

# La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español

CARLOS MIR PUIG

Profesor Asociado de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona  
Magistrado

## RESUMEN

*Este artículo tiene por objeto el estudio de la nueva regulación de los delitos de malversación efectuada en la nueva LO 1/2015, 30 de marzo de reforma del Código Penal, en relación a los artículos 432 a 435, dando también una nueva regulación del artículo 438 del Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal y del nuevo artículo 445. Debe destacarse que en el artículo 432 se regulan dos modalidades de malversación, la primera contenida en el número 1 de dicho precepto remite en su tipificación al nuevo artículo 252 que regula ex novo el delito de administración desleal genérico, expresando que es sobre el patrimonio público; y la segunda por remisión al nuevo artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida de cosa mueble, expresando que es sobre el patrimonio público. Así se amplía de modo muy importante el tipo del delito de malversación, en comparación con la regulación anterior, lo cual era necesario para la lucha contra la corrupción, si bien deberán establecerse criterios restrictivos para impedir una excesiva amplitud contraria al principio de legalidad penal.*

**Palabras clave:** *Malversación, administración desleal, apropiación indebida, patrimonio público, peculado, tipo de abuso, tipo de infidelidad.*

## ABSTRACT

*This article studies the new regulation of embezzlement offences effected in the new Spanish Law LO 1/2015, of Mars 30, 2015, in relation to the articles 432, 433, 434,*

*and 435, also giving a new regulation of article 438 of Chapter VIII of Title XIX of Book II of Criminal Code, and article 445. It should be highlighted that in the article 432 two modalities of embezzlement are regulated, the first one contained in the number 1 from said precept remits in its typification to the new article 252 that regulates ex novo the offence of generic dishonest appropriation of the proceeds of a trust, expressing that it is about public estate; and the second for remission to the new article 253 that regulates the offence of misappropriation of movable matter, expressing it is about public estate. As a result, the offence of embezzlement critically expands in comparison with the previous regulation, which was necessary to fight against corruption, although restrictive criteria must be established to hinder an excessive scope contrary to the principle of legality in criminal proceedings.*

*Keywords: Embezzlement, dishonest appropriation of the proceeds of a trust, misappropriation, public estate, peculation, abuse offence, infidelity offence.*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015 ha modificado sustancialmente los delitos de malversación al sustituir la descripción de las tres conductas típicas de sustracción con ánimo de lucro de fondos públicos por parte del funcionario público o autoridad –o consentir que otro los sustraiga con el mismo ánimo–, de destino a usos ajenos a la función pública de dichos caudales públicos, pero sin intención de reincorporación patrimonial, y de aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones Públicas con grave perjuicio para la causa pública, contenidas en los anteriores artículos 432, 433 u 434 del CP 95, *por una expresa remisión* del nuevo artículo 432.1 al nuevo delito genérico de administración desleal (art. 252) y del nuevo artículo 432.2 al delito de apropiación indebida del nuevo artículo 253 CP.

1. Debe advertirse en primer lugar que el texto inicial de la reforma de los delitos de malversación de los artículos 432 a 435 en el Anteproyecto de 2012 fue modificado en abril de 2013, tras haberse producido los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, por el propio pre-legislador, probablemente asumiendo algunas de las críticas efectuadas por dichos informes preceptivos pero no vinculantes. Y el Consejo de Estado evacuó su Dictamen sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, en fecha 27 de junio de 2013, que tiene su importancia Además el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, aprobado por el Gobierno el 21 de septiembre de 2013 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados en fecha 4.10.2013, núm. 66-1, volvió a modificar dicho Anteproyecto, haciendo caso al

Informe de la Fiscalía General del Estado, modificando las penas del inicial artículo 432 que se han elevado ostensiblemente. También alteró el nuevo artículo 252.1 y suprimió el apartado segundo del artículo 433, así como dio nueva redacción al artículo 438 del CP, eliminando el supuesto de apropiación indebida de funcionario público con abuso del cargo evitando así los graves problemas concursales casi irresolubles entre este último delito y el delito de malversación en la redacción dada por la reforma, expresados en el Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013. Sobre la redacción inicial de los nuevos artículos 432 a 435 de malversación se han producido además algunos estudios como son, a título de ejemplo, los trabajos de Roca Agapito, L. (1), de Manzanares Samaniego, J. L. (2) y de Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez (3) que han sido tenidos en cuenta en este trabajo.

El objeto de nuestro estudio se refiere a la redacción definitiva de los delitos de malversación y del nuevo delito de administración desleal operada por la LO 1/ 2015, de 30 de marzo de 2015 que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Comoquiera que la reforma de la malversación se efectúa mediante una *remisión expresa* a los artículos 252 (en que se regula por primera vez el delito de administración desleal en sede patrimonial) y 253 (en que se mantiene con algunas modificaciones el art. 252 CP 95 relativo al delito de apropiación indebida), aparte de dar nueva redacción al artículo 254, inevitablemente nuestro estudio también deberá versar sobre dichos preceptos, que la reforma de 2015 mantiene en lo esencial, salvo la importante eliminación del núm. 2 del artículo 252 en la redacción del proyecto (que incluía el llamado tipo de infidelidad) (4), pasando a regularse en el actual núm. 2 del artículo 252 un delito leve de administración desleal, si la cuantía del perjuicio patrimonial no

---

(1) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: artículos 432 ss.» en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, coords. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(2) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8104, Sección Doctrina, 13 jun. 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley. La Ley 3031/2013.

(3) CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coords. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(4) El artículo 252.2 del proyecto disponía: «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.»

excediera de 400 euros y suprimiéndose el núm. 3 del artículo 252 en la redacción dada por el proyecto.

2. La opción del pre-legislador ha sido *mantener* los delitos de malversación bajo el Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», sin que haya optado por trasladarlos al Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», como preconizaba un sector de la doctrina al entender la malversación como un delito estrictamente contra el patrimonio público, calificado por el sujeto activo que debe ser un funcionario público y por el objeto, que es el patrimonio público, siguiendo dicho sector el ejemplo alemán en que se tipificaba al inicio autónomamente la malversación como apropiación indebida de funcionario público en los párrafos 350 y 351 –*Amtsunterschlagung*– del Código Penal de 1871 (también en el Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909 en su párrafo 209), hasta que a partir de la Ley de 2 de marzo de 1974 se destipificó como figura autónoma pasando a ser sancionada la malversación a través de los tipos comunes de apropiación indebida –*Unterschlagung*– (párrafo 246 StGB) y de gestión desleal de negocios ajenos –*Untreue*– (párrafo 266 StGB). Sin embargo, el pre-legislador español ha optado por un punto intermedio: por un lado llevar al concepto de malversación la administración desleal referida al patrimonio público, pero por otro lado exigir que el sujeto activo sea un funcionario público y entender los delitos de malversación como delitos contra la Administración Pública, entendida por la doctrina mayoritaria en su vertiente objetiva como función pública o servicio público, en la relación Administración-ciudadano y no Administración-funcionario. También en los derechos francés e italiano se regula específicamente la malversación como delito contra la Administración Pública. Así ocurre en el artículo 432-15 del *Code pénal*, que regula la *soustraction et le détournement de biens*, como delitos contra la Administración Pública. Y en el código penal italiano en el artículo 314, que se regula el *peculato*, y en el artículo 316 en que se regula el *peculato proffitto dell'errore altrui*, que constituyen los dos únicos preceptos a los que se reduce la incriminación de los delitos que en España se conocen como malversación, debiéndose aclarar que la *malversazione a danno dello Stato*, regulada en el artículo 316 bis equivale al fraude de subvenciones del Código Penal español.

No obstante, al remitir, en la configuración de la malversación, el ahora artículo 432 en su número primero al artículo 252 relativo a la administración desleal patrimonial, y en su número segundo al artículo 253 que regula la apropiación indebida, se ha acentuado todavía más el carácter patrimonial de los delitos de malversación, aunque sin

perder su consideración como delitos contra la Administración Pública (5).

3. Es importante destacar que en la reforma se configura la malversación, o al menos alguna de sus modalidades sin carácter apropiativo, como una verdadera *administración desleal patrimonial específica*, que ya algún autor había puesto de manifiesto respecto de las conductas de desvío o distracción de efectos o caudales públicos de los artículos 433 (destino a usos ajenos a la función pública, pero sin intención de incorporación patrimonial) y 434 (aplicación privada a bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Administración pública con grave perjuicio para la causa pública) del CP 95. (6) En la

---

(5) Un sector de la doctrina importante mantiene que el delito de malversación tiene como exclusivo bien jurídico el patrimonio público, de modo que el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte sólo del medio comisivo de la acción pero no del bien jurídico. *Vid.* NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: «En realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público», citando a DE LA MATA/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, pp. 79 ss. Y luego dice: «El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación»; igualmente FEIJOO SÁNCHEZ, B., en «Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley*, Diarios 4250 y 4251 de 17 y 18 de marzo de 1997, en la nota 44, al folio 1691, afirma que «el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un “delito de deber”. Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común: un delito patrimonial». Parece seguir la teoría de los «delitos de deber» de Roxin, que cita al inicio de dicha nota.

(6) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado» en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, *op. cit.*, p. 782. Dice así: «En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público», en el artículo 433 CP vigente. Asimismo BACIGALUPO ZAPATER ha afirmado en síntesis en «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en «La Administración desleal», *Cuadernos de derecho Judicial 1999*, pp. 195 ss., que la distracción de dinero del artículo 252 CP es una administración desleal, tipo diferente e independiente del tipo de la apropiación indebida, que es un delito contra la propiedad, mientras que el de administración desleal es un delito contra el patrimonio. Dice así literalmente: «Estructuralmente el tipo de distracción de dinero responde al llamado “tipo de la infidelidad”, es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal», p. 201. Y así se

reforma cabe, pues distinguir entre *la modalidad de malversación como conducta de apropiación* –art. 432.2 y 3 que remite al art. 253 que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico entendemos es la propiedad– y *la modalidad de malversación como conducta de administración desleal* –arts. 432.1 y 3 y 433, ap. segundo, cuyo bien jurídico es el patrimonio público.

4. La reforma mantiene la desincriminación de la modalidad imprudente, que se castigaba en el artículo 395 del ACP de 1973 y que desincriminó el CP de 1995, y no hace referencia expresa a la aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados los caudales públicos, que se castigaba en el artículo 397 ACP, que también fue desincriminada por el CP 95. Hay autores que reivindicar que es necesario que se castigue dicha conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra finalidad pública de la asignada legalmente, al menos de darse un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados, como hizo la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 en su artículo 412. Este es el caso de Manzanares Samaniego, J. L., y Roca Agapito, L., entre otros. El primero (7) afirma que «el error del Proyecto de 1980 y del Código Penal de 1995 –que destipificaron dicha conducta– fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las

---

ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante Sentencia 224/98 (caso Argentin Trust), 26-2-98, en que se recogen como precedentes las SSTS de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97. En dicha sentencia el TS ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la «distracción de dinero»: 1. Tiene la finalidad de «proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador. 2. Que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor; y 3. Que no es necesario el «animus rem sibihabendi», dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación. Y lo mismo puede decirse de las conductas de distracción de los artículos 433 y 434 CP 95 que constituyen una administración desleal del patrimonio público, y no una verdadera apropiación indebida.

(7) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *La Ley*, diario núm. 8104, de 13 de jun. 2013, p. 1.

emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. Y no pasará nada, porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano)... y así sucesivamente». El segundo (8) autor citado más arriba dice que: «Sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a sólo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados.» En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995. Debe mencionarse que en el Código Penal peruano se incrimina dicha conducta en su artículo 389 con la pena privativa de libertad de 1 a 4 años, estableciendo un tipo agravado en el apartado segundo de dicho precepto si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, afectando al servicio, castigado con la pena privativa de libertad de 3 a 8 años.

