



Economía y Derecho penal en Europa:  
una comparación entre las experiencias italiana y española

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico  
Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014

[cursos \\_congresos \\_simposios](#)

**Economía y Derecho penal en Europa:  
una comparación entre las experiencias italiana y  
española**

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal  
económico (Università degli Studi di Milano, Milano,  
29-30 de mayo de 2014)

Edición a cargo de Luz María Puente Aba

A Coruña 2015

Universidade da Coruña  
Servizo de Publicacións

Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico (Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014)

PUNTE ABA, Luz María (editora)

A Coruña, 2015

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións

Cursos\_congresos\_simposios, n.º 140

N.º de páxinas: 318

17x24 cm

Índice: páx. 5-6

ISBN: 978-84-9749-632-2 (impreso)

ISBN: 978-84-9749-732-9 (electrónico)

Depósito legal: C 2313-2015

CDU: 343(460+450)(063)

IBIC: LNF | 1DSE | 1DST

#### EDICIÓN

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións (<http://www.udc.gal/publicacions>)

© Universidade da Coruña

© Os autores

Esta obra foi revisada e avaliada por dous expertos non pertencentes á UDC

#### DISTRIBUCIÓN

Galicia:

- Consorcio Editorial Galego. Av. da Estación 25, 36812 Redondela (Pontevedra)  
[pedimentos@coegal.com](mailto:pedimentos@coegal.com)

España e internacional:

- Logística Libromares, S.L. C/ Matilde Hernández 34, 28019 Madrid (España)  
[pedidos@libromares.com](mailto:pedidos@libromares.com)
- Pórtico Librerías. C/ Muñoz Seca 6, 50005 Zaragoza (España)  
[distribucion@porticolibrerias.es](mailto:distribucion@porticolibrerias.es)

Deseño da cuberta: Julia Núñez Calo

#### IMPRIME

Lugami Artes Gráficas

Reservados todos os dereitos. Nin a totalidade nin parte deste libro pode reproducirse ou transmitirse por ningún procedemento electrónico ou mecánico, incluíndo fotocopia, gravación magnética ou calquera almacenamento de información e sistema de recuperación, sen o permiso previo e por escrito das persoas titulares do *copyright*.

# Índice

Eva María Souto García Presentación <b>Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana</b> .....	7
María Acale Sánchez <b>La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español</b> .....	11
Javier Gustavo Fernández Teruelo <b>El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma</b> .....	55
Francesco Viganò <b>I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare</b> .....	77
Luz María Puente Aba <b>Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa</b> .....	111
Juan Carlos Hortal Ibarra <b>Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal</b> .....	149
Luigi Foffani <b>Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato</b> .....	225
Sergio Seminara <b>Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali</b> .....	237
Patricia Faraldo Cabana <b>Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas. Una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano</b> .....	251

Norberto J. de la Mata Barranco	
<b>Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana ...</b>	<b>273</b>
Antonio Fiorella / Nicola Selvaggi	
<b>‘Compliance programs’ e dominabilità ‘aggregata’ del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale .....</b>	<b>293</b>

# El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

Catedrático acreditado de Derecho penal Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Situación actual de la corrupción en España: referencias cuantitativas y percepción ciudadana. – 2. Propuestas legislativas frente a la corrupción y su alcance. – 3. La regulación penal vigente y las propuestas contenidas en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 (el nuevo delito de gestión desleal de patrimonio público). – 4. Propuestas para la búsqueda de un modelo eficaz de prevención y persecución penal.

## **1. Situación actual de la corrupción en España: referencias cuantitativas y percepción ciudadana**

En los últimos años han salido a la luz numerosos casos de corrupción en el ámbito público<sup>1</sup>, entendida ésta como acción u omisión de una o varias personas que manipulan los medios públicos en beneficio privado propio y/o ajeno, alterando los fines de los mismos en perjuicio de los ciudadanos. Las causas, o más bien los fenómenos favorecedores, de este incremento habrían sido múltiples, si bien entre los más significativos podríamos destacar algunos como los siguientes: a) crecimiento económico sustentado en factores muy sensibles a la corrupción (especialmente la construcción –obra pública y privada–); precisamente el desarrollo urbanístico hasta el estallido de la denominada “burbuja inmobiliaria” era la principal fuente de financiación de las corporaciones locales; b) concesión, introduciendo mecanismos de adjudicación basados en subastas en vez de concursos, de muchas obras de carácter público por cantidades ingentes de dinero; c) intervención de los políticos en la gestión de determinadas entidades de

<sup>1</sup> Wikipedia, Corrupción en España [consulta julio 2014].

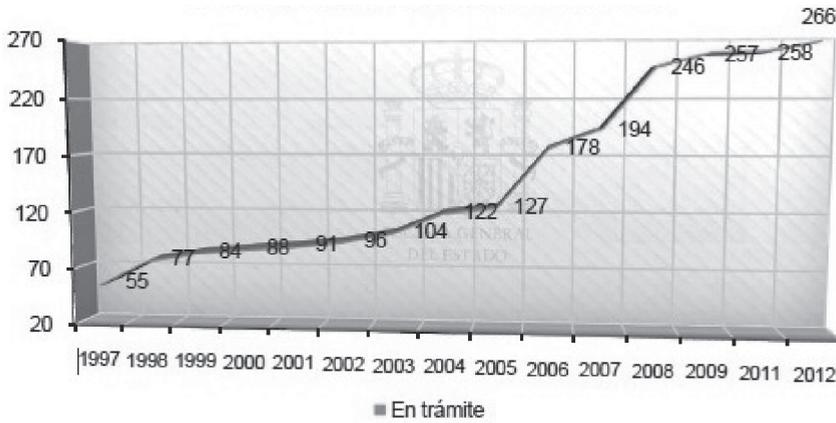
crédito (Cajas de Ahorro)<sup>2</sup>; en concreto durante el periodo referido existían 45 Cajas de Ahorro en España, cuyos órganos de dirección (asambleas generales y consejos de administración) contaban con 6.065 consejeros, de los cuales –a su vez– el 34% (2.087), eran cargos elegidos discrecionalmente por los partidos políticos (alcaldes, concejales, presidentes de diputación o altos cargos de los gobiernos regionales), etc. Según el “Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre macrocausas y causas relacionadas con la corrupción en tramitación”, en abril de 2013 se encontraban en alguna de las distintas fases del procedimiento 1.601 casos de corrupción, entendida en sentido amplio (receptación y blanqueo de capitales, delitos contra el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, falsedades documentales, prevaricación de funcionarios públicos, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios y delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales). Las distintas unidades inspectoras han identificado 302 de ellas como “macroprocesos”, así designados por su importancia cualitativa, el volumen de implicados en los mismos o por la especial complejidad de los hechos investigados<sup>3</sup>.

