

LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO Y LA EXCLUSIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Patricio González Sánchez (*)

I.- INTRODUCCION

Desde el nacimiento de la criminología como ciencia, que tiene su punto de arranque a finales del siglo XIX con el positivismo criminológico, se han ofrecido múltiples teorías acerca de la etiología criminal. Modelos biologicistas, explicaciones psicopatológicas y teorías sociológicas han tratado de buscar la causa del comportamiento criminal. El objeto de estudio, durante muchos años, fue el hombre atávico, el desviado mental o el inadaptado socialmente.

Sutherland fue el más relevante de los sociólogos en denunciar una nueva realidad: la existencia de delincuentes de cuello blanco que ocupan elevadas posiciones sociales. Esta afirmación suponía un desmoronamiento de la concepción clásica de la delincuencia y de los delincuentes, como individuos marginales, integrantes de familias desestructuradas o con dificultades de desarrollo emocional o conductual. Sus detractores no se hicieron esperar.

El paso del tiempo ha dado la razón a Sutherland y a sus seguidores. Los escándalos que en años sucesivos fueron saliendo a la luz en la sociedad norteamericana –del que es paradigma el *Watergate*– y en nuestro entorno más cercano, han puesto las cosas en su sitio. El delito es cosa de todos y de él participan quienes integran un alto status social.

Sin embargo, a pesar de que esta realidad es ya conocida, y hasta cotidiana, existe la percepción de que *los poderosos* son inmunes a las

(*) Abogado. Fiscal sustituto en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
pgsparrado@telefonica.net

consecuencias de las normas penales. En el seno de las complejas estructuras empresariales en las que operan (sociedades con personalidad jurídica), se dan las condiciones idóneas para eludir su responsabilidad, pues en estos entramados, el Derecho penal encuentra serias dificultades para establecer una relación de causalidad directa entre el hecho criminal y los dirigentes de la organización, que se hayan muy distanciados de los ejecutores materiales y de los mandos intermedios.

Esta realidad es la razón de que, desde la Unión Europea, se promoviera la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, así como a través de ulteriores Decisiones-Marco de la Unión Europea. La idea proyectada desde la Unión Europea de que la responsabilidad de las personas jurídicas se proyecta al ámbito de la criminalidad socio-económica y financiera, así como a los circuitos de corrupción que ofrecen un entramado organizativo, sumado al actual contexto de crisis económica, son el fundamento de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La significativa ausencia en esta reforma de los delitos de apropiación indebida, dentro del elenco tasado de los que pueden ser imputados a personas jurídicas, invita a preguntarse sobre la virtualidad de la reforma.

Este trabajo –que tiene su punto de partida en las tesis de Sutherland sobre los delitos de cuello blanco– se adentra en el análisis del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas tras la indicada reforma del Código Penal y en su capacidad para conseguir que la norma penal alcance a todos. Seguidamente se centra el enfoque en la vinculación entre los fundamentos de la responsabilidad penal de estos entes y las notas características que conforman la apropiación indebida, recurriendo para ello al estudio de la doctrina jurisprudencial. Finalmente, será el momento de analizar críticamente si existen razones de política criminal que aconsejen la exclusión de este delito (apropiación indebida) del ámbito de responsabilidad de la persona jurídica. Si la respuesta a este interrogante fuese negativa, la actuación de los legisladores pudiera ser cuestionada.

II.- OBJETIVO – METODO

Al publicarse la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010 (LO 5/2010), una de las novedades más destacadas y llamativas (sino la que más) era la declaración de la responsabilidad penal de las personas

jurídicas. Aparte de las dificultades prácticas que su regulación ofrecía, me llamó especialmente la atención que esta responsabilidad fuese tasada y que dentro de su ámbito no se incluyeran los delitos de apropiación indebida. Para mí, esta ausencia negaba algo que, en principio, entendía evidente: quedaban fuera del reproche penal los delitos patrimoniales más próximos a la forma de actuación de las personas jurídicas complejas. Parecían reproducirse los patrones (negación de la realidad) que condujeron a Sutherland a discursar que los delitos económicos no eran cosa de pobres, marginados, desviados mentales..., sino que afectaban también a los estratos más altos del orden social. Pero para trasponer la intuición en datos objetivos se hacía preciso un estudio más detallado de la materia. Y a esto se dirige este trabajo; a examinar si está justificada o no la anunciada ausencia de los delitos de apropiación indebida dentro de los que pueden ser penalmente reprochados a las personas jurídicas; a poner de relieve si el legislador se ha olvidado de dar una adecuada respuesta a los delitos de cuello blanco.

El método empleado para responder a la cuestión planteada, la eventual tolerancia hacia los delitos de cuello blanco, ha sido el análisis de la norma cuestionada y la correlación entre el título de responsabilidad de las personas jurídicas y la forma en cómo la jurisprudencia conceptúa los delitos de apropiación indebida, sirviéndome de los más recientes estudios dedicados al análisis de la reforma penal, señaladamente en lo relativo a la inclusión de las personas jurídicas como sujetos pasivos de derecho penal. Igualmente se ha realizado una búsqueda bibliográfica tendente a centrar el concepto de delitos de cuello blanco, el de estructura empresarial compleja y el de Derecho penal simbólico, haciendo uso de estos términos como criterios de búsqueda.

III.- DESARROLLO

LA APARICION DEL CONCEPTO

El término “delito de cuello blanco” fue acuñado por el sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland. El 27 de diciembre de 1939 pronunció la conferencia inaugural de la reunión anual de la *American Sociology Society*, de la que era presidente, dedicándola al *White Collar Criminality* (1). Diez años más tarde, en 1949, el contenido de su discurso fue publicado por la Editorial Dryden Press de Nueva York, aunque para ello tuvo su autor que ceder a las exigencias censoras que le impusieron tanto la Universidad de Indiana como la propia editorial, no siendo hasta 1983 cuando su monografía salió a la luz en su integridad (2).

Sutherland asociaba el concepto de delito de cuello blanco con una doble condición: “la pertenencia social del sujeto activo (persona respetable de elevada condición social)” y el “ámbito en donde se enmarca la actividad delictiva (delito que se comete en ejercicio de la profesión de aquél)” (1).

Pone el acento el autor en que no existen diferencias entre los delitos de cuello blanco y los delitos comunes en cuanto a su proceso etiológico, pero enfatiza que rara vez alcanzan las normas penales a los poderosos por tres razones fundamentales: a) por su posición dominante; b) por la ausencia de apoyo de leyes sancionadoras de estas conductas, pues “el control de las agencias de comunicación pública está en manos de hombres de negocios que violan las leyes”, y c) por la “tendencia a métodos no punitivos de control social” (1).

