

# Las obligaciones civiles derivadas de contratos y quasi contratos con implicaciones penales en el ámbito de los delitos contra el patrimonio: apropiación indebida y administración desleal

*Civil obligation arising from contracts  
and quasi contracts with criminal  
implications in the field of crimes  
against total assets: misappropriation  
and unfair administration*

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

Profesora titular (i) de Derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos\*

**RESUMEN:** Las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones vinculadas a los contratos de cesión de uso y disfrute, a los contratos de gestión de intereses ajenos o a ciertos contratos de naturaleza

---

\* <https://orcid.org/0000-0003-3294-6477>.

dispositiva se pueden trasladar al Código penal, si la conducta de quien las incumple está tipificada como delictual. A partir de esta premisa analizamos los delitos de apropiación indebida y de administración desleal como delitos de naturaleza patrimonial que son, a fin de distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad penal con origen en los citados contratos, y también a veces de los quasi contratos; haciendo hincapié en que el bien jurídico que se protege a través de la imputación del delito de apropiación indebida es la propiedad, mientras que el propio delito de administración desleal es la adecuada gestión de un patrimonio ajeno.

*ABSTRACT: Consequences arising from non-compliance with obligations derived from assignment contract of use and enjoyment, management contracts of people's interest or certain transfer contracts of rights may be transferred to the Penal Code, if the conduct of the person who breaches them is criminal. From this premise we analyze the offences of misappropriation and unfair administration as patrimonial crimes that they are, in order to distinguish the civil liability from the criminal liability coming from those contracts, and also sometimes from quasi contracts; emphasizing that the legal good that is protected through the imputation of the crime of misappropriation is the property, while the interest protected by the unfair administration is the proper management of other people's goods.*

**PALABRAS CLAVE:** Contratos. Cuasi contratos. Gestión. Propiedad. Posesión. Bienes. Responsabilidad civil y penal. Apropiación indebida. Administración desleal y perjuicio patrimonial.

**KEY WORDS:** Contracts. Quasi contracts. Management. Property. Possession. Goods civil and penal responsibility. Misappropriation. Unfair administration and patrimonial damage.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y DE APROPIACIÓN INDEBIDA: 1. ASPECTOS RELATIVOS A SU TIPIFICACIÓN PENAL. 2. ÁMBITO OBJETIVO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE UN PATRIMONIO AJENO. 3. RELEVANCIA DEL TÍTULO EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.—III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LOS CONTRATOS DE CESEIÓN DE USO Y DISFRUTE.—IV. EL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN: 1. SUJETO QUE SE EXCDE EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES AL ADMINISTRAR UN PATRIMONIO AJENO: CONSECUENCIAS. 2. LA GESTIÓN DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN RESTITUTORIA.—V. LOS CONTRATOS DISPOSITI-

VOS.—VI. LOS CUASI CONTRATOS.—VII. MEDIDAS CAUTELARES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Son muchas las situaciones en las que las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento de un contrato no solo se solventan por la vía del resarcimiento de los perjuicios originados propios de la responsabilidad civil contractual. A veces la conducta del incumplidor se traslada al Código penal en el caso de que aquella esté tipificada como delictual. Para determinar cuándo se imputa un delito de naturaleza patrimonial a un sujeto en tales circunstancias, debemos analizar cuáles son los requisitos propios delito que se pretende atribuir a quien no cumple con las obligaciones que le corresponden<sup>1</sup>. A este fin habrá que valorar las diferentes relaciones contractuales cuyas vicisitudes finalmente pueden hacer que los efectos de su incumplimiento desemboquen en el ámbito del Derecho penal.

## II. LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y DE APROPIACIÓN INDEBIDA

### 1. ASPECTOS RELATIVOS A SU TIPIFICACIÓN PENAL

Es la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código penal la que aporta la redacción que actualmente tienen los artículos 253 y 254 de este texto legal al disponer que se imputará un delito de apropiación indebida a «*los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido*». Añade el artículo 254 del mismo cuerpo legal que «*Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años*»<sup>2</sup>. Del texto legal expuesto se induce que el delito de apropiación indebida se caracteriza por apropiarse o distraer dinero, efectos, valores o cualquier otro bien mueble ajeno; un bien que posee aquel a quien se le imputa este delito, pero en virtud de un título justo del que se deriva, entre otras obligaciones, la de restituir el bien a su propietario o a un tercero cuando decaen los efectos del contrato que

le vincula. En consecuencia, según lo previsto por el artículo 253 Código penal, mientras el sujeto posee el bien conforme a los efectos del contrato que justifica esta situación, como es el depósito, la comisión o cualquier otro título al respecto, no se le puede imputar delito de apropiación alguna. Solo cuando se extinguen los efectos de aquellos, y el sujeto obligado no devuelve el bien a quien corresponde, cabe plantearse la posibilidad de imputarle un delito de esta naturaleza si se considera que aquel pretende incorporarlo a su patrimonio<sup>3</sup>.

No obstante, el delito de apropiación indebida incluye dos situaciones diversas: la primera se refiere a la apropiación indebida clásica que afecta a bienes no fungibles (por ej., un cuadro); en cambio la segunda se basa en la distracción de dinero o bienes fungibles. Siendo esto así, en el caso de que el bien sea fungible, tal y como sucede con el dinero, habría que examinar qué finalidad se ha acordado para el mismo. Este criterio es determinante para analizar si quien recibe una cantidad de dinero se está apropiando de ella en función de si cumple con el destino pactado o no.

Junto a la situación descrita anteriormente, el artículo 254 Código penal incluye otros supuestos diversos de los planteados por el precepto que le antecede. Utiliza unos términos que permiten considerar que, en realidad, estamos ante un ámbito de aplicación basado en un sistema de *numerus apertus*. Razón: el legislador se refiere a «*Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena*», incrementando la pena si el objeto delito recayera sobre «*cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*». Por tanto, cabe plantearse en qué situaciones se puede imputar un delito de apropiación indebida de una cosa mueble ajena más allá de lo previsto por el artículo 253 Código penal

En cuanto a la administración desleal, el artículo 252 Código penal tipifica la conducta de quien «*teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*»<sup>4</sup>. Y, ¿por qué abordo un estudio conjunto de la apropiación indebida y de la administración desleal? Porque a veces el incumplimiento de un contrato puede conducir a uno u otro delito. Esta es la razón por la que hay que distinguir aquellos casos en los que un sujeto se apropiá de algo de modo indebido de aquellos otros en los que lo que se produce es una mera administración desleal; algo que sucede sobre todo cuando el objeto es el dinero. La propia Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 4.<sup>a</sup>), de 11 de enero de 2018, hace referencia a la dificultad que ha existido tradicionalmente para delimitar ambos tipos penales, aspecto importante a tener en cuenta debido a «su diversa penalidad, su distinto emplazamiento sistemático y la variada interpretación que la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, les

dispensaba, especialmente cuando se trataba de actos punibles cuyo objeto estaba representado en dinero».