En el siguiente gráfico puede observarse la evolución de las causas judiciales más relevantes en este ámbito, esto es aquellas tramitadas a instancia de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, cuyo ámbito competencial se sitúa en los delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica, los delitos de corrupción pública y los delitos de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales de especial importancia.

<sup>2</sup> Memoria de la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada (2013): Peculiaridad del periodo a que se contrae el año 2012 ha sido también la asunción por la Fiscalía de numerosas causas referidas a cajas o entidades financieras en crisis que han alterado la normal labor de los Fiscales que integran esta Fiscalía, pues junto a las ya asumidas por ésta (Caja Castilla-La Mancha y Caja del Mediterráneo) se han asumido otras: a) Diligencias previas 28/12 del Juzgado Central de Instrucción n.º 2: Caixa Galicia, Caixanova. b) Diligencias previas 59/12 del Juzgado Central de Instrucción n.º 4: Bankia. c) Diligencias previas 76/12 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5: Banco de Valencia. d) Diligencias de investigación 10/12 de Barcelona referentes a Caixa-Cataluña.

<sup>3</sup> [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) [consulta julio de 2014]. En este tipo de causas ya se han venido atendiendo, tanto por el Consejo como por las Administraciones públicas correspondientes, las necesidades que ponían de manifiesto los jueces y tribunales competentes y que han venido trasladando las Salas de Gobierno. El Servicio de Inspección ha contabilizado que en estos momentos 798 juzgados y tribunales españoles instruyen un total de 2.173 procedimientos de los considerados de especial complejidad. Además, los juzgados y tribunales españoles tramitan otros 512 “macroprocesos” de extrema complejidad relacionados con supuestos delictivos distintos a los anteriores, y que también afectan de manera grave al funcionamiento de los juzgados encargados de su tramitación.

**Causas judiciales en trámite**

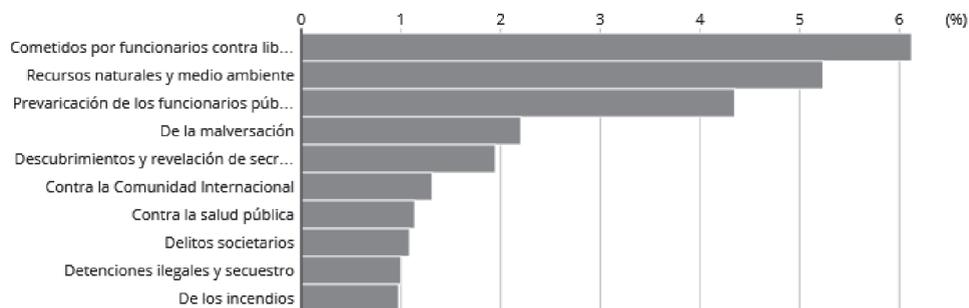


*Fuente: Memoria de la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada (2013)*

Sin embargo, mucho más llamativos resultan los datos relativos a la percepción de la corrupción por parte de los ciudadanos. En concreto, si comparamos el último barómetro del CIS publicado (estudio multirespuesta número 3.013 de febrero de 2014) con el equivalente de hace una década (estudio multirespuesta número 2.556 de febrero de 2004) los resultados resultan esclarecedores<sup>4</sup>. Así, observamos cómo en el estudio de febrero del año 2004 la corrupción aparecía en el puesto 21 de entre los problemas que preocupaban a los ciudadanos españoles (1,2% de respuestas), por detrás del paro (60,9%), el terrorismo-ETA (40,1%), la inseguridad ciudadana (21,2%) y otros 17 problemas más. Frente a ello en el estudio de febrero de 2014, una década después, la corrupción y el fraude aparece como el segundo problema de los españoles (44,2%), sólo por detrás del paro (81,1%) y muy por delante de otros problemas como los de índole económica (28,3%) o los políticos y la política (24,2%), estando este último ítem también muy vinculado con la corrupción.

Pese a la crispación que cada vez de forma más intensa ha venido provocando en los ciudadanos este tipo de criminalidad, los delitos relacionados con la corrupción, como puede verse en el siguiente gráfico, siguen siendo históricamente los que tienen una mayor tasa de indultos.

<sup>4</sup> Se incluye como anexo al final.



*Top 10 categorías de delito según el código penal con mayor porcentaje de indultos respecto a condenados para el periodo 2007-2010*

## 2. Propuestas legislativas frente a la corrupción y su alcance

El sentimiento de crispación y el desánimo social generalizados, fruto del estado de corrupción percibido por los ciudadanos, llevó al anuncio por parte del actual gobierno en febrero del año 2013 (Debate sobre el estado de la Nación) de una serie de medidas legislativas denominadas “propuestas (o plan) de regeneración democrática”, *nomen* que –indudablemente– supone un reconocimiento tácito del estado de degeneración democrática que la precede y motiva.

Del anuncio anterior se derivaron dos Proyectos de Ley: el Proyecto de *Ley de Control de la Actividad Económica y Financiera de los Partidos Políticos* y el Proyecto de *Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*. A ello se añade la propuesta de reforma del Código Penal en los delitos contra la Administración Pública y aún otras de menor calado. Desgraciadamente cierta relajación por parte de los ciudadanos, al derivar parcialmente su atención a una limitada mejora de los indicadores macroeconómicos o a tensiones de índole nacionalista, parece haber sido aprovechado para ralentizar, cuando no detener, la referida tramitación que hasta entonces (febrero 2013) era calificada de urgente.