Desde esta perspectiva, Sutherland pone de relieve la inadecuación de las teorías tradicionales para explicar las causas del comportamiento delictivo. Las conductas delictivas centradas en cuestiones como la pobreza, la desestructuración social o los desórdenes mentales no servían para explicar la comisión de delitos económicos protagonizados por personas que ocupaban posiciones de poder (3). La explicación causal del delito que engloba esta nueva realidad, ameritaba una nueva teoría que le diese cobertura. Para ello, el autor elabora la teoría de la asociación diferencial. Parte Sutherland de la premisa de que el delincuente de cuello blanco no se concibe a sí mismo como un criminal al no ser tratado ni legal ni socialmente como tal. La asociación diferencial se produce al vivir inmerso en un mundo, el “mundo de los negocios”, en donde se produce una desorganización social (u organización social diferencial) regida por unos códigos de comportamiento enmarcados en la ilegalidad, que son transmitidos por aprendizaje y reforzados mediante claras técnicas de neutralización (“todo el mundo lo hace”, “el cumplimiento de la ley es imposible”, “el legislador no comprende el mundo del *business*”...) (1). Esta teoría –asociación diferencial– defiende que “la criminalidad está en función de la organización social, es la expresión de la organización social”. La organización del grupo puede favorecer o estimular la aparición de un comportamiento criminal o bien centrarse en su erradicación, o puede mantener una posición ambivalente. Se accede al comportamiento delictivo por asociación del individuo con otros, en el seno de un grupo de conocidos en el que prevalece una opinión favorable a la violación de la ley (2). La teoría de la asociación diferencial, al sustituir el concepto de la desorganización social por el de organización social diferencial abre el camino al estudio de los valores, las culturas y subculturas en conflicto (2).

La concepción de Sutherland sobre los delitos de cuello blanco fue criticada desde el ámbito de la sociología, entre otros, por Paul Tappan y Edwin Lemert. Sin embargo, conviene destacar (más allá de los errores de los que adolece la tesis de la asociación diferencial para explicar la causa del delito, extensible ahora a “los sujetos socialmente valorados”) su capacidad para remover conciencias. Es un dato cierto que el delito no se circunscribe a lo marginal, ni siquiera el de índole económica, pero lo relevante es destacar la apatía de sus contemporáneos a reconocer su existencia. La obtención de un indebido enriquecimiento, en perjuicio de terceros, puede aparecer solapado por la ausencia de leyes formales tipificadoras de ciertas conductas, pero desde el punto de vista material, el desvalor de la acción no difiere de aquél otro que produce iguales consecuencias y que encuentra reflejo en las normas penales.

El compromiso social es el principal valor de la obra de Sutherland: entendía que “el excesivo juridicismo y garantismo en lo que se refiere a los delitos de cuello blanco lejos de propiciar un sistema de defensa de los derechos de los ciudadanos, como tantas veces se afirma, en realidad, lo que crea es una doble balanza de la justicia: de un lado la balanza que penaliza sistemáticamente los delitos de los pobres y de otro la que se muestra complaciente y condescendiente con los delitos de los ricos” (2).

Hasta aquí, como se puede observar, los contornos de lo que se debe entender como delitos de cuello blanco no aparecen suficientemente identificados: giran en torno a la condición social del sujeto que los realiza y al ámbito en el que se materializan. Muchos han sido los intentos por conceptualizar el delito de cuello blanco, pero como se verá en el epígrafe que sigue, sin mucho éxito.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

En su origen, el *White-collar crime* fue un concepto más social que legal. Fue una creación sociológica, pero posteriormente trascendió al ámbito jurídico para designar una serie de delitos con características comunes. Pero conceptualizar jurídicamente un concepto criminológico acuñado por sociólogos ha sido una tarea inacabada.

El debate más destacado sobre qué se debía de entender por delitos de cuello blanco, fue protagonizado por su creador y sus seguidores (*The Sutherland Tradition*) y por la escuela que secundó el punto de vista de Tappan (*The Legal tradition*) (4). Los estudios de los primeros se orientaban a la documentación de la existencia de actos ilícitos perpetrados por las grandes empresas americanas, reivindicando su sanción penal; los

segundos centraron su análisis en el tipo de ofensa más que en la relevancia de su autor (4).

Esta diferencia de corrientes revela una distinta concepción de política criminal: los primeros más beligerantes y los segundos más conformistas con la tradición. En todo caso, ninguno de los dos puntos de vista es apto para acotar el desvalor de la acción, ni para definir el bien jurídico merecedor de protección penal. Esto es así porque la obra de Sutherland denuncia la impunidad penal de los *poderosos* que utilizan como plataforma de enriquecimiento su privilegiada posición socio-laboral. No reclama una tipología nueva de delitos, sino un tratamiento equiparable al que reciben los delincuentes comunes. Pone el énfasis en el sistema de inmunidad que se aprovecha de la indefensión, la incapacidad, indiferencia, complicidad o temor hacia aquellos a quienes se dirige la actuación de control. La trasposición del concepto social-criminológico al ámbito jurídico tiene el inconveniente, si se aleja del supuesto de hecho penalmente relevante, de convertirse en un Derecho Penal de Autor. Por su parte, la Escuela clásica, al centrarse exclusivamente **en el hecho** se acoge a un criterio formalista, evitando, con tal postura, que se desvelen ciertas conductas criminógenas que se producen en el entorno del poder. Sin embargo, lo que sí merece especial atención, son los estudios que se orientan no tanto a definir jurídicamente los delitos de cuello blanco, como a subrayar **la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas** o a los directivos u oficiales responsables de la toma de decisiones.

Abundar más en el pretendido concepto jurídico de los delitos de cuello blanco y en la tipología de los que lo conforman se antoja una tarea innecesaria por inútil y estéril. Exponente claro de esta vacuidad conceptual son, como apunta Ruiz Badillo (5), las recomendaciones del Consejo de Europa sobre criminalidad económica, en donde se alcanza un elenco de infracciones que deben ser consideradas “delitos de cuello blanco” y que están constituidas por trece definiciones en donde persisten las indeterminaciones: formación de cárteles; abuso de poder económico de las multinacionales; obtención fraudulenta de fondos del Estado; infracciones informáticas; infracciones a niveles de empresa (creación de sociedades ficticias, falsificación de balances, fraudes sobre el capital de sociedades); violación de las normas de seguridad y salud; fraudes en perjuicio de acreedores; infracciones contra el consumidor o competencia desleal, publicidad engañosa; infracciones fiscales; infracciones cambiarias; infracciones de bolsa e infracciones contra el medio ambiente.

Más fructífero se antoja proseguir con el estudio de los delitos económicos y la virtualidad de la criminalización de las personas jurídicas,

como estructura en la que se desenvuelve la actividad económica a gran escala.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

I.- Notas preliminares:

Antes de abordar el sistema de responsabilidad establecido en la actual redacción del Código Penal (CP) conviene hacer unas reflexiones previas para no perder el hilo argumental que se venía desarrollando en el epígrafe anterior.

La referencia hecha a los delitos económicos no significa que conformen una categoría diferenciada respecto a la criminalidad común. Ni siquiera la forma en cómo se manifiestan sus actos criminales tienen porqué coincidir con los delitos que se encuadran bajo el epígrafe de delitos socio-económicos. Ello no quiere decir que la comisión del delito, que puede, por ejemplo, repercutir en los derechos de los trabajadores, o en los intereses de los consumidores, no represente una ganancia patrimonial para la empresa, al no costear cuántos mecanismos de seguridad son exigibles para garantizar la integridad física del empleado o para que el producto que se comercializa sea apto para el consumo o se componga de materiales que no sean lesivos para la salud. Inmediatamente después de esta afirmación se representan dos dificultades, consistentes en la identificación del sujeto activo del ilícito societario y en el título de imputación de la responsabilidad de la persona jurídica.

Son características destacadas de las personas jurídicas, entre otras, la complejidad de las relaciones causales (que dificulta la delimitación de responsabilidades); la afectación a bienes jurídicos que afectan a una pluralidad de sujetos; y la distancia que separa a la víctima del criminal (éste no aparece identificado para la víctima, que sólo podrá defender sus intereses si se dirige contra el armazón que oculta a los responsables de su perjuicio).