La última reforma del Código penal de 30 de marzo de 2015, haciendo eco de la doctrina jurisprudencial más moderna, modifica la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo VI del título XIII del libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal»; y se crea una sección 2.<sup>a</sup> bis en el mismo capítulo para integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica «De la apropiación indebida». El delito de administración desleal pasa a ser considerado un delito de carácter patrimonial al estar integrado en el título dedicado a este tipo de conductas delictuales, sin quedar limitado al ámbito de las sociedades como sucedía antes a través del artículo 295 Código penal ya derogado<sup>5</sup>. De este modo no se limita a los supuestos de administradores de sociedades ya que deja de estar incluido en el capítulo XIII dedicado a los delitos societarios. Se define como delito patrimonial, y al ampliar su ámbito objetivo no solo se incluyen los actos administrativos ejecutados en virtud de un negocio jurídico de apoderamiento, sino también aquellos otros encomendados a un sujeto bien por la ley, tal y como sucede con el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, bien por la autoridad competente, situación que se plantea, por ejemplo, ante el ejercicio de una administración concursal<sup>6</sup>. El motivo que apunta el legislador para tipificar el delito de administración desleal dentro del conjunto de delitos patrimoniales es la entidad atribuida a este tipo de conductas delictuales<sup>7</sup>. Son ellas las que conducen a tenerlo en consideración más allá de ser incluido como una mera modalidad del conjunto de delitos societarios. Lo relevante de la conducta tipificada como delito de administración desleal es el perjuicio que se produce al patrimonio del administrado a través de la gestión que se hace del mismo, con independencia de cuál sea el origen de las facultades del administrador que actúa como sujeto activo delito. Por tanto, cualquier persona puede llegar a ser sujeto pasivo de este delito, y no solo una sociedad<sup>8</sup>.

El Código penal ha pretendido delimitar con una mayor claridad qué diferencias existen entre los tipos delictuales de administración desleal y apropiación indebida. Por ello, la propia exposición de motivos establece que «*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; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal*». Con ello queda fuera del ámbito de los

delitos de apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero ya que a esta conducta se le atribuye su propio tipo penal autónomo de administración desleal, aunque con la precisión que manifiesta el Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>), en Sentencia de 2 de marzo de 2016: se incluyen dentro del delito de apropiación indebida aquellos supuestos en los que el acusado se apropia para sí o para otros de dinero que «hubiera recibido en depósito, comisión o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido», por lo que la nueva redacción del artículo 253 Código penal incluye expresamente el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida. La Sala Segunda del Alto Tribunal, en Sentencia de 2 de octubre de 2019, se refiere a la distinción clásica entre el delito de apropiación indebida en sentido estricto de cosas muebles ajenas no fungibles que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y la distracción de dinero o cosas fungibles «cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico». El Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>), en Sentencia de 24 de julio de 2019, abunda en el matiz que distingue la apropiación como acto que «significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla», de la distracción que implica «dar a lo recibido un destino distinto del pactado». Todo ello, sin olvidar que la imputación de un delito de apropiación indebida incluye no solo la apropiación del bien en beneficio del sujeto activo del delito, sino también aquella otra realizada en beneficio de otro, que es lo que sucede cuando el autor del delito no es quien finalmente se queda con el dinero del que se ha apropiado, sino que es un tercero quien lo recibe como consecuencia de la conducta apropiatoria<sup>9</sup>.

Por consiguiente, si un sujeto se apropia de un bien y con ello quiebra la relación de confianza existente con el propietario de la cosa, podremos estar ante un delito de administración desleal y estafa<sup>10</sup>. Se trata de analizar la conducta del administrador en relación con bienes que debe gestionar para saber si se ha extralimitado en las facultades que le han sido atribuidas por su representado, provocándole el correspondiente perjuicio. En cambio, si lo que se produce es una apropiación de un bien mueble ajeno sin que concurran estas condiciones, cabría hablar de un delito de apropiación indebida ya que aquí la voluntad del acusado es la de actuar con facultades dominicales sobre un bien ajeno<sup>11</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>), de 9 de septiembre de 2016, ya establecía como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de la administración desleal, el carácter definitivo de la disposición de los bienes en perjuicio de su titular. Consideraba el Alto Tribunal que solo en este último caso estaríamos en presencia del tipo delictual de

apropiación indebida porque se produce lo que se ha denominado «punto sin retorno». Es una forma de constatar que existe una voluntad definitiva de no restituir o una imposibilidad de devolver el dinero u otro bien mueble del que se ha apropiado el sujeto activo; mientras que la administración desleal, aun implicando un comportamiento abusivo en relación con la gestión de unos bienes ajenos que perjudica a su titular, aquél no llega a provocar una pérdida definitiva de estos<sup>12</sup>. Por consiguiente, cabe señalar que el objeto principal tutelado en el delito de administración desleal no coincide con aquel que se infiere delito de apropiación indebida. Razón: el interés jurídico que protege la tipificación del delito de apropiación indebida es la defensa del dominio o el cumplimiento del deber restitutorio derivado de una relación jurídico-obligatoria cuando el objeto es un bien fungible como lo es el dinero. Siendo esto así, el sujeto pasivo del delito de apropiación indebida será el propietario del bien del que el sujeto activo se ha apropiado o el acreedor que reclama la entrega de la prestación no reintegrada derivada esta de un derecho de crédito existente frente al sujeto activo del delito (por ej., devolución del dinero anticipado para ejecutar un contrato de obra). Por el contrario, el bien jurídico que se protege en el delito de administración desleal es más amplio: es el patrimonio ajeno que se administra.