El primero de los Proyectos enunciados implicaría, a su vez, en caso de ser definitivamente aprobado, la reforma de tres leyes (Ley de Financiación de Partidos, Ley de Partidos y Ley del Tribunal de Cuentas), proceso legislativo que se llevaría a cabo con el pretendido objeto de aumentar el control, la fiscalización, la transparencia y las obligaciones de los partidos políticos. Las principales medidas que en el mismo se contienen son las siguientes: a) se prohíben las donaciones a los partidos políticos

procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica; b) se prohíben las condonaciones de deuda a los partidos políticos por entidades de crédito. A estos efectos se entiende por condonación la cancelación total o parcial del principal del crédito o de los intereses vencidos, o la renegociación del tipo de interés por debajo de los aplicados en condiciones de mercado; c) las donaciones indebidas que reciban los partidos tendrán que ser devueltas o ingresadas en el Tesoro; d) se obliga a todos los partidos, y no sólo a los que perciban subvenciones, a presentar sus cuentas anuales al Tribunal de Cuentas; e) se aumentan las obligaciones de publicidad y transparencia de los partidos. Así, será obligado que los partidos publiquen en sus páginas web, junto al balance y cuenta de resultados, los créditos pendientes de amortización, con especificación de la entidad concedente, el tipo de interés, el plazo de amortización, así como las subvenciones recibidas y las donaciones de importe superior a cincuenta mil euros; f) se regula la figura del Responsable de la gestión económica-financiera del partido, que comparecerá ante el Parlamento una vez emitido el correspondiente Informe por parte del Tribunal de Cuentas; g) se distinguen las labores de fiscalización que ha de realizar el Tribunal de Cuentas en los supuestos de partidos perceptores de subvenciones públicas y de los no perceptores; h) se prevé el cobro de las sanciones impuestas a los partidos en período ejecutivo por la Agencia Tributaria; i) las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos tendrán que inscribirse en el Registro de Partidos; j) se establece la obligación de fijar un procedimiento normalizado de contratación por parte de los partidos políticos; k) se regula el contenido mínimo de los estatutos de los partidos políticos; l) se adapta la regulación de partidos a la recuperación de su responsabilidad penal como personas jurídicas; m) se regula la colaboración de entidades integrantes del sector público y de entidades de crédito con el Tribunal de Cuentas, para facilitar la labor fiscalizadora de éste; y finalmente, n) se reconoce la capacidad de creación de partidos políticos a todos los ciudadanos de la Unión Europea.

El segundo gran pilar de este pretendido proceso de regeneración democrática se contendría en el *Proyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*. Según su propia Exposición de Motivos se presenta como “un verdadero Estatuto del cargo público” en el que se incluirán escalas de retribución, sistemas de protección social y niveles de compensación tras el cese. Pretende establecer un procedimiento de comprobación, a través de una auditoría, de la situación patrimonial de los altos cargos al final de su mandato (extendida a diputados y senadores), para que se pueda detectar cualquier instrumento injustificado de patrimonio o rentas incompatibles con sus percepciones durante el tiempo en que han desempeñado cualquier cargo público. En concreto, a) se introduce la exigencia de requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo, entre ellos la ausencia de antecedentes penales relativos a determinados delitos, como por ejemplo el terrorismo, b) se exige una declaración

responsable para ser nombrado alto cargo, c) se regula el régimen retributivo, de protección social y la compensación tras el cese de los altos cargos, d) se establece un control sobre los gastos de representación, e) se crea un sistema de alerta temprana de conflicto de intereses, f) se establecen modos de control de la situación patrimonial del alto cargo al final de su mandato, g) se refuerza la Oficina de Conflictos de Intereses.

Además de las dos grandes intervenciones legislativas enunciadas, se acuerda la inclusión de los partidos, de las organizaciones empresariales y los sindicatos y, en general, de todas aquellas entidades que se financien fundamentalmente a través de fondos públicos en la Ley de Transparencia. Además, se pretende la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, con el objeto de “fortalecer el régimen de prohibiciones para contratar con el sector público a todas las personas –tanto físicas como jurídicas– condenadas por delitos relacionados con la corrupción”. Finalmente, se acuerda la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al objeto de agilizar los procedimientos para que el tiempo de respuesta ante el delito no sea una forma de impunidad para el delincuente, unido a una especialización de los encargados de juzgarlo. A todo ello se añade la reforma penal que se analizará más adelante.

En la Propuesta de regeneración democrática de 2014 se propone endurecer las penas previstas para los delitos de corrupción (incluyendo nuevas figuras como la financiación ilegal y mejorando el control de la falsedad deliberada de sus cuentas por parte de los partidos políticos o el enriquecimiento injustificado de los cargos públicos electos).

### **3. La regulación penal vigente y las propuestas contenidas en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 (el nuevo delito de gestión desleal de patrimonio público)**

La actual regulación penal de los delitos contra la Administración Pública pone de manifiesto cómo, poco a poco, se ha ido dejando atrás su histórica benevolencia con el infractor. El histórico recurso, como consecuencia jurídica de las diferentes figuras típicas, a penas de inhabilitación (casi en exclusiva) ha sido complementado, a través de sucesivas reformas, con la cada vez más habitual presencia de penas de prisión. Sin embargo, el problema hoy ya no es tanto la concreta regulación penal, pues no basta con un conjunto de tipos penales que permitan castigar las conductas más graves de corrupción, si no van acompañados de un sistema que garantice su persecución (falta de desarrollo del proceso penal). Y la misma crítica puede hacerse respecto a los límites existentes con relación a la legitimación de la acción popular y, sobre todo, respecto al cumplimiento efectivo de las penas de prisión. En efecto, la experiencia demuestra

que en la mayor parte de los supuestos en los que recaen condenas a penas de prisión no se produce el ingreso en el centro penitenciario o éste tiene una escasa duración, no siendo fácil –por otra parte– la reincidencia del condenado por el efecto inocuidador de la pena de inhabilitación. La misma reflexión crítica aún podría hacerse respecto al uso y abuso del indulto en este tipo de condenas, al que ya se ha aludido al principio del trabajo y que debiera quedar vetado en relación con delitos de esta naturaleza<sup>5-6</sup>.

Con la reforma 5/2010 del Código penal, en el ámbito de los delitos que nos ocupan, y según consta en su exposición de motivos, se adecuaron los delitos de cohecho a los compromisos internacionales asumidos por España y, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. La reforma se concretó básicamente en la previsión de penas privativas de libertad para algunos de los tipos agravados para que, de este modo, fuera posible la extradición. Además, se amplió el concepto de funcionario con la finalidad de que éste alcance al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea. Finalmente, se dio una nueva redacción al artículo 445 (delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales) a fin de acoger, de una parte, conductas de corrupción que no estaban suficientemente contempladas y, de otra, regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos<sup>7</sup>.

La propuesta de reforma penal tramitada durante los años 2012, 2013 y 2014, y también pendiente de su definitiva aprobación, tendría como uno de sus objetivos declarados profundizar en los mecanismos de intervención penal dirigidos a terminar con la corrupción. En tal sentido, se afirma en la Exposición de Motivos del proyecto, en relación con los delitos que nos ocupan, que uno de sus objetivos es el castigo de conductas que hasta ahora quedaban impunes.

