

Administración desleal y Apropiaciones indebidas

Cuadernos de defensa penal corporativa



Miguel Ángel Montoya
Abogado Penalista

Socio de Attrio Abogados

Especialista en derecho penal
corporativo y asesor en compliance

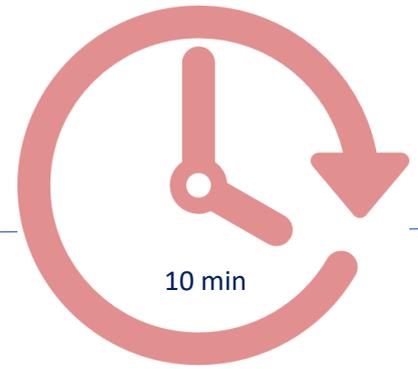
miguelangelmontoya.com

attrioabogados.com

montoya@attrioabogados.com

93 451 94 41

Índice



- I. Introducción
- II. Administración desleal del patrimonio de la sociedad
 - a. Administradores y directivos en la administración desleal
 - b. El exceso en las facultades de gestión
- III. Apropiación indebida
- IV. Conclusiones

I. Introducción

La actividad empresarial en las sociedades mercantiles implica necesariamente la gestión de dinero y bienes propios o de terceros.

Desde la gestión del patrimonio societario por parte de sus máximos gestores hasta la gestión de los cobros de venta *retail* por parte de los empleados en el comercio minorista, se produce un continuo contacto de las personas que integran la organización con los bienes de la misma que exige un grado de confianza que de ser traicionado serían constitutivos de delito.

Y no podemos referirnos solamente a los activos de la sociedad, ya que, en muchos casos, el ejercicio de la actividad empresarial implica la recepción de dinero o bienes de terceros, como puede ser el caso de innumerables empresas que cumplen funciones de intermediación, ya sea como actividad principal o accesoria.

Es por esta razón que he incluido en este cuaderno dos delitos que merecerían, por su complejidad y dificultades de interpretación, mención separada. Sin embargo, como siempre, la prioridad de estos trabajos es facilitar a quienes desarrollan actividades de responsabilidad empresarial, la información precisa para conocer cuáles son los riesgos penales a los que están expuestos.

II. Administración desleal del patrimonio de la sociedad

Antes de la reforma del Código Penal de 2015, el delito de administración desleal se consideraba como un delito societario incluido en el, hoy derogado, artículo 295 del Código Penal.

El precepto contemplaba la sanción penal para aquellos administradores o socios **que dispusieran fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrajeran obligaciones a cargo de la misma**, bajo las siguientes premisas:

- Que se hiciera en propio beneficio o de un tercero.

ARTÍCULO 252.1 DEL CÓDIGO PENAL

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.

- Que causara un perjuicio económicamente evaluable.

- Abusando de las funciones propias de su cargo.

Actualmente, el delito de administración desleal se tipifica en el artículo 252 del Código Penal en un supuesto genérico que trasciende del ámbito societario.

En el tipo del 252, los sujetos activos ya no solo son los administradores o socios de una sociedad mercantil, sino cualquiera que asuma **facultades de gestión de un patrimonio ajeno**:

- Facultades otorgadas por la ley.
- Por la autoridad.
- O asumidas mediante negocio jurídico.

En cuanto al hecho que sanciona; la nueva redacción ha eliminado la referencia a la disposición fraudulenta de los bienes o a contraer obligaciones, y se ha sustituido por el hecho de **excederse en el ejercicio de sus facultades de administración del patrimonio ajeno**.

Esto ha llevado a que la jurisprudencia más reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estime la distinción entre el delito de administración desleal y el de apropiación indebida en el hecho de la apropiación definitiva de los bienes que se gestionan. De modo que se

establece “como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos” STS núm. 700/2016, de 9 de septiembre.

Sin embargo, una reciente sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª de 14 de mayo de 2021, en un supuesto de apropiación económica, opta por el concurso de normas entre el delito

de administración desleal y el de apropiación indebida que se decanta por este último en virtud del **principio de especialidad**.