Para preservar los intereses de la víctima y eludir el velo de impunidad que protege de la respuesta penal a los dirigentes de la sociedad jurídica es preciso superar los presupuestos sobre los que se asienta el sistema penal clásico; o, como dice Mapelli Caffarena (6), “el sistema penológico de la mayoría de los códigos se adapta con dificultad a las particularidades de los delincuentes de cuello blanco”, que se manifiesta “desde el momento en que una correcta persecución de estos delitos obliga a superar el principio de *societas delinquere non potest*” (6).

Enlazando con la tradicional disputa de escuelas sociológicas (Sutherland – Tappan) sobre la condición de los delitos de cuello blanco, resulta curioso comprobar cómo ambos posicionamientos se mantienen en el plano dogmático-jurídico, encontrándose, por un lado, quienes tratan de remover los obstáculos para que estos delitos puedan ser sancionados, y por otro, quienes se aferran a los dogmas clásicos del Derecho penal para apuntalar la impunidad de las sociedades jurídicas negando la posibilidad de que éstas puedan delinquir. Quien así se postula no reconoce que la única forma de dar respuesta a la delincuencia económica (en toda su extensión) es transitando desde la responsabilidad individual hacia la responsabilidad de la persona jurídica (en esta línea, más extensamente: 6).

Pero antes de que aflore el sentir de quienes sean contrarios a esta iniciativa de punición de las personas jurídicas, bajo el argumento de que el Derecho penal está reservado para los delitos más graves, debe advertirse, siguiendo a Luis Arroyo Zapatero (7), que el interés a proteger no ha de tener tan solo relevancia constitucional, sino que debe ser necesario para el mantenimiento de un determinado sistema social y, no cabe duda que el mantenimiento de este orden constitucional, obliga a “tutelar al individuo en sus posiciones concretas de trabajador, consumidor, ahorrador, inversor o en su medio ambiente. E igualmente, la necesidad de que el Estado actúe como un poder financiero, de recaudación y aplicación de recursos, y que intervenga regulando el marco jurídico para la actuación de los poderes económicos” (7). Tales intereses “constituyen una abstracción conceptual para hacer referencia a un conjunto de intereses individuales” (7).

Antes de la reforma del Código Penal no significa que no operase ningún tipo de responsabilidad para quienes actuaban como sujetos de la organización empresarial. Pero los supuestos de referencia han ido progresando a base de la regulación de sectores específicos de la acción empresarial, sin establecerse pauta normativa alguna de tipificación de la conducta criminal de la empresa como sujeto merecedor del reproche penal.

La salvaguarda de los intereses de los perjudicados, hasta ahora, no se hacía imputando automáticamente, “por arriba”, la responsabilidad de todas las acciones a los dirigentes últimos de la empresa, sin deslindar responsabilidades intermedias, y tampoco se atribuía la responsabilidad penal a los últimos eslabones de la cadena empresarial.

Si pensamos en una empresa pequeña, es factible que su máximo dirigente sea el responsable de los actos ejecutados por los operarios en el cumplimiento de la labor que les fue atribuida. Sin embargo, en las empresas de mayor volumen y complejidad, esta coincidencia no tiene

porqué producirse. Explica Bernardo Feijoo Sánchez (8) que los estudios de sociología de la organización demuestran que “en muchas ocasiones los órganos superiores no toman decisiones relativas a hechos concretos, sino que solo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios que son los que realmente adoptan las decisiones concretas relevantes y disponen de la información decisiva con respecto a la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos”. En tales casos cuentan, “los cargos intermedios o jefes de una sección, un departamento o una unidad operativa concreta, con gran autonomía y enormes capacidades de decisión” por lo que “no siempre es adecuado resolver los conflictos penales proyectando la responsabilidad hacia el vértice superior de la pirámide” (8).

Pero en última instancia, la complejidad estructural de la empresa, estimo, no será la única variable a tener en cuenta para la atribución de responsabilidades. Este criterio puede encajar en supuestos de hecho en los que sea posible, y aún recomendable, delegar funciones en el ejercicio de la actividad empresarial, pero existen otras muchas conductas relacionadas con la política de empresa, con las funciones de dirección, que son pautadas desde –siguiendo el símil- la cúspide de la pirámide. Deben aislarse las responsabilidades cuando sea merecido hacerlo, pero no se puede caer en la trampa de alzar el velo de la persona jurídica, para encontrarnos con otro más sutil, que establezca una mecánica de funcionamiento formalmente delimitada en cuanto a las responsabilidades, pero bajo la superior dirección y control de los directivos. Estos últimos supuestos serían los más íntimamente relacionados con la política de gestión de recursos financieros.

II.- El sistema de responsabilidad penal de las entidades con personalidad jurídica previsto en la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio:

Lógicamente, no es este el ámbito más adecuado para desmenuzar las virtudes o inconvenientes del articulado relativo a la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero sí es necesario dedicar unas líneas a esta materia para clarificar algunos conceptos y fijar el punto de partida del ulterior análisis sobre el alcance de la responsabilidad que a estos entes se atribuye.

La nueva redacción del Código Penal permite afirmar que se ha optado por abandonar el sistema tradicional, sintetizado en el brocardo *societas delinquere non potest*, incluyendo la responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas. Con anterioridad a esta reforma, la única vía de atribución de responsabilidad era accesoria, por cuanto

exigía el precepto encargado de su regulación (artículo 129 CP) una previa declaración principal de responsabilidad criminal de la persona física, siendo además de aplicación facultativa (9).

El nuevo artículo 31 bis del Código Penal apuesta por un modelo de responsabilidad directa, pero es preciso matizar que “sigue habiendo una acción cometida por una persona física como referencia” (9). No obstante, cabe añadir, que no es necesario que tal persona física esté individualizada para que entre en juego la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El concreto sistema de responsabilidad establecido en el citado artículo 31 bis del CP, se establece conforme a los siguientes criterios:

1. La previa comisión del delito, perpetrado en nombre o por cuenta y en provecho de la sociedad por parte de persona física en quien concurra la condición de representante legal o administrador de hecho o de derecho (pfo. 1º del art. 31.1 bis CP)
2. La previa comisión del delito por personas físicas en el ejercicio de actividades sociales, que se verifiquen por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus representantes o administradores, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendiendo las concretas circunstancias del caso (pfo 2º del art. 31.1 bis CP).
3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que realizarse por quien ostente los cargos o funciones aludidas (en los apartados anteriores), aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31.2 bis CP).

El **sistema de sanciones** aplicable sería el previsto en el artículo 33.7 del CP: a) multas por cuotas proporcional; b) disolución de la persona jurídica; c) suspensión de actividades por un plazo no superior a cinco años; d) clausura de locales y establecimientos (por un plazo máximo de cinco años); e) prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas; y g) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Sistema este, de bajo perfil, que se ve matizado, por lo dispuesto en el art. 66 bis CP, y del que interesa resaltar: 1º) que las penas previstas en

los apartados c) a g) no podrán exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad para el caso de que el delito fuera cometido por persona física; y 2) las indicadas sanciones (c-g) tan solo podrán ser superiores a dos años, bien cuando la persona jurídica sea reincidente, bien cuando la misma “*se utilice como instrumento para la comisión de ilícitos penales*”, debiéndose entender “*que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*”;

Parece, siguiendo a Morales Prats (10), “que el legislador está indicando que un plazo de sanciones superior a dos años solo debería aplicarse para aquella criminalidad organizada que hasta ahora hemos venido entendiendo como criminalidad dura (formas jurídicas al servicio del terrorismo o narcotráfico)” (10).