<sup>5</sup> Comparecencia de Gómez Lanz, en relación con las iniciativas sobre la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo referente a medidas anticorrupción en el ámbito penal. Por acuerdo de la Comisión Constitucional. (Número de expediente 219/000610).

<sup>6</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomia-Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo–agosto 2014, p. 41.

<sup>7</sup> Sobre la reforma 5/2010 vid. POZUELO PÉREZ, L., “Los delitos contra la Administración Pública”. Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)/ DIAZ-MAROTO y VILLAREJO, J (dir.), RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (pr.), 2011, pp. 581-606.

Pero, sin duda, el aspecto más relevante del nuevo modelo se concreta en la construcción, por primera vez en nuestra historia legislativa, de un tipo de malversación que va más allá del castigo de los actos de apropiación, extendiendo el ámbito típico a la mera gestión desleal del patrimonio público. De este modo, se crea un nuevo tipo de malversación como gestión desleal de fondos públicos (“administración desleal de fondos públicos”)<sup>8</sup>.

En la Exposición de Motivos de la reforma se explica la razón de ser de tan llamativa intervención legislativa y así se afirma que “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. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público”. Las dos acciones descritas son a grandes rasgos coincidentes con las clásicas “apropiación” y “distracción” del tipo penal de apropiación indebida<sup>9</sup>.

En concreto, este nuevo tipo se introduce en el artículo 432 del Código Penal, cuya redacción es la siguiente: “1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 [nuevo tipo genérico de administración desleal] sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el **delito** del artículo 253 [apropiación indebida] sobre el patrimonio público”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> *Id.*, ampliamente, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8104, 2013, pp. 1 y ss.

<sup>9</sup> Del primero de los casos (sustracción) se ocupa el vigente artículo 432 CP (autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos), mientras que el segundo (desviación) aparece contemplado en el artículo 433 CP (autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones), así como en el artículo 434 CP (autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración).

<sup>10</sup> Art. 432.3. *Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.*

A su vez, el texto del nuevo art. 252 CP (administración desleal genérica) es el siguiente<sup>11</sup>: “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 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”<sup>12</sup>. El círculo se cierra con la nueva redacción del delito de apropiación indebida (art. 253), cuya esencia, sin embargo, a grandes rasgos<sup>13</sup> se mantiene<sup>14</sup>.

---

Art. 433. *Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.*

Art. 434. *Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.*

Art. 435. 4. *A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.*

<sup>11</sup> La reforma prevé una nueva sección 1bis “de la administración desleal” dentro del Capítulo VI del Título XIII

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> EM: 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 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.

<sup>14</sup> En concreto, el delito del art. 253 CP queda redactado del siguiente modo: *1. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó, 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.*

De forma simultánea se deroga el delito de administración desleal societaria del art. 295 CP, incorporado por primera vez en nuestra legislación penal en el año 1995. Se trata de una figura de gestión desleal, si bien –como se apuntó– referida exclusivamente al ámbito societario, modelo que ahora se abandonaría, al tipificarse un delito de administración desleal genérico<sup>15</sup>.

Analizamos, a continuación de forma breve el contenido del nuevo art. 252 CP, al que se remite como hemos visto el nuevo tipo de malversación de caudales públicos. En la configuración del precepto, aparentemente se han seguido de un modo parcial, modelos ya existentes en el derecho comparado como el delito de *Untreue*, previsto en el § 266 StGB alemán<sup>16</sup> y especialmente el art. 183 del Proyecto alternativo del mismo país (*Missbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse*)<sup>17</sup>.

El nuevo delito de administración desleal, se configura de forma mixta alternativa, castigando tanto a quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (*tipo de infidelidad o quiebra de la confianza*), como al que realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (*tipo de abuso*) y perjudica de este modo el patrimonio administrado.

Desde el punto de vista del resultado debe valorarse de forma positiva la superación de la exigencia contenida en el delito de administración desleal societaria, pues ya no se exige la constatación de que el perjuicio sea “económicamente evaluable” que planteaba dificultades interpretativas que a la postre determinaron una importante restricción en

<sup>15</sup> Figura de ámbito genérico que había sido reclamada entre muchos otros por: BACIGALUPO ZAPATER, E., “La gestión desleal del patrimonio ajeno como figura básica de los delitos contra el orden socio-económico”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 1994, pág. 946. MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de funciones jurídico-sociales””, en *EPC*, XVII, 1993-1994, pp. 265, 307, 311 y 340. TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios. El derecho Penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal/Iure, Madrid, 1987, p. 94.

<sup>16</sup> El precepto sanciona con privación de libertad de hasta cinco años o con multa, a cualquiera que abuse del poder de disposición sobre un patrimonio ajeno o de obligar a otros, otorgado por Ley, por orden de la autoridad o por negocio jurídico, o bien viole la obligación de cuidar intereses patrimoniales ajenos (*Vermögensbetreuungspflicht*), de la cual está investido por Ley, por orden de la autoridad, por negocio jurídico o por una relación de fidelidad, y cause con ello perjuicio a los intereses patrimoniales que debía cuidar.

<sup>17</sup> Es crítico con la traslación a la Administración pública del modelo genérico alemán de administración desleal, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (*La nueva reforma penal de 2013*, cit., p. 40); entiende que parece más oportuno, en lugar de remitirse sin más al tipo de administración desleal de particulares, describir la tipicidad; y desde luego hacerlo de una forma más taxativa de lo que aparece en el modelo tomado del Derecho alemán, el cual, como es conocido, obedece a una reforma efectuada por el nacionalsocialismo en el año 33, con una amplitud en la descripción plenamente fiel a las directrices del Derecho autoritario.

la aplicación del precepto. 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 sólo cuando la actuación desleal determina una reducción del patrimonio o la ausencia de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del titular del patrimonio administrado se dejan prescribir los créditos frente a terceros); sino también cuando su actuación contraria a los intereses administrados frustra el fin perseguido (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 su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limitan las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; etc.). Del mismo modo, en el nuevo delito de malversación mediante gestión desleal societaria ya no será necesario acreditar el enriquecimiento ilícito del administrador o funcionario que falte al deber que tiene encomendado.

