asignación de las penas y, por consiguiente, no preveía agravación alguna para el delito de administración desleal, a diferencia de lo que sí sucedía para el delito de apropiación indebida.

---

otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”) y el dato de que en todo caso la “escasa gravedad” nunca existiría en cantidades superiores a los 6.000 euros. En una línea similar, las citadas enmiendas nº 215 y 634, inspiradas en la propuesta de NIETO, proponían también unos criterios para determinar la pena (“la cuantía de lo defraudado y el quebranto económico ocasionado a los perjudicados”) y añadían un tipo atenuado “si el valor de la cantidad defraudada fuera inferior a 10.000 euros”.

A mi juicio, vaya por delante que —como ya señalé más arriba<sup>131</sup>— las penas que se señalan al delito de administración desleal deberían ser inferiores a las fijadas para la apropiación indebida, en la medida en que en aquel delito no deberían quedar incluidas las conductas apropiatorias, sino solo los usos ilícitos no dominicales. Y, por esta misma razón, habrá que convenir entonces en que la mayoría de las agravaciones definidas en el art. 250 carecen de sentido en un delito de administración desleal caracterizado del modo en que aquí proponemos<sup>132</sup>.

Así las cosas, de lo anterior se colige que las posibles agravaciones que se proyecten incluir en este delito deberán adaptarse a la naturaleza que aquí le atribuimos. De ahí que, entre las agravaciones sugeridas en las propuestas doctrinales, no haya inconveniente en acoger aquellas basadas en la entidad del perjuicio ocasionado<sup>133</sup> o en las características del patrimonio

---

131 Vid. supra epígrafe 3.7. Vid. además MANZANARES (“El nuevo”, cit., 2013, epígrafe VII) quien, con respecto a las penas previstas en el Anteproyecto, consideraba que debería evitarse la remisión punitiva del art. 252 a los arts. 249 y 250, dado que “lo correcto sería establecer una penalidad propia o, al menos, cuidar más la formación indirecta de tipos cualificados”.

132 En este sentido se pronuncian autores como NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 800), aun partiendo de una configuración del delito de administración desleal que no coincide exactamente con la que aquí se propone. En efecto, incluso desde su perspectiva, reconocía NIETO (en referencia al texto del Anteproyecto de 2012) que algunas de las agravaciones que figuran en el catálogo del art. 250 no pueden ser de aplicación a la administración desleal, bien porque contradicen el principio de inherencia (art. 250,7: “se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”), bien porque responden a modalidades comisivas privativas de la estafa (art. 250, 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”; y 250-8 “se cometa estafa procesal”). En esta línea vid. también las citadas enmiendas nº 215 y 634. Con relación ya al nuevo art. 252, vid. GILI, “Administración”, cit., 2015, p. 779, aclarando que no serán aplicables las agravaciones 2ª o 7ª del art. 250.1, por ser modalidades de comisión propias del fraude, o la 6ª (abuso de relaciones personales), que resulta inherente (art. 67 CP).

133 En este sentido vid. las propuestas de CASTRO/GUTIÉRREZ (“Apropiación indebida”, cit., 2013, P. 766), quienes incluyen una agravación “cuando

administrado<sup>134</sup>, e incluso en las peculiaridades de determinadas clases de sociedades<sup>135</sup> si es que no se opta por tipificar también un específico delito societario de administración desleal<sup>136</sup>.

---

el perjuicio ocasionado exceda de 50.000 euros” y de NIETO (“Administración”, cit., 2013, p. 788), quien prevé una agravación “atendiendo a la entidad del perjuicio”. Por lo demás, este penalista proponía una ulterior agravación (“cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros”), también reproducida en las citadas enmiendas n° 215 y 634, cuya redacción no puede ser compartida puesto que en la administración desleal no hay, en rigor, una defraudación.

