

LA DISOCIACIÓN ENTRE EL DELITO SOCIETARIO DE DISPOSICIÓN FRAUDULENTE DE LOS BIENES SOCIALES Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA: ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA¹

Javier Gómez Lanz

*Profesor Propio Adjunto de Derecho Penal
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 295 del Código Penal de 1995 estaba llamado a convertirse en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal societario. Los artículos 368 del Proyecto de Código Penal de 1980 y 297.1 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 constituyeron manifestaciones tempranas de la voluntad de incriminar específicamente las conductas de administración desleal del patrimonio social realizadas por los gestores de las sociedades. Esta voluntad, expresada también en los artículos 302 del Proyecto de Código Penal de 1992 y 296 del Proyecto de Código Penal de 1994, cristalizó finalmente en el vigente artículo 295 y en la consiguiente tipificación de dos modalidades distintas de comportamiento: (i) la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y (ii) la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad causando directamente un perjuicio económicamente evaluable

¹ Tengo la satisfacción de dejar constancia de que en la elaboración de este trabajo he contado con la cooperación de Tomás Acosta Álvarez, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, quien, con esta colaboración, ha verificado la tarea asociada a la ayuda al estudio que, como “alumno con aprovechamiento académico excelente”, le otorgó la Comunidad Autónoma de Madrid para este curso académico 2006-2007.

a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados².

Sin embargo, la predecible relevancia del artículo 295 ha resultado mediatizada por la incertidumbre que, desde el primer momento, ha estado presente en su aplicación. Al margen de algunos desaciertos en la redacción de la conducta típica³, la principal causa de esta inseguridad se halla en las dificultades para resolver los problemas que genera la presencia simultánea en el Código Penal de los artículos 295 y 252, descriptivo este último del tipo de apropiación indebida. Estos problemas resultan fundamentalmente del crédito adquirido en las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo por la doctrina que distinguía en el artículo 535 del Código de 1944-1973 (antecedente del vigente 252 del Código de 1995) dos conductas típicas diferentes: la de apropiación y la de gestión desleal.

Aun cuando la posibilidad de estos conflictos fue prevista -y afrontada- con prontitud por los dogmáticos⁴, la controversia se hizo pública cuando emergió en dos sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que, pese a contemplar hechos con un alto grado de semejanza y ser fruto -por otra parte- de recursos de casación presentados por el mismo sujeto, adoptaron soluciones diversas para la resolución del conflicto. Se trata de las ya clásicas sentencias de 26 de

² Alternativas que han pasado a ser conocidas, respectivamente, como “tipo de infidelidad” y “tipo de abuso” (*vid.* E. BACIGALUPO ZAPATER, “Los delitos societarios en el Código Penal”, en *Anales de la Academia matritense del notariado*, Tomo XXXVII, 1998, págs. 23 y sigs.). La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha empleado en ocasiones estas mismas expresiones para designar las dos modalidades de comportamiento del artículo 295 (sentencia de 26 de julio de 2004 -RJ 2004/4212- y auto de 21 de diciembre de 2005 -JUR 2006/53676-) e incluso ha extendido el uso de la primera de ellas al delito de apropiación indebida, para aludir a la conducta de distracción (entre otras, sentencias de 26 de febrero de 1998 -RJ 1998/1196-, 12 de mayo de 2000 -RJ 2000/3462-, 21 de noviembre de 2000 -RJ 2000/10642-, 2 de noviembre de 2001 -RJ 2002/940-, 1 de febrero de 2002 -RJ 2002/2228-, 24 de mayo de 2002 -RJ 2002/6716-, 15 de julio de 2002 -RJ 2002/8427-, 30 de septiembre de 2002 -RJ 2002/8851-, 18 de octubre de 2002 -RJ 2002/9584-, 4 de febrero de 2003 -RJ 2003/2431-, 11 de febrero de 2003 -RJ 2003/2082- y 15 de marzo de 2004 -RJ 2004/2935-).

³ Como son, por señalar algunos evidentes, la sintaxis ambigua que impide determinar con certeza si la producción de perjuicio directo es una exigencia que afecta también a la modalidad de disposición fraudulenta o sólo al “tipo de abuso”, y el uso de “depositarios” en lugar de “depositantes” en la enumeración de posibles sujetos pasivos.