En base a esta configuración típica deberían poder castigarse, ahora en el ámbito del patrimonial público, las que han sido consideradas conductas de administración desleal por excelencia; esto es aquellas en las que, desde un punto de vista negativo, no existe apropiación de los bienes recibidos (incorporación patrimonial) ni un mero uso ilícito de los mismos. Y, desde un punto de vista positivo, son conductas en las que el autor dispone abusivamente del patrimonio público, sin apropiación (o ésta no es susceptible de prueba) pero sí causa perjuicio (se trata de una operación que es perjudicial para los intereses económicos públicos administrados). No se requiere nada más; el posible o probable beneficio (directo o indirecto) del funcionario o autoridad pública o incluso aquél que pueda obtener un tercero es irrelevante en la configuración del tipo. El autor lleva a cabo con el patrimonio público administrado determinada operación u operaciones, sin que sea la opción más ventajosa para la gestión de los bienes y no exista razón económica que la justifique<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Podrían servir de ejemplo de este supuesto (si bien en el ámbito societario), las siguientes resoluciones judiciales; AP Vizcaya de 27-9-2002 (ARP 2002\692), en la que recae condena por el delito de administración fraudulenta por la actitud de los sujetos condenados que, adelantándose a la crisis derivada de la mala marcha de la empresa, incluso sabiendo que las cuentas de las sociedad no tendrían en la fecha de los vencimientos la cantidad, adquirieron obligaciones por 9.547.010 pesetas, mediante el libramiento de dos pagarés, con vencimientos para el día de la junta convocada y su víspera, y ocultaron el reconocimiento de deuda que quería amparar dichos créditos y el cobro satisfactorio del primero de los pagarés, antes de la junta de socios que les cesó, dejando a cero el patrimonio líquido de la mercantil querellante; restitución. Auto AP Castellón de 23-9-2002 (JUR 2002\276002): apoderado que resolvió el contrato existente con otra

Así, también podrían ser supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público: **a)** desviación contractual: contratación a precios superiores a los de mercado **b)** celebración de contratos sin contraprestación equivalente al pago **c)** la utilización de patrimonio público para fines privados, etc<sup>19</sup>.

Finalmente y en cuanto al *merecimiento de pena*, al igual que en el caso de los particulares (en atención a la nueva regulación de la administración desleal genérica), la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena idéntica a la de la gestión desleal, produciéndose en ambos casos (apropiación indebida y administración desleal) una remisión a las penas de la estafa en su tipo básico y agravado<sup>20</sup>.

Debe advertirse que la interpretación del delito de administración desleal societaria y especialmente sus límites con la apropiación indebida resultó condicionada por el enjuiciamiento de los casos Banesto/Argentia Trust. La resolución judicial que había de resolverlos venía fuertemente determinada por la siguiente situación fáctica: Si los hechos enjuiciados eran considerados una forma de administración desleal contenida en el nuevo delito societario y, en consecuencia, excluidas del delito de apropiación indebida, las conductas enjuiciadas quedarían sin sanción al no estar en vigor el delito societario en el momento de llevarse a cabo los hechos enjuiciados. Al margen de las consecuencias para el caso concreto, en mi opinión, esa debió ser la solución adoptada, pues el delito contenido en el art. 295 CP nació para castigar una serie de conductas que no se podían subsumir en el delito de apropiación indebida, pues –entre otras

---

entidad, sobre construcción de viviendas y garaje, aceptando sin más toda la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual, para acto seguido constituir una sociedad con el mismo objetivo social de la que era apoderado y contratar con aquella entidad la realización de la obra, violando los deberes inherentes a su cargo de apoderado, obrando en su propio beneficio, y habiendo perjudicado a la sociedad a la que representaba. ST AP Barcelona de 4-12-2001 (JUR 2002\44233): realización por administrador único de la sociedad junto con otros socios que ostentaban la mayoría del capital social, de operaciones de préstamo y disposición de numerario con destinos ajenos al objeto social, sin convocar juntas de accionistas, en perjuicio del socio minoritario. ST AP Pontevedra 26-9-2001 (JUR 2001\317934): administrador solidario de una sociedad que vende a espaldas de los demás socios un piso y local construidos por la misma mediante un contrato en condiciones ventajosas inhabituales y a un precio ridículo.

<sup>19</sup> JAEN VALLEJO, M., “La nueva administración desleal como delito contra el patrimonio. Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, *El Derecho*, 6-11-2012, p. 1 y ss.

<sup>20</sup> Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad. Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

muchas razones– si tales conductas ya eran subsumibles en la apropiación indebida no era necesaria la creación del nuevo precepto (mucho más a la vista de los márgenes penales presentes en uno y en el otro).

El proceso jurisprudencial por el que transcurrió la cuestión de un modo sintético sería el siguiente: En el primero de los supuestos (*Argentia Trust*), la Audiencia Nacional [ST AN 20 de marzo de 1997] se plantea a lo largo de la descripción de sus fundamentos la posible aplicación del art. 295 del Código penal, que sin embargo finalmente descarta, por considerar que se trata de un supuesto de apropiación –de 600 millones de pesetas– probada a través de la prueba de indicios. Con ese punto de partida, a la Audiencia le resulta sencillo rechazar la aplicación del delito societario pues, como decimos, a su juicio, se encuentra ante una simple y llana apropiación.

El recurso presentado ante el Tribunal Supremo por las partes da lugar a una nueva sentencia [STS 26 de febrero de 1998], en la que el referido órgano judicial realiza una (re)interpretación según la cual el delito de apropiación indebida debía ser aplicado al caso en cuestión, pero, no ya porque se entienda probada la incorporación patrimonial, sino porque en el mismo son también subsumibles determinadas conductas no apropiatorias de “administración desleal”. En definitiva, mientras la Audiencia Nacional consideró que la apropiación del dinero había quedado probada, el Tribunal Supremo entendió que tal apropiación no era susceptible de prueba ni directa, ni indirecta. Se trataba de un supuesto no apropiatorio, en el que sin embargo cabe condena por apropiación indebida ya que “esta infracción no requiere prueba de la apropiación”. El delito de apropiación indebida también comprendería así, en su aspecto objetivo y subjetivo, conductas no apropiatorias. En concreto, desde el punto de vista objetivo “(...) en esta segunda hipótesis el tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status”. Y desde el punto de vista subjetivo, “(...) sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarla– la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (...)”.

La interpretación del delito de administración desleal que realiza la STS 98 se verá plenamente confirmada y aun desarrollada en la sentencia de la Audiencia nacional en el llamado “caso Banesto” [ST AN 31 de marzo de 2000]. Nuevamente se realiza de forma simultánea una interpretación del delito de apropiación indebida y (a veces directamente y otras por exclusión) del delito societario de administración desleal.