Por otra parte, la redacción actual del artículo relativo al delito de apropiación indebida deja claro que su objeto son los bienes muebles. Sin embargo, del texto original del artículo 252 del Código penal de 1995 se podía extraer un ámbito objetivo más amplio al tipificar el delito de apropiación indebida como aquella conducta de un sujeto que se apropia o distrae «dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial». Con base en estos términos, conforme a lo dispuesto por la STS (Sala Segunda), de 28 de junio de 2005, no solo quedaban incluidos los bienes muebles, sino todo el «activo patrimonial». Por consiguiente, desde esta perspectiva cabía plantearse la inclusión de los bienes inmuebles como objeto de un delito de apropiación indebida al formar parte del activo patrimonial; y, por ello, el Alto Tribunal, en la Sentencia de 28 de junio de 2005, anteriormente citada, se pronunciaba en tales términos: «mediante un acto de distracción que podría integrar una modalidad de apropiación indebida, correspondiente a la figura penal de la administración desleal (...), no cabe duda que se trata en definitiva de la distracción de un inmueble, (...) de modo que en virtud del principio de taxatividad, con que han de ser interpretados los tipos penales, tal acción no era típica en la fecha de comisión de los hechos, por haber sido incorporado a la tipología del artículo 252 del nuevo Código penal, la expresión «activo patrimonial», en donde con facilidad puede subsumirse esta propiedad inmobiliaria»<sup>13</sup>. Esto es, dentro de la noción de «activo patrimonial» se incluyen todo tipo de bienes o derechos de contenido patrimonial. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 253 Código

penal dedicada a la apropiación indebida define con claridad que el objeto de este delito es exclusivamente un bien de naturaleza mobiliaria al referirse expresamente a los bienes muebles<sup>14</sup>.

## 2. ÁMBITO OBJETIVO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE UN PATRIMONIO AJENO

El Código penal delimita el alcance objetivo del delito de administración desleal haciendo referencia a la noción de patrimonio<sup>15</sup>. En este sentido el bien jurídico que se protege en el delito de administración desleal es más amplio que el previsto para el delito de apropiación indebida; es el patrimonio ajeno que se administra<sup>16</sup>. Ahora bien, ¿cómo definimos esta locución a fin de determinar cuál es su objeto?

El significado jurídico del término «patrimonio» está presente en nuestro ordenamiento jurídico en diferentes esferas. Podríamos reconducirlo al concepto que emplea el legislador en el artículo 659 del Código civil, conforme al cual *«La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte»*. Es una forma de indicar que solo los derechos personalísimos y los patrimoniales de naturaleza vitalicia se extinguen con la muerte de su titular. El resto de los bienes, derechos y obligaciones componen la masa hereditaria objeto de la sucesión *mortis causa*. El contenido de esta masa hereditaria constituye el patrimonio de la persona física cuando esta fallece y con su descripción podríamos delimitar su concepto. Si empleamos este concepto de patrimonio incluiríamos no solo el activo patrimonial, sino también el pasivo o deudas que se atribuyen a una persona, respecto de las cuales hay que tener presente el principio de responsabilidad patrimonial universal dispuesto por el artículo 1911 del Código civil, según el cual *«Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros»*.

Sin embargo, dentro de la noción de patrimonio empleada por el artículo 659 del Código civil, aunque se incluyen todos los bienes de naturaleza económica, se excluyen aquellos otros que, aun teniendo un contenido patrimonial, se extinguen tras la muerte de su titular. Estos no forman parte del caudal relicto, pero sí son derechos incluidos en el patrimonio de una persona por lo que no parece oportuno aplicar el concepto que define el patrimonio hereditario a la noción de patrimonio como objeto de un delito de administración desleal.

Sí parece más adecuado sostener que el patrimonio está formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico del que una persona es titular, sea esta física o jurídica. Aunque sin olvidar que el patrimonio de una persona física no tiene especial relevancia como objeto de una

relación contractual con carácter general<sup>17</sup>. Fuera de ciertos casos el patrimonio es inalienable como tal y, en este sentido, su gestión se refiere a cada uno de los bienes, derechos y obligaciones individualmente considerados y unidos todos ellos bajo una misma titularidad. No existe un derecho sobre el patrimonio. Es un modo de contemplar un conjunto de bienes y deudas unidos bajo una misma titularidad. Esta unión permitirá valorar la solvencia del titular que debe hacer frente a sus responsabilidades civiles mediante su activo. Lo destacable es el denominador común: su atribución a un mismo titular —sea este persona física o jurídica—. Es este sujeto quien tiene capacidad y está legitimado para realizar actos jurídicos que afecten a los bienes, derechos y obligaciones que constituyen este patrimonio. Por tanto, no cabe hablar de un derecho sobre el patrimonio porque no se puede transmitir, aunque el legislador se refiera en algún artículo a la constitución de un derecho sobre un patrimonio<sup>18</sup>.

Por otro lado, la entidad del patrimonio de una persona jurídica está presente durante el proceso de su extinción. Lo que se liquida es un patrimonio que actúa como un ente que engloba un conjunto de bienes singulares. Si lo que se produce es una fusión de dos sociedades, la nueva sociedad derivada de aquella adquirirá también a título universal los patrimonios de las sociedades que se extingan; aunque en realidad lo que se produce no es una transmisión de patrimonio sino una sucesión en el mismo. La misma situación se plantea en el caso de que una sociedad absorba a otra. En definitiva, el patrimonio se liquida, pero no se enajena.

Es cierto que hablamos de bienes y derechos de contenido económico como elementos que conforman un patrimonio, razón por la que quedan fuera todos los atributos propios de la persona. No obstante, este término no es equiparable al adjetivo patrimonial, pues hay bienes que, aun siendo extrapatrimoniales, de ellos se puede deducir una pretensión de contenido económico en el caso de que aquellos sean dañados. Del mismo modo, aunque existen derechos patrimoniales transmisibles —derechos reales, derechos de crédito y obligaciones—, hay otros que no lo son porque tienen carácter personalísimo, en cuyo caso se extinguen con la muerte de su titular (por ej., el usufructo vitalicio; los derechos de uso y habitación; obligaciones de naturaleza intransmisible derivadas de un contrato de mandato, etc.—). En cualquier caso, el patrimonio estará compuesto por obligaciones y derechos; y estos últimos podrán ser de naturaleza crediticia o reales. Esta afirmación implica matizar que será el derecho real, y no el bien sobre el que recae, el que integre el contenido del patrimonio. Esto es, interesa saber si el derecho real sobre un inmueble es el dominio o el usufructo, y no en sí el bien, porque así quedarán delimitadas qué facultades podrán ser ejercitadas sobre el mismo, así como su valoración económica dentro del patrimonio.

Por supuesto, no cabe duda alguna sobre la inclusión tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles dentro del concepto de patrimonio. En

consecuencia, una vez diferenciados los tipos penales de apropiación indebida y de administración desleal como dos delitos de naturaleza patrimonial con un contenido diverso, no existe óbice alguno para admitir la inclusión de los activos inmobiliarios en el ámbito objetivo tipificado para el delito de administración desleal<sup>19</sup>. Y es que en este delito se hace referencia a la administración desleal de un patrimonio ajeno por lo que dentro de la locución «patrimonio» no cabe excluir a los bienes inmuebles.