5. En la reforma no se hace mención expresa al «ánimo de lucro», aunque inicialmente el Anteproyecto de 2012 lo contemplaba, con pena más grave en el número 2 del artículo 432 estableciendo que: «Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.» Sin embargo, dicha redacción del número 2 del artículo 432 se eliminó. En el Código Penal de 1995 ya se introdujo «el ánimo de lucro» en los artículos 432 –modalidad de malversación de carácter apropiativa– y 434 –aplicación privada a bienes muebles e inmuebles–, lo que fue interpretado como una acentuación del carácter patrimonial del objeto protegido de dichos delitos, reduciendo el alcance de la malversación tradicional que no exigía dicho ánimo de lucro expresamente en el artículo 394 CP 73. En la doctrina, Roca Agapito critica la inclusión del ánimo de lucro en el delito de malversación «porque lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infi-

---

(8) ROCA AGAPITO, L., en sus conclusiones de su libro monográfico *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. JM Bosch, 1999, p. 368.

delidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve.... Además, con respecto a la malversación impropia del artículo 435.3 CP 95, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro» (9). Nosotros pensamos que en la modalidad de administración desleal la malversación no exige ánimo de lucro y no es un delito de enriquecimiento. En efecto, dicha modalidad de malversación es un delito de daño patrimonial, a diferencia de la estafa o la extorsión que son tipos de enriquecimiento, mostrándose la doctrina alemana claramente partidaria de la punibilidad de los casos de dolo eventual (así Otto, Hubner, Shönke-Schroeder) (10), y en la modalidad apropiativa debe concurrir el *animus rem sibi habendi*. En la doctrina, hay un sector doctrinal que entiende que dicho ánimo es distinto del ánimo de lucro —entendido en su concepción económica subjetiva de propósito de obtener un provecho económico contemplado desde la perspectiva del sujeto—, *sin perjuicio de que puedan coexistir ambos o darse por separado* (11), de modo que cabe ánimo de apropiación sin darse el ánimo de lucro y viceversa, darse ánimo de lucro sin ánimo de apropiación de hacer suya la cosa. En cambio, otro sector doctrinal identifica el ánimo de apropiación con el ánimo de lucro, partiendo de la concepción económica objetiva (12) que entiende por ánimo de lucro el ánimo de obtener una ventaja patrimonial obtenida por la apropia-

(9) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: arts. 432 y ss.», p. 924 en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, *op. cit.*

(10) NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.* p. 34.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*, pp. 154-157 y 194-195. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, 1946. Dicho autor maneja una concepción económica subjetiva de ánimo de lucro como propósito del sujeto de obtener un beneficio económico contemplado desde el punto de vista del sujeto. También ANTÓN ONECA, J., «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona 1958, pp. 56 ss. Partiendo de dicha orientación, ROCA AGAPITO, L., en *El delito de malversación...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198. Este autor sostiene que el ánimo de lucro no se exigía tradicionalmente en el delito de malversación, exigiéndose específicamente, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, artículo 409 y en el CP 1995 en los artículos 432.1 y 434.

(12) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPYCP*, 1975, p. 369. Éste autor considera que el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad de ánimo de lucro. ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, pp. 45 y 46. Ed. Akal, Madrid, 1988. DE LA MATA BARRANCO, «Los delitos de malversación» en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, diciembre de 1997, p. 451. ETXEBARRIA ZARRA-BEITIA, X., «Malversación de caudales públicos» en *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 179 ss. FEIJÓ SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 1687. También STS de 9 de diciembre de 1997. En la doctrina alemana el ánimo de apropiación equivale al ánimo de lucro, según afirma Bajo en «Ánimo de lucro...», *op. cit.* pp. 362 y 366.



ción de una cosa con valor económico o de tráfico. Finalmente puede entenderse que el ánimo de lucro es un concepto más amplio que el *animus rem sibi habendi*, de modo que este último implícitamente contiene ínsito en la acción de apropiación el ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro contiene el ánimo de apropiación (13) (14).

Un caso a resolver en la práctica es si el acreedor que se apodera de bienes del deudor con el ánimo hacerse pago actúa o no con ánimo de lucro. En el ámbito de la malversación, cabe entender que el ánimo de hacerse pago desplaza al ánimo de lucro, y si se afirma que ésta exige ánimo de lucro, aunque sea de manera ínsita a la apropiación, procede la absolución de dicho acreedor- funcionario público, como hizo la STS (RA 1354) de 29 de febrero de 1988, ponente D. Manuel García de Miguel en el caso de un Secretario de Ayuntamiento que en tres ocasiones recibió diversas cantidades de dinero de personas que eran deudoras del Ayuntamiento, y que después de contabilizar debidamente dichas cantidades en los libros correspondientes del Ayuntamiento, se apoderó de tales con designio único de hacerse pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando. En cambio, otras sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 3-4-1940 y 28-3-1957) han castigado esa misma conducta al entender que la malversación no exige ánimo de lucro (15). Y también podría argumentarse que aunque la malversación exigiera ánimo de lucro, debería condenarse pues el ánimo de hacerse pago aparece como una modalidad del ánimo de lucro, como sostiene Bajo.

6. La reforma debe ser analizada también desde el punto de vista de las penas que ahora se imponen en los artículos 432 a 435. Parece adecuado efectuar una comparación con las impuestas en otros derechos, como en el derecho penal francés, italiano y alemán, y especialmente con las impuestas en el Código de 1995 y concretamente en el

---

(13) Cfr. SAINZ PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, p. 139, ed. Bosch Casa editorial, SA, 1978. Dicho autor dice que así puede darse ánimo de lucro en la apropiación indebida de uso en que no hay ánimo de apropiación definitiva de la cosa. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES, «Robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *RGLJ*, 1970, pp. 115-116, quien dice que: «a la voluntad de uso pertenece de modo inmanente el ánimo de obtener un provecho o lucro, consistente en el disfrute temporal del vehículo».

(14) SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, prólogo de Enrique Bacigalupo, defiende que el delito de apropiación indebida no es un delito de enriquecimiento, sino sólo un delito de apropiación, que no requiere ánimo de lucro, bastando exclusivamente el dolo, que puede ser eventual. pp. 202 y 152 ss.

(15) En este sentido SUÁREZ MONTES, F., «El delito de malversación de caudales públicos», en *RGLJ*, 1966, p. 865.

artículo 438 CP 95. Así en el derecho francés, el artículo 432-15 del *Code pénal* que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, bajo la Sección Tercera dedicada a las faltas al deber de probidad (*Des manquements au devoir de probité*), bajo el Capítulo II (*Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique*), bajo el Título III (*Des atteintes à l'autorité de l'état*) castiga «*la soustraction et détournement de biens*» con una elevada pena de diez años y multa. En el derecho italiano, el artículo 314 CP tipifica el *peculato*. En el primer párrafo incrimina la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de tres a diez años. Y en el párrafo segundo incrimina el supuesto de uso momentáneo de la cosa por parte del sujeto activo que restituye, castigándose con una reclusión de seis meses a tres años. En el derecho penal alemán, que se caracteriza por la ausencia de incriminación expresa de la apropiación o desviación de caudales públicos, omitiendo una regulación específica para la protección del patrimonio público, desde que por la ley de 2 de marzo de 1974 se derogaron los epígrafes 350 (*einfache Amtsunterschlagung*) y 351 (*schwere Amtsunterschlagung*) StGB. incluidos en los delitos de la función pública, es de aplicación el actual párrafo 246 referido a la apropiación indebida común (*Unterschlagung*), que castiga con la pena de privación de libertad hasta tres años o multa o hasta cinco años o multa. En cambio, el párrafo 266 del StGB castiga la administración desleal con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa y en los casos especialmente graves con la pena privativa de libertad de uno a diez años.

En el Derecho penal peruano se castiga el peculado doloso cometido por el funcionario o servidor público, tanto en la modalidad de apropiación como de uso, con las penas de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad (art. 387 CP peruano), y se establece un tipo agravado por la cuantía de lo apropiado o utilizado –cuando exceda de diez unidades impositivas tributarias– que castiga con la pena privativa de libertad de ocho a doce años. En caso de peculado culposo la pena es de tres a cinco años de privación de libertad.

En el CP 1995 anterior a la reforma de 2015 se castigaba la malversación apropiativa del artículo 432.1 con la pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de seis a diez años, castigándose el tipo agravado de revestir la malversación especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio, o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a ali-

viar alguna calamidad pública, con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Y se preveía un tipo atenuado con penas de seis meses a tres años de prisión, multa superior a dos y hasta cuatro meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años si la cantidad sustraída es inferior a 4.000 euros. Finalmente se castigaba el artículo 433 CP 95, constitutivo de la malversación de uso, con las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, si se da el reintegro de lo distraído, y de no darse con las penas de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. En cambio, el Anteproyecto de 2012 castigaba tanto la malversación en su modalidad de administración desleal, como en su modalidad apropiativa con las penas de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años, y sólo en el tipo agravado por haberse causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros, se castigaba con las penas de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, previendo un tipo superagravado si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, que se castigaba con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

*Como puede verse, las penas previstas en el Anteproyecto –no así en el Proyecto, como se verá más adelante– eran sensiblemente inferiores a las señaladas en el CP 95, lo que se agravaba al introducir un nuevo artículo 434 en que permite a los tribunales imponer la pena inferior en uno o dos grados 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. La pena resultante podía pues llegar a ser irrisoria. El Anteproyecto parecía haberse olvidado del artículo 438 CP, que no derogaba, que castigaba a la autoridad o funcionario público que con abuso de su cargo cometiere algún delito de estafa o de apropiación indebida, con las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Así, podía ocurrir que la pena impuesta por el artículo 438 CP fuera de tres años y seis meses a seis años, en el supuesto de que la apropiación indebida se castigara con la pena del artículo 250 CP, mientras*

que la malversación por funcionario público se castigara con la pena de dos a seis años en el tipo agravado, cuando se había entendido siempre que el artículo 438 CP debería ser de menor gravedad –y castigado menos– que el delito de malversación en su modalidad apropiativa, ya sea por el objeto material protegido, que es el patrimonio privado de los particulares y de los entes públicos a diferencia de la malversación que es el patrimonio público, ya sea por faltar el requisito de la tenencia a cargo del funcionario «por razón de sus funciones» (16), debiendo la malversación, en cambio, castigarse más. Además, como quiera que el artículo 250 CP también se modifica en la reforma al establecer una pena de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, resultaría que de aplicarse el artículo 438 CP correspondería en dicho caso una pena más grave de seis a ocho años de prisión y de dieciocho a veinticuatro meses de multa, mientras que en el caso de malversación la pena para el tipo super agravado de exceder el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados de 250.000 euros, la pena a aplicar sería de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

El Proyecto de LO de Código Penal actual vino, sin embargo, a subsanar ese déficit punitivo al castigar el delito de malversación del artículo 432.1 y 2, tanto en su modalidad de administración desleal como en su modalidad apropiativa, con las penas de *dos a seis años de prisión* –en vez de prisión de uno a cuatro años– e *inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años*. Y también el tipo agravado del artículo 432.3 se castigaba más, con las penas de *cuatro a ocho años de prisión* –en vez de dos a seis años de prisión– e *inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años*. Y asimismo el tipo superagravado del artículo 432.3 «*in fine*» se castigaba más que en el Anteproyecto, al imponer la pena «en su mitad superior» –lo que significaba que la pena de prisión era de seis años y un día a ocho años, y la de inhabilitación absoluta de ocho a diez años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado» –o sea pena de prisión de ocho años y un día a doce años e inhabilitación absoluta de diez a quince años–. Finalmente en la nueva redacción dada al artículo 438 CP, en que desaparece la apropiación indebida de funcionario público se añade que la pena imponible puede «llegar hasta la superior en

---

(16) ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., pp. 345 y 367. Vide también MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ed. JM Bosch Editor, pp. 349 a 352. También el mismo autor en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, directores Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig, p. 958, ed. Tirant lo Blanch.

grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

En la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se mantienen las penas de prisión del proyecto, si bien con la salvedad de *añadir*, junto a la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años (actual art. 432.1). En cambio, en el tipo agravado, la inhabilitación absoluta es por tiempo de diez a veinte años. Y en el tipo super-agravado, se señala la pena «en su mitad superior» –lo que significa una pena de prisión de seis años y un día a ocho años e inhabilitación absoluta de doce años y seis meses y un día a veinte años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado», o sea la pena de ocho años seis meses y un día a doce años de prisión e inhabilitación absoluta hasta treinta años.