Dicha interpretación se sustenta sobre los siguientes pilares: Así, en primer lugar, se afirma, como ya hiciera la STS 98 –en lo que constituye el criterio fundamental de toda la interpretación– que el delito de apropiación indebida no requiere demostrar en todo caso que se ha producido la efectiva apropiación o incorporación patrimonial de los bienes o el dinero. De este modo, desde el punto de vista objetivo, “no requiere una atribución de dominio definitiva (...). Por tanto, la tipicidad no depende de la constatación de una verdadera apropiación en el sentido de atribución del dominio por parte del administrador”. (...) El que se atribuya la titularidad de los fondos a un tercero es irrelevante a los efectos del delito de apropiación indebida, porque esta infracción no requiere prueba de la apropiación definitiva, sino sólo que los fondos hayan sido distraídos por el administrador”. Desde el punto de vista subjetivo, el delito de apropiación indebida tampoco requiere en alguna de sus manifestaciones y como elemento sine qua non la presencia del *animus rem sibi habendi* en el autor: “El delito de administración fraudulenta no requiere una atribución de dominio definitiva y tampoco la prueba de un *animus rem sibi habendi*”.

La consecuencia natural de dicha interpretación es la posibilidad de castigar como apropiación indebida aquellas conductas en las que no ha quedado acreditada la incorporación patrimonial de los bienes o dinero y en base a ella se castiga el supuesto concreto: “Por ello, la circunstancia de que no se haya probado en el juicio oral que el acusado se apropiara personalmente de esa cantidad, (...) e incluso para el caso de que no quedara descartado el ánimo de devolución de dicha suma en el futuro, esto es, que el autor no haya tenido voluntad de privar de los bienes definitivamente al titular, no constituye obstáculo alguno para considerar punible la conducta consistente en una sustracción de dicha suma del destino normal que le correspondía conforme al objeto social de la empresa administrada”. La interpretación se completa con otros dos criterios de menor trascendencia. Así se precisa que esas conductas caracterizadas por la falta de apropiación y por la ausencia del ánimo de llevarla a cabo encajarían en la segunda modalidad típica del delito de apropiación indebida “distrajeran”. Además, se afirma que esta forma de apropiación indebida recibiría el nombre de gestión o administración desleal.

Finalmente, la sentencia debió resolver los problemas concursales que planteaba su interpretación, pues parte de una premisa según la cual las conductas analizadas no apropiatorias, que en principio –como tales– son subsumibles en el delito de administración desleal societaria, también lo son en el delito de apropiación indebida. Resuelve entonces el concurso de normas en favor del delito de apropiación indebida a través del criterio de alternatividad, sugiriendo también la posibilidad de hacerlo en el mismo sentido pero a través del criterio de especialidad, la cual derivaría del objeto supues-

tamente más específico del art. 252 (dinero) frente a la expresión más genérica del art. 295 (bienes de la sociedad). Recordemos que cualquier solución en favor del delito de administración desleal o fraudulenta hubiese implicado la imposibilidad de aplicarlo al caso concreto, pues el mismo no estaba en vigor cuando se cometieron los hechos. Las STS 98 y ST AN 00 entendieron que para sancionar penalmente a través del delito de apropiación indebida no es necesario demostrar que se ha producido la efectiva apropiación del dinero o incorporación patrimonial ni subjetivamente tiene por qué estar presente el *animus rem sibi habendi*. Sin embargo, este entendimiento del delito de apropiación indebida carece en sentido estricto de precedentes reales, pues las dos sentencias enunciadas como tales por la STS 98 (de 7 y 14 de marzo de 1994), al margen de las construcciones teóricas en ellas recogidas, resolvían en el primer caso un supuesto en el que había quedado perfectamente acreditada la apropiación directa de dinero y en el segundo otro en el que precisamente se absolvía al acusado por no haberse podido acreditar dicha apropiación .

Hasta las sentencias comentadas no era posible recurrir a la apropiación indebida para castigar determinadas conductas que se sitúan fuera de los límites de lo que es una estricta incorporación patrimonial (y por eso se creaba precisamente el delito societario), entre las cuales se encontrarían por ejemplo los usos ilícitos no dominicales, caracterizados negativamente por la ausencia de apropiación objetiva y de ánimo apropiatorio y positivamente por el simple disfrute de bienes o servicios ajenos. Junto a ellos también quedarían excluidas determinadas conductas de gestión ilícita, caracterizadas por la realización por parte de los gestores de una empresa o sociedad de operaciones lesivas para los intereses de la misma a la par que de algún modo beneficiosas para sus intereses directos o indirectos; entre estas últimas podrían encontrarse también algunas operaciones perjudiciales y presuntamente apropiatorias pero no susceptibles de prueba. Del mismo modo, la segunda modalidad de la acción típica del delito de apropiación indebida (“distrajeren”) a la que, como hemos visto, se dirige la interpretación enunciada, no ha tenido ni puede tener un sentido no apropiatorio como el que le atribuyen las dos sentencias enunciadas .

El delito de administración desleal societaria (295 CP) tiene por objeto la intervención penal frente a determinados comportamientos que no son apropiatorios, pero sí perjudiciales para el interés patrimonial del administrado en los que el gestor social pretende la búsqueda de algún tipo de utilidad o ventaja patrimonial. Sin embargo, la interpretación realizada por ambas sentencias [STS 98 y ST AN 00], extendiendo la apropiación indebida hasta absorber plenamente el campo propio del delito de administración desleal, ha convertido a este último en letra muerta y ha lastrado durante casi dos décadas la interpretación conjunta de ambos preceptos (art. 252 y art. 295).

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 rompió con el criterio interpretativo construido en su propia resolución de 26 de febrero de 1998 y ratificado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 frente a la cual se pronuncia. Expone la solución al problema concursal que, como vimos, se sustancia en favor del delito de apropiación indebida a través del criterio de alternatividad. De este modo, tras recordar el origen de la administración desleal como instrumento necesario para sancionar lo que la apropiación indebida no alcanza a castigar (“desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas”), se adhiere expresamente al que llama criterio doctrinal, que permitiría distinguir de un modo nítido la frontera entre ambos preceptos (“parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable”). Añade que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

Reconstruye, a través de cuatro afirmaciones, la relación y contenido de los delitos de apropiación indebida y administración desleal societaria. Primero, a través del formulismo gráfico que se utiliza habitualmente en materia concursal, niega la existencia de una zona común (los círculos secantes) entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida, a la que se habían referido insistentemente la STS 98 y ST AN 00. “Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes”. A partir de este desplazamiento y exclusión mutua de ambos preceptos quedará perfilado el núcleo del que inevitablemente se irán deduciendo el resto de cuestiones relativas a su contenido y relación. De este modo, se determina el concreto contenido autónomo del delito de administración desleal, caracterizado positivamente por la obtención de beneficios derivados de la gestión desleal y negativamente por la ausencia de incorporación patrimonial: “Si, por el contrario el

administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto, aún proporcionando beneficios, no constituyen una definitiva apropiación indebida”.