En todo caso, la distinción entre uno y otro delito es más teórica que práctica ya que el legislador ha optado por imponer las mismas penas a ambos delitos.

Eso sí, se mantiene la necesidad de que **ese exceso en el ejercicio de la administración cause un perjuicio económico**, sin el cual no hay delito de administración desleal.

a. **Administradores y directivos en la administración desleal.**

Delimitando la cuestión al delito de administración desleal en el ámbito de la gestión empresarial que se desarrolla normalmente en marco jurídico de las sociedades mercantiles, no cabe duda que **el principal riesgo de comisión de este delito recae sobre los administradores sociales**.

Recordemos que el delito de administración desleal en el ámbito de la empresa se comporta como un delito especial en la medida en que el sujeto activo solo puede serlo aquel que tenga encomendadas amplias facultades de administración.

Según nuestra jurisprudencia, tales facultades deben ser en el más amplio sentido, de modo que solo puede cometer el delito quien ostenta las más amplias facultades de administración. **Quedan excluidos aquellos que solo tengan facultades de disposición limitadas dentro de la empresa**. Esto no supone, ni mucho menos, que sus comportamientos apropiativos vayan a quedar impunes, ya que están sancionados en la mayoría de los casos en el **delito de apropiación indebida** que veremos más adelante.

Está claro que los administradores sociales tienen encomendadas las más amplias facultades de administración del patrimonio de la empresa. Pero no deberíamos limitar el radio de aplicación del delito de administración desleal a los administradores, ya que **las facultades de administración encomendadas también a la alta dirección conllevan un**

grado de autonomía que puede ser tan amplio como el de los propios administradores.

b. El exceso en las facultades de gestión

En la administración desleal se sanciona **la infracción por exceso de las facultades otorgadas para gestionar el patrimonio ajeno**. En nuestro caso, el patrimonio de la empresa o de la sociedad.

Se trata de un concepto ambiguo que genera cierta inseguridad jurídica, ya que no siempre es fácil delimitar que es o no exceso, cuando se trata de gestión de empresas en las que se deben tomar muchas decisiones y en muchos casos forzadas por las circunstancias de cada momento.

En todo caso y sin entrar en el enorme debate doctrinal que este asunto suscita, lo que deben tener en cuenta quienes asuman responsabilidades de gestión empresarial es que hay conductas que se considerarán excesivas a efectos penales:

- **La realización de negocios jurídicos en perjuicio de la sociedad y beneficio propio y de terceros.**
- **La gestión del patrimonio deliberadamente negligente con ánimo de perjudicar a la sociedad.**
- Podríamos incluir aquí también, aquellas decisiones que impliquen **disposiciones patrimoniales en favor propio o de terceros**, con independencia de que finalmente estas puedan ser tipificadas como administración desleal o apropiación indebida.

En todo caso, los supuestos de exceso de facultades para que tengan cabida en el derecho penal deben estar guiadas por el **conocimiento y voluntad del sujeto en cuanto a la ilicitud de su actuación**, tal y como exige el principio de culpabilidad penal.

Las facultades de gestión del administrador social vienen determinadas por la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos sociales, así como los códigos éticos y de buen gobierno que las empresas se autoimponen o, en determinados casos, están obligadas a implementar.

Para que el lector tenga una guía de buena conducta (o de que es excesivo o no) los artículos 225 a 229 de la Ley de Sociedades de Capital establece cuales son los deberes de los administradores, de los cuales conviene destacar los siguientes:

- Deber de desempeñar su cargo de acuerdo con las leyes y los estatutos de la sociedad. (225.1)
- Las decisiones sujetas a discrecionalidad deben adoptarse conforme a estándares de diligencia de un ordenado empresario y sin interés personal en el asunto (226.1)
- Deber de lealtad y de obra de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (227.1)
- No ejercitar las facultades con fines distintos de aquellos que le han sido concedidos. (228.a)
- Hacer uso de los activos sociales para uso privado (229.c)
- Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad (229.d)

ARTÍCULO 253 DEL CÓDIGO PENAL

Serán castigados... 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

No es difícil deducir que las situaciones de conflicto entre los intereses propios de quienes gestionan la empresa y los de la propia organización son el punto de mayor riesgo y deben evitarse en la toma de cualquier decisión empresarial.