⁴ *Vid.*, por todos, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, “El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles”, en *La Ley*, 1997, Tomo I, págs. 2053 y sigs.

febrero de 1998 (RJ 1998/1196, caso *Argentia Trust*) y de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/6357, caso *Banesto*).

En la situación descrita, este trabajo se propone determinar qué trayecto ha seguido en este asunto la doctrina de la Sala 2ª desde la publicación de la segunda de las resoluciones citadas, al objeto de identificar si cabe hablar hoy propiamente de una doctrina jurisprudencial o, en su defecto, si existe alguna opinión prevalente.

A fin de formular correctamente los términos del debate, previamente se presentan de forma sucinta los elementos que configuran el escenario en el que aquél se plantea.

2. PRESUPUESTOS DEL DEBATE: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TIPO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, CONFLICTO CON EL TIPO RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 295 Y SOLUCIONES ADOPTADAS POR LAS SENTENCIAS DE 26 DE FEBRERO DE 1998 Y 29 DE JULIO DE 2002.

El artículo 535 del Código Penal de 1944-1973 castigaba con las penas previstas para la estafa a “los que, en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”. Con algunas diferencias (como la fijación de un límite típico atinente a la cuantía de lo apropiado o la ampliación del elenco de posibles objetos materiales de la conducta), la similitud con el vigente artículo 252 del Código de 1995 es notable.

Pese a que los Tribunales y los autores siempre se han referido a este tipo con la denominación ‘apropiación indebida’ (rúbrica de la Sección en la que actualmente se inscribe), es evidente que ‘apropiar’ no era en el 535 (ni es en el 252) el único verbo descriptivo de la acción: variedades de acción típica eran (y son) también ‘distraer’ y ‘negar haber recibido’. Esta acumulación de modalidades de comportamiento introdujo un notable grado de complejidad en el tipo y, en particular, propició que se convirtiera en objeto tradicional de

debate la relación existente entre las acciones típicas de apropiación y distracción.

Entre los dogmáticos que se ocuparon de la cuestión bajo el texto punitivo anterior y en los primeros momentos de vigencia del Código de 1995 imperaba la tesis de que la distracción es una forma de apropiación⁵; esto es, defendían que tanto la modalidad de “apropiación” como la de “distracción” entrañan (i) la realización de un acto dominical ilícito y (ii) la existencia de un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. La única diferencia radicaba, según la versión más extendida de esta opinión, en la identidad del beneficiario de la conducta: el propio sujeto activo (en el caso de la “apropiación”) o un tercero (en el caso de la “distracción”). Asimismo, era también preponderante la opinión jurisprudencial partidaria de atribuir naturaleza apropiatoria a la distracción, aunque existían divergencias acerca del criterio distintivo entre las conductas de “apropiación” y “distracción”⁶.

Sin embargo, ya antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 aparecieron resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que afirmaban que en el artículo 535 del Código de 1944-1973 no se describía sólo un tipo delictivo, sino dos comportamientos típicos sustancialmente diversos: el de apropiación (que exige la incorporación al propio patrimonio -a veces se alude meramente al “ánimo” de incorporación- de cosas muebles ajenas) y el de distracción (que sólo implica la gestión desleal del patrimonio que se

⁵ Así, entre otros, A. CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pags. 292 y sigs.; N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, PPU, Barcelona, 1994, pág. 186; P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 531 y sigs.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 2054; J. J. GONZÁLEZ RUS, en AA. VV., *Curso de Derecho Penal español. Parte especial. Tomo 1*, Marcial Pons, Dir. M. Cobo del Rosal, Madrid, 1996, pág. 707; A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Civitas, Madrid, 1988, págs.174 y sigs.; J. M. PAREDES CASTAÑÓN, “Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida”, en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997, pág. 246, y J. A. SÁINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 80 y sigs. Es innegable, en este sentido, que la rúbrica de la Sección en la que se halla ubicado actualmente el artículo 252 constituye un argumento contextual de indudable solidez para defender esta tesis.

