

Rafael Juan Juan Sanjosé

LA NUEVA CONFIGURACIÓN
DEL DELITO
DE ADMINISTRACIÓN
DESLEAL Y SU CONCURSO
CON FIGURAS AFINES

[BOSCH]

Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

[BOSCH]

Rafael Juan Juan Sanjosé

**LA NUEVA CONFIGURACIÓN
DEL DELITO
DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL
Y SU CONCURSO CON FIGURAS
AFINES**



Wolters Kluwer

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2016, **Rafael Juan Juan Sanjosé**

Para la presente edición:
© 2016, **Wolters Kluwer, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.^a planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: octubre, 2016

ISBN: 978-84-9090-156-4 (papel)
ISBN: 978-84-9090-157-1 (digital)
Depósito legal: M-33576-2016
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

«Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra».

Rafael Juan Juan Sanjosé

igual o incluso más levemente sancionado que el delito imputado por las acusaciones, se exceptúan de esta regla los casos en que entre el delito sostenido por la acusación y el que se proponga apreciar en su sentencia el Tribunal, exista una patente homogeneidad que haga previsible para el acusado el cambio de calificación jurídica, pues en tal caso no puede el mismo alegar ni desconocimiento de la acusación, ni consiguiente indefensión. Si los tipos son homogéneos cabe la acusación por uno de los delitos y la condena por el otro si la pena correspondiente al delito por el que se condena no supera a la del delito por el que se acusa. (SAP de Tarragona de 19/7/04).

Se puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación, siempre que la condena sea por un delito igual o de menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza, o sean homogéneos, aunque constituyan distintas pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal. Si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo del delito señalado en la sentencia, no existe indefensión. (Ver STC 105/1985 de 23 de noviembre).

Los requisitos que deben concurrir son:

Identidad del hecho punible: El mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado, ha de constituir el supuesto fáctico de la nueva calificación.

Que se trate de delitos homogéneos: Es decir que tengan la misma naturaleza, porque el hecho, que configura los tipos correspondientes, sea sustancialmente el mismo.

El delito de apropiación indebida (art. 252), se considera delito homogéneo (de igual naturaleza), respecto al delito de administración desleal del art. 295. Se solicitó condena por un delito de apropiación indebida, pero el tribunal condenó por un delito de administración desleal, explicándose que tratándose de delitos homogéneos no se infringe el principio acusatorio. Sentencia del TS de 29/5/2001. (SAP de Valencia de 12/7/1999).

En conclusión, existiendo identidad plena en los hechos descritos de acusación y aquellos por los que ha recaído condena, y teniendo en cuenta que los delitos del artículo 252 y 295 del Código Penal deben ser considerados delitos homogéneos, no puede hablarse ni de acusaciones distintas, ni sorpresivas, por lo que el principio acusatorio ha sido escrupulosamente respetado, debiendo desestimarse dicho motivo de impugnación.

1.7. Supuestos

A continuación, vamos a analizar algunos supuestos fácticos que nos encontramos en la práctica forense y que con el cambio legislativo, pueden dar algún que otro problema interpretativo.

1.7.1. Apropiación indebida de bienes gananciales

Dicho supuesto ha sido resuelto por diversas resoluciones jurisprudenciales, en el sentido de establecer que el hecho de realizarse las conductas en el ámbito de una sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida,

en su modalidad de distracción, actualmente incardinada, dicha modalidad, en el nuevo art. 252 CP, por uno de los cónyuges.

Así lo estableció el Alto Tribunal en el Pleno Jurisdiccional de 25 de octubre de 2005. «Acuerdo: El régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en caso, de la excusa absolutoria del Art. 268 CP».

Como exponente de dicha interpretación podemos ver el supuesto de hecho resuelto en la SAP de Valencia, sección 2^a, del 13 de septiembre de 2011, rec. 271/2011 (ponente: José Manuel ORTEGA LORENTE), que en su Fundamento de Derecho primero expone:

La primera alegación contenida en el recurso es que la sentencia incurre en una errónea apreciación de la prueba, dado que no declara probados los hechos que la acusación sostuvo en juicio y, en concreto, que la acusada se apropió de ingresos producidos por la explotación del bar en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2007 y el 19 de febrero de 2008, por importe de 31.953,60 euros y en el comprendido entre el 29 de junio de 2009 al 17 de octubre de 2009, por importe de 42.154,96 euros.