Debe destacarse que la pena de prisión del tipo base del actual artículo 432.1 y 2 es de dos a seis años –rebajándose el límite mínimo que en el CP anterior a la reforma era de tres años–, lo que permite, de imponerse una pena concreta de dos años, la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 CP).

## II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA DE 2015

El nuevo artículo 432 dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte 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» (17).

### A) Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

La reforma de 2015 sigue manteniendo los delitos de malversación bajo el Capítulo VII «De la malversación» del Título XIX: «Los delitos contra la administración pública».

Dicha ubicación permite mantener que con los delitos contra la administración pública se persigue el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público –art. 103 CE–, es decir, en la relación de funcionario público-ciudadanos, y no tanto en la relación de funcionario-administración, que es relevante en el ámbito del derecho administrativo disciplinario. Y dicha función pública puede ser atacada *desde dentro* por los funcionarios públicos (en la malversación propia del art. 432) o *desde fuera* por los particulares, (en el caso de la malversación impropia del art. 435, asimilados legalmente a funcionarios públicos). A su vez, el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, y la confianza del público en el manejo honesto del patrimonio público, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad *privada* que se regulan en el Título XIII del Código Penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la fun-

---

(17) El artículo 432 en la redacción dada por el proyecto de 2013 decía así:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 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 sobre el patrimonio público.

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, pudiendo llegar hasta la superior en grado.»

ción pública y a la vez contra el patrimonio, *acentuándose* todavía más en la reforma la tendencia de los últimos años de entender como bien jurídico de la malversación el patrimonio cada vez con mayor exclusividad, afirmándose por algunos que el medio comisivo lo constituye la infracción del deber de fidelidad del funcionario público (18). Y se acentúa más el carácter patrimonial al remitir el legislador, en la tipificación de los delitos de malversación (art. 432.1), al artículo 252 del CP, que a su vez ha sido objeto de *nueva* redacción (19) –siguiendo en parte al Anteproyecto de 2013 y al proyecto de 2013–, introduciendo el nuevo delito de administración desleal del patrimonio privado ajeno, como tipo genérico, y derogando en el ámbito societario el delito de administración fraudulenta del artículo 295 del CP en la Disposición Derogatoria Única 2. Y al remitir el legislador a la tipificación de la malversación apropiativa al artículo 253 CP, nuevo precepto en que se regula el tradicional delito de apropiación indebida –antes artículo 252 CP 95– en que se han eliminado los términos «distracción» y «administración», así como «activo patrimonial» y reaparecen a última hora como objeto el «dinero, efectos, valores», que el Proyecto había eliminado. Parece ser que la voluntad del pre-legislador era pasar la modalidad de distracción al delito de administración desleal del nuevo artículo 252, al haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el artículo 252 CP 95 se regulaban dos tipos: por una parte, conductas apropiativas propiamente dichas y por otra parte, conductas de administración desleal (20). Así lo corrobora la Exposición de Motivos del Proyecto XVII. Decía así: «Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis “de la administración desleal”, en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un

---

(18) ASÍ NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración...*, *op. cit.*, p. 240 y BARJA DE QUIROGA, J. L., *La malversación como delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 142, quien dice: «El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, puyes, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida».

(19) La reforma a partir del Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, decide eliminar el núm. 2 del artículo 252 en la redacción dada por el proyecto, suprimiendo el llamado tipo de infidelidad, que se recogía en dicho número.

(20) *Vide* la importante sentencia del TS núm. 224/1998, de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust) en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97. *Vide* también SSTs 27-11-98, 21-07-2000, 2-11-2001, 18-4-2002, 30-09-2002, 841/2006 de 17-7, etc.

delito patrimonial que tiene tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, “cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio”; y administración desleal, “cuando se le da la cosa recibida un destino distinto al pactado”, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo. La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. art. 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, *vid.* art. 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal...».

«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 administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas a sin quebrantamiento del deber de custodia, en este último grupo de casos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modali-



dad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. 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. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal...».

En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, no se contiene explicación alguna a por qué se han vuelto a introducir como objeto del delito de apropiación indebida al *dinero, efectos o valores*, que normalmente son cosas fungibles. Pero puede obedecer a las fuertes críticas de la doctrina dominante que sostiene la posibilidad de la apropiación indebida del dinero, aunque sea cosa fungible, cuando se infringe una *obligación* concreta sobre el bien *de entregarlo o devolverlo*, a diferencia de los casos en que el sujeto activo tiene un *marco de gestión* con validez jurídica sobre él (21). Así, siguiendo los ejemplos de Nieto Martín, si A entrega a B 1.000 euros para comprar acciones de la empresa X y se queda B el dinero para pagar una deuda personal, comete apropiación indebida; pero si A entrega a B 1.000 euros para que los invierta en Bolsa en la sociedad que considere más rentable y B compra acciones de una empresa en que tiene intereses y no es rentable, comete un delito de administración desleal. Y el administrador de un patrimonio puede realizar ambas modalidades de conducta.

El Preámbulo de la LO 1/2015 tampoco dice nada sobre la supresión del núm. 2 del artículo 252 en la redacción dada por el Proyecto, que elimina el llamado tipo de infidelidad (22). Sin embargo, ello obedece, sin duda, a las críticas formuladas en la doctrina alemana al parágrafo 266 que contiene en la segunda frase dicho tipo de infidelidad, por la falta de taxatividad.

---

(21) Vide Antonio GILI PASCUAL, «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Director González Cussac. Valencia, 2015.

(22) Dicho núm. 2 decía: «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».

## B) Sujeto activo

El sujeto activo en los delitos de malversación propia del artículo 432 es al igual que en la regulación anterior un funcionario público o autoridad *a efectos penales*, a diferencia de en los delitos de malversación impropia, en que el sujeto activo puede ser un particular asimilado legalmente al funcionario como *ficción jurídica* –artículo 435 que sigue en vigor, referido a las diversas conductas de malversación–. La reforma ha añadido un núm. 4 al artículo 435, en que se refiere expresamente a los administradores concursales, con relación a la masa concursal.

En consecuencia, la malversación sigue siendo un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito. Por ello deberá acudirse al concepto de funcionario público y autoridad *a efectos penales* que ofrece el artículo 24 del CP que no se modifica en la reforma (23). Así, pues en el concepto de funcionario público se exige un doble requisito: por una parte un título de habilitación, que puede ser cualquiera de los tres expresados en el artículo 24.2 CP, y por otra parte el ejercicio de funciones públicas. Si falta cualquiera de esos dos requisitos no estaremos ante un funcionario público a efectos penales. El concepto que facilita el CP es un concepto autónomo, exclusivo y funcional que no coincide con el concepto administrativo o fiscal de funcionario, siendo mucho más amplio al acoger, por ejemplo, a los políticos elegidos –«por elección» así como a los contratados laborales por un ente público– «por nombramiento de autoridad competente» (24). Debe resaltarse que el concepto penal de funcionario público no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto «funcional», no debiéndose tener en consideración la cualidad de funcionario público si éste interviene como un particular más. El CP también establece un concepto de autoridad en el artículo 24.1 (25). Es importante retener que para ser autoridad previamente se debe

---

(23) El artículo 24.2 establece: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

(24) MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, *op. cit.*, pp. 20 a 29.

(25) El artículo 24.1 CP establece: «A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

ostentar la condición de funcionario público a efectos penales, de modo que el concepto de autoridad es más específico que el de funcionario público, que es más genérico.

### C) Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público

No dice nada el precepto del artículo 432 sobre qué relación debe existir entre el funcionario público y el patrimonio público, a diferencia del CP 95 que exigía que el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos «a su cargo por razón de sus funciones», lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina y un sector de la jurisprudencia, en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales, un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas (26). Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritariamente optaba por una interpretación amplia entendiendo «por razón de sus funciones» que el funcionario tenga los caudales públicos «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», es decir, bastando que el funcionario tenga la disponibilidad de hecho de los caudales. (27). El término «por razón de sus funciones» se introdujo en el CP de 1870, desapareciendo en el CP de 1928, pero volviendo de nuevo en los posteriores Códigos Penales. Ahora, sin embargo, se suprime dicha expresión en la reforma, como ya sucedía en el proyecto y en el anteproyecto.

#### ¿Cómo debe interpretarse dicha supresión?

Podría decirse, que al remitir el artículo 432.1 al artículo 252 –que castiga la administración desleal patrimonial o sea la infracción por el sujeto activo del deber de lealtad referido a la extralimitación de las facultades de administración de un patrimonio ajeno que causa un per-

---

(26) Así SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 837. Vide también ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 357. DE LA MATA BARRANCO, *Los delitos de malversación*, *op. cit.*, p. 449. DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», en *NEJ Seix*, t. XV, ed. Seix Barral, Barcelona, 1972, p. 819. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 192. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1996, p. 872, etc. El Tribunal Supremo ha seguido una línea oscilante aplicando la interpretación restrictiva en algunas sentencias como SSTS 13-6-84, 4-12-85, 6-6-86, 16-12-87, 29-2-88, 12-3-94, 22-2-95, etc.

(27) Así en las SSTS 6-5-1992, 5-2-93, 22-4-94, 25-5-95, 31-1-96, 10-1-97, 13-2-97, 22-7-97, etc. Esta parece ser la posición mayoritaria del TS.

juicio del patrimonio administrado (tipo de abuso de poder de representación)– y el artículo 432.2 al artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida, en que también se presupone en la mayoría de los casos la infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniéndose, dada la semejanza o similitud existentes entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una competencia específica del funcionario respecto del patrimonio público (28). Pero también puede sostenerse que basta una competencia *genérica* del funcionario respecto del patrimonio público como ha hecho mayoritariamente el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 432 CP 95, bastando que el funcionario actúe «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», interpretación que se habría reforzado con la eliminación del «tener a cargo los caudales por razón de sus funciones» por parte del Proyecto. Habrá que esperar como la doctrina y la jurisprudencia interpretan la eliminación de la expresión «a su cargo por razón de sus funciones» por parte de la reforma. En la jurisprudencia alemana, son autores típicos los funcionarios que tienen encomendada la custodia de caudales públicos, si bien la relación típica de confianza va más allá de una relación de custodia.

En sede de malversación deben tenerse en cuenta, a título de ejemplo, importantes leyes como la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas y reglamento aprobado por Real Decreto 1373/2009, 28 de agosto; la Ley de Transparencia 19/2013, 9 de diciembre; Real Decreto Legislativo 5/2015, 30 octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; texto refundido de la Ley de Haciendas Locales; Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007; la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

---

(28) NIETO MARTÍN, A en «El delito de administración desleal», op. cit. p. 241, tras referirse a las «semejanzas» existentes entre la posición del funcionario público y el administrador... que constituye el centro de una corriente político criminal, presente en países como Italia o Austria dice que el «entendimiento de los delitos de malversación como delitos de administración infiel de caudales públicos, debiera servir para proceder a una interpretación restrictiva del número de funcionarios públicos que pueden ser autores y, tal como hacía la doctrina jurisprudencial más antigua, entender... que el autor ha de situarse respecto a los bienes en un «especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas»

(LOTCU) 2/1982, de 12 de mayo; la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, etc.