⁶ Así, mientras que sentencias como las de 9 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9111), 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10549) y 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8267) vinculaban la distracción con la disposición del bien al margen de lo pactado, pero sin incorporación al propio patrimonio, otras sentencias, como las de 25 de febrero de 1991 (RJ 1991/1424), 31 de mayo de 1993 (RJ 1993/4298) y 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9012), reservaban la conducta de “distracción” para los objetos materiales de carácter fungible.

administra, causando un perjuicio al titular de este último)⁷. Esta opinión, que involucraba la afirmación de que una de las modalidades típicas del delito de apropiación indebida carecía de naturaleza apropiatoria, halló también acogida entre los dogmáticos, aunque en menor medida que la primeramente expuesta⁸.

La presencia de esta última doctrina en sentencias de la Sala 2ª posteriores ya a la entrada en vigor del Código de 1995⁹ apuntaba la posibilidad de un conflicto entre la conducta típica de distracción (recogida en el nuevo artículo 252 en los mismos términos que en el 535 antecedente) y la de disposición fraudulenta de bienes de la sociedad por los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, incriminada en el nuevo artículo 295. Este conflicto es precisamente el que se planteó en la sentencia de 26 de febrero de 1998.

En ella, ante hechos que no permitían afirmar el efectivo apoderamiento de fondos por parte del recurrente en casación, sino un mero acto de disposición perjudicial para el titular del patrimonio administrado por aquél, la Sala 2ª del Tribunal Supremo insiste punto por punto en la yuxtaposición -en el derogado 535 y en el vigente 252- de “dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. (...) De acuerdo con esta interpretación de la norma (...), el uso de los verbos apropiarse y distraer en el art. 535 del CP de 1973, no sugiere, como ha dicho

⁷ Se trata de las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 7 y 14 de marzo de 1994 (RJ 1994/1858 y 1994/2150).

⁸ Ésta es la opinión, por ejemplo, de J. A. CHOCLÁN MONTALVO, “Acerca de la mal llamada «apropiación indebida» de dinero”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 335, 1998, págs. 1 y sigs.; M. L. SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 118 y sig., y “El delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: estudio de los arts. 252 a 254 del Código Penal”, en E. BACIGALUPO ZAPATER ET AL., *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 108 y sig., y T. S. VIVES ANTÓN y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en T. S. VIVES ANTÓN ET AL., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 472.

⁹ Como la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8741).

algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado (...)."

Así las cosas, el Tribunal, en la tesitura de definir la relación que media entre esta "gestión fraudulenta" del artículo 252 y la "disposición fraudulenta" del 295, defiende que la amplitud típica del 535 del texto de 1944-1973 se mantiene en el vigente 252, de forma que la tipificación del 295 ha de entenderse como un complemento de la incriminación establecida en el 252 y no como una nueva regulación (sustitutiva) de la gestión fraudulenta tipificada en este último enunciado legal. Ello comporta la existencia de un concurso de leyes entre ambas normas en relación con los hechos que ocupan, según esta tesis, el espacio de intersección entre los círculos típicos definidos por los artículos 252 y 295 (doctrina de los "círculos secantes").

Para el Tribunal, este concurso de leyes ha de resolverse según lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal vigente (la conocida como "regla de alternatividad"), que determina la aplicación del precepto que prevé la pena más grave. En el momento en el que se dictó esta sentencia, el artículo 252 establecía -por remisión al artículo 249- una pena de prisión de seis meses a cuatro años (con la posibilidad de aplicación de las cualificaciones del artículo 250 -en concreto, la del 250.1.6ª, efectivamente aplicada en el caso-, lo que suponía un marco penal abstracto más grave -prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses-), mientras que el 295 señalaba una pena de prisión de seis meses a cuatro años, alternativa a una pena de multa del tanto al triple del beneficio obtenido¹⁰.