La sentencia, a pesar de que el objeto de enjuiciamiento era, precisamente, decidir si había quedado acreditado –o no–, que la acusada se hubiera apropiado de las referidas cantidades y, en caso de ser así, si la apropiación podía considerarse consecuencia de la voluntad de apoderarse de dinero ajeno o, al menos, de una distracción de dinero recibido legítimamente pero al que debía dársele un destino distinto, nada dice al respecto. Se apoya en el argumento de que aun cuando la acusada se apropiara de dicho dinero, la conducta de la misma no sería constitutiva de delito por ser los ingresos procedentes de un negocio explotado en régimen de comunidad que, según la sentencia, se regiría conforme a los principios de la comunidad germánica –en la que los comuneros no son titulares de cuotas–.

La sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2000 señala que «en materia de bienes gananciales, la jurisprudencia ha establecido que, durante el matrimonio, el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano allí recogida, ni es atribuible a la mujer, en vida del marido y sin la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente».

En el presente caso, la acusada y su esposo estuvieron casados y al momento del divorcio –sentencia de 31 de marzo de 2006–, se liquidó la sociedad de gananciales y, respecto del negocio bar, acordaron continuar explotándolo conjuntamente, atribuyéndose unas determinadas rentas salariales mensuales y fijando que, en caso de traspaso, cada uno de los titulares recibiría la mitad del importe. Es más que discutible, dados los términos de lo acordado y judicialmente aprobado respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales, que pueda sostenerse que a partir de la misma cupiera atribuir

al régimen de explotación del bar un régimen distinto del previsto en los arts. 392 y siguientes del Código Civil –la comunidad de bienes o comunidad romana que sigue nuestro Código Civil–. Más aún cuando por el contenido de lo pactado en el convenio y de lo manifestado en juicio por la acusada y por el que fue su esposo, lo que ambos entendían es que, deducidos gastos, el reparto de beneficios se hacía o debía hacer por mitad –lo que revela la existencia de un condominio por cuotas–.

En cualquier caso, más allá de lo que alguna vez se ha calificado como bizantina discusión sobre la naturaleza de la comunidad –v. STS, 1^a, 16-2-1991–, lo relevante para considerar si en seno de una sociedad ganancial o, como en el presente caso, post-ganancial, puede haber apropiaciones delictivas, es analizar cada caso. En este sentido, la STS, 2^a de del 07 de noviembre del 2005 (ROJ: STS 6800/2005), tras analizar las discrepancias jurisprudenciales detectadas sobre la tipicidad o atipicidad de apropiaciones de bienes gananciales una vez que se ha producido la separación de hecho, concluye que no puede excluirse la posibilidad de apropiaciones delictivas. Dice dicha sentencia que la disparidad de soluciones antecedentes dio lugar a que la Sala encargada del conocimiento del recurso acordara la elevación de la cuestión al Pleno no jurisdiccional de la Sala II para unificar los criterios dispares, reunión que tuvo lugar el pasado día 25 de octubre de 2005, en la que se acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del Código penal».

Sigue diciendo dicha sentencia que «(...) en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron». STS 31.1.2005. Así, en la Sentencia de 12 de mayo de 2000, se declaraba que el artículo 252 del vigente Código penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajena que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraayendo el dinero cuya disposición actúa. En esta segunda modalidad de apropiación, consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (cfr. STS 16 de septiembre de 2003), sin que sea precisa la incorporación al propio patrimonio de lo distraído, aunque normalmente así ocurra.

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeran, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto

de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Dicha sentencia aplica la doctrina anterior al caso y dice: «(...) el relato fáctico declara que el marido, en plena crisis matrimonial, que determinó la presentación de una demanda de separación, ejercitando las funciones de la administración de bienes de la sociedad de gananciales, los desvía de su destino propio y, además, los incorpora a su patrimonio. Para analizar la subsunción hemos de atender al régimen del sistema de gananciales dispuesto en el Código civil. La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc., de acuerdo al art. 1347 del Código civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344) (STS, Sala I, 12.6.1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los arts. 1362 y ss. del CC las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código civil. (...)»