- 134 Así NIETO (ibid.) incluye las agravaciones consistentes en atender a “la situación económica en que deje a la víctima o a su familia” y afectar “a un elevado número de personas”. De modo similar las aludidas enmiendas n° 215 y 634, inspiradas en la propuesta de NIETO, incluían las agravaciones siguientes: “afectar a un elevado número de personas” y “dejar a los perjudicados en grave situación económica”.
- 135 Así, cabe mencionar la propuesta de agravación efectuada por NIETO (ibid.), referida a sociedades que operan en el ámbito de la intermediación financiera y en el de la gestión del ahorro de los ciudadanos: “cuando la conducta típica sea realizada en el marco de una sociedad abierta a un número indeterminado de inversores, entidades de crédito, sociedad o agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados”. Esta propuesta ha sido asumida, con idéntica redacción, por CASTRO/GUTIÉRREZ (ibid.), sobre la base de atender “al papel que cumplen este tipo de sociedades en el tráfico económico y al mayor potencial lesivo que para una generalidad de personas puede encerrar su administración desleal” (p. 772). También se reproduce de forma casi literal en las referidas enmiendas n° 215 y 634, con la aclaración de que “es patente, pensando en la reciente historia de la vida financiera española, que en cabeza de ellas debiera figurar la derivada de la administración desleal de entidades financieras (Bancos y Cajas), así como las sociedades de inversiones, agencias de valores, compañías de seguros”. Se hace eco de esta posible agravación asimismo GILI, “Administración”, cit., 2015, pp. 770 y 782, advirtiendo, críticamente, de que con el nuevo art. 252 una única herramienta genérica habrá de servir para dar respuesta tanto a la administración fraudulenta del tutor, mandatario o albacea, por ejemplo, como a la que afecte a grandes entidades de crédito o sociedades de inversión, pudiéndose canalizar el plus de desvalor que entrañen, sólo y en su caso, mediante las agravaciones también genéricas por razón de la cuantía (50.000 o 250.000 €, aptdos. 1.5° y 2 del art. 250 CP, respectivamente) o del número de afectados (art. 250.1.5° CP).

### 3.10. La tipificación de un específico delito societario de administración desleal

De lo expuesto en diversos pasajes de las páginas anteriores se puede extraer ya la conclusión de que la solución de crear un genérico delito de administración desleal no se opone a la introducción de un (o, en su caso, varios) delito societario específico<sup>137</sup>.

Ahora bien, ni que decir tiene que la tipificación de nuevos delitos deberá estar justificada tanto desde una perspectiva

---

En este sentido, justo es reconocer también que ya anteriormente se habían efectuado propuestas similares: vid., por ejemplo, la realizada por MAYO (*La tutela*, cit., 2005, pp. 367 ss., 375 y passim), quien circunscribe el delito al ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, las entidades de crédito en sentido estricto y las entidades aseguradoras.

136 Esta precisión es importante porque si, por ejemplo, se opta por tipificar un específico delito societario de administración desleal en el ámbito de la intermediación financiera y de gestión del ahorro de los ciudadanos en la línea sugerida por NIETO, carece de sentido incluir en el delito genérico una agravación como la que se acaba de indicar. Vid., empero, NIETO (“Administración”, cit., 2013, pp. 795 y 800) quien parece considerar compatibles ambas soluciones simultáneamente, según explico a continuación en el texto.

137 Esta idea se recogía también en el Informe del CGPJ de 2013 (p. 199), en el que, tras reconocerse que “la idea general de la reforma, en cuanto a la extensión de la administración desleal a supuestos ajenos al ámbito societario, merece una valoración positiva”, se matizaba, empero, a renglón seguido que la creación de este tipo genérico “no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico. Podrían coexistir perfectamente un tipo genérico de infidelidad con otro agravado para al ámbito societario (ambos, con menos pena que la apropiación indebida), al estilo de lo que pretendió en su día el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, en el que cohabitaban un tipo genérico de *Untreue* —§ 263 AE—, con el tipo societario agravado de *Mißbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse* —§ 183 AE—. Las referencias a estos tipos del Proyecto alemán es procedente, por cuanto los tipos de abuso de poderes y de deslealtad que el Anteproyecto propone incorporar a nuestro Código Penal siguen el modelo del vigente Código penal alemán”.