¹⁰ En rigor, la afirmación de la existencia del concurso de normas, propia de la doctrina de los "círculos secantes", es independiente de la identificación de la regla de alternatividad como criterio para la resolución del concurso. En particular, si se asume esta doctrina parece más sólido desde el punto de vista técnico propugnar la aplicación de la regla de especialidad (1ª del artículo 8), toda vez que el 295 precisa el contexto -societario- en el que se produce la acción típica, restringe la condición de sujeto activo a los "administradores de hecho o derecho" y a "los socios", y exige, a diferencia del 252, que la conducta se realice "en beneficio propio o de un tercero". No cabe duda de que la aplicación de esta regla conduce a una "paradoja

Tanto la doctrina de los “círculos secantes” como el recurso a la regla 4ª del artículo 8 para la resolución del consiguiente concurso de leyes fueron, por lo general, criticadas por la doctrina (en su mayor parte defensora, como se ha indicado, de la naturaleza apropiatoria de la “distracción”)¹¹, pero, no obstante, hallaron eco en las resoluciones de la Sala 2ª inmediatamente posteriores a la del caso *Argentia Trust*, llegando a imponerse a la anterior tesis mayoritaria que declaraba el carácter apropiatorio de todas las modalidades típicas recogidas en el artículo 535 del Código de 1944-1973. Entre ellas, pueden destacarse las de 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9763), 16 de febrero de 2001 (RJ 2001/472), 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/4577) y 31 de enero de 2002 (RJ 2002/1584), a las que cabe añadir las resoluciones en las que la Sala 2ª asume sin ambages la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252

penológica”, en tanto que no se advierten razones que justifiquen el trato privilegiado de la conducta incriminada en el artículo 295 respecto de la tipificada en el 252, pero el desacuerdo con la solución político-criminal adoptada por el legislador no debe perturbar la identificación de la regla que procede legalmente aplicar. Esta paradoja, no obstante, desaparece en buena medida, como más adelante se indicará, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003.

¹¹ *Vid.*, en particular, M. BAJO FERNÁNDEZ, “Administración desleal y apropiación indebida”, en *La Ley*, 2001, Tomo I, págs. 1718 y sigs.; M. BAJO FERNÁNDEZ, y S. BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 602 y sigs.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en *La Ley*, nº 4680, 26 de noviembre de 1998, págs. 1 y sigs.; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 96 y sigs., y T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del «caso Argentia Trust»”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, Vol. V, Aranzadi, 1998, págs. 133 y sigs.

Por el contrario, la solución fue bien recibida por los autores que habían defendido la dualidad de conductas típicas en los artículos 535 del Código de 1944-1973 y 252 del Código de 1995, como E. BACIGALUPO ZAPATER, “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 203 y sigs., y M. L. SILVA CASTAÑO, “De nuevo sobre el delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: resolución del concurso de los artículos 252 y 295 del Código Penal”, en *Revista canaria de ciencias penales*, núm. 6, 2000, págs. 97 y sigs., así como, posteriormente, por otros como B. MAYO CALDERÓN, “La interpretación del delito de apropiación indebida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (TOL 1.025.810), *passim*, y J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1216. BACIGALUPO ZAPATER, que había sido el ponente de las sentencias de 1994 que anticipan la doctrina asumida por la Sala 2ª en el “caso *Argentia Trust*”, modifica en este trabajo su opinión -aunque parcialmente-, al descartar la existencia de un concurso de leyes entre los artículos 252 y 295 cuando el dinero es el objeto material de la distracción, por entender que la referencia de este último artículo a “los bienes de la sociedad” no se extiende al dinero y que, en consecuencia, los actos de disposición de dinero sólo pueden ser típicos del artículo 252.

(por razón del empleo del verbo 'distraer'), pues de este presupuesto se sigue la afirmación de la existencia del concurso de normas entre el 252 y el 295¹².

Un tanto abruptamente, en este escenario de acuerdo jurisprudencial sobre la relación entre las conductas típicas descritas en los artículos 252 y 295, apareció la sentencia de 29 de julio de 2002 (caso *Banesto*) con una doctrina alternativa sobre la cuestión.

Los términos en los que esta sentencia resuelve el conflicto entre ambas normas son claramente dispares de los acogidos por la sentencia de 26 de febrero de 1998. Así, en el F.J. 28º de los relativos al recurso del acusado Mario C. C., pese a afirmar que la Sala está "de acuerdo con la solución dada en aquel caso concreto a la cuestión planteada" (lo que se está convirtiendo en cláusula de estilo cada vez que acontece un giro de timón jurisprudencial), se altera el presupuesto fundamental de la doctrina de los "círculos secantes" en tanto que se afirma que no existe concurso de normas entre el 252 y el 295 en la medida en que no existe, previamente, una zona de intersección entre los círculos de tipificación trazados por ambos enunciados legales. El único punto de contacto entre ambos artículos es el administrador de hecho o de derecho de la sociedad, quien, ubicado en esta posición de confluencia, puede desarrollar conductas (i) atípicas ("cuando se ajusta a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente", o bien "realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil"), (ii) típicas de disposición fraudulenta de bienes sociales del artículo 295 ("cuando el administrador actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero", sin "ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna

¹² *Vid.*, de entre éstas, las Sentencias de 18 de abril de 2002 (RJ 2002/5561), 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/2228), 23 de enero de 2002 (RJ 2002/1436), 7 de diciembre de 2001 (RJ 2003/355), 26 de noviembre de 2001 (RJ 2002/807), 2 de noviembre de 2001 (RJ 2002/940), 29 de octubre de 2001 (RJ 2002/939), 24 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10658), 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10642), 21 de julio de 2000 (RJ 2000/6917), 14 de julio de 2000 (RJ 2000/6583), 12 de julio de 2000 (RJ 2000/6575), 12 de mayo de 2000 (RJ 2000/3462), 17 de marzo de 2000 (RJ 2000/1719), 27 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9204), 17 de octubre de 1998 (RJ 1998/6880), y 3 de abril de 1998 (RJ 1998/2383).

utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal”) y (iii) típicas de apropiación indebida del artículo 252 (“cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad”).

De acuerdo con esta doctrina de los “círculos tangentes”, la apropiación indebida y la disposición fraudulenta de bienes sociales, reúnen como único factor común el hecho de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la disposición fraudulenta, tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación. La sentencia de 29 de julio de 2002 manifiesta, pues, una divergencia con el criterio establecido en la de 26 de febrero de 1998 para la delimitación de los tipos de los artículos 252 y 295, que entraña también una reivindicación de la naturaleza apropiatoria de la modalidad típica de distracción del 252.

Se aparta, sin embargo, esta doctrina de la tesis -previa a la sentencia del caso *Argentina Trust*- que reconocía en la distracción la realización de un acto dominical ilícito resultante en un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver -como en la apropiación-, pero que, a diferencia de ésta, beneficiaba a un tercero y no al propio sujeto activo de la conducta. Así, la sentencia de 29 de julio de 2002 requiere para la aplicación del 252 -tanto en la modalidad de apropiación como en la de distracción- la constancia de la incorporación al patrimonio del sujeto activo de los bienes que constituyen el objeto material de la conducta. Como señala GÓMEZ BENÍTEZ, esta exigencia impide distinguir de forma mínimamente clara las dos formas típicas del delito de apropiación indebida y comporta, adicionalmente, que la distracción definitiva del dinero administrado en beneficio de un tercero -comportamiento incontestablemente constitutivo de una apropiación según la doctrina y la jurisprudencia previas al caso *Argentina Trust*- ha de considerarse siempre una administración desleal (que será típica del artículo 295 si supone una

disposición fraudulenta de bienes sociales realizada por un administrador o un socio, o bien atípica si no se dan estas condiciones)¹³.

En el siguiente apartado de este trabajo se procederá a examinar si cabe considerar esta resolución como una excepción en la línea jurisprudencial instituida por la sentencia de 26 de febrero de 1998, o bien si constituye el inicio de un cambio en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre este asunto.

3. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El análisis de las resoluciones dictadas por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en los momentos próximos a la publicación de la sentencia de 29 de julio de 2002 evidencia una situación de incondicional continuidad con la doctrina de los “círculos secantes” instaurada por la sentencia de 26 de febrero de 1998.

Así, tanto en los meses restantes de 2002 -sentencias de 7 de noviembre (RJ 2002/10072) y 26 de noviembre (RJ 2002/10513)- como a lo largo de 2003 -sentencias de 19 de septiembre (RJ 2003/8869), 9 de octubre (RJ 2003/7233) y 2 de octubre (RJ 2003/7518)- las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que abordan directamente la demarcación entre la apropiación indebida y la administración desleal reproducen la doctrina de los “círculos secantes” sentada en el caso *Argentia Trust*. Adicionalmente, en las sentencias atinentes en exclusiva al tipo de apropiación indebida se reitera de forma invariable durante este período la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252 (por razón del empleo del verbo ‘distraer’)¹⁴. Sólo cabe citar como posible excepción la sentencia de 13 de mayo de 2003 (RJ 2003/3984) aunque

¹³ J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, “Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la Jurisprudencia (Reflexiones con motivo de la Sentencia del T. S. sobre el caso Banesto)”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004, págs. 1 y sigs.