#### D) Conductas típicas de la malversación propia

En el artículo 432 de la reforma, cabe decir que se incluyen dos grandes modalidades de malversación: *a*) por un lado una conducta de administración desleal del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público (art. 432.1); y *b*) por otro lado, una conducta apropiativa del patrimonio público (art. 432.2). Asimismo, en el artículo 445 CP se contempla expresamente la *conspiración, proposición y provocación* para cometer el delito de malversación, castigando con la pena inferior en uno o dos grados. Debe de aclararse que la remisión que hace el artículo 432.1 al «delito del artículo 252», debe referirse en realidad exclusivamente al número 1 del artículo 252, y no al número 2, que es un delito leve, atenuado de administración desleal. E igualmente la remisión que efectúa el artículo 432.2 al «delito del artículo 253» debe referirse exclusivamente al número 1 del artículo 253 y no al número 2 de dicho artículo, que es también un delito leve, atenuado de la apropiación indebida. Y ello, porque en los delitos de malversación ya se tipifican unos *proprios* tipos atenuados en los artículos 433 y 434, que son de aplicación preferente.

Además se incluye en el precepto reformado un tipo agravado de ambas modalidades de malversación (art. 432.3) de concurrir la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o bien si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros (29). Y en el artículo 432.3 *in fine* se introduce también para ambas modalidades de malversación un tipo superagravado: «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».

Finalmente, junto a la malversación propia, está la malversación impropia regulada en el artículo 435 que establece que «las disposiciones de este Capítulo –arts. 432 a 434– son extensivas» a los supuestos que enumera, lo que se verá al tratar el artículo 435.

---

(29) Obsérvese que en el artículo 432.2 CP 95 ambos requisitos debían darse conjuntamente, pues el texto decía: «si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas «y» al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

## A) CONDUCTAS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:

a') *Tipos objetivos*

El nuevo artículo 252 ubicado en la nueva Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VI del Título XIII, establece:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para *administrar* (30) 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» (31).

«2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses» (32).

Debe destacarse que el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 decía que «Debería reconsiderarse el uso de los verbos que tipifican la acción delictiva pues, en el primer caso, (excederse de las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno) el abuso de las facultades no sólo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplia, por lo que se sugiere la sustitución de la expresión «facultades para disponer» por «facultades para administrar» u otra similar.

Y la reforma de 2015 y el proyecto han seguido a raja tabla la sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado, sustituyendo la expresión «facultades para disponer», que venía en el Anteproyecto, por «facultades para administrar».

---

(30) La cursiva es nuestra y se efectúa para destacar que dicho término, «administrar», lo utiliza ahora novedosamente la reforma de 2015, siguiendo en esto al proyecto, porque en el anteproyecto de 2013 se utilizaba el término «disponer».

(31) Se elimina, a última hora el núm. 2 del artículo 252 contenido en el proyecto, que decía: «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».

(32) El texto definitivo de la reforma de 2015 también ha eliminado el núm. 3 del artículo 252 contenido en el proyecto que decía: «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 consideraran de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros».

Se dice por un sector de la doctrina, que ahora en el artículo 252.1 CP se regula sólo el llamado tipo de abuso, contenido en el párrafo 266 del StGB alemán, al haberse eliminado el «tipo de infidelidad», que se contenía en el núm. 2 del artículo 252 del proyecto, de modo que ahora se seguiría más bien el modelo del Código Penal austríaco (33).

En realidad los dos primeros números del artículo 252 del Proyecto coincidían esencialmente con lo establecido en el actual párrafo 266 del Código Penal alemán, vigente desde la Ley de 26 de mayo de 1933, bajo el nombre de *Untreue* (Infidelidad) sucesor del párrafo 266 del StGB de 1871 que establecía una lista del círculo de autores del delito. En su redacción actual dice así: «1. El que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años» (34).

Dicho precepto alemán contiene dos tipos, el llamado «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) y el «tipo de ruptura de la confianza» o de infidelidad» (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana (35). Debe de dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos. El tipo de abuso regula la causación de un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder de representación que ostenta el

---

(33) El párrafo 153.1 del CP austríaco dispone que: «El que tenga atribuida por ley, por encargo de la autoridad o por un negocio jurídico la facultad de disponer sobre un patrimonio ajeno o de obligar a otro y, a sabiendas, abusa de la misma, causando al otro un perjuicio patrimonial, es punible con pena privativa de libertad hasta seis meses o con multa de hasta 360 días».

(34) El texto en alemán es el siguiente: «Untreue. 1. Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu cerfüngen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eine Reueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat. Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Freiheitsstrafe bi zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. 2. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und Geldstrafe».

(35) O sea la «Missbrauchtheorie» (teoría del abuso) y la «Treubruchtheorie» (teoría de la ruptura de la confianza).

autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado (36), es decir se refiere al abuso del poder de disposición, de las facultades de disposición, que el autor tiene para realizar negocios jurídicos con terceros en nombre del propietario del patrimonio (relación externa del representante con terceros) (37). El segundo tipo de infidelidad o ruptura de la relación de confianza –que nació para colmar las lagunas de punibilidad del anterior tipo y bajo el nacionalsocialismo– que es más amplio que el anterior al permitir incluir en el tipo a autores que no necesariamente han de poseer poder para disponer u obligar el patrimonio ajeno, regula la lesión del patrimonio ajeno mediante la violación o infracción del deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza. Inicialmente, si bien por la doctrina alemana se consideraban ambos tipos independientes, finalmente se entendió que el tipo de abuso es un mero ejemplo del tipo de infidelidad (38). Se ha criticado mucho por la doctrina alemana la excesiva indeterminación del tipo de infidelidad contraria al principio de taxatividad del derecho penal, de ahí que la doctrina se haya esforzado por concretar el alcance de dicho tipo con propuestas de modificación como las efectuadas en el Proyecto oficial alemán de 1962 en el párrafo 263 (Mayer), precepto recomendado también por los autores del proyecto Alternativo de 1966, y la propuesta efectuada por Labsch (39).

Al trasladar el pre-legislador español en el proyecto la regulación alemana del tipo de infidelidad al delito de administración desleal, se producen los mismos problemas de indeterminación que rozan el principio de legalidad, de modo que la doctrina y jurisprudencia española deberían hacer la misma labor de concreción que ha efectuado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Y para evitar tal indeterminación, es lo que ha llevado muy probablemente al legislador español en la reforma de 2015 a suprimir el núm. 2 del artículo 252 en la redacción contenida en el proyecto.

Debe remarcarse, además, que la necesidad por parte del legislador alemán de introducir un delito de administración desleal como

---

(36) El principal defensor de la teoría del abuso fue Binding.

(37) Un mérito indudable de este tipo es que se deslinda con claridad la Untreue de la apropiación indebida. El mandatario no comete este delito cuando causa una lesión patrimonial abusando de la capacidad de disposición que el propietario le ha conferido. *Vide* Binding, *Lehrbuch...*, p. 398.

(38) Una importante sentencia del BGH excluyó de la Untreue el abuso de tarjetas de crédito por clientes en perjuicio del banco. En dicha sentencia se señaló que el tipo de abuso requiere también la ruptura de una obligación de guarda patrimonial.

(39) *Vide* al respecto NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.*, pp. 23 a 26.



genérico, aplicable también a los funcionarios públicos sobre el patrimonio público –nuestro delito de malversación– se debió en parte al concepto restringido del delito de apropiación indebida del parágrafo 246 de StBG, tal como es entendido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que sólo contempla como objeto material «la cosa corpórea» mueble, dejando fuera los «derechos» o deudas, salvo que éstas se materialicen en algún tipo de documento. Así Nieto Martín pone el ejemplo de que «no comete apropiación indebida, sino *Untreue*, quien administra una cuenta corriente ajena y retira una serie de cantidades para aplicarlas a fines propios, pues se entiende que en este supuesto el administrador no se apropia de ninguna cosa corpórea, sino tan sólo abusa de un derecho de crédito contra el banco que pertenece al propietario de la cuenta, en virtud del cual le deben ser reintegradas las cantidades previamente depositadas» (40).

Pasando a examinar el nuevo artículo 252.1 del CP, que es un delito especial, que sólo puede cometer quien tiene facultades de administración de un patrimonio ajeno (un tutor, un curador, un albacea, un gerente, un administrador social o no, como de una comunidad de propietarios, sin que existan las limitaciones del anterior artículo 297 CP 95) se observa que no se ha dado la misma redacción que en el parágrafo 266 del Código Penal alemán, pues se refiere ahora al que tiene facultades para administrar un patrimonio ajeno –así un tutor, un curador, un albacea, un gerente, un asesor de inversiones, etc.– que son *más amplias* que las facultades para disponer, y *se excede* en el ejercicio de las mismas, ya no dice *abusa de ellas*. Dicho cambio de redacción ha sido visto por un sector doctrinal, como una manera de resucitar el supuestamente eliminado «tipo de infidelidad» (41).

---

(40) Cfr. NIETO MARTÍN, A., *El delito de Administración fraudulenta*, op. cit., pp. 19 y 20.

(41) Así por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal y las insolvencias punibles*, Thomson Reuters, 2015. Dicho autor en la pág. 85 dice: «La cuestión se centra en la interpretación que se le dé al infringir las facultades para administrar. Es posible concretarlo en contraer obligaciones o realizar actos de disposición que vayan más allá de las facultades conferidas, que sería el estricto tipo de abuso, “equiparando” facultades a “poderes”. Pero también puede pensarse que existen otras formas de excederse en las facultades conferidas, pues no debemos restringir “facultades” a “poderes”; así, pues, existe exceso en las facultades en todos los supuestos en los que con facultades de administrar actúa de manera contraria a como lo haría un ordenado comerciante/empresario, o a como lo haría un ordenado administrador, pues en estos casos también existe un exceso en el ejercicio de las facultades conferidas, dado que lo fueron para que se comportara como un ordenado administrador, estos supuestos serían los que abarca el tipo de infidelidad. De manera que en el artículo 252 del CP podemos distinguir un tipo de abuso y un tipo de infidelidad». El Tribunal Supremo al interpretar el hoy derogado artículo 295 del

Sin embargo, parece que la voluntad del legislador ha sido claramente la supresión del tipo de infidelidad, al eliminar el núm. 2 del artículo 252 contenido en el proyecto, que se refería a dicho tipo de infidelidad, precisamente para evitar la indeterminación y falta de taxatividad con que critica la doctrina dicho tipo de infidelidad en el derecho penal alemán, debiendo la jurisprudencia alemana restringir por vía de interpretación su contenido. La jurisprudencia de los tribunales españoles deberá concretar los comportamientos típicos que se contienen en el nuevo artículo 252 CP.