Una vez excluidas del delito de administración desleal las conductas apropiatorias, el tercer pilar de la argumentación (ya enunciado implícitamente con la metáfora del desplazamiento de círculos) —y con el que se completa la desvinculación respecto a la interpretación realizada por la misma sala cuatro años antes— aparece construido en torno a la definitiva expulsión del delito de apropiación indebida de las conductas no apropiatorias, con lo que este delito recupera el sentido y pureza de los que había sido desposeído: “Por último cuando el administrador, prevaleciendo 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, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero”.

Como culminación y a la vez resumen del criterio expuesto se termina insistiendo en la existencia de un campo de actuación de ambos delitos absolutamente diferenciado: “Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que

unen a los administradores con la sociedad. La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio (sic) que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación”.

Finalmente reconoce cómo la expresa y absoluta separación en cuanto al contenido de ambos preceptos determina la inexistencia de problemas concursales: “Dando por reproducidos razonamientos que ya hemos deslizado en anteriores motivos, que versaban sobre estos mismos hechos, debemos insistir en que la disyuntiva entre la opción por el delito de apropiación indebida del artículo 535 del antiguo Código Penal de 1973 y la posible alternativa de reconducir los hechos al actual artículo 295 del Código Penal, debe ser descartada ya que se trata de figuras delictivas diferentes, que no plantean problemas de concurso de normas”.

#### **4. Propuestas para la búsqueda de un modelo eficaz de prevención y persecución penal**

Al objeto de afinar la eficacia del sistema de reacción penal frente a determinadas conductas atentatorias contra el patrimonio público se ha propuesto completar el nuevo tipo de malversación por gestión desleal (doloso), contenido en el Proyecto de 2013, con una modalidad típica que castigue la *malversación por imprudencia grave*; la misma tendría por objeto principal evitar conductas gravemente atentatorias contra el patrimonio público, cometidas por la toma de decisiones irresponsables y por ello completamente alejadas del sentido común<sup>21</sup>.

Con similares objetivos, también se ha sugerido la tipificación de una modalidad de *prevaricación imprudente*. Dicha figura tiene antecedentes en el art. 358 del CP de 1973 [(...) *con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifestamente injusta en asunto administrativo*)], precepto derogado sin una convincente argumentación, lo que se intensifica aún más si tenemos en cuenta que sí se mantuvo –y continúa vigente– la prevaricación judicial por imprudencia (cierto es que con escaso uso). Además, debe tenerse en cuenta que, al igual que ocurre con otros tipos delictivos (por ejemplo, el

<sup>21</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “La nueva reforma penal de 2013”, cit., p. 41. *Vid.*, la descripción de centenares de casos de esta naturaleza en <http://www.despilfarropublico.com> [consulta julio 2014].

blanqueo por imprudencia), la norma cumpliría funciones de “tipo de recogida” respecto a muchos supuestos en los que realmente concurre dolo, al menos eventual y en los que, sin embargo, éste no puede ser probado con el nivel de exigencia propio de nuestra disciplina. El castigo de la prevaricación imprudente serviría, en consecuencia, para que al menos tales supuestos no quedasen impunes y además reforzaría la atención del funcionario a la hora de tomar determinadas decisiones<sup>22</sup>.

En tercer lugar, en el ámbito de este tipo de criminalidad no deberían dejarse sin sanción determinados *comportamientos omisivos, especialmente los característicos de la prevaricación*. Teóricamente dichos objetivos deberían poder alcanzarse a través del recurso a la comisión por omisión; sin embargo dicha posibilidad no está exenta de dificultades. Entre ellas destaca la intensa configuración activa de la descripción típica y el hecho de que no siempre pueda constatarse la presencia de un resultado, siendo ambas circunstancias difícilmente compatibles con la redacción actual del art. 11 CP y con la propia institución de la omisión impropia y por ello “no es extraño encontrar posiciones discrepantes (o fuertemente limitativas)” sobre la posibilidad de edificar tal estructura delictiva en este delito. La dificultad enunciada provoca que sean muchos los supuestos en los que el flagrante incumplimiento de “obligaciones de hacer” queden sin sanción, pese a que en muchos casos dicho comportamiento omisivo tiene o puede tener graves consecuencias para los administrados en general y en ocasiones para aquellos particulares que no consiguen hacer valer sus derechos<sup>23</sup>. En todo caso, debe advertirse que las dificultades puestas de manifiesto por la doctrina no han tenido demasiado eco en sede judicial; en este último ámbito la discusión fue en buena medida resuelta a través del acuerdo de sala de 30 de junio de 1997, el cual, en una reinterpretación del tipo, a la vista de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vino a otorgar el mismo alcance a la omisión que si se tratase de una resolución expresa. De este tenor es, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-7-2002, en la que se condena por prevaricación en un caso en el que un alcalde se niega reiteradamente a crear una comisión de investigación y a facilitar a un concejal datos que, como tal, tenía derecho a conocer.

A su vez, la Fiscalía anticorrupción ha propuesto la elaboración de un *protocolo para proteger a los testigos de los casos de corrupción*, que en la actualidad estarían desasistidos y sometidos a todo tipo de presiones, por lo que sería necesaria una legislación

<sup>22</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “La nueva reforma penal de 2013”, cit., p. 43.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 43.

que fomentase la denuncia con todas las garantías<sup>24</sup>. Actualmente sólo contamos con la previsión contenida en el artículo 426 del Código Penal, que establece respecto al cohecho una exención de pena al particular que haya excedido ocasionalmente al soborno y denuncie los hechos en un plazo determinado (*quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por un funcionario público, denuncia el hecho a la autoridad (...) siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos*). Es éste un ámbito en el que, sin duda, y dado el estado actual de cosas, se debería profundizar, garantizando la impunidad total o parcial a todos aquellos que denuncien prácticas corruptas por parte de quienes, desde el ámbito público, abusan del poder que ostentan, con la pretensión de obtener un lucro propio o ajeno.