A la luz de la delimitación de la noción de patrimonio que acabamos de exponer, el ámbito objetivo del delito de administración desleal de un patrimonio ajeno incluye todos los bienes, derechos y obligaciones ajenos de carácter singular que se contemplan como propios del sujeto pasivo del delito; aunque el vínculo que une al sujeto pasivo con un patrimonio no siempre es el del dominio ya que a veces estamos ante un usufructuario, por lo que resulta más preciso hacer referencia al titular de una serie de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de ser administrados, pues la noción de titularidad es un concepto más amplio que permite incluir otro tipo de relaciones jurídicas distintas de la propiedad de los bienes. Asimismo, hablar de titularidad implica incluir todos aquellos bienes adquiridos conforme a las reglas establecidas por el Código civil<sup>20</sup> bajo un mismo titular, pero no aquellos que no le pertenecen, aunque su apariencia jurídica nos indique lo contrario (por ej., un bien mueble robado o hurtado de acuerdo con lo establecido por el art. 1956 CC). Sin embargo, sí se incluyen todos aquellos bienes adquiridos *a non domino* conforme a lo previsto por los artículos 464 del Código civil, 34 de la Ley Hipotecaria<sup>21</sup> y 85 del Código de Comercio<sup>22</sup>.

En definitiva, el objeto del delito de administración desleal puede recaer sobre un patrimonio como un todo integrado cuando este se haya constituido como tal en los términos anteriormente descritos. Si no es así, los posibles objetos del delito serán bienes, derechos y deudas particulares pertenecientes a un mismo titular, lo que permitirá englobarlos en un mismo patrimonio, concepto que justifica que el delito de administración desleal sea incluido dentro del título XIII del Código penal dedicado a los delitos contra el patrimonio. Que el delito de administración desleal tenga por objeto un patrimonio ajeno, permite interpretar el término ajenidad en relación con quien va a administrarlo, en cuyo caso no se requiere que el patrimonio pertenezca a quien encarga la administración, pues el beneficiario de la gestión puede ser también un tercero (art. 1257 CC).

### 3. RELEVANCIA DEL TÍTULO EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

El delito de apropiación indebida se configura como un delito que afecta a la propiedad de los bienes que forman parte del patrimonio del sujeto pasivo.

La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2005, ya se refiere a la doctrina jurisprudencial que mantiene que el objeto típico del delito de apropiación indebida debe haberse entregado en virtud de un título que genere la obligación de entregarlo o devolverlo, excluyendo por tanto todos aquellos otros que implican la transmisión de la propiedad. En este sentido la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2019, sostiene que estamos ante un sistema de *numerus apertus* por lo que se considera que deben quedar incluidas todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de restituir, «incluso las de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal», que no es otro que el de la devolución del bien.

Por consiguiente, resulta relevante la naturaleza del título mediante el cual se pretende imputar un delito de apropiación indebida, ya que el título determina la adquisición y el contenido de la posesión de un bien por parte de un sujeto, que se puede definir como todo acto o negocio jurídico adecuado para disfrutar de un derecho sobre un bien. Por ello si lo que se pretende es adquirir la propiedad de un bien, el título idóneo deberá ser una compraventa, una permuta o una donación, pero en ningún caso un contrato de arrendamiento. En este sentido, la conducta tipificada en el artículo 253 Código penal se basa en que la posesión del bien por parte del sujeto activo se justifica en un título cuyos efectos decaen en función de lo pactado o de lo dispuesto por la ley; y es a partir de este momento, y ante la falta de restitución del objeto a quien corresponda, cuando se plantea la imputación de un delito de apropiación indebida. En este sentido, el legislador es claro al respecto cuando se refiere a que el objeto del delito ha sido entregado al sujeto activo en virtud de un título que «*produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*».

Conforme a una interpretación *a contrario* se excluyen todos aquellos títulos que sirven de fundamento para transmitir la propiedad de un bien, como son los contratos de compraventa, de donación o de permuta. Debe ser un título dirigido a transmitir exclusivamente la posesión del objeto. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>), de 11 de junio de 2020, se pronuncia sobre la idoneidad del título para fundamentar un delito de apropiación indebida cuando considera que la permuta no es un negocio jurídico apto para configurar un delito de apropiación indebida ya que de él no se deriva la obligación de «devolver o restituir la cosa entregada», como tampoco lo es el contrato de compraventa por producir «un efecto traslativo del dominio, convirtiendo al adquirente de la cosa en dueño absoluto y legítimo de la misma, haciendo imposible la materialización del delito, pues mal puede apropiarse de algo quien ya es su propietario».

El artículo 253 del Código penal se refiere a los bienes entregados en «*depósito, comisión, o custodia*», o a todos aquellos «*confiados en virtud de*

*cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos»* sin que ello implique hablar de un *numerus clausus*. Siendo esto así, el Alto Tribunal, en la sentencia anteriormente citada, incluye los contratos de mandato, aparcería, transporte, prenda, comodato, compraventa con pacto de reserva de dominio, sociedad, arrendamiento de cosas, de obras o servicios, y todos aquellos contratos complejos que, por su naturaleza atípica, «no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil»<sup>23</sup>. No obstante, la naturaleza del contrato no queda definida por la nominación que las partes intervinentes den a aquél. Es el contenido del contrato que hubieran pactado de acuerdo con lo previsto por el artículo 1255 del Código civil, el que define qué tipo de contrato tenemos: traslativo de la propiedad o de una mera posesión. Este aspecto es fundamental para justificar si estamos ante un delito de apropiación indebida o no, porque todos los títulos que transmiten el dominio del bien, como sucede con la compraventa, la permuta, el préstamo mutuo o la donación, no son idóneos para ello<sup>24</sup>.

