

Distraccion del dinero y apropiacion indebida

Con anterioridad a la reforma del C.P. articulada mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la apropiación indebida se regulaba en el art. 252 a 254 C.P. Distinguía entre dos conductas típicas, “apropiarse” y “distraer”.

La **APROPIACIÓN**, que consiste en recibir, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido, o negar haberla recibido; y la denominada **APROPIACIÓN POR DISTRACCIÓN**, que tenía lugar cuando el sujeto recibía la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible, pero con la obligación de darle un determinado destino con el que no se cumple, con intención de incorporarlo a su propio patrimonio o al de un tercero.

Esta segunda modalidad de apropiación indebida, es la que colisionaba con el antiguo delito de administración desleal, ex art. 295 C.P., cuando se trataba de cosas fungibles, dinero, y el sujeto activo era un administrador social, pues tanto en esta modalidad de apropiación indebida mediante distracción como en la administración desleal, se partía de un nexo de unión, que es la gestión o conducta desleal, por cuanto suponen un incumplimiento de obligaciones. Esta modalidad de apropiación indebida también podría colisionar con el nuevo tipo penal de administración desleal, que ahora se regula en el artículo 252 C.P., y cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona que ostente facultades para administrar un patrimonio ajeno en lugar de tener que ser necesariamente un administrador o socio de una sociedad conforme anterior regulación.

Se trataba, no obstante, de conductas diferentes. En la apropiación indebida mediante distracción, la deslealtad suponía una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, **exceso extensivo**, mientras que en la administración desleal, la deslealtad se integraba por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador, **exceso intensivo**.

En cualquier caso, la tesis delimitadora que creemos que era más correcta entre los tipos penales, es la que se centraba, 1) en la incorporación definitiva del bien al patrimonio personal y propio de quien administraba o tenía facultades para administrar; 2) en la incorporación definitiva del bien al patrimonio de un tercero; 3) cuando se le otorgaba un destino distinto del encomendado y sin voluntad o posibilidad de retorno, a lo que se ha llamado **PUNTO SIN RETORNO**, que tiene lugar cuando se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo, o la imposibilidad de entrega o devolución.

En definitiva, y para concluir con la diferenciación entre la apropiación indebida en su modalidad de distracción y el delito de administración desleal, podemos sostener que: a) Cuando el administrador de una sociedad toma bienes de la misma para hacerlos propios o para un tercero, o los desvía sin retorno, cometerá, aunque sea administrador social, el delito de apropiación indebida. Es decir, en la apropiación indebida mediante distracción sólo se incluirán los supuestos de administración fraudulenta o desleal que supongan actos de apropiación; b) Cuando el administrador de una sociedad realiza un uso dominical abusivo de los bienes que administra, provocando un perjuicio para el patrimonio administrado, pero sin que supongan actos de apropiación o de imposibilidad de retorno al patrimonio administrado, cometerá un delito de administración desleal.

La reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida su modalidad de apropiación por distracción de dinero

Tras la reforma, **el nuevo tipo delictivo de apropiación indebida se ubica en el art. 253 C.P., y elimina de su redacción la modalidad de “distracción”, elimina el término de activo patrimonial y sustituya el verbo administrar por custodia**. En consecuencia, la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida su modalidad de apropiación por distracción de dinero, imposibilita que la apropiación indebida pueda ser de un bien inmueble (activo patrimonial) y trata de erradicar cualquier colisión con la administración desleal.

Parecería que la apropiación indebida se ciñe ahora entonces únicamente a los supuestos en los que, sin ostentar facultades para administrar, el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero. De manera que cualquier dinero recibido por quien tiene facultades de administrar un patrimonio ajeno, dará lugar a un delito de administración desleal.

Sin embargo, hasta la fecha, el Tribunal Supremo ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en

vigor de la reforma y niega que, aplicando con carácter retroactivo el nuevo tipo de la apropiación indebida, no tenga encaje la “distracción de dinero” (darle un destino distinto del encomendado o para el que fue facultado con vocación de permanencia y sin posibilidad de retorno). Para ello, en nuestra opinión, se fundamenta en una contradicción, pues sostiene que a pesar de que la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, el nuevo tipo de apropiación indebida **sigue acogiendo los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, ya sea hacia el patrimonio propio, ya sea al de un tercero**. Véanse: STS 216/2016, de 15 de marzo; STS 163/2016, de 2 de marzo; STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas); STS 80/2016, de 10 de febrero (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación); STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes); STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor); STS 788/2015, de 9 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario); STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles); STS 678/2015, de 30 de octubre (apropiación de dinero por apoderado); STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas); STS 592/2015, de 5 de octubre (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa); STS 485/2015, de 16 de julio (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda); STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa); STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal); o STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), entre las más recientes.

Daniel Martínez Gómez
Abogado Asociado

Departamento de Derecho Penal y Compliance
Chávarri Abogados