En cuanto al título de responsabilidad de las personas jurídicas, la mayor parte de los autores que se han referido a esta cuestión son partidarios de regular la responsabilidad penal de estos entes basándola en el “defecto de organización” o de autocontrol, de manera que, bien por no existir códigos de comportamiento, bien porque estos no se cumplen, la organización se ha mostrado ineficaz para evitar la comisión de delitos (9). Concretamente, en el modelo estadounidense la estructura organizativa y sus criterios de funcionamiento se erigen en los elementos clave para fundamentar la responsabilidad penal y para graduar y determinar las sanciones penales que corresponda imponer (9). En Europa han ido progresando distintas fórmulas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, inaugurando esta tendencia Holanda en 1976, que fue seguida por Gran Bretaña, Irlanda y Noruega (en 1991), Islandia (1993), Francia (1994), Finlandia (1995), Eslovenia y Dinamarca (1996), Estonia (1998), Bélgica (1999), Suiza y Polonia (2003) y Portugal (2007). Las formulaciones legales de cada uno de los ordenamientos jurídicos de estos países tienen sus peculiaridades. Francia, por incluir un ejemplo cercano, acoge un modelo de responsabilidad que no fija criterios propios de imputación de responsabilidad a la personalidad jurídica. Prescinde de un reproche penal directo dirigido a las personas jurídicas, por cuanto la infracción penal llevada a cabo por las personas físicas en el contexto empresarial se refleja de manera automática en la esfera de la responsabilidad de la persona jurídica. No parece, pues, que existan patrones comunes válidamente aceptados en el ámbito legislativo para enfrentarse a este problema.

Morales Prats (10) insiste en que “debería incluirse la referencia al defecto de organización como criterio de imputación de la responsabilidad penal de los entes”, idea que debería complementarse con la cualificación

del defecto organizativo como “relevante o habilitante para la comisión del hecho delictivo” por parte de la persona física (10).

El estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ya se dijo, no centra este trabajo, sino que tan solo es el tránsito para poner de manifiesto la **carencia** que ofrece su regulación en nuestro Derecho, señaladamente, en lo referente a la ausencia de incriminación de estos entes por la comisión de **delitos de apropiación indebida**. Esto obliga a no hacer un análisis minucioso de los problemas técnicos que giran en torno a esta nueva forma de autoría criminal. Por ello, tan solo se ha hecho una breve descripción de las fórmulas contempladas en la reforma del Código Penal español para punir, de forma directa, a las personas jurídicas; se han apuntado las penas a las que vienen sometidas, haciendo un pequeño apunte sobre su tibieza y, por último, se ha hecho mención a la disparidad de criterios existentes en las legislaciones que, por fin, se decidieron a dar el paso de superar los cánones del Derecho penal tradicional, contrarios a cualquier fórmula de responsabilidad penal que no fuera dirigida contra una persona física.

No obstante, no se puede pasar por alto que el desplazamiento de la responsabilidad penal hacia las personas jurídicas no debe ser un instrumento para **diluir** la que correspondería a sus máximos dirigentes. Se comprende que existen niveles de acción que pueden escapar del ámbito de actuación de los máximos responsables de la gestión empresarial (niveles ejecutivos que no afectan a la política de empresa), pero en otros espacios, la atribución de responsabilidad se podría proyectar hacia quienes dirigen los designios del objeto social empresarial. La responsabilidad de las personas jurídicas no debe servir al fin contrario que se persigue: servir de tapadera a los mandos del poder empresarial, diluyéndose, en el camino, entre los mandados (que ocupan posiciones intermedias), y entre el carácter simbólico de las penas que pueden recaer sobre las grandes estructuras empresariales como sujetos de derecho.

La referencia hecha al déficit de organización de la empresa no es lo mismo que la organización empresarial habilitante para la comisión de delitos. Ni tampoco es igual la responsabilidad que puede derivar del defecto de organización de aquella otra que procede de instrumentalizar la empresa con fines delictivos. Tampoco debiera ser inviable que, una vez se hubiera demostrado que la empresa es responsable de la comisión del hecho delictivo, cuando tal responsabilidad fuese debida a una dejación maliciosa de funciones, se extendiera la responsabilidad penal a quienes han favorecido la comisión del hecho criminal.

Lo que, desde mi punto de vista, se echa en falta, es tratar a la persona jurídica como un **ente abstracto**, en vez de cómo un instrumento al servicio de una actividad comercial (aunque tenga sustantividad jurídica propia). Lo que se debe penalizar no es el instrumento, sino a quienes manejan sus hilos. La idea normativa de acudir a la responsabilidad penal de la persona jurídica tan solo es útil si se proyecta sobre aquellos que se mueven bajo su protección. Si se ataca la estructura, el envoltorio y, como mucho, a los figurantes, se podrá afirmar que formalmente se acoge en nuestro derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no tendrá otra naturaleza distinta que la meramente administrativa. Nos encontraríamos ante el Derecho penal de la apariencia, de la forma, del simbolismo carente de eficacia práctica.

III.- La marginación del delito de apropiación indebida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

El Código Penal español adopta un sistema tasado de supuestos en los que admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Son los siguientes: tráfico de órganos (art. 156 bis CP); trata de seres humanos (art. 177 bis); prostitución (art. 189 bis); acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3); estafa (art. 251 bis); insolvencias y concursos punibles (art. 261 bis); alteraciones, supresiones o daños informáticos (art. 264.4); delitos relativos al mercado y consumidores y corrupción privada (art. 288); receptación y otras conductas afines (art. 302.2); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 bis.4); delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4); delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6); vertido de radiaciones ionizantes (art. 343.3); fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos (art. 348.3); tráfico o favorecimiento del consumo de drogas tóxicas o estupefacientes (art. 369 bis); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis); cohecho (art. 427.2); tráfico de influencias (art. 430); corrupción de funcionario público extranjero o de organización internacional (art. 445.2); organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater) y financiación del terrorismo (art. 576 bis.3).

Esta particular lista de los delitos que pueden ser cometidos por personas jurídicas, dejan al margen uno de los delitos contra el orden socio-económico básicos: la apropiación indebida del artículo 252 del Código penal; también el delito societario del art. 295 CP, que no es sino un subtipo especial de apropiación indebida.

¿Acaso sea un dislate incluir este tipo de delitos? ¿Pudiera haber ocurrido que esta posibilidad haya sido desechada por el legislador por descabellada?. Existen distintas formas de hacerse con lo ajeno, de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito y un correlativo empobrecimiento en un tercero. La forma más familiar es quitarle algo a alguien sin título legítimo y sin su consentimiento: hurtar o robar (dependiendo de la forma de comisión del delito). Otras dos formas clásicas de conseguir este objetivo son: 1) mediante engaño, generando un error en otro para disponer de algo en nuestro beneficio (estafa); y 2) por apropiación o “**distracción**” de aquello que nos han confiado (apropiación indebida), en depósito o por cualquier otro título. Sobre estas conductas pivotan todos los delitos de naturaleza patrimonial, aunque el Código penal reconozca otras muchas acciones especiales, sub-especies de las anteriores.