La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 20 de mayo de 2020, plantea precisamente una situación en la que distingue con claridad el ilícito penal del ilícito civil derivado del incumplimiento de un contrato de compraventa. El acusado adquiere veinticinco viviendas de la promoción que se iba a construir un promotor que después ofertó a particulares a través de las entidades inmobiliarias de las que era administrador. En concepto de reserva para la adquisición de estas viviendas, el acusado recibió una serie de cantidades por parte de los adquirentes de las viviendas con las que no pagó el precio de las viviendas al promotor, por lo que este resolvió el contrato de compraventa. Las viviendas no fueron construidas lo que determinó que las personas que habían hecho una reserva reclamaran al acusado la devolución de las cantidades entregadas. No lo hizo, ni tampoco justificó su destino. El Alto Tribunal considera que el acusado ha actuado como administrador, pero esta relación jurídica no es equiparable a la que se produce «entre promotor y comprador de viviendas en construcción y que está sujeta a un régimen especial de cautelas, como la contratación de un seguro que garantice la devolución de las cantidades entregadas, o el establecimiento de una cuenta especial que garantice que las cantidades que se entregan se empleen obligatoriamente en la construcción». Lo que existe es un conjunto de contratos de compraventa que obligaban al vendedor a entregar las viviendas una vez construidas, «pero no a que las cantidades entregadas estuvieren específicamente destinadas a un fin concreto». Por tanto, son cantidades que se pueden incorporar a su patrimonio sobre las que no existía «una obligación específica de devolución», aunque sí «de cumplir el contrato, lo que no supone que el incumplimiento del contrato sea constitutivo de delito y que la no devolución de lo entregado constituya

un delito de apropiación indebida. Se trata de un ilícito carente de relevancia penal». No existe obligación alguna de restitución, y sí un incumplimiento de un contrato de compraventa.

La situación que tiene quien no restituye el objeto a la persona legitimada para reclamarlo, se puede calificar como posesión ilegítima ya que carece de título que la justifique. Pero esto no es lo mismo que afirmar que toda posesión ilegítima por sí misma conlleva la imputación de un delito de apropiación indebida. Es necesario que concurra también el ánimo del sujeto activo de apropiarse de tales bienes pues el sujeto activo posee el bien en concepto de dueño sin que exista un título que justifique una posesión legítima. El estado posesorio del sujeto a quien se pretende imputar un delito de apropiación indebida se le aplica el artículo 448 del Código civil, conforme al cual *«El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo»*. Por tanto, pese a la inexistencia de un derecho real de dominio sobre el objeto de apropiación indebida por carecer el sujeto activo de título en que fundamentarlo, este posee en calidad de dueño lo que justifica la presunción del artículo 448 del Código civil. El sujeto activo del delito actúa como propietario, razón por la que será el no poseedor quien tendrá que probar que tiene mejor derecho sobre el objeto de la presunta apropiación.

### III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE USO Y DISFRUTE

Los contratos de arrendamiento, de comodato, y, en general, todos aquellos cuya finalidad manifiesta es ceder la posesión de un bien para su uso y disfrute ajeno podrían incluirse en la tipificación de aquellas relaciones jurídicas que justifican un delito de apropiación indebida. Razón: todos ellos conllevan la obligación de restituir el bien entregado. La ajenidad del objeto que usa o de cuyos rendimientos se aprovecha una de las partes justifica que podamos hablar de un delito de apropiación indebida en el caso de que concurran los elementos propios de este tipo penal, y siempre que el objeto del contrato sea un bien mueble. Por consiguiente, el contrato de arrendamiento interesa siempre y cuando su objeto sea un bien mueble o semoviente, pero no cuando recaiga sobre un bien inmueble<sup>25</sup>; aunque esto no es óbice para imputar un delito de apropiación indebida respecto de los bienes muebles que están dentro de un inmueble arrendado, tal y como ha precisado el Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) en Sentencia de 16 de marzo de 2005<sup>26</sup>.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1543 del Código civil, el arrendamiento de cosas es un contrato a través del cual el arrendador *«se obliga a*

dar» al arrendatario «*el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*», arrendador que puede ser tanto propietario como usufructuario del bien cuyo uso se cede. Por tanto, son elementos definitorios, en cuanto esenciales, del contrato de arrendamiento la obligación del arrendador de entregar la posesión del bien arrendado en concepto exclusivamente del uso del mismo, su carácter temporal, en cuanto que su duración está determinada o debe poderse determinar de acuerdo con las reglas establecidas por el Código civil, y su naturaleza onerosa, por cuanto que el arrendatario debe abonar siempre un precio o renta, aspecto que lo diferencia del contrato de préstamo de uso o comodato cuya naturaleza es gratuita.

Por otra parte, aunque la normativa del Código civil se refiere a las fincas rústicas y urbanas al regular los arrendamientos, esto no es óbice para considerar que su objeto pueden ser también los bienes muebles; siempre y cuando no sean bienes fungibles «*que se consumen con el uso*» (art. 1545 CC), ya que, si así fuera, estaríamos hablando del contrato de préstamo o mutuo, pero no de un arrendamiento. Por ello, de acuerdo con una interpretación *a contrario*, pueden ser objeto de arrendamiento todos aquellos bienes muebles no fungibles y semovientes. Razón: son objeto de apropiación en los términos expresados por el artículo 333 del Código civil.

El derecho del arrendatario le permite gozar de la cosa arrendada conforme al uso pactado, y, en defecto de pacto, conforme al que se infiera de su naturaleza. Ahora bien, el arrendatario está obligado a pagar la renta acordada y a responder por el deterioro o pérdida del objeto, «*a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya*» (art. 1563 CC); y, por supuesto, a devolver la cosa arrendada una vez finalizado el contrato de arrendamiento «*tal y como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable*» (art. 1561 CC); en este sentido, se presume que recibió la cosa en buen estado, «*salvo prueba en contrario*» (art. 1562 CC). Así mismo, es causa de extinción del contrato de arrendamiento el mero cumplimiento del término acordado en el contrato, sin necesidad de requerimiento alguno; si bien es cierto que conforme a lo dispuesto por el artículo 1566 del Código civil se puede producir la tácita reconducción si el arrendatario continúa disfrutando «*quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador*», en cuyo caso estaremos ante un nuevo contrato de arrendamiento, aunque sujeto, eso sí, a las mismas condiciones y pago de renta que el anterior ya vencido, al que se le aplicará un periodo de duración que se hará depender sobre todo de cómo se haya pactado el pago de la renta, a la luz de lo dispuesto por artículo 1581 del Código civil<sup>27</sup>. La STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2020, hace referencia a los requisitos que son comúnmente aceptados para entender que se ha producido una tácita reconducción cuyo fundamento se encuentra en «la presunción legal del consentimiento del arrendador

en la continuación del contrato»: «1. que al terminar el contrato, permanezca el arrendatario quince días disfrutando de la cosa arrendada; 2. que el disfrute por el arrendatario (...) lo sea con la aquiescencia del arrendador, entendiéndose destruido el consentimiento del arrendador por cualquier hecho que evidencie la voluntad contraria a la continuación en el arrendamiento; y 3. que no haya precedido requerimiento». Se infiere una voluntad presunta del arrendador que, a su vez, concurre con la del arrendatario cuya posibilidad de tácita reconducción desaparece desde el momento en que el arrendador remite un requerimiento al arrendatario<sup>28</sup>. En consecuencia, finalizará el contrato de arrendamiento iniciado a través de la tácita reconducción cuando venza este nuevo plazo.