La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge. En otros términos, los hechos probados, la disposición fraudulenta de bienes gananciales, son típicos del delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, pues las facultades del administrador son empleadas en fraude de la masa ganancial y, a la postre, del otro cónyuge.

Este planteamiento es general para toda administración fraudulenta de bienes gananciales, y afectará tanto a las deslealtades producidas en situaciones de crisis de la convivencia, como a situaciones de normalidad».

Conforme con lo expresado, si la acusada se hubiera apropiado del importe de la recaudación del negocio en las cantidades indicadas por las acusaciones, podría haber incurrido en delito de apropiación indebida. La STS, 2^a de 7 de noviembre de 2005 señala que «no procede la pretensión de liquidación de la sociedad de gananciales, como premisa previa a la existencia del delito de apropiación, pues desde los hechos probados el contenido de la apropiación por administración desleal aparece claro en la desviación de la masa ganancial de los 12 millones de pesetas que a ella pertenecían y de la que el acusado se apropió en los términos establecidos. Tal liquidación pudiera ser necesaria si en la instrucción de la causa se alegara, o resultara, unas actuaciones que indicaran una

actuación dirigida a la compensación patrimonial, pero nada de esto se ha alegado ni resulta de la causa».

Si la prueba practicada acreditara que la acusada se apropió del dinero indicado por la acusación pero con la finalidad de compensar deudas o de equilibrar reparto de beneficios, en atención a la creencia de que el otro comunero pudiera haber estado repartiendo los beneficios de manera desigual y en perjuicio de la acusada, cabría descartar la tipicidad de la conducta por ausencia de un elemento subjetivo del tipo, por no tratarse de una distracción de dinero destinada a perjudicar a la comunidad y, con ello, al otro comunero –en este caso, el ex-esposo–, sino a equilibrar el reparto de beneficios que venía efectuando aquél, a expensas de lo que la de la liquidación o la auditoría pendiente pudiera resultar.

La revisión de la grabación del juicio revela, por un lado, que la acusada admite haber ingresado en su cuenta, procedente de la caja del bar, cuanto menos la cantidad de 31.953,60 euros. De lo alegado en juicio por la acusada y por el propio señor Alfonso, resulta que éste admitió, siquiera tácitamente, que ella efectuara los ingresos de la recaudación del bar en los períodos comprendidos entre el 2 de julio de 2007 y el 19 de febrero y el 29 de junio de 2009 al 17 de octubre de 2009. Que los ingresos de dichos rendimientos no iban destinados a la cuenta de explotación del bar, sino a otro destino, es algo que el señor Alfonso no podía ignorar. De hecho, en juicio manifestó que si no la denunció por ello es porque es la madre de sus hijos y estaban pendientes de llegar a un acuerdo. Admitió el señor Alfonso en juicio que ella comenzó a ingresar los rendimientos de la cafetería y a no destinarlos a la cuenta de explotación del negocio porque no se fiaba de él. Dijo el señor Alfonso que su ex-esposa quería que se hiciera una auditoría porque creía que él se había llevado dinero. También dijo que creía que ella comenzó a ingresar la recaudación y a quedársela para forzarle a alcanzar un acuerdo en la liquidación del negocio y el reparto de beneficios. Añadió que decidió denunciarla cuando vio que no se alcanzaba ningún acuerdo relativo al traspaso del bar y ella seguía llevándose dinero.

En el presente caso, por tanto, existen razones, a la vista del contenido de la prueba practicada para considerar no descartable que la acusada actuara no con la finalidad de perjudicar a su ex-esposo distractando de la cuenta del negocio dinero que sólo podría ser repartido entre ellos –él y su ex-esposo– una vez efectuados pagos y por mitad, sino en la creencia fundada de que las cantidades que había venido recibiendo por parte del señor Alfonso en concepto de reparto de beneficios eran inferiores a las que realmente le correspondían como cotitular del mismo y que con la retención o el ingreso a su favor de parte de la recaudación obtenida en los años 2007 y 2009 compensaría lo que aquél no le estaba abonando. Los propios términos de los procedimientos civiles que se han entablado por el señor Alfonso para reclamar en vía civil la devolución del dinero que considera indebidamente apropiado y la contestación ofrecida por la representación procesal de la acusada en uno de ellos –el procedimiento 95/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Paterna–, permiten comprobar que lo discutido es si el dinero que la acusada tomó o del que se apropió tenía título legítimo o no. El juicio penal no ha permitido descartar completamente que la acusada actuara en la creencia de actuar