Recoge esta idea también GILLI, “Administración”, cit., 2015, p. 770.

político-criminal cuanto dogmática, como así sucede, singularmente, en los delitos de malversación de caudales públicos, que contienen genuinos supuestos de administración desleal de patrimonio público realizada por determinadas personas que tienen a su cargo caudales públicos, y en cuya tipificación confluyen razones político-criminales y valorativas, así como la necesidad de acudir a una técnica de tipificación adaptada a las peculiaridades que presentan las características propias de esta modalidad de administración desleal<sup>138</sup>.

Por tanto, si de lo que se trata, simplemente, es de tener en cuenta el elemento que aporta lo societario como factor de agravación (algo que político-criminalmente parece justificado)<sup>139</sup>, bastaría ya con añadir al tipo genérico de la administración desleal una agravación en la que se especificase semejante circunstancia, según puse de relieve en el epígrafe anterior<sup>140</sup>.

De ahí que, si lo que se pretende es introducir *además* determinados tipos societarios específicos, habrá que acreditar cuáles son las razones que conducen a entender que no basta con la previsión de un tipo cualificado en el marco de un genérico delito de administración desleal, unas razones que, por cierto, no

---

138 Según indiqué, los delitos de malversación se mantienen en la reforma de 2015. Vid. por todos CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, pp. 778 ss., MANZANARES, “La malversación”, cit., 2013, en referencia al Anteproyecto de 2012.

139 Vid. la referida alusión que se contiene en el Informe del CGPJ de 2013 (p. 199) a “la importancia de las sociedades en el tráfico económico” como factor de agravación.

Por lo demás, conviene aclarar que entre las razones que avalan dicha agravación no tiene por qué incluirse necesariamente la idea de que en el delito societario existiría un ulterior bien jurídico (colectivo) afectado, idea que —según indiqué— han mantenido algunos penalistas como LUZÓN/ROSO (“Administración”, cit., 2008, p. 30 y 33 s.), quienes atribuían al derogado art. 295 una configuración pluriofensiva, o como MAYO (*La tutela*, cit., 2005, pp. 125 ss.), que entendía que en dicho delito se tutelaba exclusivamente un bien jurídico colectivo.

140 Esta es la solución por la que optan claramente CASTRO/GUTIÉRREZ, “Apropiación indebida”, cit., 2013, p. 766.

se explicitan en la propuesta (eso sí, ejemplificativa y de pasada) que efectúa NIETO a lo largo de la justificación de su texto alternativo de delito genérico de administración desleal<sup>141</sup>.

En este sentido, y por citar solo uno de los modelos más conspicuos, cabe recordar, ante todo, que un delito societario como el que se proponía en el art. 183 del Proyecto alternativo alemán únicamente se justificaría en realidad por la caracterización del delito como un tipo de simple peligro (y no de lesión como es el delito del art. 266 StGB). Ahora bien, si se concibe el perjuicio patrimonial de la administración desleal genérica en el sentido amplio que aquí hemos propugnado (y que se recogía en la EdM del Proyecto de 2013), desaparece una buena parte de las razones que avalarían la necesidad de tipificar, a mayores, un delito societario para abarcar supuestos de peligro para el patrimonio<sup>142</sup>, salvo casos muy específicos, que, en realidad, no

---

141 En efecto, recuérdese que, pese a que este autor incluye el factor societario como elemento que integra una cualificación del genérico delito de administración desleal, posteriormente, a lo largo de la justificación que ofrece, afirma, empero, que el hecho de que “contemos con un delito genérico no implica que debemos renunciar de antemano a establecer tipos penales específicos”, añadiendo que “la opción que me parece más adecuada es la de establecer un tipo genérico, pero lo más adecuado posible al principio de determinación y, después en su caso, crear tipos penales de administración desleal en ámbitos específicos, cuando se descubran supuestos merecedores de pena que no puedan ser abarcados por el delito genérico” (NIETO, “Administración”, cit., 2013, p. 795). Ahora bien, la cuestión que hay que plantear es si precisamente los supuestos que ejemplifica NIETO quedan ya abarcados por el delito genérico.