Una vez transcurrido el plazo pactado, o la tácita reconducción, el objeto se debe restituir. Cuando el arrendatario no entrega el objeto arrendado al titular, una vez llegado el término acordado, los efectos del título que justificaba la posesión del bien ajeno decaen, razón por la que se convierte en una posesión ilícita. Lo mismo cabe aplicar en el caso de que se resuelva el contrato de arrendamiento por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, de las que cabe resaltar, conforme a lo dispuesto por el artículo 1555 del Código civil, el impago del precio del arrendamiento acordado o el uso inadecuado del bien arrendado, así como otras pactadas por las partes. El arrendador podrá pedir la resolución del contrato y su correspondiente indemnización, conforme a lo establecido por el artículo 1556 del mismo cuerpo legal<sup>29</sup>. El incumplimiento del contrato conllevará la resolución del contrato y por ello también la restitución del bien arrendado. Siendo esto así, tanto si ha concluido el tiempo de duración del contrato como si se exige su resolución por incumplimiento, el arrendatario tendrá que restituir el objeto. Cuando no se produce dicha devolución, ¿la posesión ilícita podrá justificar un ilícito penal como es la apropiación indebida en el caso de que concurrieran los requisitos previstos en el artículo 253 del Código penal?

La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 30 de septiembre de 2015, indica que, «puesto que el título de la posesión, el contrato de arrendamiento es de los que produce la obligación de la entrega o devolución de su objeto una vez concluido», una vez cumplido el tipo objetivo, se infiere que ha de concurrir un dolo apropiatorio para poder imputar al arrendatario un delito de apropiación indebida<sup>30</sup>. Añade el Alto Tribunal que «el dolo apropiatorio, o mejor dicho su ausencia, solo podría deducirse de la prueba de la complejidad de la relación», por lo que se debe probar su existencia<sup>31</sup>. Por lo que, tal y como ya manifestó la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 16 de julio de 2007, no concurre un delito de apropiación indebida en el caso de que el bien arrendado se restituya, aunque sea fuera de plazo. El elemento subjetivo es fundamental para dirimir si estamos en el plano civil o penal. En este sentido no se imputa un delito de apropiación indebida por no haber destinado el objeto a los usos

acordados. Es necesaria la concurrencia de un dolo apropiatorio porque, si no fuera así, estaríamos valorando el incumplimiento de la finalidad pactada en el contrato.

Cabría encontrar una cierta equivalencia entre el dolo civil y la mala fe si nos referimos al incumplimiento de una obligación contractual. Mientras la culpa se describe en el artículo 1104 del Código civil como «*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*», el dolo se caracteriza por la intencionalidad del sujeto en su comportamiento. La culpa civil en los contratos se vincula a una conducta que, aun siendo voluntaria, se define por ser negligente. Por el contrario, en el dolo concurre la voluntad de incumplir con lo acordado en el contrato. El sujeto es plenamente consciente de la existencia del deber jurídico que se deriva de lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil, conforme al cual «*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». En este sentido, no basta con que su comportamiento sea antijurídico, sino que es necesario que exista además una intencionalidad del sujeto en dejar de cumplir con lo pactado en el contrato. Ahora bien, aunque el deudor doloso se sustraiga a sus obligaciones de forma deliberada, no tiene por qué perseguir un ánimo dañoso. La intención del deudor no es la de perjudicar al acreedor sino la de evitar el cumplimiento de la prestación que le corresponde. En consecuencia, surge una responsabilidad contractual cuando el *solvens* incumple con sus deberes contractuales de modo voluntario porque se produce un resultado antijurídico, siendo esta situación la que agrava su responsabilidad; pero sin necesidad de probar la intencionalidad del deudor doloso de generar un perjuicio al *accipiens* (arts. 1102 y 1107 CC). El propio artículo 1269 del Código civil se refiere al dolo «*cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*». La noción de dolo presente en el momento de la celebración del contrato tiene que ver con el engaño; con el aprovechamiento de una de las partes a través de esta conducta. Es una conducta reprobable por ser contraria a la buena fe. Al igual que aquellos comportamientos del deudor con el ánimo de defraudar los intereses de sus acreedores. El deudor no pretende dañarlos, pese al perjuicio que en sí produce. En realidad, su finalidad es eludir su responsabilidad civil respecto de las obligaciones contraídas.

Sin embargo, la noción del dolo es distinta si este tiene naturaleza penal. El dolo penal se distingue también de la culpa al considerar que respecto de esta última no concurre la intencionalidad del sujeto activo, cosa que sí sucede cuando interviene el dolo directo. Mientras que a una conducta

culposa se le aplica una pena menor por entender que el sujeto activo ha actuado de modo negligente o imprudente, aquella que es dolosa se caracteriza por lo contrario ya que existe siempre la intencionalidad del sujeto activo de cometer el delito y con ello el daño que conlleva. Si es cierto que cabe hablar de un dolo eventual cuando nos encontramos en una situación intermedia entre la culpa, en la que está presente la buena fe del obligado que no actúa con la diligencia debida, y el dolo como término equiparable a la intencionalidad o a la voluntad del sujeto activo. Y es que la presencia del dolo directo implica que el sujeto activo conocía y quería las repercusiones dañosas que su conducta delictual conlleva; a diferencia de lo que sucede con el dolo eventual. En este caso, aunque el sujeto activo es consciente del daño que su conducta puede provocar, no es su objetivo. No persigue el daño de modo concreto, pero sí asume el riesgo de producir este resultado con su conducta<sup>32</sup>.

Si aplicamos los distintos conceptos de dolo en el ámbito civil y penal, podemos afirmar que la conducta del arrendatario que no quiere restituir el bien al arrendador, una vez finalizado o resuelto el contrato, será constitutivo de delito de apropiación indebida solo si concurre el elemento subjetivo propio del mismo: el dolo apropiatorio. Si el arrendatario no restituye, por ejemplo, la silla de ruedas o la cama alquilada al arrendador porque discute algunos aspectos del contrato de arrendamiento, tales como el plazo o el pago de la renta, nos situaremos en el ámbito civil. Pero si concurriera el ánimo del arrendatario de incorporar tales bienes a su patrimonio o lucrarse de ellos una vez han decaído los efectos del contrato de arrendamiento, bien porque se ha vencido el término acordado, bien porque la devolución del objeto es consecuencia de la resolución del contrato, cabría imputarle un delito de apropiación indebida. En definitiva, para imputar un delito de apropiación indebida no basta con que los efectos del título en el que se sostén la posesión del bien de modo legítimo y lícito decaigan y se transforme esta en una posesión ilegítima. Es necesario que concurra también una clara voluntad de apropiarse del bien con el daño que en sí provoca a su titular cuya restitución reclama.