Pero la propuesta más interesante de la Fiscalía es la consistente en la **creación de un tipo penal que castigue el enriquecimiento injustificado de políticos y funcionarios**. Se trataría de asumir el artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, celebrada en Mérida en 2003 y de la que España constituye un Estado Parte, en la cual se propone adoptar “las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos, que no puedan ser razonablemente justificados por él”. Se trataría de introducir un tipo penal, que si bien presenta evidentes carencias desde un punto de vista garantista, se conformaría, en el estado de cuasi emergencia en el que nos encontramos, como el más eficaz e incisivo de todos los instrumentos jurídico-penales de lucha contra la corrupción. Debe tenerse en cuenta que algo parecido ya se ha hecho en el ámbito del comiso a partir de la reforma del año 2010, a través de la introducción del denominado comiso ampliado, contenido en el actual art. 127.1 CP (segundo inciso), el cual dispone que *el Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos, se entenderá que proviene de tales actividades delictivas, el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de los grupos u organizaciones citados, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas*

<sup>24</sup> “Al único que se ha protegido ha sido a Hervé Falciani”, aludiendo al ingeniero de sistemas italofrancés autor de la lista Falciani en la que constaban los nombres de 130.000 evasores fiscales con dinero en la filial suiza del banco HSBC y que, desde 2009, estuvo colaborando con las autoridades de diversos países. De esos evasores, 1.500 eran españoles –los nombres de Botín y Correa estaban entre ellos– y sobre él sí que se ejerció una protección eficaz y necesaria”.

*personas*. El precepto requiere, por lo tanto, la existencia de unos bienes, respecto a cuyo ingreso el sujeto no es capaz de dar una explicación razonable, lo que determina que se atribuyan a actividades delictivas previas del sujeto como miembro de la organización (*presunción iuris tantum*). El esquema desarrollado por el legislador en este inciso determina una evidente inversión de la carga de la prueba, a cambio de la obtención de dosis importantes de efectividad.

## Anexos

### CIS

Estudio n° 2.556. Barómetro de febrero

Febrero 2004

#### PREGUNTA 1

Para empezar, ¿cuáles son, a su juicio, los tres problemas principales que existen actualmente en España? (MÁXIMO TRES RESPUESTAS).

	%	(N)
Paro	60.9	(1517)
Drogas	8.9	(222)
Inseguridad ciudadana	21.2	(529)
Terrorismo, ETA	40.1	(999)
Infraestructuras	1.0	(25)
Sanidad	6.3	(157)
Vivienda	20.3	(505)
Problemas económicos	10.6	(265)
Problemas relacionados con el empleo	4.6	(114)
Problemas de la agricultura, ganadería y pesca	0.2	(5)
Corrupción y fraude	1.2	(29)
Las pensiones	4.7	(118)
Problemas políticos	9.4	(235)
La guerra de Irak	2.2	(55)
Justicia	1.6	(40)
Problemas sociales	3.8	(94)
Racismo	0.7	(17)
Inmigración	12.9	(322)
Violencia contra la mujer	6.7	(168)
Problemas de la juventud	1.4	(36)
Crisis de valores	2.1	(52)
Educación	4.0	(100)
Medio ambiente	0.7	(18)
La salud	0.3	(7)
Funcionamiento y cobertura de los servicios públicos	0.5	(13)
Alimentación	0.0	(1)
Problemas relacionados con la mujer	0.9	(23)
El euro	1.0	(25)
Problemas relacionados con el ocio de los jóvenes	0.2	(6)
La reforma del desempleo	0.0	(0)
La situación política del País Vasco	0.0	(0)
El desastre del Prestige	0.0	(0)
Los nacionalismos en España	0.5	(13)
Otras respuestas	3.1	(77)
Ninguno	0.4	(9)
N.S.	6.5	(163)
N.C.	0.5	(13)
TOTAL	100.0	(2491)

## CIS

Estudio nº3013. BARÓMETRO DE FEBRERO 2014

Febrero 201

## Pregunta 7

¿Cuál es, a su juicio, el principal problema que existe actualmente en España? ¿Y el segundo? ¿Y el tercero? (RESPUESTA ESPONTÁNEA).

	Primer problema	Segundo problema	Tercer problema	TOTAL
El paro	56,3	18,3	6,5	81,1
Las drogas	-	0,1	0,1	0,2
La inseguridad ciudadana	0,0	1,0	1,2	2,3
El terrorismo, ETA	0,0	0,4	0,7	1,2
La sanidad	0,9	5,0	4,9	10,8
La vivienda	0,1	0,6	0,9	1,6
Los problemas de índole económica	8,9	12,5	6,9	28,3
Los problemas relacionados con la calidad del empleo	0,2	1,3	0,8	2,3
Los problemas de la agricultura, ganadería y pesca	-	-	0,1	0,1
La corrupción y el fraude	15,3	20,9	8,0	44,2
Las pensiones	0,4	1,1	0,8	2,2
Los/as políticos/as en general, los partidos y la política	9,0	9,4	5,7	24,2
Las guerras en general	-	0,0	-	0,0
La Administración de Justicia	0,3	0,8	1,9	3,0
Los problemas de índole social	1,2	3,5	3,7	8,4
La inmigración	0,5	0,8	0,7	2,1
La violencia contra la mujer	0,0	0,1	0,2	0,4
Los problemas relacionados con la juventud	0,2	0,8	1,0	2,1
La crisis de valores	0,6	0,9	1,4	2,8
La educación	0,9	2,9	4,8	8,6
Los problemas medioambientales	-	-	0,1	0,1
El Gobierno y partidos o políticos/as concretos	1,7	0,8	0,7	3,2
El funcionamiento de los servicios públicos	0,0	0,2	0,3	0,6
Los nacionalismos	0,4	0,3	0,6	1,2
Los problemas relacionados con la mujer	-	-	0,0	0,0
Las preocupaciones y situaciones personales	-	-	0,1	0,1
Estatutos de autonomía	-	0,0	-	0,0
Reforma Laboral	-	0,0	0,2	0,2
"Los recortes"	0,4	1,3	2,4	4,1
Los bancos	0,3	0,8	1,4	2,4
La subida del IVA	0,3	0,8	0,9	2,1
Los desahucios	0,0	0,8	0,6	1,4
El fraude fiscal	0,2	0,4	0,2	0,8
Las hipotecas	-	0,1	0,0	0,2
La Monarquía	0,1	0,2	0,2	0,5
Las excarcelaciones	-	0,0	0,0	0,1
La Ley del aborto	0,0	0,1	0,2	0,3
Subida de tarifas energéticas	-	0,2	0,3	0,5
Otras respuestas	0,8	1,7	2,3	4,8
Ninguno	0,1	-	-	0,1
N.S.	0,6	0,1	0,1	0,6
N.C.	0,2	11,6	39,0	0,2
(N)	(2.474)	(2.474)	(2.474)	(2.474)