Ahora bien, dicho esto, cabe interpretar, como hacen Pastor Muñoz/Coca Vila que el artículo 252 recoge un único injusto y una modalidad comisiva (infracción por quien las ostenta de las facultades de administración del patrimonio ajeno que se basan en un poder jurídico de actuar en la esfera administrativa, no en un mero poder fáctico de incidir en una esfera patrimonial ajena, siendo las fuentes de dicho poder jurídico, *la ley, el encargo de autoridad, o el negocio jurídico*). En efecto, el injusto de la administración desleal consiste en la lesión del patrimonio ajeno cometida «desde dentro» *ad intra* de la esfera de la víctima. Y ello solo sucede cuando exista una relación interna entre autor y víctima cuyo eje es el deber de velar por los intereses ajenos (42), deber de lealtad que deriva del artículo 1889 CC de gestión

---

CP ha llegado a afirmar que cobija no sólo un tipo de abuso sino también un tipo de infidelidad (SSTS 949/2004, de 26 de julio, y 402/2005, de 10 de marzo). Gili Pascual, A. admite que el tipo objetivo del nuevo artículo 252 CP contiene «margen hermenéutico para ensanchar la tipicidad, a supuestos en los que más allá de los supuestos de disposición o contracción de obligaciones jurídicamente válidas, se desatienden también los deberes de velar por los intereses administrados (art. 1889 CC) o, en el ámbito societario, de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 127 Ley Sociedades de Capital). Así entrarían en el tipo, la vulneración de las obligaciones de no competencia contraídas por el administrador o, en fin, en el tratamiento de comportamientos omisivos, como la no evitación de lesiones al patrimonio, la omisión de los deberes de vigilancia por parte de quienes ostenten facultades de organización y control, dentro de una persona jurídica, el no ejercicio de acciones administrativas o judiciales de las que se derive la pérdida de derechos económicos para el administrado o el desaprovechamiento de posibilidades ciertas de incrementar el patrimonio. Sin duda, alguna de ellas pueden ser igualmente merecedoras del reproche penal...» (*Vide Administración desleal genérica...*, *op. cit.*, pp. 774 y 775).

(42) *Vide* los importantes trabajos de PASTOR MUÑOZ, N./ COCA VILA, I., en «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Revista Iuris*, núm. 194, quincena del 15 al 28 de junio de 2013, editorial La Ley, p. 4; y en «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?» *InDret*, enero de 2015, p. 15. *Vide* también «La Administración desleal (art. 252)», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. Silva Sánchez, J., 4.ª edición, pp. 268 ss. Atelier, 2015.

de negocios ajenos como un buen padre de familia o de los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital en su nueva redacción dada por la Ley 31/2014. A ello puede añadirse, en mi opinión, que el artículo 252 CP se sitúa bajo la única Sección 2.<sup>a</sup>, intitulada «De la administración desleal».

Dicho deber de administración leal, para que nazca la posición de garantía penal del administrador, debe ser *asumido* mediante un acto de asunción jurídico-penal por parte del administrador o sujeto activo para poder ser autor *idóneo* del delito del artículo 252 CP, y debe actuar con cierta *autonomía*, en la configuración de la esfera patrimonial ajena, de manera que el titular del patrimonio se «retire» de la gestión y el administrador asuma la responsabilidad por la correcta administración. Por ello, no es autor idóneo del delito del artículo 252 CP el mero ejecutor de órdenes concretas (*ejemplos*: quien solamente transmite una declaración de voluntad enteramente formada, o quien lleva a cabo actos puramente mecánicos como el recadero o el camarero) pues carece de «autonomía de gestión (no puede ni fijar precios ni decidir con quien contrata) (43).

La conducta típica consiste en *infringir las facultades de administración, excediéndose en su ejercicio*, siendo tal conducta *ex ante* idónea para perjudicar el patrimonio administrado. El artículo 252 CP abarca cualquier conducta que constituya un «exceso en el ejercicio de las facultades de administración», lo cual incluye: 1) *los actos de disposición del patrimonio administrado*; 2) *la contratación de obligaciones del patrimonio ajeno frente a terceros*; 3) *las omisiones* (no ejercitar un derecho de crédito del patrimonio administrado) que puedan entenderse como un ejercicio de las facultades que ostenta el administrador, y 4) *las conductas de administración que generen riesgo previsible de sanciones o de responsabilidad patrimonial para el patrimonio administrado* (*ejemplo*: la comisión de un delito fiscal por parte del administrador de la sociedad, relativo al Impuesto de Sociedades implica un riesgo de multa penal para la sociedad administrada).

Caben a título de ejemplo como supuestos clásicos de administración desleal: préstamos a los administradores sociales o a sus sociedades vinculadas, concesión de créditos sin garantías a cargo del patrimonio social, disposición de recursos sociales para atender gastos personales de los administradores, contrataciones con sociedades vinculadas por precios superiores a los de mercado, distribución de dividendos ficticios no distribuibles, remuneraciones abusivas de los administradores, inversiones irracionales, normalmente motivadas por

---

(43) Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *op. cit.*, p. 270.

el pago de un soborno o comisión secreta (Kick Back) o, en general, cualquier disposición de los bienes sociales sin una justificación social de la misma (44).

También caben, en general, aquellas actuaciones patrimoniales no autorizadas al administrador y realizadas por éste abusando del poder concedido. Supuestos en que el administrador va más allá de las instrucciones recibidas del titular del patrimonio, negocios de riesgo acometidos sin autorización expresa por el titular del patrimonio.

La conducta del administrador es *atípica* cuando puede calificarse de riesgo permitido, de un riesgo de perjuicio patrimonial que tiene *ex ante* sentido económico, racionalidad económica (expectativas de ganancias a corto y largo plazo, el plan global del autor en la gestión del patrimonio, gastos de publicidad, etc.).

También es *atípica* la conducta del administrador cuando el titular del patrimonio presta su consentimiento a la conducta perjudicial de quien gestiona sus intereses, pues en los delitos patrimoniales el consentimiento del titular del patrimonio es causa de atipicidad. En los negocios lícitos, en los patrimonios sociales, es necesario el consentimiento de la mayoría, y en los ilícitos es preciso el consentimiento de todos los socios (45).

Finalmente el resultado típico lo constituye el perjuicio patrimonial, cuyo alcance concreto depende del concepto de patrimonio que se utilice, siendo el dominante en la doctrina el concepto económico-jurídico. Así deberá tenerse en cuenta el perjuicio económicamente evaluable (anterior art. 295 CP) *el principio del saldo*, debiéndose producir una disminución patrimonial o falta de incremento, debiéndose efectuar una comparación *antes* y *después* de la conducta típica en la situación patrimonial, debiendo tener en cuenta las expectativas de ganancia a largo plazo, al igual que los pronósticos de pérdidas a largo plazo. Pero además deberá exigirse un reconocimiento jurídico, de modo que quien entrega dinero administrado en un pago de corrupción genera un perjuicio patrimonial. Sin embargo, modernamente se abre paso cada vez más el concepto personal de patrimonio, que lo considera como una unidad personal, en que se tiene en cuenta el uso de la cosa por parte del sujeto, de modo que existirá perjuicio patrimonial cuando *se frustren los fines perseguidos* por el titular de la cosa en la operación realizada por el administrador, aunque el valor económico no cambie (ejemplo: el administrador del patrimonio ajeno

---

(44) Cfr. GILI PASCUAL, A., «Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», p. 768, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Dir. González Cussac. Valencia, 2015.

(45) Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *op. cit.*, p. 270.

adquiere cosas inútiles para la empresa que administra, aunque tengan valor monetario; A quiere comprar una máquina ordeñadora con la que puede ordeñar diez vacas al mismo tiempo. A recibe una máquina capaz de ordeñar solamente a tres. La máquina que recibe vale el precio pagado por A, si bien el valor monetario del patrimonio de A antes y después de la compra es idéntico, hay perjuicio porque ya que con la compra A no ha conseguido el fin económico que perseguía a través de la misma) (46) (47).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aplicado la concepción personal del patrimonio en la importante STS de 23 de abril de 1992, relativa a la «sentencia de la colza» (Se entregó aceite de colza industrial por aceite de oliva de consumo humano). En dicho caso alguna de las defensas había alegado que no existía daño patrimonial, pues los adquirentes no habían recibido a cambio nada de menor valor que el correspondiente al precio pagado por el aceite, y el TS dijo que «En la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirva al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación, no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial». «En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible,

---

(46) Este último ejemplo es de Otto, recogido por ZUGALDÍA, en *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid, 1988, p. 55.

(47) La concepción personal del patrimonio ha sido elaborada por BOCKELMANN («Der Unrechtsgehalt des Betruges», *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, 1944, pp. 239 ss.; y en «Zum Begriff der Vermögensschadensbeim Betrug», *Juristenzeitung*, 1952, pp. 461 ss. Ha sido recientemente reimpulsada por OTTO, *Die Struktur des Strafrechtlichen Vermögensschützes*, Berlin, 1970, pp. 26 ss.; y *Grundkurs Strafrecht*. AT, Berlin, 1976. En España es defendida por ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, pp. 251 ss. También ELGUERO Y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid, 1988, p. 60.

pero a cambio recibieron un producto cuyo valor puede haber sido equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también patrimonial en el sentido del delito de estafa». Otras sentencias son la 195/1996, de 4 de marzo, la 841/2006, de 17 de julio –referida al caso de jubilaciones millonarias del BSCH–, y la 374/2008, de 24 de junio, etc.

La Exposición de Motivos del proyecto XVII, ya citada con anterioridad, decía: «La reforma supera además la referencia a un “perjuicio económicamente evaluable” que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorado los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (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 el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)...».

Sin embargo, en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ya no aparece dicho texto, por lo que muy probablemente deba acudirse, restrictivamente, al concepto económico-jurídico de patrimonio.

En cuanto al patrimonio público, debe estarse a un concepto funcional propio del derecho penal, entendiéndose por él todo el conjunto de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquiera de las Administraciones Públicas o a los organismos autónomos de las mismas, tal como hacía el artículo 434 del CP 95 (48).

---

(48) Vide MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., «El delito de malversación», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial XLII*.

En cuanto al tipo subjetivo, basta el dolo, sin que se exija ánimo de lucro. La comisión imprudente es atípica. El dolo debe abarcar la existencia del deber de velar por los intereses ajenos y la causación del perjuicio patrimonial.

En principio, puede decirse, como hace también Roca Agapito (49) que debe valorarse positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Como dice dicho autor: «esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como, por ejemplo, la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, 16-10)».

Es decir, la configuración de la malversación como una administración desleal amplía los supuestos que pueden incriminarse, que antes con la redacción anterior no podían ser incriminados como malversación. Entendemos que al referirse el texto al patrimonio público y no sólo a los *caudales o efectos públicos* (50), puede ser objeto del

---

(49) Vide «Delitos de malversación. Arts. 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, op. cit.*, p. 923.

(50) El carácter público del caudal o efecto viene determinado, en principio, por la *pertenencia* de los bienes muebles a la Administración Pública (la Estatal, Autonómica, Local) o a sus organismos públicos, que engloba tanto a los organismos autónomos como a las Entidades Públicas empresariales –Agencia Estatal de Administración Tributaria, Autoridades Portuarias, etc. (vide la LOFAGE, Ley 6/1997, de 14 abril)–. La jurisprudencia ha negado el carácter público de los caudales de la administración corporativa, colegios profesionales (STS 2273/93, de 15 de octubre). La consideración de caudales públicos no requiere siempre la efectiva *incorporación* al patrimonio de la Administración Pública de los caudales o efectos, bastando la idea de destino o adscripción al erario público, *a un fin público*, para que los caudales o efectos puedan considerarse públicos, siempre que la Administración mantenga un legítimo *derecho expectante* sobre ellos porque el funcionario los haya recibido por razón de sus funciones, bastando la entrega al funcionario con *destino* al erario público. Se considera que el funcionario es sólo un mandatario del ente jurídico y un mero servidor de la posesión, es simple instrumento receptor y transmisor, y surge en el ente público un *derecho expectante* a que se dé al caudal tal destino, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquél se hiciera cargo de los mismos (SSTS 257/95, 22-2, 1151/94, 30-5, 1237/93, 27-5, etc.), lo que ha llevado a considerar caudales públicos, por ejemplo, al dinero percibido por un Administrador de Loterías por la venta de tales billetes (SSTS 208/07, 14-3, 2631/92, 4-12) o al importe de las multas percibidas por los agentes encargados de la seguridad en el tráfico (SSTS 786/95, 14-6). También se incluyen dentro del concepto de caudal público aquellos fondos que tienen una titularidad privada pero se depositan en el funcionario por razón de sus funciones, de modo que los fondos son privados de origen y destino, pero en los que ese tránsito se produce a través de un organismo público, en cuyo momento son apropiados por el funcionario que los tiene a su cargo, como ocurre con dinero de los giros postales (STS 1937/06, 21-9). En cuanto a las llamadas sociedades mercantiles de capital público, debe decirse que, cuando menos, en aquéllas en las que el capital social es íntegramente de titularidad pública, los cau-

delito no sólo los bienes muebles sino también los *inmuebles*, así como los activos patrimoniales, que también forman parte del patrimonio público. Estarán abarcadas en este precepto las conductas de distracción a fines distintos de la función pública –los anteriores arts. 433 y 434 CP 95– (51) (52).