A diferencia del contrato de arrendamiento, el comodato, denominado también préstamo de uso, se refiere a un tipo de préstamo esencialmente gratuito a través del cual una persona entrega a otra *«alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva»*. Es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa, por lo que se trata de un contrato real; así como unilateral por atribuir obligaciones solo al prestatario que es quien tiene que restituir el objeto prestado. Bajo este título se cede el uso del bien de modo gratuito al prestatario durante un tiempo cierto, transcurrido el cual debe devolverlo al comodante, pues este conserva la propiedad del bien o título que justifica la posesión legítima del mismo (por ej., usufructuario)<sup>33</sup>. La

obligación restitutoria surge cuando transcurre el plazo pactado o concluye el uso para el que se ha prestado el objeto, que se puede acordar o deducir de *«la costumbre de la tierra»* (art. 1750 CC)<sup>34</sup>. Una vez extinguido el contrato, el comodatario no puede retener la cosa prestada *«a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas»*.

Puesto que del comodato se derivan también obligaciones restitutorias cabe plantearse también una situación de apropiación indebida. Ínterin, hasta que se produce la restitución, y durante el uso que se hace del bien hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 1094 del Código civil relativo a la obligación de conservar el objeto con la diligencia de un buen padre de familia; y por ello, del artículo 1746 del Código civil se infiere que responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por culpa suya. No siendo así, si el deterioro se deriva del uso de bien, pero este es adecuado, los daños no serán imputables al comodatario; tampoco aquellos otros producidos por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que concurriera una situación que agravara su responsabilidad, tal y como establece el artículo 1744 del Código civil: el comodatario destina la cosa *«a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido»*.

Un aspecto fundamental para determinar si estamos ante un delito de apropiación indebida cuando el comodatario se apropia del objeto prestado, es el tiempo de duración del contrato; elemento que actúa como esencial del mismo. El del Código civil establece unas reglas dispositivas al respecto, aunque siempre está presente la idea de que el comodante puede recuperar el objeto cuando tuviera *«urgente necesidad»*, siempre que la justifique (arts. 1749 CC); o también cuando no se hubiera pactado la duración del contrato o esta no se pudiera deducir del uso al que estuviera destinado el objeto, en cuyo caso podría reclamarlo *«a su voluntad»*, situación que daría lugar al precario. La jurisprudencia ha definido la cesión en precario como aquella situación en la que se encuentra una persona que usa un bien ajeno con consentimiento de quien tiene atribuida su propiedad, sin que les una ningún tipo de vínculo jurídico. Aunque el precario se deduce del comodato, se diferencia claramente de este último porque aquel no está sujeto a límite temporal alguno, razón por la que el titular del bien puede reclamar su restitución sin alegar motivo alguno, mientras que el comodante debe respetar el término o el uso pactado para exigir la devolución salvo que pruebe urgente necesidad. Tal y como manifiesta el Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>), en la Sentencia de 7 de octubre de 2020, se infringe lo dispuesto por el artículo 1749 del Código civil si se ha acordado un uso o una duración determinada del contrato en cuyo caso el contrato solo podrá finalizar antes si se prueba la urgente necesidad; no siendo así, estaremos ante el supuesto del artículo 1750 del Código civil, precepto que no exige dicha prueba.

Ahora bien, se plantean una serie de reflexiones relativas a la duración de los efectos del contrato de comodato que hay que resolver a fin de determinar si se puede imputar al comodatario un delito de apropiación indebida, o no. Razón: si el comodatario ha de restituir antes de tiempo ante la reclamación del comodante, ya sea por urgente necesidad cuando el contrato está sujeto a un plazo cierto, ya sea por voluntad unilateral *ad nutum* al estar en situación de precario, ¿cabe imputarle un delito de apropiación indebida cuando se niega a devolver el objeto o es necesaria también la concurrencia de una voluntad de apropiación del bien? La conducta del comodatario no se puede calificar como delictual solo por el hecho de negarse a restituir; aquél ha de actuar como si pretendiera apropiarse del bien (por ej., actuando como si el sujeto activo fuera propietario del bien al intentar venderlo). La misma regla se aplica en el caso de que el comodatario no pretenda apropiarse del objeto, pero sí de los frutos que el bien genera<sup>35</sup>.

Tanto en los contratos de arrendamiento como de comodato, una de las causas de su extinción es la pérdida de su objeto, con independencia de quien tenga que soportar las consecuencias de esta pérdida a la luz de lo dispuesto por los artículos 1182, 1183, 1568 y 1745 del Código Civil. El deudor no queda exonerado de su responsabilidad civil si es culpable de su pérdida, bien porque ha actuado dolosa o negligentemente, bien porque, pese a concurrir caso fortuito o fuerza mayor, se ha incrementado su responsabilidad por estar constituido en mora (art. 1096 CC) o porque la ley o el pacto así lo han establecido (art. 1105 CC). Ahora bien, ¿cabría imputarle un delito de apropiación indebida si se prueba que la pérdida se produce tras la negativa del obligado a restituir el objeto a su titular? Si se prueba que concurre dolo penal en la conducta del sujeto activo que se niega a devolver el objeto usado, aunque el objeto se pierda después, se le podría acusar de cometer un delito de apropiación indebida ya que la conducta delictual es anterior a la causa de extinción del contrato; siempre y cuando quede probado que la apropiación ha beneficiado al sujeto activo del delito o a un tercero.

#### IV. EL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN

##### 1. SUJETO QUE SE EXCEDE EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES AL ADMINISTRAR UN PATRIMONIO AJENO: CONSECUENCIAS

Los contratos de gestión se caracterizan por que una persona ejerce un derecho ajeno o presta un servicio en favor de otro. El objeto de este tipo de contratos es la actividad o resultado que se acuerda y que otro debe realizar en beneficio de quien lo ha contratado. Si además existe una

relación de representación, el apoderado podrá realizar ciertos actos válidos y eficaces, en nombre propio o ajeno, pero siempre por cuenta de su representado, ya que estará legitimado para ello. Se trata de una representación voluntaria sujeta al negocio jurídico del apoderamiento a partir del cual se van a definir los límites del representante, a diferencia de lo que sucede con la representación presente en instituciones como la patria potestad o la tutela, cuyo contenido viene dado por la ley. El interés que subyace en la representación legal es la protección del menor o del incapacitado para cuya limitación en su capacidad de obrar se activa un mecanismo que los proteja y permita a su representante gestionar sus asuntos de acuerdo con lo establecido por la ley<sup>36</sup>. En cambio, en la representación voluntaria, la voluntad del poderdante no está ni queda limitada por apoderar a otra persona para gestionar sus intereses, ya que es él quien decide cómo y durante cuánto tiempo se van a mantener los efectos de aquella. No obstante, tanto la representación voluntaria como la legal o necesaria se fundamentan en la misma idea: el interés gestionado o administrado es ajeno, y no propio.