legítimamente, ni a expensas —en su conducta apropiadora— del resultado de una auditoría o liquidación de cuentas. La misma conducta del señor Alfonso —admitiendo que la señora Marí Juana, durante dos periodos, se hiciera cargo de los ingresos generador por el bar y les diera el destino que entendiera procedente— avala la sostenibilidad de dicha explicación de los hechos. Por ello, no ha quedado acreditado que distrajera dinero del negocio en beneficio propio y para perjudicar al señor Alfonso, puesto que la distracción pudo hacerse en la creencia de que compensaba lo debido y no pagado y con autorización o, al menos, conocimiento, por parte de aquél. Es así que no ha quedado acreditado que concurriera el elemento subjetivo exigido para dotar a la conducta apropiadora de relevancia delictiva y por lo que, en definitiva, aunque por razonamientos distintos a los utilizados en la sentencia recurrida, procede confirmar su fallo.

1.7.2. Administrador que hace uso de un préstamo de una sociedad para sus propios intereses

En este supuesto estaríamos ante aquel administrador societario que, aprovechando la concesión de un préstamo a la sociedad administrada, utiliza lo recibido para satisfacer sus propios gastos y con ello perjudicar el patrimonio administrado.

El Alto Tribunal ha resultado recientemente un supuesto de hecho como el propuesto y así en el Fundamento de Derecho primero de la STS del 12 de julio de 2016, rec. 148/2016 (ponente: Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), enjuicia unos hechos en que el sujeto activo, aprovechando su calidad de administrador de una sociedad mercantil, utiliza el dinero obtenido por ésta mediante unos préstamos bancarios, para en perjuicio de ésta, financiar otras sociedades.

Así la resolución del Tribunal Supremo expone que «el artículo 295 del C. Penal describía una conducta que, en la actualidad, tras la reforma operada por la LO 1/2015, encuentra cobijo en el artículo 252. Se castigaba en aquel artículo, dentro del Capítulo dedicado a los delitos societarios, a los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren».

Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se han defendido posiciones diversas en la interpretación de este artículo especialmente en cuanto a su diferenciación con el artículo 252 antes vigente, siendo varios los criterios a los que se ha acudido. No es necesario ahora referirse a esos aspectos, pues el recurrente solamente cuestiona la concurrencia de dos elementos del tipo. La existencia de un abuso de las funciones del administrador, de un lado, y la identificación de los perjudicados como alguno de los previstos en el tipo.

En cuanto al primer aspecto, alguno de los criterios a los que antes se ha aludido se basaban en que, en el ámbito de este delito, el administrador actúa dentro del marco de funciones que tiene asignadas como tal administrador, pero en lugar de orientarlas hacia

Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

• Wolters Kluwer • Wolters Klu

Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal, el delito de administración desleal ha experimentado un giro radical respecto de su configuración anterior. El propósito de la presente monografía es precisamente el examen en profundidad del nuevo delito genérico de administración desleal, incidiendo en la cuestión más problemática y que más discusiones doctrinales y jurisprudenciales suscita: su delimitación frente a las antiguas figuras de la apropiación indebida y la administración desleal societaria.

Del mismo modo, se dedica gran parte de la obra al estudio de los posibles concursos con otras figuras afines, destacando especialmente las relaciones con el nuevo art. 253 CP que regula la apropiación indebida aunque sin olvidar, por supuesto, otros tipos no menos frecuentes en la práctica forense.

A lo largo de la obra se da respuesta a otras cuestiones especialmente relevantes como la punición a los administradores que lo son colegiadamente e incluso al administrador persona jurídica. El bien jurídico protegido se presenta también como una cuestión central en el análisis de la figura, lo que obliga a desgranar qué se debe de entender por patrimonio y determinar qué bienes no integrarán el ámbito de protección del art. 252 CP.