¹⁴ Sentencias de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8851), 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003/308), 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2959), 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/4061), 17 de marzo de 2003 (RJ 2003/2909), 28 de marzo de 2003 (RJ 2003/2690), 30 de abril de 2003 (RJ 2003/4697), 23 de julio de 2003 (RJ 2003/6950), 16 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6074), 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6357), 20 de octubre de 2003 (RJ 2003/7497) y 14 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9388).

ésta, si bien invoca la sentencia de 29 de julio de 2002 y proclama, en relación con el delito tipificado en el artículo 295, que “no se ha conseguido sentar la tesis de la homogeneidad con el delito de apropiación indebida”, condena como apropiación indebida una desviación de fondos que no llegan a integrarse en el patrimonio del administrador (criterio fundamental para la calificación como apropiación indebida según la doctrina de los “círculos tangentes” elaborada en la citada sentencia de 29 de julio de 2002).

La misma situación se advierte con carácter general en el año 2004: siguen a la sentencia de 26 de febrero de 1998 las resoluciones de 2 de febrero (RJ 2004/2112), 27 de febrero (2004/1755), 2 de noviembre (RJ 2004/8091) y 15 de diciembre (2005/43), además de aquéllas en que se proclama sin más la dualidad de conductas típicas (apropiación y gestión desleal) recogidas en el artículo 252¹⁵. La excepción viene dada en este caso por la sentencia de 25 de octubre de 2004 (RJ 2004/6853) que, si bien recurre expresamente a la doctrina de los “círculos secantes”, confirma la condena como delito del artículo 295 de una gestión desleal que no conduce los bienes sociales al patrimonio del administrador.

Tanto en las sentencias del año 2003 como en las del año 2004 la doctrina de los “círculos secantes” había conducido a la aplicación del delito del artículo 252 a los hechos integrados en la zona de intersección de los dos tipos (en virtud de la regla de alternatividad). La entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, propició -cuando menos- un replanteamiento de la cuestión, porque, merced a la reforma del artículo 249 operada por esta Ley, la pena de prisión aparejada a las conductas típicas del artículo 252 dejaba de tener una extensión de 6 meses a 4 años (idéntica a la de la pena de prisión prevista en el artículo 295 como alternativa a la de multa proporcional del tanto al triplo del beneficio obtenido) y pasaba a tener una extensión de 6 meses a 3 años, inferior, por tanto, a la establecida en el 295. La modificación, sin embargo, no tuvo efectos apreciables en el contenido de las sentencias, pues los Tribunales, en aplicación de la regla de alternatividad,

¹⁵ Entre otras, sentencias de 15 de enero (RJ 2004/203), 13 de febrero (RJ 2004/1619), 23 de abril (RJ 2004/3457), 14 de mayo (RJ 2004/5190), 4 de junio (RJ 2004/5045), 22 de junio (RJ 2004/5062), 24 de junio (RJ 2004/5070) y 13 de diciembre (RJ 2004/8206).

siguieron otorgando carácter preferente al artículo 252, bien por la presencia en los hechos de alguna de las cualificaciones del 250, bien por la valoración de la pena alternativa de multa proporcional como un elemento determinante de la menor gravedad del marco penal establecido en el artículo 295¹⁶.

Continuando con el análisis diacrónico, en el año 2005 se siguen hallando tanto sentencias que expresamente enuncian la doctrina de los “círculos secantes” -así, las de 11 de mayo (RJ 2005/6025) y 23 de noviembre (RJ 2006/3329)- como sentencias -éstas, en un número mayor- que, sin hacer explícita referencia a aquélla, recogen la tesis relativa a la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252¹⁷. Entre las primeras puede citarse también la de 28 de junio (RJ 2005/9307) que, si bien acude a la doctrina de los “círculos secantes” en la adopción de la decisión, cita incidentalmente la sentencia de 29 de julio de 2002 en la recopilación de jurisprudencia que incorpora.