Por lo demás, es preciso matizar la afirmación que efectúa este autor en p. 794: “como es conocido, en muchos países de la UE se opta por crear delitos de administración desleal específicos, sobre todo en el ámbito societario, y se renuncia a un delito genérico”. En efecto, frente a esta opinión cabe recordar que, como ya puso de relieve FOFFANI (1997, 235 ss.) en su exhaustiva panorámica del Derecho comparado, los únicos países de la Europa continental occidental que, a la sazón, carecían de una figura delictiva genérica de administración desleal eran Italia, Bélgica, Holanda y España.

142 Recuérdese además que el delito español del art. 252 admite el castigo de la tentativa, a diferencia de lo que sucede en el delito alemán. Y no se olvide al respecto tampoco que la otra peculiaridad dogmática (la delimitación

serían ya, en rigor, genuinos casos de administración desleal<sup>143</sup>. Y es que, en efecto, piénsese que precisamente una de las razones fundamentales esgrimidas por los redactores del art. 183 del Proyecto alternativo alemán era la idea de orientar el precepto a la tutela de los intereses del público que desea invertir su capital mediante la adquisición de participaciones en sociedades<sup>144</sup>; sin embargo, parece obvio que para cumplir con esta finalidad, lo idóneo es crear un genuino delito de estafa de inversión de capital, en la línea del delito del art. 264-a del StGB, que además utiliza la técnica adecuada de tipificación en estos casos, al permitir anticipar la línea de punibilidad sin merma de la necesaria taxatividad<sup>145</sup>.

### 3.11. Propuestas de tipificación de los delitos de apropiación indebida y administración desleal

A la vista de las consideraciones efectuadas en las páginas anteriores, los textos de estos delitos deberían haberse redactado del modo siguiente.

#### **Delito de apropiación indebida**

1. Serán castigados con las penas de (...) los que, **con** perjuicio de otro, se apropiaren, para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o **activo patrimonial** que hubieran recibido en depósito, comisión, **administración** o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos, devolverlos **o de darles un destino determinado**, o negaren haberlos recibido.

---

de un círculo más restringido de sujetos activos) puede incorporarse sin problemas en un tipo cualificado de la administración desleal genérica.

143 Me refiero, ante todo, a aquellos supuestos apuntados más arriba en las propuestas de NIETO, CASTRO/GUTIÉRREZ y MAYO.

144 Cfr. *Alternativ-Entwurf, Vorbem. vor 179*, cit., p. 47 y *art. 183*, p. 61. Vid. también WEBER, “Überlegungen”, cit., 1977, p. 569.

145 Sobre esta figura y sobre la idoneidad del delito español del art. 282 bis, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito*, Valencia 2012, pp. 17 ss. y *passim*, con amplias indicaciones.

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

### **Delito (genérico) de administración desleal**

Será castigado con la pena de ... (*inferior a la prevista para la apropiación indebida*) el que, infringiendo el deber de cuidar un patrimonio y abusando de las facultades jurídicas de disposición autónoma que posee, sin realizar una conducta de apropiación indebida, utilice los bienes o los empleados que presten su servicio a dicho patrimonio o contraiga obligaciones a su cargo, y como consecuencia de ello cause un perjuicio a ese patrimonio.

Existe perjuicio no solo cuando se produce una pérdida patrimonial sino también cuando se desaprovecha la posibilidad fundada de obtener un incremento patrimonial esperado, así como cuando se frustra el fin perseguido por el titular del patrimonio.

El delito se comete también si el autor omite realizar las acciones tendentes a conservar o incrementar el patrimonio, cuando le incumbía un deber específico de hacerlo.