No cabe duda que todos y cada uno de los delitos citados anteriormente (los que integran la lista de los que pueden ser cometidos por personas jurídicas) son relevantes y deben ser objeto de control social, pero también lo es el delito de apropiación indebida, pues es el pilar sobre el que se asientan las relaciones de confianza en muchas actividades propias de las relaciones negociales, siendo éstas, básicas para la gestión de los recursos patrimoniales que se ceden en depósito. Pasemos a su estudio.

LA APROPIACION INDEBIDA. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Es prácticamente ajeno a los entes con personalidad jurídica los delitos de robo y hurto (en sentido estricto). Más afín a las posibilidades de actuación ilícita de estos entes son la estafa y la apropiación indebida. La estafa, fundamentalmente caracterizada a través de lo que se ha venido en llamar por la doctrina jurisprudencial como “contratos civiles criminalizados ab initio”, es decir, aquellos en los que la empresa contratante aparenta frente al vendedor un compromiso serio de pago, pero desde el principio, desde el mismo momento de la contratación, existe la clara voluntad de obtener un desplazamiento patrimonial en su beneficio sin intención alguna de abonar la contraprestación económica. Es relativamente habitual toparse con empresas especializadas “en nada”. Construyen varias sociedades jurídicas que contactan con proveedores; se ganan su confianza con pequeños pedidos que pagan puntualmente y, finalmente, hacen un pedido de mayor envergadura que, sencillamente, no pagan porque nunca tuvieron intención de hacerlo. Otra fórmula burda de engaño consiste en ofertar algo (vgr: casas de madera); el cliente paga un suculento anticipo para importar las maderas de Canadá (por ejemplo) que necesita el “constructor” y el vendedor se retrasa sistemáticamente en el cumplimiento de su obligación

hasta que el confiado cliente acaba perdiendo la paciencia (y la pista sobre el paradero del estafador) y se da cuenta de que ha sido víctima de un engaño. Con estos ejemplos lo que se pretende poner de manifiesto es que: a) en muchas ocasiones los estafadores no son delincuentes de cuello blanco sino estafadores profesionales que crean empresas “fantasma” para el desarrollo de su ilícita actividad, y b) que se trata de supuestos en los que, en muchas ocasiones, son reconducidos a la vía civil por la dificultad que entraña demostrar la inicial intención defraudadora de quien se ve imputado en una causa criminal por estos hechos. Para obtener una condena, no basta la simple constatación del hecho objetivo (impago ó falta de prestación del servicio comprometido), sino que deben valorarse todas las circunstancias que giran en torno a cada uno de los supuestos para “entrar” en la psique del sujeto y analizar su auténtica intención de no pagar o incumplir la contraprestación. En este intento, el escollo principal es el alegato del estafador de que tenía voluntad de cumplir sus compromisos, pero no los ha podido llevar a efecto por **circunstancias sobrevenidas**.

Sin embargo, el delito de apropiación indebida se presta mejor a su comisión por empresas consolidadas. Debe ser así porque el desplazamiento patrimonial de los clientes se basa en una **relación de confianza**: si yo invierto en un fondo de pensiones con la esperanza de que cuando me jubile voy a obtener el fruto de mi inversión, más una ganancia añadida, lo hago porque la entidad a la que me dirijo me inspira la suficiente confianza de que podrá responder a mi demanda cuando alcance la edad de jubilación. Parto de la base de que gestionará adecuadamente los intereses de los inversores, en beneficio de todos; también en el de los suyos propios.

El artículo 31 bis del CP, aún cuando explícitamente no menciona como título de responsabilidad de las personas jurídicas el déficit de organización, es obvio que late en su regulación como criterio de atribución de responsabilidad penal. De hecho, al referirse al motivo de su responsabilidad, se hace referencia a la ausencia de control sobre la actuación de los representantes legales y sobre los administradores, de hecho o de derecho. También se ha mencionado más arriba, que la mayor parte de los autores que se han referido a esta cuestión son partidarios de regular la responsabilidad penal de estos entes basándola en el “defecto de organización” o de autocontrol, de manera que, bien por no existir códigos de comportamiento, bien porque estos no se cumplen, la organización se ha mostrado ineficaz para evitar la comisión de delitos. Y se añadió la cualificada opinión de Morales Prats, quien refería que “debería incluirse la referencia al defecto de organización como criterio de imputación de la

responsabilidad penal de los entes”, idea que debería complementarse con la cualificación del defecto organizativo como “relevante o habilitante para la comisión del hecho delictivo” por parte de la persona física (10).

Al repasar estas citas, no se pretende sino ponerlas en conexión con los términos que por la jurisprudencia se emplean para hacer referencia a la comisión del delito de apropiación indebida en su especialidad de **distracción de fondos o dinero** y en el modelo especial de apropiación indebida que se articula como delito societario en el artículo 295 del CP. Existe una correlación altamente significativa entre **déficit de organización, defecto de organización** y lo que la anunciada jurisprudencia llama como **gestión desleal, administración desleal o fragilidad de la estructura empresarial**.

Conviene, para que quede constancia de esta realidad, no simplemente mencionarla, sino plasmarla. A estos efectos, se ha hecho una selección representativa de extractos de sentencias que evidencian con rigor y sencillez, la línea jurisprudencial (unánime) sobre el contenido del delito de apropiación indebida del artículo 252 del CP y del 295 del mismo texto legal (delito societario, como tipo especial de apropiación indebida en el ámbito de la gestión empresarial) (*negrita y cursiva, propias*):

A. APROPIACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 252 CP:

1. Sentencia del TS (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2017/2002 de 3 de febrero; RJ\2003\4061. Fundamento jurídico primero: Distingue esta resolución entre los distintos tipos de apropiación indebida: 1) “apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro” y 2) **Gestión desleal**, “que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance”. “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»**, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/1998, de 26 de febrero (RJ 1998, 1196) que precisó, más adelante, que de acuerdo con esta interpretación el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el art. 535 del CP/1973 sugiere con claridad lo que separa a la apropiación indebida 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**, 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 convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SS 3-4-1998 [RJ 1998, 2383], 17-10-1998 [RJ 1998, 1998, 6876] y 840/2000 de 12 de mayo [RJ 2000, 3462])”.

“Es posible que puedan producirse supuestos en los que la conducta quede incluida al mismo tiempo en las previsiones del artículo 252 y en las contenidas en el artículo 295, pues siempre que se produzca una apropiación de bienes o una distracción de dinero por parte del administrador respecto de aquellos bienes sobre los que recae su administración, podrá afirmarse que aquél habrá desarrollado su acción en el ámbito de una administración fraudulenta, en cuanto que su conducta perjudica y defrauda conscientemente la confianza del administrado en la persona en cuyas manos ha puesto su patrimonio”.