Novedosa es, sin embargo, la opinión defendida por la sentencia de 11 de julio de 2005 (RJ 2005/5418), que se aleja por igual de las tesis sentadas por las de 26 de febrero de 1998 y 29 de julio de 2002. En este sentido, coincide con la doctrina y la jurisprudencia tradicional sobre el delito de apropiación indebida en tanto que declara la naturaleza apropiatoria de la distracción, pues vincula ésta con los supuestos en los que “el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”. La insistencia en este último extremo queda patente cuando, más adelante, señala la necesidad de que “con la conducta del autor se extraiga definitivamente la cosa del ámbito de disposición de su propietario o, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega”. Se trata de una doctrina más próxima a la clásica que la tesis de los “círculos tangentes”, ya que asienta en el carácter definitivo de la expropiación

¹⁶ *Vid.* sobre esta cuestión la reciente sentencia de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2007/361).

¹⁷ Entre otras, sentencias de 15 de enero (RJ 2005/895), 31 de enero (RJ 2005/2321), 7 de abril (RJ 2005/4311), 8 de junio (RJ 2005/9668), 30 de junio (RJ 2005/6513), 5 de octubre (RJ 2005/8102), 18 de octubre (RJ 2005/7599), 7 de noviembre (RJ 2005/7528) y 19 de diciembre (RJ 2006/1441).

la calificación como apropiación de la conducta de distracción, en lugar de atender -como defendía la sentencia de 29 de julio de 2002- a la incorporación de los bienes apropiados al patrimonio del sujeto activo.

Sin embargo, la vocación de permanencia de la distracción -factor en el que apuntala esta sentencia de 11 de julio de 2005 la exclusión de la mera gestión desleal como conducta típica del artículo 252- no es clave en la delimitación de las conductas típicas de distracción (252) y disposición fraudulenta de bienes sociales (295). A estos efectos, la sentencia distingue entre los supuestos de “exceso extensivo” y los de “exceso intensivo” en la administración. En los primeros, típicos del artículo 252, se produce “una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. (...) la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite”; en cambio, en los segundos, típicos del artículo 295, “el administrador desleal actúa en todo momento como tal administrador (...) dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. (...) su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas”.

No habría, por tanto, zona de intersección entre las áreas delimitadas por cada uno de estos comportamientos típicos ni, en consecuencia, concurso de normas entre los artículos 252 y 295¹⁸. La diferenciación, sin embargo, no radicaría, como en la doctrina de los “círculos tangentes”, en la existencia de un efectivo ingreso de bienes sociales en el patrimonio del administrador ni tampoco, como parecería atisbarse en la primera parte del razonamiento de la

¹⁸ J. MUÑOZ CUESTA, “Pago de grandes cantidades de dinero a directivos de entidad bancaria: ¿delito societario, apropiación indebida o mero funcionamiento del mundo empresarial?”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 29, 2006, *passim*, recoge esta tesis, pero afirma que determina la existencia de un concurso de normas resoluble mediante la regla de especialidad del artículo 8.1º del Código Penal. Ya se indicó en el texto que esta última opinión puede resultar más sólida técnicamente en el contexto de la doctrina de los “círculos secantes”, mas no parece defendible, en cambio, si se acepta una previa disociación entre ambos tipos delictivos, toda vez que ello determina la inexistencia de conflicto y, por ende, del concurso de normas.

sentencia (y como defendían la doctrina y jurisprudencia anteriores al caso *Argentia Trust*), en el carácter definitivo del incumplimiento de la obligación de devolver o entregar, sino en el carácter intensivo o extensivo del exceso en la administración, esto es, en atención a la esfera (dentro de las funciones o de modo ajeno a éstas) en la que se produce el exceso en la administración¹⁹.

En los años 2006 y 2007, aun cuando persiste la vigencia generalizada de la doctrina establecida por la sentencia de 26 de febrero de 1998 [y en este sentido cabe destacar las sentencias de 25 de enero de 2006 (RJ 2006/3331), 27 de enero de 2006 (RJ 2006/4603), 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/3424) y 7 de junio de 2006 (RJ 2006/4761), así como aquéllas que afirman la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252]²⁰, ha comenzado también a hallar acogida en las resoluciones de la Sala 2ª la corriente doctrinal que hace descansar la delimitación entre el 252 y el 295 en la naturaleza extensiva o intensiva del exceso en la administración. Así lo acreditan las sentencias de 17 de julio de 2006 (RJ 2006/7697), 14 de noviembre de 2006 (RJ 2007/360) y 15 de febrero de 2007 (TOL 1.050.643), aunque en las dos primeras hay una referencia -que no va más allá de la mera mención- al caso *Argentia Trust* y a la doctrina de los “círculos secantes”.