---

dales son incuestionablemente *caudales públicos* (STS 7-10-14). En cambio, no podrá afirmarse el carácter público de aquellas sociedades en que participen tanto Administraciones Públicas como entidades privadas, desde el momento en que se *confunden* las aportaciones de todas ellas. La referida sentencia afirma que «dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no –junto a la privada– no integran una base apta para hablar de fondos públicos». Alguna sentencia del TS ha incluido en el concepto de caudales públicos «los medios personales», en casos de utilización de un empleado público en horas en que debía prestar sus servicios a la Administración, en beneficio particular (STS 20-3-92).

(51) La doctrina y jurisprudencia ha distinguido la malversación del artículo 432.1 CP 95 de la del artículo 433 CP 95 por exigir el primero un *animus rem sibi habendi* –ánimo de apropiación definitiva–, mientras que el artículo 433 CP 95 sólo exige un *animus utendi* –ánimo de uso temporal– y el reintegro de los caudales públicos en tiempo hábil. El artículo 434 CP 95 también tipifica una conducta de distracción de dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración, aunque exige ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública.

(52) Compartimos, en parte las críticas efectuadas por Cristóbal MARTELL PÉREZ-ALCALDE («El delito de malversación», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, pp. 693 ss.) respecto de la modalidad de malversación construida sobre la remisión a la administración desleal, –en sentido parecido JJ Queralt, quien llega a firmar la falta de aplicabilidad de la malversación configurada en dicha modalidad–, porque la concreta configuración típica legal introduce notables distorsiones por no ser de ningún modo equiparables las finalidades, contornos y limitaciones de la gestión del patrimonio público y privado. Y añade que: «El nuevo tipo de malversación y su correlato en el ámbito privado se construye para ambos sectores público y privado, sobre la infracción de facultades de administración que se dice producida por exceso en su ejercicio, causando un perjuicio al patrimonio. Sin embargo, esa estructura común resulta inapropiada para ámbitos tan heterogéneos, señaladamente en lo referido a las profundas diferencias que presentan las facultades de administración en que destaca en lo público una profusa y exhaustiva regulación para el funcionario público en su actividad de administración, como distintos son también las finalidades que ambas actividades persiguen, así como los sujetos que están llamados a determinar y fijar esas finalidades. En efecto, la gestión y administración del patrimonio público se concreta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución en la consecución de finalidades y políticas de interés general. La disposición o el gasto en el ámbito privado sobre el patrimonio administrado se conecta con el beneficio. Se pretende obtener de los bienes otros bienes con mayor valor y así se entiende el proceso productivo. Cuando del proceso de producción se obtiene un bien de menor valor se producirá, contrariamente, una pérdida en sentido económico. Sobre ese esquema resultará sencillo en lo privado construir el perjuicio típico. Y no sólo si se parte de un concepto económico de patrimonio que esté al concepto de saldo y la constatación de haberse sufrido una disminución económicamente evaluable como consecuencia del comportamiento. También si atendemos



a la teoría personal del Patrimonio... resulta una estructura típica satisfactoria pues de sí lo que se trata es de atender a que la actuación del administrador no frustre el fin perseguido por el titular de la cosa, las ideas de conducta infractora de las facultades y perjuicio conectan en perfecta línea de coherencia pues, precisamente las facultades del administrador quedan acotadas por las finalidades de quien ostenta el señorío del activo. Mayores dificultades presenta esa estructura típica en el ámbito de la Administración Pública en que el administrador mismo es quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, pudiendo resultar en términos democráticos dificultoso un control externo y *ex post* acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos. Si advertimos que la legislación del gasto público es profusa y exhaustiva es fácil entender que en el plano de la acción la infracción de facultades de administración resulta sencilla y hasta habitual. De modo tal que el tipo puede presentar una vocación expansiva alarmante, si, cual es el caso, la conducta típica de infracción de facultades no se encuentra limitada por su gravedad o flagrancia, lo que hace absolutamente necesario un concepto del elemento de resultado consistente en perjuicio que venga a limitar la amplitud con que se muestra la acción típica. Y esa limitación habrá de buscarse en el concepto económico de patrimonio que atiende, como dijimos, a la constatación de un decremento antes y después de la realización del comportamiento enjuiciado. Y volviendo sobre la amplitud de la acción típica, recordemos que la dinámica del gasto público comporta el desenvolvimiento de una serie de actos que principian en la dotación presupuestaria, es decir, en la definición de créditos presupuestarios como asignaciones de gastos a disposición de los centros gestores para la cobertura de las necesidades para las que han sido aprobados. A continuación se desarrolla un procedimiento de ejecución del gasto que sujeta al reconocimiento de la obligación ¡y a la ordenación del gasto a estrictas reglas de legalidad presupuestaria. Tanto la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas, como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, formulan un arsenal de reglas y principios de programación presupuestaria, gestión presupuestaria y gestión económica financiera que contemplan desde objetivos de política económica y formulaciones abstractas de principios hasta concretos mandatos regulatorios sujetos al estricto principio de legalidad. Unos y otros pueden ser objeto de un riguroso juicio de contradicción y ello va a bastar para colmar la dimensión objetiva de la acción típica. El tipo además no distingue entre infracciones graves y leves a esos cuerpos normativos extraordinariamente complejos. *Item* más, la propia dinámica de ejecución presupuestaria en ocasiones precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad a fin de paliar insuficiencia de créditos de partidas presupuestarias concretas mediante las figuras de ampliaciones, generaciones, suplementos de crédito, créditos extraordinarios y transferencias preñadas también de gran complejidad en su tramitación y que sirven, como decíamos, a la naturaleza viva y dinámica de la ejecución presupuestaria en función de necesidades que pueden ser cambiantes. La complejidad misma de estos expedientes queda de manifiesta si recordemos la previsión legal de los “anticipos de tesorería” que suponen una autorización provisional y excepcional habilitadora de salida de fondos entre tanto se modifique el presupuesto. Y recuérdese que esa jungla normativa y esas necesidades de modificación se producen señaladamente en el ámbito local cuyo marco regulatorio del texto Refundido de la Ley de haciendas Locales, Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, está adornado de idéntica complejidad al modelo estatal». Dicho autor también se refiere al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículo 35. Asimismo cita la heterogeneidad de los fines públicos y privados y hace referencia a los llamados «gastos de transferencia», es decir, pagos a

En mi opinión, también caben bajo el actual artículo 432 de la reforma de 2015, las lesiones patrimoniales causadas en *comisión por omisión*, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente. También, la celebración por el funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales o creación de fondos ocultos de efectivo sustraído al control de la administración, con riesgo de pérdida del mismo. También supuestos de utilización del patrimonio público sin habilitación presupuestaria; gastos desmesurados en bienes y servicios que no se llegan a prestar o que eran innecesarios; utilización de recursos públicos para fines diversos de los autorizados; asunción de gastos u obligaciones cuando no se dispone de crédito suficiente para su pago, etc.

#### a'') Tipo subjetivo

Estamos ante un delito de daño patrimonial y no de enriquecimiento, sin que sea necesario el ánimo de lucro. Basta el dolo eventual. No se incrimina la imprudencia, no habiéndose tipificado desde que el artículo 395 CP 73 fuera derogado por el CP 95, lo que ha sido criticado por algún autor que reivindica que vuelva a ser tipificado el comportamiento del funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (Manzanares).

#### a''') Perjuicio como resultado del delito

Parece adecuado, según la doctrina mayoritaria, el concepto económico-jurídico de patrimonio, según el cual el patrimonio se encuentra integrado por bienes valorables económicamente –concepción económica de patrimonio– pero, al tiempo, se establecen restricciones de carácter jurídico exigiendo que la posesión de dichos bienes revista apariencia jurídica (53). Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una

los ciudadanos sin contrapartida de éstos (así, subvenciones a la enseñanza o a la sanidad).

(53) LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J., *La malversación como delito de administración desleal*, op. cit., pp. 128 a 132. También NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 26 ss. DE LA MATA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Poder Judicial*, núm. 34, 1994, p. 295. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, Madrid, 1988.

relación reconocida por el Ordenamiento jurídico. La evaluación del daño, al igual que en el delito de estafa, se realiza según el denominado principio del «saldo» (Saldierungsprinzip) que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico (54). Así debe entenderse por «perjuicio» cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del «saldo total», esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la « influencia individual del daño» que atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patrimonial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales (55).

## B) CONDUCTAS DE APROPIACIÓN

El artículo 432.2 de la reforma de 2015 establece que: «Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público».

Y el artículo 253 de la reforma regula el delito de apropiación indebida y queda redactado de la siguiente manera:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, 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 *dinero, efectos o valores* o cualquier otra 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 entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido» (56).

«2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediera de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

---

(54) Cfr. HÜBNER, LK, parágrafo 266, marg. 90, LABSCH *Untreue (parágrafo 266) Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Dutung*, 1983, p. 318.

(55) Vide MARTOS NÚÑEZ, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, 1990. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

(56) El artículo 252 CP 95 dice así: «Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

La modalidad de malversación apropiativa relativa al patrimonio público tiene que consistir en una conducta apropiativa, por parte del funcionario público a efectos penales –equivalente a la del artículo 432.1 del CP 95–. Como puede observarse el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el artículo 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos: «distracción», «activo patrimonial» y «administración» como medio de recibir el dinero o cosa, todo lo cual se intenta trasladar a la administración desleal. Así se mantiene la apropiación del dinero, aunque sea cosa fungible, si se infringe una obligación concreta de entregarlo o devolverlo. No obstante, la doctrina considera desafortunada la eliminación del «activo patrimonial» que permitía la apropiación de un inmueble.

b') *Tipo objetivo*

El artículo 253 utiliza ahora sólo dos verbos –el verbo distraer ha sido eliminado– para expresar la acción que debe de realizar el sujeto activo; éstos son: «apropiarse» y «negar haber recibido», pero la acción básica consiste en el *apropiarse*. En esta acción queda incluido el negar haber recibido. El legislador presupone *iuris et de iure* que al negar haber recibido una cosa mueble por título que obliga a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente (57). La negativa exterioriza el ánimo de apropiársela; ahora bien si concebimos la apropiación como disponer de la cosa ajena como propia, esta segunda variante del apropiarse es necesaria aunque sea como dato objetivo externo que pueda determinar la presunción de la misma.