III. Apropiación indebida

El artículo 253 del Código Penal sanciona por apropiación indebida a quienes “*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*”

Los elementos del delito de apropiación indebida serían cuatro:

- La existencia de un **negocio jurídico** a través del cual el sujeto recibe o le es confiado un bien mueble o dinero.
- Que dicho negocio jurídico implique la **obligación para el sujeto de dar a los bienes o dinero un destino concreto**, ya sea entregarlos a un tercero o restituirlos.
- El **incumplimiento de la obligación** dimanante del negocio jurídico de entregar o devolver mediante la **apropiación del bien** por parte del sujeto que lo recibió.
- Que con esta apropiación se **cause un perjuicio a un tercero**.

La nota distintiva del delito de apropiación indebida es que la persona que recibe el bien mueble o el dinero lo hace con un fin específico y determinado que viene marcado por el negocio jurídico por el que se le entrega. Por tanto, **no dispone de facultades de administración sobre los bienes como ocurre en delito de administración desleal**.

En el ámbito empresarial los supuestos en los que el riesgo de apropiación indebida se puede materializar son muy diversos. En parte, porque el riesgo puede venir tanto de la gestión de los recursos que la empresa pone a disposición de sus directivos y gerentes (por ejemplo, las tarjetas de crédito para el pago de gastos), como por el hecho de que la propia actividad de la empresa implique la recepción de bienes o

dinero (por ejemplo, la recepción de fianzas o depósito en la intermediación inmobiliaria)

Esto supone **que el sujeto activo que puede incurrir en este tipo de delito es mucho más amplio ya que no se limita a los administradores o alta dirección con amplias facultades de administración, sino también a aquellos que tienen facultades limitadas sobre los bienes o dinero de la empresa o de terceros.**

IV. Conclusiones

Entiendo que quienes desarrollan funciones de gestión, ya sean amplias o delimitadas en el ámbito empresarial o de sociedades mercantiles, deben sustraerse del complejo debate doctrinal sobre estos delitos. En todo caso, si deberían ser conscientes de los riesgos penales implícitos que conlleva la gestión de los bienes de terceros. Ya sean de la propia empresa como de terceros ajenos a la organización. Y en especial **el riesgo asociado a la toma de decisiones que afectan al patrimonio de terceros y en la que se advierta un posible conflicto de intereses** entre la persona física que debe tomar la decisión (o un tercero) y los de la propia organización.

El riesgo es alto especialmente porque no siempre es fácil distinguir, desde la óptica subjetiva de quienes tienen la necesidad de tomar decisiones difíciles y arriesgadas de gestión, la frontera entre lo permitido y lo que es un exceso en el ejercicio de las facultades que suponen incurrir en conductas delictivas. Por ello, la toma de decisiones que impliquen poner en riesgo los activos de la sociedad deberían tener protocolos de control y ponderación.

¿Tienes alguna duda? montoya@attrioabogados.com

Miguel Ángel Montoya – Abogado Penalista y asesor de Compliance Penal

Compliance Penal:

- Diseño, implantación y revisión de modelos de prevención y *Compliance* Penal
- Identificación, análisis y evaluación del riesgo penal (mapa de riesgos)
- Programas de formación de *Compliance* Penal y delitos específicos
- Investigación interna de posibles infracciones con riesgo delictivo
- Procedimientos de Debida Diligencia con terceras partes (Socios de negocios, fusiones, adquisiciones...)

Acusación y defensa penal en procedimientos judiciales:

- Fraude de subvenciones
- Blanqueo de capitales
- Estafa
- Alzamiento de bienes e insolvencia punible
- Delitos contra la propiedad industrial
- Siniestralidad laboral
- Acoso laboral
- Delitos contra el medio ambiente
- Delitos contra la libre competencia
- Acuerdos abusivos de los
- Siniestralidad laboral
- Acoso laboral
- Delitos contra el medio ambiente
- Delitos contra la libre competencia
- Delitos contra la Agencia Tributaria
- Delitos societarios
- Apropiación indebida