

## EL DERECHO

[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/penal-responsabilidad-persona-juridica-apropiacion-indebida-administracion-desleal-delitos\\_11\\_1211305004.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/penal-responsabilidad-persona-juridica-apropiacion-indebida-administracion-desleal-delitos_11_1211305004.html)

### **Responsabilidad penal de la persona jurídica y la necesaria inclusión de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida**

Por Fernando Osuna Martínez-Boné

Madrid | 05.04.2018

#### **I.- Desarrollo de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida en nuestro Código Penal y derogación del aforismo *societas delinquere non potest***

El delito de administración desleal se reguló por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico en 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), ubicándose en el art. 295 CP. No obstante, la compleja e intrínseca redacción del ya obsoleto delito societario de administración desleal, así como su carácter exclusivamente societario y no patrimonial, provocó que este precepto tuviera una aplicación práctica menos frecuente de la que en un principio se esperaba.

Por su parte, el delito de apropiación indebida históricamente se dividió en dos conceptos diferentes[1]. De un lado, el término “apropiación”, que consiste en recibir, con obligación de entregar o devolver, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no ha sido transmitido, o negar haberla recibido. De otro lado, la denominada “apropiación por distracción”, que colisionaba en innumerables ocasiones con el antiguo delito de administración desleal[2] y ocurría cuando el sujeto recibía la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible con la obligación de darle un determinado destino que no se cumplía, ya que el infractor tenía la intención de incorporarlo a su propio patrimonio o al de un tercero.

Así las cosas, en aras de deslindar ambas figuras y de este modo evitar confusiones interpretativas innecesarias entre ellas, el Legislador derogó en 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en adelante, CP 2015) el artículo 295 CP relativo a la administración fraudulenta societaria, otorgándole una nueva ubicación en el artículo 252 CP, y desplazó el delito de apropiación indebida (anteriormente en el 252 CP) al 253 de la Ley penal sustantiva, pasando a tener desde ese instante el delito de administración desleal condición de delito patrimonial y no exclusivamente societario, como ocurría hasta entonces.

Por tanto, desde ese año la actual conducta típica en el delito de administración desleal se amplía a toda situación que tenga por objeto la gestión de patrimonios ajenos (dinero, efectos, valores, bienes), en la que el sujeto activo del delito -que ahora podrá ser cualquier persona dotada, en virtud de ley, contrato o autoridad, de determinadas competencias para gestionar un patrimonio ajeno- se extralimite en el ejercicio de la misma y, además, ocasione un grave perjuicio a ese patrimonio.

Y, adicionalmente, la reforma de 2015 (i) excluye del ámbito de la apropiación indebida su modalidad de apropiación por distracción de dinero; (ii) imposibilita que la apropiación indebida pueda ser de un bien inmueble (activo patrimonial) y (iii) trata de erradicar cualquier colisión con la administración desleal.

## II.- Situación actual de ambos delitos: hacia la próxima reforma del Código Penal

Paralelamente a lo anterior, la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP 2010), supuso la introducción de los entes colectivos en nuestro ordenamiento jurídico penal y, consecuentemente, la extinción del tradicional *societas delinquere non potest*.

En la referida modificación del CP 2010 el Legislador creó un sistema de *numerus clausus* que contenía una lista de ilícitos penales imputables a las personas jurídicas, de la que precisamente se excluyeron los delitos de administración desleal y apropiación indebida (entre otros), tendencia que se mantuvo con la reforma del CP 2015 y que ha suscitado infinidad de críticas.

Una vez dicho lo anterior, parece un error que el Legislador obviara nuevamente de la citada lista los artículos 252 y 253 CP e incluyera otros de aplicación residual (como pueden ser los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, ex art. 341 y ss CP), ya que el primero de ellos puede ser cometido por cualquier persona que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno y, por ende, perfectamente comisible en el seno de estructuras empresariales (252 CP), y el segundo –figura elemental en los delitos contra el orden socio-económico– se ejecuta con bastante asiduidad dentro del sector empresarial, donde el desplazamiento patrimonial entre compañías, clientes, proveedores, etc, se halla en continuo flujo (253 CP).

(i) Sirva de ejemplo en relación al delito de administración desleal el caso de una empresa (X) cuyo administrador es otra persona jurídica (Y), lo cual sucede en un gran número de situaciones. Este administrador, extralimitándose e infringiendo las funciones otorgadas en los estatutos de la sociedad que gestiona, causa un perjuicio al patrimonio de la empresa X, obteniendo a su vez para Y un beneficio<sup>[3]</sup> procedente de tal actuación fraudulenta.

En principio, esta actuación delictiva perpetrada por la persona jurídica administradora (Y) debería ser subsumible en un delito de administración desleal: no obstante, al haberse excluido el artículo 252 CP del listado de *numerus clausus*, la persona jurídica (Y) no podría incurrir en responsabilidad penal (sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente, así como de la penal que se derivare respecto de las personas físicas que efectivamente realizaran tal actividad fraudulenta dentro de la persona jurídica (Y)).

(ii) Igual ocurriría con el delito de apropiación indebida, pilar sobre el que se asientan las relaciones de confianza en un ingente número de actividades, y cuyo concepto, según la Sala Segunda del Tribunal Supremo (sentencia nº 216/2016, de 15 de marzo) consiste en “la acción de incorporar al patrimonio propio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla y devolverla, lo que equivale a hacerla propia, recayendo normalmente la apropiación sobre cosas no fungibles”.

En consonancia con lo anterior, imagínense que una empresa (B) tiene, en virtud de un contrato de arrendamiento, el alquiler de unos automóviles y que, al expirar el plazo de ese contrato, no devuelve a la propietaria (C) los referidos vehículos. Esta situación podría constituir un delito de apropiación indebida, pero al no haber contemplado el Legislador esta figura dentro de los delitos que trasladan responsabilidad penal a la persona jurídica, únicamente podrían ser investigadas las personas físicas responsables (art. 31 bis 1 a y/o 31 bis 1 b)) que conformen la empresa.

En definitiva, entendemos que en la siguiente reforma del CP los delitos de administración desleal y apropiación indebida deben ser incluidos dentro del sistema de *numerus clausus* que sirve para dar cobertura a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, ya que de no ser así, innumerables conductas serían atípicas desde el prisma jurídico-penal para las empresas que participen de manera ilícita en el orden socioeconómico, lo cual confrontaría abiertamente con la *ratio decidendi* de la Exposición de Motivos de los CP 2010 y 2015.

[1] Entre otras, vid STS (Sala 2ª), de 9 de mayo (nº 370/2014), la cual analiza los términos de “apropiación” y “apropiación por distracción”.

[2] STS (Sala 2ª) de 26 de febrero (nº 224/1998). Caso *Argentia Trust*. Esta resolución recoge la primera y gran diferenciación entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida en nuestro Ordenamiento Jurídico. Además de la anterior, STS Sala 2ª: (i) de 20 de octubre (nº 1730/2002); (ii) de 6 de junio de 2013 (nº 447/2013).

[3] La Sala 2ª del Alto Tribunal (Sentencia Nº 154/2016, de 29 de febrero) añadió que (...) “el término de provecho (o beneficio) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete”.

Lefebvre - EL Derecho no comparte necesariamente ni se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores o colaboradores de esta publicación