2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1212/2003 de 9 de octubre; RJ\2003\7233. CASO: GESTORA I.G.S./COOPERATIVA P.S.V. Fundamento jurídico tercero: En referencia a los requisitos exigidos por el art. 252 CP, indica: a) “una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo, del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Actualmente ampliados a ‘valores’ o ‘activos patrimoniales’”; b) “que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que produzcan obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad)”; c) “que el sujeto activo **rompa la confianza o lealtad debida**, mediante un acto ilícito de disposición dominical, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno”; d) “conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno”. Esta resolución, en el punto 11 del fundamento jurídico tercero, penúltimo párrafo, con cita de la Sentencia de 17 de julio de 1998, nº 768 (RJ 1998, 6295) refiere: “«la amplia fórmula utilizada permite incluir los supuestos de entrega anticipada de cantidades a cuenta a los promotores y constructores con el destino específico de construcción de viviendas. La apropiación indebida concurre, en estos casos, cuando el promotor o constructor acusado dispone ilegítimamente de las cantidades que ha percibido con un destino específico y, abusando de la tenencia material de las mismas y de la confianza en él depositada, las desvía del destino legal y

contractualmente previsto, es decir, las dedica a otras atenciones diferentes»”. “Resulta, pues, indiferente si con la desviación de las cantidades recibidas se ha obtenido un beneficio económico propio o ajeno o simplemente se han perdido o distraído, sin existir beneficiario alguno. En todo caso depende de la realización de un acto dominical ilícito. En nuestra hipótesis las cantidades desviadas, debieron beneficiar o, cuando menos, reducir el pasivo de otras entidades societarias dentro del holding, en ausencia de pruebas que demuestren otro destino diferente”.

Y en el punto 12 del mismo fundamento jurídico añade: ”De lo hasta ahora expuesto queda fuera de toda duda que el recurrente «era plenamente consciente del **tipo de estructura empresarial que estaba creando y de la fragilidad de la misma**, así como de los compromisos contraídos, y a pesar de ello **actúa asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados por los cooperativistas**, destinándolos a cubrir las necesidades del grupo en cualquier rama de actividad, violando el compromiso asumido”.

“Por tanto, cabe estimar (...) que el elemento subjetivo (conciencia y voluntad del autor) abarcaba la propia conducta de distracción, el perjuicio que se originaba así como el incumplimiento de la obligación de devolver que se asumía, desde el momento en que se utilizaban los fondos para fines distintos, sin garantizarse a través de los medios adecuados la devolución de aquéllos en el caso de incumplimiento de la finalidad que motivó su entrega”.

3. Meritoria, por el detallado análisis acerca de la evolución del tipo delictivo del artículo 252 CP, por la inadecuación del delito de estafa para sancionar los delitos de administración fraudulenta, por la distinción del ámbito de actuación que comprende a los artículos 252 y 295 CP y por sus numerosas referencias a precedentes sentencias, es el extenso fundamento jurídico primero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 253/2001 de 16 de febrero; RJ\2001\472. Un extenso extracto del mismo dice así:

“Como recuerda la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1196), antes de la reforma operada en 1983 en el CP/1973, el art. 528, definidor de la estafa en los términos amplísimos que se recordarán –«el que defraudare a otro»– podía ser utilizado quizá para el castigo de una amplia gama de conductas fraudulentas susceptibles de ocasionar un perjuicio patrimonial. **La redacción impuesta por la LO 8/1993** (RCL 1983, 1325, 1588 y ApNDL 2364),

convirtiendo el engaño en el elemento nuclear de la estafa y perfeccionando la redacción del tipo de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, **convirtió en imposible la subsunción en el mencionado precepto de cualquier comportamiento fraudulento en que no se hubiese utilizado como medio comisivo el engaño, entre otros y muy principalmente, los actos de administración fraudulenta.** *A raíz de dicha reforma y durante algún tiempo, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia dominante consideraron que tales actos habían quedado en buena medida despenalizados porque, de una parte, se decía que la producción dolosa de un perjuicio en un patrimonio ajeno cuya administración ha sido confiada al autor del empobrecimiento no es normalmente resultado de una maniobra engañosa sino del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado, lo que no permitiría sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos y, de otra, se razonaba que, siendo un bien fungible el dinero objeto de la acción, la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración no afecta a la propiedad sino al patrimonio que no es una cosa mueble sino un conjunto de activos y pasivos, lo que constituiría un obstáculo para la apreciación del delito de apropiación indebida descrito, como delito contra la propiedad, en el art. 535 del CP derogado. No obstante, esta interpretación excesivamente restrictiva del viejo art. 535 no venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto”.*

“Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían – como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente– 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.** 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».*** De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el art. 535 del CP/1973, no sugiere, como ha dicho 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*, 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*”.

“Esta doctrina, reiterada en Sentencias posteriores de esta Sala, como es exponente la de 12 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3462), viene declarando que el art. 535 del Código Penal derogado igual que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona 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*. 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”.

“Y la sentencia 224/1998, de 26 de febrero (RJ 1998, 1196) declara que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud –e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada– que tenía en el CP/1973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP 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”.

4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); Sentencia núm. 481/2009 de 13 de mayo; RJ\2009\4865; fundamento jurídico primero: ...como recordamos en nuestra reciente Sentencia núm. 427/2009 de 29 de abril, por lo que concierne al tipo delictivo de la denominada administración desleal este Tribunal ha venido conformando un bien conocido cuerpo de doctrina. Del mismo cabe destacar:

a) que el artículo 252 no se circunscribe a la tipificación de comportamientos en los que el autor hace suyo lo que recibe de otro por determinados títulos, sino que también se incluye como delictivo el comportamiento consistente en **disponer** de bienes que integran un **patrimonio ajeno** en perjuicio del titular de éste.

b) Es presupuesto de tal tipicidad que el autor tenga atribuidas facultades de **gestión** de dicho patrimonio.

c) Y que exista entre el autor y el titular perjudicado una **relación** en virtud de la cual surge en el autor la obligación de dar a lo recibido **un fin determinado**, que consistirá precisamente en su **entrega a**, generalmente, aunque no de manera necesaria, **el principal** por cuya cuenta el autor gestiona, o, en otro caso, a un **tercero** pero por cuenta de éste. **Son precisamente esas relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión las que el tipo de administración desleal trata de proteger** [STS núm. 782/2008 de 20 de noviembre (RJ 2008, 7133)].

d) Por lo que concierne al objeto material, respecto del cual se lleva a cabo la actuación de distracción, puede venir constituido por dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.

e) Por lo anterior resulta claro que, en esta modalidad del también denominado delito de apropiación indebida, no es exigible el elemento subjetivo del injusto constituido por el ánimo de lucro, ni, tampoco, el efectivo aprovechamiento por el autor en beneficio de su personal patrimonio. Baste el dolo constituido por el conocimiento y consentimiento de la causación de aquel perjuicio.

f) Pero ha de resultar un perjuicio para ese destinatario de la cosa, que lo era conforme a lo pactado y a la relación jurídica de la que procede la recepción de la cosa.

5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); Sentencia núm. 570/2008 de 30 de septiembre; RJ\2008\6086; fundamento jurídico quinto:

“En la modalidad de apropiación consistente en la **administración desleal**, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la **infracción de un deber de fidelidad**, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6074]), y 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 aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha **violado los deberes de fidelidad** inherentes a su "status", como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala de 26.2 (RJ 1998, 1196), la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi habendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS 3.4 [RJ 1998, 2383] y 17.10.98 [RJ 1998, 6876])”.

En el mismo sentido, véase STS 374/08 de 24 de junio; RJ 2008\4085.