Los títulos de recepción de una cosa mueble son de carácter ejemplificativo: «depósito», «comisión» «o custodia» –este último término nuevo añadido– lo importante es que «el título produzca la obligación de entregarla o devolverla» –en el precepto se dice: «entregarlos o devolverlos»–. Dichos títulos de recepción de la cosa mueble constituyen relaciones jurídicas caracterizadas por una especial relación de confianza del que deposita en manos de otro, da en comisión o en custodia; expresan el quebrantamiento de una relación de confianza por parte del sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. Así la afirmación de «cualquier título que genere la obligación de entrega», no puede hacer referencia a toda obligación de entregar o devolver asumida contractualmente, ya que no se trata de criminalizar los simples incumplimientos de contratos, para los que ya el Código Civil establece sus sanciones. La finalidad de la apropiación indebida está

---

(57) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español...», *Parte Especial*, 5.ª ed. Madrid, 1976, pp. 357 y 358.

en sancionar «aquellos incumplimientos que importen, por encima de su aspecto contractual, el quebrantamiento de una relación de confianza análoga a la que motiva el depósito, la comisión y la custodia. El legislador no hubiera mencionado estos supuestos, si ellos no fueran necesarios para interpretar la fórmula general que completa la descripción típica. Por tanto, existirá título que produzca la obligación de entregar o devolver, tal y como se describe en el artículo de la apropiación indebida, «cuando las cosas hayan sido confiadas a otro para que las tenga en su posesión y se comporte respecto de ellas como lo haría el dueño de las mismas. Tal es, en efecto, el contenido de una relación de depósito, de comisión o de custodia, en la que el depositario, el comisionista, el que tiene la custodia reciben las cosas para sustituir a su titular en la custodia o la percepción de las mismas» (58).

Se ha suprimido como título de recepción «la administración». Pienso que ello es un error pues deben distinguirse aquellos supuestos en que se concede un poder de disposición al autor por parte del mandante o del propietario del patrimonio y el administrador abusa de sus facultades, de aquellos otros supuestos en que el propietario o mandante no da ningún poder de disposición al autor sobre el patrimonio del primero, sino que éste sólo puede efectuar actos de administración ordinaria que no incluyen actos de disposición que le están vedados y que le están reservados en exclusiva al propietario. Los primeros supuestos encajan dentro de la administración desleal, pero los segundos si se produce un acto de apropiación por parte del administrador, deben ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, pues el administrador dispone entonces de la cosa como si fuera propia. En efecto, el delito de apropiación indebida consiste precisamente en que el autor poseedor legítimo de la cosa, dispone de ella –cambia su función económica– ilegítimamente, ejerciendo una facultad que sólo

---

(58) Cfr. STS 3-12-1990. En el mismo sentido, STS 9-11-1993. La jurisprudencia viene admitiendo como títulos válidos: *el comodato* –artículo 1740 CC–, *el transporte, la prenda* –artículo 1857 y 1863 CC–, *la aparcería, el arrendamiento* –artículo 1543 CC–, *el contrato de obra* –artículo 1544 CC, cuando el comitente proporciona los materiales–, *contrato de servicios*, cuando se produzca una apropiación de los medios normales para el desarrollo del servicio o trabajo; *sociedad, compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor*; por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 50/1965 de 17 de julio de venta a plazos. Sin embargo, el TS en algunas sentencias posteriores, siguiendo a un sector de la doctrina, como MUÑOZ CONDE y CASTIÑEIRA PALOU –que sostenían que a través de dicho contrato se transmite la propiedad y por eso no cabía el delito de apropiación indebida–, así la STS 28.11.1992. En cambio, están excluidos del delito de apropiación, según la jurisprudencia, *la compraventa, el préstamo o mutuo*, porque transmiten la propiedad de la cosa mueble, *el depósito irregular*, que se equipara al préstamo mutuo, *el contrato de cuenta corriente y el contrato de leasing*.

corresponde al propietario, privando a éste duradera o definitivamente, de su derecho a gozarla (STS 27-12-1986, 13-7-1988, 12-11-90, 7-2-91) (59). De todos modos puede defenderse, que el título «administración» pueda seguir siendo utilizado en el delito de apropiación indebida, pues tales títulos como se ha dicho son meramente ejemplificativos, siendo lo importante y relevante que el título obligue a entregar o devolver la cosa.

La apropiación indebida cuenta en su estructura típica con dos momentos diferentes. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado. El segundo momento lo constituye una apropiación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido (60).

El delito de apropiación indebida debe entenderse como un delito contra la propiedad que requiere «el quebrantamiento de la especial relación de confianza, en base a la cual la cosa entra en el ámbito del dominio del autor» (STS 3-12-1990). En la doctrina alemana es unánime la consideración de la acción del tipo de apropiación indebida, como la «*apropiación*» que realiza el autor de un bien mueble ajeno, basándose en la propia redacción del parágrafo 246: «I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada, con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o multa. II. La tentativa es punible». El contenido material del término «apropiación», se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor. El concepto de «apropiación» –*Zueignung*– está constituido por dos elementos: 1. La apropiación en sentido estricto –*Aneignung*–, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2. La «*expropiación del titular*» –*Enteignung*–, que ha de ser permanente. Existe consenso en la doctrina en que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, que se consuma con la

---

(59) En el mismo sentido del texto *vide* CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado*, *op. cit.*, p. 775.

(60) En este sentido siguiendo la jurisprudencia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, pp. 37 ss. Madrid, 1997.

expropiación del bien mueble del titular, exigiendo algunos la causación de un perjuicio patrimonial (61).

A diferencia de la apropiación indebida debe resaltarse que, como dice Fernández Bautista, S., «las conductas de administración fraudulenta no implican la apropiación de aquellos bienes recibidos, precisamente porque el administrador que se enriquece con la administración fraudulenta de la sociedad no recibe los bienes en virtud de un título que obligue a devolverlos. Es más, el administrador no suele recibir nada. El sujeto activo de este delito únicamente ostenta un nombramiento formal –en el caso del administrador de derecho– o un poder fáctico –en el caso del administrador de hecho– que le habilita para la gestión del patrimonio social. Lo único que recibe el administrador, por tanto, es *confianza*, basada en la presunción de que su gestión será llevada a cabo con la diligencia debida (art. 127 LS. A)» (62).

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la propiedad.

#### b'') Tipo subjetivo

Toda la acción típica debe ser abarcada por el dolo y además debe concurrir el elemento subjetivo del injusto del *animus rem sibi habendi*, o sea, del ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo. Precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos apropiatorios de la malversación de los comportamientos en que sólo concurre un *animus utendi*, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 CP 95) del patrimonio público, que deben subsumirse en la administración desleal.

#### b''') Penalidad

En la reforma de 2015, se castiga igual el delito de administración desleal que el delito de apropiación indebida, remitiéndose ambos preceptos a las penas de la estafa (arts. 249 o 250), pudiendo dar a entender el legislador que punitivamente ambos tipos son de la misma gravedad. Sin embargo, se constata que en el artículo 269 CP se regula la conspiración, proposición y provocación para cometer, entre otros, el delito de apropiación indebida, mientras que ello no ocurre respecto

(61) Vide SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida...*, op. cit., pp. 93 ss.

(62) Cfr. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho Penal de Empresa* (Corcoy Bidasolo, dir.) p. 110. Pamplona, 2002.

del delito de administración desleal, lo que podría dar argumentos para pensar que en realidad la apropiación indebida es algo más grave que la administración desleal como ya ha sostenido un importante sector doctrinal.

### E) Tipos agravados

El número 3 del artículo 432 del CP en la reforma de 2015 establece expresamente que: «Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte 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».

Debe destacarse que ahora las circunstancias a tener en cuenta son de carácter alternativo, basta que concurra cualquiera de las dos, ya no es necesario que deban concurrir conjuntamente como exigía el artículo 432.2 CP 95 al utilizar una «y» en vez de una «o».

Se ha suprimido la referencia a cosas malversadas de valor histórico o artístico, así como a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, que se contenían en el artículo 432.2 CP 95.

Finalmente se prevé en un apartado *in fine* un tipo superagravado castigado con pena en su mitad superior –penas de prisión de seis años y un día a ocho años y de inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años– pudiéndose llegar hasta la superior en grado –ocho años y un día a doce años de prisión e inhabilitación absoluta de veinte a treinta años–, para el supuesto de que el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe de aclararse que dichos tipos agravados son aplicables tanto a la malversación configurada como administración desleal, como a la malversación configurada como apropiación indebida, es decir a los dos número: 1 y 2 del artículo 432.

## III. EL ARTÍCULO 433

La reforma de 2015 dispone:

«Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un



día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros».

Estamos ahora, ante un tipo atenuado de malversación, tanto de la malversación configurada como administración desleal –artículo 432.1– como la malversación de carácter apropiativa –artículo 432.2–, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

#### IV. EL ARTÍCULO 433 BIS

Dicho artículo introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior».

«3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

Dicho precepto no ha sido derogado por la disposición derogatoria única del Proyecto, por lo que debe entenderse que se mantiene, salvo en lo que pudiera oponerse al Proyecto.

Por tanto formando parte del CP y no habiendo sido modificado en la reforma, no procede en este momento ocuparnos de él.

## V. EL ARTÍCULO 434

Dicho precepto dispone:

«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 *impondrán* al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados».

Se introduce en este precepto por primera vez en sede de malversación una semi-excusa absolutoria o atenuante específica por razones político-criminales: la primera razón de ellas: el objetivo pretendido por el legislador de obtener la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio público por el sujeto activo del delito. La segunda es obtener la colaboración activa del autor 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.

Nos recuerda a lo establecido en el artículo 305.6 CP relativo al delito fiscal, número 6 introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal (63), y también a lo establecido en el artículo 579.4 del CP, relativo a los delitos de terrorismo (64).

---

(63) El artículo 305.6 CP establece: «Los Jueces o Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

(64) El artículo 579.4 CP establece: «En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hay participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables».

En este precepto, deben distinguirse tres conductas distintas:

- a) Que el sujeto activo del delito de malversación haya reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público.
- b) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Y puede verse favorecido por dicha atenuante específica cualquier sujeto activo de los hechos tipificados en el Capítulo VII, por consiguiente también los autores de malversación impropia del artículo 435 en relación con los anteriores preceptos.

Comprendemos el objetivo perseguido por el legislador en la conducta *a)* de obtener la reparación íntegra de lo malversado, máxime en una situación de crisis económica como la que soporta nuestro país desde hace ya unos años. Y la persecución de dicho objetivo no deja de ser una decisión político criminal.

Debe destacarse que en el apartado *a)* no se exige el requisito temporal, como en la circunstancia atenuante 5.<sup>a</sup> del artículo 21 CP de reparación del daño, con la que se solapa al menos parcialmente, de que la reparación se efectúe con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la conducta *b)* se echa de menos que la colaboración sea eficaz, lo que no se exige, así como que no se haga referencia la propia obtención de pruebas.

En la conducta *c)* tampoco se exige que el tal esclarecimiento se obtenga (65).

El Informe de la Fiscalía General del Estado recaído sobre el Anteproyecto afirma que se crea «una sensación de condescendencia con las funciones públicas, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho».

Roca Agapito, L., afirma, refiriéndose al Anteproyecto, que «esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario

---

(65) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 7.

que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta de diez a veinte años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de uno a dos años menos un día e inhabilitación absoluta de dos años y seis meses a cinco años menos un día...» (66). Dicho autor sigue diciendo: «Esto es inadmisibile tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además, esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los artículos 21.4 y 21.5 CP. Por otra parte, la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil» (67).

Esta crítica ha perdido algo de virulencia, ahora al haber el proyecto y la reforma de 2015 aumentado, como se ha visto con anterioridad, las penas imposables a los delitos de malversación, que pueden llegar a un máximo de doce años de prisión y a treinta años de inhabilitación absoluta, en el supuesto de que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe remarcar además, como ha puesto de manifiesto Manzanares, con referencia al Anteproyecto, que dicho precepto podría tener efecto retroactivo al ser favorable al reo ex artículo 2.º del CP con lo que de mantenerse podría beneficiar a muchos malversadores que están cumpliendo condena por delito de malversación (68). Dicha crítica puede sostenerse incluso ahora, con referencia a la reforma de 2015, puesto que se señalan las penas de dos a seis años de prisión para los supuestos de malversación como administración desleal y apropiativa, cuando el artículo 432.1 CP 95 castiga la apropiativa con las penas de tres a seis años de prisión.