Podrá imponerse una pena inferior ... si, atendiendo al valor del perjuicio causado o a la situación económica de la víctima, el hecho fuese de escasa gravedad.

Posibles agravaciones, atendiendo a:

- “la entidad del perjuicio causado”
- “la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”
- “la afectación a un elevado número de personas”
- “que la conducta típica sea realizada en el marco de sociedad bancaria o de ahorro o en cualquier sociedad de inversiones abierta a un número indeterminado de inversores, agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones” (sin perjuicio de un delito societario autónomo de esta-  
fa de inversión de capital)

## **Bibliografía**

- ALTERNATIV-ENTWURF eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft, vorgelegt von LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, Tübingen 1977.
- CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Madrid 1998
- CASTRO MORENO, A./GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>, “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, en F.J. Álvarez García (dir.) J. Dopico (coord.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en “Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal”, en *Diario La Ley*, N° 8350, 9 de Julio de 2014.
- CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del código penal*, Madrid, 20 de diciembre de 2012
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal*, Madrid, 16 de enero de 2013.
- DOLZ LAGO, M., “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro”, en *Diario La Ley*, N° 8290, 10 Abr. 2014.
- DOLZ LAGO, M., “Delito societario de administración desleal y delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción: analogías y diferencias”, en *Diario La Ley*, N° 8342, 27 de Junio de 2014.

- FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Valencia 1996.
- FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, 2ª ed., adaptada a la reforma del CP de 2015, Valencia 2015.
- FOFFANI, L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano 1997.
- GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona 1999.
- GILI PASCUAL, A., “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, 2013.
- GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y en otras figuras (arts. 252 y ss.)”, en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles”, en *La Ley*, nº 4237, 1997.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en *La Ley*, nº 4680, 1998.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código penal y en la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 608, 2004.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Crisis financiera y retribución de directivos”, en *InDretPenal* 2/2009.
- HAVA GARCÍA, E., “La apropiación indebida y su relación con la administración fraudulenta”, en F.J. Álvarez García (dir.) *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la UE*, Valencia 2009.

- LABSCH, K.H., *Untreue (§ 266 StGB), Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, 1983.
- LUZÓN CAMPOS, E., “¿Sanciones penales a los altos directivos de banca?”, en *La Ley*, nº7757, 2011.
- LUZÓN PEÑA, D.M., “Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades”, en el libro *Crisis financiera y Derecho penal económico*, E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (coord.), Madrid 2014.
- LUZÓN PEÑA, D.M./ROSO CAÑADILLAS, R., “Administración desleal. Concurso entre apropiación indebida y administración desleal” en *Diccionario de Derecho penal económico*, J. Boix dir., Madrid 2008.
- LUZÓN PEÑA, D.M./ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, en *InDret Penal* 3/2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, nº 8046, 19 de marzo, 2013.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8104, 13 de junio, 2013.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, 1994.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito*, Valencia 2012.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los elementos subjetivos del tipo de acción (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)”, en *teoría & derecho*, 13/2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa (Parte especial)*, 4ª edición, Valencia 2013.

- MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del código penal español y propuestas de lege ferenda*, Granada 2005.
- NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996.
- NIETO MARTÍN, A. “Administración desleal”, en F.J. Álvarez García (dir.) J. Dopico (coord.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013.
- PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”, *Juris*, junio 2013.
- PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013”, *InDret* 1/2015.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M<sup>a</sup> T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delito societarios*, Madrid 1997.
- ROSO CAÑADILLAS, R., “Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de reforma de 2013”, *Cuadernos de Política Criminal*, 114, 2014.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., “Sobre la definición legal del delito de administración desleal”, en C. Romeo/F. Flores (ed.) *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económico y tecnológica*, Granada 2012.
- VIVES ANTÓN, T.S., en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993.
- WEBER, U., “Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts”, en DREHER-FS, 1977.