B. TIPO ESPECIAL DE APROPIACION INDEBIDA (DELITO SOCIETARIO DEL ARTÍCULO 295 DEL CODIGO PENAL:

1. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); Sentencia núm. 91/2010, de 15 de febrero; RJ\2010\3278; fundamento jurídico segundo:

“El artículo 295 del Código penal, castiga a los **administradores** de hecho o de derecho o a los **socios** de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con **abuso de las funciones propias de su cargo**, *dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta* causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, **depositarios**, **cuentapartícipes** o **titulares de los bienes, valores**

o capital que administren, con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Son sus **requisitos**:

a) En cuanto al sujeto activo, que se trate de los **administradores** de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación.

b) La acción nuclear es doble: o bien la **disposición fraudulenta** de los bienes, o, también, la **contracción de obligaciones** a cargo de la sociedad. (...). La nota de lo "fraudulento" queda reflejada en el "**abuso**" (...) y se constata en el perjuicio que ha de producirse.

c) Un elemento normativo del tipo, constituido por **obrar con abuso de funciones propias de su cargo**, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación. (...). **No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo**, que son dos cosas distintas. **El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales.**

d) El resultado es un **perjuicio económicamente evaluable** a los **socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren**. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. Ya hemos dicho que no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación. Al sustraer del activo social un derecho económicamente evaluable (...), no solamente se perjudica a la sociedad, sino también a los socios.

e) Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: **basta la despatrimonialización de la sociedad**, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino **únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.**

f) El tipo no conlleva necesariamente el «animus rem sibi habendi», aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.

g) Este precepto requiere que la puesta en escena del mismo, lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación, lo que produce una situación concursal con el delito de apropiación indebida, que no requiere un marco igual, sino que concurra uno de los títulos que se mencionan en el mismo.

h) Finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que cualquier cuantía defraudada o distraída, permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión”.

2. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); sentencia núm. 565/2007 de 21 de junio; RJ\2007\3329: Cualquier confusión que se genere en cuanto a las DIFERENCIAS del tipo básico del art. 252 CP de apropiación indebida y el tipo especial (delito societario del art. 295 CP), quedan despejadas con el extracto del fundamento jurídico cuarto que se ha seleccionado de esta sentencia:

“El delito societario que aparece por primera vez en el artículo 295 del Código Penal vigente no puede entenderse de forma que venga a suponer un tipo privilegiado respecto de acciones ya penadas en el artículo 535 del Código Penal anterior y en el artículo 252 del vigente cuando se ejecuten en el ámbito societario por socios o administradores. Por el contrario, debe entenderse que se trata de conductas no sancionables conforme al artículo 252, que si resultan merecedoras de pena a juicio del legislador es a causa del marco societario en el que se producen, lo que les asigna una mayor gravedad. Aunque sea discutible doctrinalmente si la sanción debería extenderse a cualquier clase de administradores, la Ley solo se refiere a los socios o administradores, de hecho o de derecho, de cualquier sociedad constituida o en formación, lo que excluye a los demás. Consecuentemente, los actos de distracción de dinero o bienes fungibles, así como los de apropiación de cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, seguirán encontrando su acomodo en el artículo 252, se ejecuten en el ámbito societario o fuera de él. Cuestión diferente es la relativa a la distinción entre los actos de distracción, sancionados conforme al artículo 252, y los de administración fraudulenta o abusiva del artículo 295. Es claro que los actos de distracción de dinero, dándole un destino definitivo diferente del asignado por quien puede hacerlo en el marco del funcionamiento de la sociedad, exceden de las facultades del administrador, lo que las

situaría dentro del ámbito del artículo 252. Por el contrario, cuando los actos de disposición de los bienes sociales o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad se realiza dentro de las facultades del administrador, aunque se ejecutan fraudulentamente respecto de la sociedad o resultan abusivas y perjudiciales para ésta, la conducta quedará subsumida en el artículo 295 del Código Penal”.

Tras reflejar el contenido de las sentencias que preceden, se puede afirmar que la relación anunciada entre déficit de organización y el delito de apropiación indebida es estrecha. Se aprecia además un paralelismo entre el delito societario del artículo 295 del CP y el artículo 31 bis.1, pfo 1º del CP en su actual redacción. Recordemos que este apartado vincula la responsabilidad penal de las personas jurídicas a que la comisión del delito se cometa en nombre y por cuenta de la sociedad y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Éstos pueden utilizar la sociedad como plataforma para la comisión de ilícitos penales. Un ejemplo puede consistir en despatrimonializar una sociedad, desviando sus fondos hacia otra sociedad controlada por los mismos representantes, con el fin de evitar el pago de créditos pendientes, o para no satisfacer el importe de inversiones o depósitos efectuados por socios o terceros con intereses patrimoniales en la sociedad gestionada fraudulentamente.

Pero sin necesidad de entrar en detalles concretos, si retomamos el punto de referencia que consiste en los delitos incluidos como susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, no se acierta a explicar la ausencia del delito de apropiación indebida en esta relación. El tráfico de órganos, la trata de seres humanos, la prostitución, el tráfico o favorecimiento de tóxicos, las organizaciones y grupos criminales, la financiación del terrorismo... son delitos que se desenvuelven en el seno de organizaciones que operan al margen de la Ley. Cuestión distinta es que, el importante beneficio que se obtiene de estas actividades, requiera de la participación (más o menos consciente) de otras empresas, con el objeto de blanquear el dinero procedente del crimen, para con él operar en mercado.

Más interesante resulta penalizar las actividades empresariales que dañan el medio ambiente, que vierten radiaciones ionizantes, que perjudican a los consumidores, que atentan contra los derechos de los trabajadores o que obtienen productos procedentes del mercado ilícito (receptación), si la pena es suficientemente significativa y afecta tanto al patrimonio de la sociedad como a su continuidad; más aún si quienes tienen

la misión de soportar medidas de evitación de riesgos se vieran sometidos, ellos también, a un proceso penal.

Pero hay una cuestión que no se puede desconocer. Muchas de las más grandes empresas prosperan gestionando recursos ajenos. Tales recursos no son robados (lógicamente la mecánica comisiva de este delito lo hace imposible), ni son hurtados (sustraídos al descuido de su titular), ni son adquiridos mediante engaño (entendido como causa directa que altera la recta voluntad del sujeto). Son adquiridos por libre voluntad de futuros pensionistas, depositantes, pequeños inversores... que confían su patrimonio a empresas con apariencia de solvencia. El abuso de esta confianza y el destino incierto de estos recursos es contrario al fundamento en que se basa la relación negocial: la confianza y la lealtad. La gestión de los fondos recibidos requiere una organización sólida que disponga de protocolos preventivos de actuación. Pero “el modelo de la autorregulación deontológica empresarial no puede ser exhibido como mecanismo de garantía suficiente” (9), como se evidenció, por ejemplo, con la corporación ENRON, que “ofrecía un código ético de autorregulación y buen gobierno, al que se apelaba como modelo a seguir” (9), cuando resultó que en su seno “se estructuró un sistema organizado y sistemático de evasión fiscal con relación al fisco de EE.UU y de otras haciendas públicas correspondientes a los países en que operaba la corporación” (9). Por ello Morón Lerma apela a un sistema que denomina “autorregulación coaccionada” (9), más próximo al sistema legislativo de los EE.UU.