¹⁹ Este criterio había sido ya apuntado por J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 322; A. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 215 y sigs., y T. RODRÍGUEZ MONTANÉS, *Algunas reflexiones...*, *op. cit.*, págs. 133 y sigs. Como señala C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 109, en relación con las opiniones de los autores que se acaban de citar, atender a la esfera de competencias del administrador a fin de determinar si se ha producido una apropiación indebida o una disposición fraudulenta de bienes no entraña un distanciamiento relevante del criterio tradicional de definición de las conductas apropiatorias (a partir de la expropiación definitiva), pues “cuando el administrador se apropia de los bienes de la sociedad que administra ello comporta ineluctablemente obrar totalmente al margen de la esfera de competencias propias de su cargo (...) mientras que en las conductas de usos temporales ilícitos el administrador no actúa así, dado que en principio posee un poder de disposición jurídicamente válido sobre el patrimonio administrado para llevar a cabo dichos usos (...)”.

²⁰ Entre otras, sentencias de 13 de febrero (RJ 2006/4420), 24 de febrero (RJ 2006/5796), 11 de abril (RJ 2006/4798), 5 de julio (RJ 2006/7195), 14 de julio (RJ 2006/6088) y 21 de julio (RJ 2006/8169) -todas ellas de 2006- y la sentencia de 14 de marzo de 2007 (TOL 1.053.731). Cabría mencionar también la sentencia de 7 de junio (RJ 2006/7000), si bien es ésta una resolución oscura que, tras invocar la doctrina de los círculos secantes, cita seguidamente la sentencia del caso *Banesto* para aducir la incriminación de la gestión desleal en el artículo 295

Así las cosas, cabe concluir que en este momento la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se encuentra a este respecto dividida en dos direcciones principales.

La primera de ellas, mayoritaria en los últimos años y cimentada en la sentencia de 26 de febrero de 1998, que defiende (i) la presencia de dos modalidades delictivas en el artículo 252, (ii) la naturaleza no apropiatoria de la distracción y su vínculo con la gestión desleal de patrimonios administrados, (iii) la existencia de una zona de confluencia entre la distracción del 252 y la disposición fraudulenta de bienes sociales del 295, y (iv) la resolución del concurso de normas resultante conforme al criterio de alternatividad previsto en la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal.

La segunda de ellas, minoritaria en estos momentos, pero con fuerte respaldo doctrinal y conexión con la doctrina y jurisprudencia clásicas sobre la apropiación indebida. Se caracteriza por afirmar el carácter apropiatorio de todas las modalidades típicas del 252 y, por consiguiente, la inexistencia de una zona de confluencia entre los artículos 252 y 295. Esta segunda dirección presenta dos alternativas principales: (a) la doctrina de los “círculos tangentes” establecida en la sentencia de 29 de julio de 2002, con muy escasa presencia en resoluciones posteriores -pese a su notoriedad-, y seriamente cuestionada por los autores al ligar necesariamente la tipicidad del 252 con la incorporación al patrimonio del sujeto activo de los bienes que conforman el objeto material del comportamiento, y (b) la doctrina apuntada por las recientes sentencias de 11 de julio de 2005, 17 de julio y 14 de noviembre de 2006, y 15 de febrero de 2007, que engarza nítidamente con la doctrina y la jurisprudencia sobre la apropiación indebida previas al caso *Argentia Trust* (en tanto que conecta la apropiación con la realización de actos dominicales ilícitos que determinan el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver), y que atiende al carácter extensivo o intensivo del exceso en la administración para delimitar las esferas típicas de la apropiación indebida del 252 (en cualquiera de sus modalidades) y de la disposición fraudulenta de bienes del 295 (que, de este modo, ofrecería cobertura fundamentalmente a los actos dominicales ilícitos que no determinan la definitiva expropiación del bien).