Finalmente, también ha puesto de manifiesto dicho autor que cabe la posibilidad de que se aplique la atenuante específica del artículo 434 por conductas de colaboración activa y luego se aplique la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5 CP.

---

(66) Cfr. ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: arts. 432 y ss., op. cit.*, p. 927.

(67) *Ibidem...*, p. 927.

(68) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal, op. cit.*, p. 7.

Todo ello nos lleva a mantener –incluso con la referida agravación de las penas imponentes–, una posición crítica sobre dicho precepto, máxime en un momento en que es necesario más que nunca la lucha contra la corrupción de forma eficaz, y preceptos como éste pueden diluir o debilitar todos los esfuerzos realizados al efecto.

## VI. ARTÍCULO 435

Dicho precepto añade un nuevo núm. 4 al artículo 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 altera el orden de pagos de los créditos establecidos en la Ley».

La reforma de 2015, como ya hacía el proyecto y el anteproyecto, añade un número más al artículo 435 del CP. En dicho precepto se regula en general la malversación impropia, llamada así la malversación por la mayoría de la doctrina (69), si bien algunos autores optan por dar dicha denominación a las conductas de distracción en que no se da ánimo de apropiación definitiva (por ejemplo la del art. 433 CP 95), así Queralt Jiménez, Ortiz de Urbina Gimeno, I (70).

La malversación impropia se diferencia respecto de la malversación propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio. Asimismo en el número 3 del artículo 435 se da una doble ficción, pues además de ser el sujeto activo un funcionario ficticio, el objeto material del delito tampoco es un bien o efecto público sino privado pero se le considera como si fuera público a efectos de este delito. Asimismo las conductas de apropiación o de administración desleal o de distracción a otros fines diferentes a la función pública de los artículos 432 y

---

(69) Así ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., pp. 281 ss., y nota 5, p. 25. SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación...*, op. cit., pp. 832 ss. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal...*, op. cit. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Madrid, 1990, p. 390, nota 296, etc.

(70) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1996, p. 673. También ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La malversación», en *Lecciones de derecho penal*, p. 343, ed. Atelier, 2011.

siguientes les son aplicables extendiéndoles las penas señaladas en dichos preceptos.

El artículo 435 CP 95 viene regulado así:

«Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

Es importante aclarar que las conductas de administración desleal o de apropiación en que puede consistir la malversación, reguladas en los artículos anteriores, son extensibles a sujetos que no son funcionarios públicos a efectos penales, debiéndose imponer las mismas penas que las señaladas en dichos preceptos.

En los dos primeros números el sujeto activo es un particular asimilado legalmente al funcionario, mientras que el objeto es siempre un bien o efecto público.

En el núm. 1 es nuclear el verbo «encargar», que debe entenderse como *encomienda específica sobre unos determinados bienes* y con un alcance delimitado. El encargo podrá tener como contenido la gestión, la administración, la custodia o la inversión de caudales públicos. «Por cualquier concepto» debe entenderse cualquier título de los referidos (también el mandato, el depósito, la comisión, etc.). Y dicho encargo debe ser efectuado por autoridad o funcionario público competentes. Así pueden ser sujetos activos a título de ejemplo particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación, contratado laboral de empresa pública que prestaba sus servicios como encargado de confeccionar nóminas de los empleados y de llevar la contabilidad de la sociedad, que se apoderó de los cheques que tenía a su cargo ingresando en su cuenta corriente el importe de los mismos (STS 5-2-1993); el vigilante de un museo que se halla encargado de custodiar determinados bienes de una sala, una auxiliar de caja en las oficinas de recaudación Municipal, cuyo concesionario era un particular (STS 14-5-1990); titular de una Administración de Loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos (SAP Santa Cruz Tenerife 28-5-1997), personal de las entidades bancarias colaboradoras en el cobro de impuestos y tributos, etc.

En el núm. 2 el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. No se trata de unos depositarios cualquiera, sino que deben estar «legalmente designados», es decir que la designación debe constar en una norma jurídica, que es lo que distingue este supuesto del núm. 3 del artículo 435 en el basta la designación por autoridad pública.

Es el caso del habilitado-graduado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores (STS 30-11-92).

En el número 3.º el sujeto activo es un particular administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Este es el supuesto más evidente de malversación impropia, al darse la doble ficción de funcionario y de bien público, cuando el sujeto no es ni un funcionario ni los bienes son públicos, pero el CP los asimila a funcionario y efectos públicos.

Es el llamado «quebrantamiento de depósito» que ha dado lugar a numerosa jurisprudencia. En realidad, late la idea de desobediencia a la autoridad, y algún autor considera que dicho precepto debe ser trasladado junto a los delitos de alzamiento de bienes, por ser el bien jurídico protegido los intereses de los acreedores (71). El supuesto más común es el nombramiento por autoridad pública –ej. un juez– del deudor de los bienes propios embargados como depositario, de modo que si enajena dichos bienes embargados incurre en este delito de malversación impropia.

Pues bien, tras examinar someramente los 3 números del artículo 435 CP 95, ahora nos corresponde examinar el nuevo número 4 añadido por el Anteproyecto y mantenido por el Proyecto y por la reforma de 2015.

Un sector de la doctrina (72), así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, consideran que el nuevo número 4 es innecesario, al entender que en el núm. 3 ya tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. El referido informe dice que «hay que recordar que el nombramiento de un administrador concursal por la autoridad judicial tiene como finalidad principal asegurar los bienes de la masa de cara a la satisfacción de los créditos, y que con la aceptación del cargo el

---

(71) Así ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: arts. 432 y ss., op. cit.*, p. 928. Dicho autor dice también que así, con el desplazamiento del precepto a los delitos de alzamiento de bienes, se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

(72) Vide ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación..., op. cit.*, p. 928.

administrador concursal asume obligaciones específicas de administración y custodia del patrimonio a él confiado, por lo que no hay duda de que los bienes que gestiona se encuentran bajo depósito judicial o secuestro. No hay que olvidar que el artículo 1785 del Código Civil establece que el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro. Por tanto, los administradores concursales lo son respecto de bienes secuestrados por autoridad pública, como ya dispone el artículo 435.3.º CP vigente, lo que hace inexplicable la necesidad del supuesto que el Proyecto, siguiendo el Anteproyecto, pretende introducir. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el delito de malversación impropia del artículo 435.3.º CP a los administradores judiciales (STS núm. 2395/2001, 12-12)...» (73).

## VII. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 438

En el Código Penal de 1995, bajo el Capítulo VIII «De los fraudes y exacciones ilegales», dentro del Título XIX « Delitos contra la Administración Pública», se incluye el artículo 438 que establece que: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

En el Anteproyecto no se tuvo en cuenta para nada dicho precepto, sin que se efectuara esfuerzo alguno o se diera explicación alguna para ajustar la reforma a dicho precepto o resolver el posible concurso con el artículo 432, lo que fue criticado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, que llegó a decir que «Da toda la impresión de que el Anteproyecto ha olvidado, simplemente, que existe en el Código Penal vigente el delito de apropiación indebida cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo, que es un tipo separado del de malversación, y, por tanto, ha ignorado los problemas concursales que el mismo puede presentar con la nueva regulación. De modo que ha creado un galimatías en el

---

(73) El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice al referirse al artículo 435.4 que «su tratamiento penal se basa en las funciones de índole pública que les están legalmente encomendadas en determinados ámbitos, lo que, en criterio de este Consejo, justifica que queden incluidos en el ámbito de aplicación del referido delito».



que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas.»

Ahora la reforma de 2015 al igual que el proyecto modifica el artículo 438, que queda redactado como sigue:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

Así, pues, la reforma de 2015 siguiendo al proyecto, al suprimir el delito de apropiación indebida del artículo 438, resuelve de un plumazo todos los problemas, a veces, irresolubles planteados por la nueva configuración del delito de malversación.

De este modo, el funcionario público que cometa una apropiación indebida que afecte a la propiedad o patrimonio privado ajenos deberá ser castigado por el artículo 253 o en su caso por el artículo 252 si es un supuesto de administración desleal, con aplicación, en su caso, en ambos casos de la agravante genérica del artículo 22.7.<sup>a</sup> de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, mientras que si dicha apropiación indebida afecta al patrimonio público cometerá un delito de malversación del artículo 432.1 o 2.

## VIII. EL NUEVO ARTÍCULO 445

Dicho precepto ubicado bajo el Capítulo X del Título XIX del CP, titulado «Disposición común a los Capítulos anteriores» dispone:

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados».

Y comoquiera que el delito de malversación, en cualquiera de sus dos modalidades de administración desleal y apropiativa forma parte de los delitos previstos en el Título XIX, a ella también le es aplicable dicha disposición, que amplía enormemente el alcance de dicho delito, debiéndose aplicar las normas generales de dichos actos preparatorios expresamente previstos y castigados en el Código Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J.: «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona, 1958.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 195-215. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *La realización arbitraria del propio derecho*. Editorial Civitas, S. A., 1976.
- «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago». Madrid. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1975.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.<sup>a</sup> Teresa: *Ventas a plazos y apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S. A., 1983.
- CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- DE LA MATA, Norberto J. y ETXEBARRIA, Xabier: *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, S. A., 1995.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía)*. T. Jurisprudencia 2 de 1997.
- FERNÁNDEZ, BAUTISTA, Silvia: «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la Empresa*, pp. 109-129. Pamplona, 2002.
- GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la reforma Penal de 2015*. Dir. González Cussac. Valencia. 2015.
- «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y Kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 109, 2013.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ. C.: *La administración desleal de los órganos societarios*. Barcelona, 2008.
- «Crisis financiera y retribución y retribución de directivos», en *In Dret Penal*, 2/2009.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Apropiación indebida de dinero», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 147-161. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La malversación como delito de administración desleal», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 113-144. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Thomson-Reuters, 2015.

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», en Diario *La Ley*, núm. 8104, Sec. Doctrina, 13 de junio de 2013, año XXXIV, La Ley 3031/2013, pp. 1-9.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE: «El delito de malversación», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, pp. 691 a 697. Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 457 a 565.
- MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 2000.
- *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, artículos 432 y ss.* pp. 938-953. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013», en *ADPYCP*, Tomo LXVI, MMXIII, Madrid, 2014.
- «Los delitos contra la Administración Pública», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Dirs. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig. Tirant lo Blanch 2015, pp. 1377 a 1500.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El delito de administración fraudulenta*. Editorial Praxis, 1996.
- PASTOR MUÑOZ, Vila Coca: «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal», en *IURIS*, núm. 194, 15 a 28 de junio de 2013, Ed. La Ley.
- «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», en *In Dret*, 1/ 2015
- «La administración desleal», en *Lecciones de Derecho Penal*, dir. Silva Sánchez. Atelier, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «Malversación del patrimonio público (arts. 432-435)» en *Derecho penal Español. Parte especial*, pp. 886 ss.
- ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 1999.
- «Delitos de malversación arts. 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, pp. 921-928. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico González, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *El hurto propio*. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, 1988.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios», en *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2 (2.º Semestre 1998). Editorial McGraw-Hill, p.173 Madrid, 1997.
- SAINZ-PARDO CASANOVA, José A.: *El delito de apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, casa editorial, S. A., 1978.
- SILVA CASTAÑO, María Luisa: *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*. Dykinson, 1997.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid, Edisofer, S. L., Libros Jurídicos Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Malversación (arts. 432, 433, 434 y 435)», en *Comentarios a la reforma CP 2015*. Dir. González Cussac.
- ZUGALDÍA ESPINAR: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Infracciones de uso*. Madrid. Ed. Akal, 1988.