Llama poderosamente la atención que el delito de apropiación indebida no haya sido cubierto por un mecanismo de control penal, siendo éste ámbito especialmente sensible a esta necesidad. La autorregulación no es suficiente para garantizar el éxito de la buena gestión; de la que es leal a los intereses de inversores y ahorradores; de la que son expectantes los usuarios y consumidores.

El delito de apropiación indebida debía haberse incluido, prioritariamente, dentro del esquema de acciones criminales que sirven para dar cobertura a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Aparenta la reforma operada moverse en el círculo del llamada Derecho penal simbólico. Los efectos instrumentales, vinculados al fin de la pena o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los **efectos simbólicos**, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias en las que producirían emociones o, cuando

más, representaciones mentales (11). Hassemer, por su parte, al referirse a este fenómeno dice: “existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre ‘realidad’ y ‘apariencia’, entre ‘manifiesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘otramente aplicado’; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. ‘Símbolo’ se asocia con ‘engaño’, tanto en sentido transitivo como reflexivo” (12).

Cualquiera que sea la interpretación de la ausencia de los delitos de apropiación indebida dentro de los eventualmente imputables a una persona jurídica, su omisión obedece a **razones de política criminal**. El Derecho penal, encorsetado en sus estructuras, no parece ser el medio más adecuado para dar respuestas a las carencias sociales, traducidas en desigualdades normativas. La desregulación normativa, la incapacidad de la norma penal para alcanzar a los delincuentes de cuello blanco, da cuenta de que la denuncia de Sutherland sigue viva. Ahora ya no se trata de aterrizar en una realidad ignorada: la existencia de delincuentes en todos los ámbitos de la sociedad; también en los estratos más altos y “honorables”. Se trata de remover las estructuras que amparan su impunidad mediante leyes penales que los alcancen. Los órganos de control social, sin embargo, no parecen sensibles a esta necesidad. En este escenario, la reivindicación de Sutherland y la Escuela que llevó su nombre, es ejemplo de compromiso social, de lucha por destapar lo que permanece oculto. La Escuela de Sutherland sigue viva, y tiene mucho trabajo por delante. El nuevo frente de intervención es el tejido de inmunidad que rodea al “poder”.

IV.- CONCLUSIONES

A Sutherland y a sus seguidores les debemos el empeño por denunciar una realidad que pretendía permanecer arrinconada: la existencia de delitos de cuello blanco cometidos por miembros relevantes de la sociedad de su tiempo. La mera denuncia de la existencia de este fenómeno, no obstante, se ha revelado insuficiente para detenerlo. La única forma válida es la coacción que procede de la norma penal. Sin embargo, el Derecho penal y las estructuras clásicas de imputación de responsabilidad, limitada a las personas físicas, ha sido un lastre para alcanzar a aquellos que actuaban bajo el amparo de estructuras organizativas complejas, dotadas de personalidad jurídica.

Para resquebrajar esta estructura, se ha apelado a un cambio de paradigma, consistente en pasar del *societas delinquere non potest* a la responsabilidad directa y autónoma de las personas jurídicas, independiente de la de sus miembros. La idea es positiva pero, condicionada por las

estructuras de imputación del Derecho penal clásico, no ha sabido dar respuesta a las inquietudes de quienes tratan de acabar con el esquema de impunidad de los dirigentes de estas sociedades.

Se revela, primero, que el sistema de penas impuesto, por su tibieza, no satisface las expectativas de prevención general propias de toda norma penal con afán de mediar en la voluntad de los potenciales delincuentes; y, segundo, no se tiene en cuenta que los entes con personalidad jurídica no son más que una abstracción jurídica, que no tienen un mecanismo autónomo de funcionamiento, sino que están sometidas a las directrices marcadas por sus directivos. De esta forma, se puede caer en la paradoja de que, al tratar de vincular persona jurídica y delito, queden fuera del ámbito de la responsabilidad penal quienes, como consecuencia de los delitos de la sociedad, han obtenido suculentos beneficios.

La impropia construcción del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentra una ausencia significativa. Dentro del marco de delitos que pueden ser cometidos por estos entes, no figuran los delitos de apropiación indebida, que, en su modalidad de gestión desleal, son los que más se aproximan a la fórmula escogida de atribución de responsabilidad de estos entes, consistente en el déficit de organización empresarial habilitante para la consumación del delito. La apropiación indebida, por su naturaleza, es igualmente, la forma más relevante de captación de recursos ajenos; recursos que pueden verse afectados por una inadecuada gestión que no ha merecido la atención del legislador.

La reforma operada se asemeja al llamado Derecho penal simbólico. Reforma hecha para transmitir un mensaje valorativo carente de eficacia práctica. Eficacia práctica que se demuestra inútil ante la confirmación de que, a tal reforma, no se le ha acompañado de un estatuto procesal capaz de superar la insuficiencia de la actual regulación para abordar la incriminación de las personas jurídicas (13).

Ante tal situación, no cabe más que concluir, que los postulados y reivindicaciones de Sutherland y la Escuela que portó su nombre, siguen vigentes. El derecho penal y sus estructuras dogmáticas son resistentes al cambio. Es preciso que le tome el relevo una fuerza **más dinámica**, que emulando a Sutherland, clame denunciando las desigualdades imperantes en el modelo de imputación criminal. Una voz que responda a la demanda social y ética de remover las estructuras del poder económico, acomodado en el actual modelo de impunidad.

V.- BIBLIOGRAFIA

1. Téllez Aguilera, A. (2009) *Criminología*, Edisofer, Madrid, pp. 415-417.
2. Alvarez-Uría, F. (2003) *El delito de cuello blanco*. Nómadas, núm. 1. Universidad Complutense de Madrid, pp. 1-40.
3. Geist, G. (2006) *El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico*. www.uned-illesbalears.net/esp/materialcrim082.pdf; pp. 1-16.
4. Gutiérrez Zarza, M.A. (1997) *Investigación y enjuiciamiento de los "delitos de cuello blanco" en el sistema judicial norteamericano*. ADPCP, Vol. L, pp. 580-595.
5. Ruiz Vadillo, H. *Delincuencia Económica*, en Reformas Penales en el mundo de Hoy. Universidad Complutense. Madrid, p. 27.
6. Mapelli Caffarena, B. (2009) *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*. Revista Penal, pp. 43-53.
7. Arroyo Zapatero, L. (1999) *Derecho Penal económico y Constitución*. Revista Penal, pp. 1-15.
8. Feijoo Sánchez, B. (2009) *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico. (www.ciidp.com.ar), pp. 1-30.
9. Carbonell Mateu, J.C. y Morales Prats, F., (2010) en: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp 54-86; capítulo incluido en: Álvarez García, F.J y González Cussac (directores), "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", Tirant lo Blanch, Valencia.
10. Morales Prats, F. (2010), en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP)*, pp 5-69, capítulo incluido en Quintero Olivares, G. (Director), "La Reforma de 2010: Análisis y Comentarios", Aranzadi.
11. Díez Ripollés, J.L. (2003) *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La mancha (Estudios; 91), Cuenca, p. 5.
12. Hassemer, W. (1995) *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*; en: Varios autores, *Pena y Estado*. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, p. 5

13. Hernández García, J. J. (2010) *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*. La Ley; nº 7.427, 18 de junio de 2010, pp. 4 y ss; citado por Carbonell Mateu, J.C. y Morales Prats, F., en: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp 54-86; capítulo incluido en: Álvarez García, F.J y González Cussac (directores), “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, Tirant lo Blanch, Valencia.