Hay otros contratos en los que no está presente una relación de representación pero que, sin embargo, se caracterizan por gestionar también un interés ajeno. Esto es lo que sucede con el contrato de obra que permite a una de las partes, mediante precio, acordar con otra un resultado que redunda en su beneficio; o con el arrendamiento de servicios a través del cual se pretende que alguien desarrolle una actividad por encargo de otra a cambio de una retribución. Tanto el uno como el otro son definidos como contratos dedicados a la gestión de un interés ajeno<sup>37</sup>.

Desde esta perspectiva, hay que valorar qué conducta puede ser calificada como gestión desleal de patrimonios ajenos, ahora que este delito ya no queda circunscrito al ámbito societario. Y es que, conforme a lo dispuesto por el artículo 452 Código penal, quien, «*teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*», las infrinja porque se excede «*en el ejercicio de las mismas*», y a causa de ello, provoque «*un perjuicio al patrimonio del administrado*», podrá ser acusado de un delito de administración desleal. Siendo esto así, la conducta punible se basa en los actos administrativos realizados sobre un patrimonio ajeno; y, por ello, a diferencia de lo que sucede con el delito de apropiación indebida, el objeto que se protege al tipificar el delito de administración desleal no es el derecho de dominio sobre los bienes administrados del sujeto pasivo, sino su adecuada gestión acorde a las facultades atribuidas al administrador<sup>38</sup>. De tales términos se infiere que pueden ser acusados quienes se extralimitan en el ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas y realizan algo que no podían hacer (por ej., dedicar dinero anticipado a un fin distinto del previsto), pero también aquellos otros que omiten lo que sí deberían haber

ejecutado (por ej., reclamar un crédito). Ahora bien, tiene cabida dentro de este delito también todas aquellas conductas basadas en la gestión de un patrimonio ajeno sin que exista una relación de representación, puesto que el precepto no precisa qué tipo de negocios se incluyen. Tan solo establece que el sujeto activo del delito tiene «*facultades para administrar un patrimonio ajeno*» porque la ley o la autoridad competente, en su caso, se las ha atribuido, o bien porque así se ha acordado mediante el correspondiente negocio jurídico<sup>39</sup>. Solo cuando el gestor traspasa los límites establecidos por cualquiera de estas fuentes, o actúa en contra de lo prescrito expresamente por quien le ha realizado el encargo, se le atribuye una responsabilidad por los daños que hubiera podido ocasionar<sup>40</sup>, con independencia de si ha actuado como representante o no<sup>41</sup>.

Si existe apoderamiento, el apoderado solo podrá actuar dentro de los límites establecidos por el poder, y si es así, quedará exento de cualquier responsabilidad<sup>42</sup>. Cuando actúa sin poder alguno o excediéndose en el ejercicio de las facultades que le han sido conferidas, sus actos son susceptibles de ser ratificados por la persona a cuyo nombre han sido otorgados para que el acto realizado devenga plenamente válido y eficaz (art. 1259 CC), por lo que, en tal caso, aunque el apoderado se haya extralimitado en la función que le corresponde, no concurre ninguna conducta ilícita. Asimismo, aunque el artículo 1714 del Código civil dispone que «*El mandatario no puede traspasar los límites del mandato*», se excluye de este supuesto los actos realizados por el mandatario de «*una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por este*» (art. 1715 CC), por lo que tampoco el acto del mandatario sería ilícito. Ahora bien, ¿cabría incluir la mala gestión como conducta a la que imputar un delito de administración desleal?

El legislador penal deja claro que la imputación de un delito de administración desleal se sostiene si los actos del administrador provocan un perjuicio en el patrimonio del administrado, sean de naturaleza administrativa (por ej., inversiones de un capital), sean de naturaleza dispositiva (por ej., venta de bienes)<sup>43</sup>. El interés que se debe proteger en cuanto al ejercicio de las facultades atribuidas a un administrador es el de quien encarga la administración. Por ello el artículo 255 CCO dispone que en todo lo no previsto por el comitente, el comisionista deberá consultarle, si la naturaleza del negocio lo permitiera, y, si no es así, o si estuviera autorizado para actuar «*a su arbitrio (...), hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio*»<sup>44</sup>. El administrador puede decidir cómo actuar, pero debe hacerlo, no solo dentro del marco que le atribuye sus facultades para administrar, sino también con la diligencia propia de un profesional o con el cuidado que él emplearía en sus propios asuntos, para así eximirle de cualquier responsabilidad; si bien es cierto que serán los Tribunales los que finalmente delimiten la diligencia exigible

en cada caso concreto<sup>45</sup>. Sin embargo, se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo que permita imputar el delito de administración desleal. Este puede venir dado por la concurrencia de un dolo directo por parte del administrador cuando su intención sea provocar un daño patrimonial, pero también cuando el dolo es eventual porque asume un riesgo excesivamente elevado en sus actuaciones y, aun siendo consciente de ello, las realiza sin que su objetivo sea producir un perjuicio en el patrimonio del administrado.

¿Cómo valorar el «*perjuicio al patrimonio del administrado*» a fin de determinar si se imputa una responsabilidad penal al administrador? ¿Basta con recurrir a un criterio objetivo que determine el daño emergente sufrido por el patrimonio en función de las pérdidas sufridas o los incrementos no producidos en el patrimonio administrado o se deben incluir también otro tipo de perjuicios? El artículo 252 Código penal tan solo dispone que si el perjuicio patrimonial no excede de 400 €, «*se impondrá una pena de multa de uno a tres meses*», por lo que se atenúa la pena a aplicar por la comisión de este delito<sup>46</sup>.

Por supuesto, que el daño patrimonial se cuantifica claramente cuando no se reclama un crédito que prescribe o cuando se pierde un bien por no interrumpir una prescripción adquisitiva en favor de otro. Pero no parece oportuno, en principio, aplicar este criterio cuando se producen inversiones en un fondo y, transcurrido un tiempo, el valor de su participación se devalúa<sup>47</sup>. Si parece adecuado ampliar la esfera de aplicación del delito de administración y entender así que el perjuicio patrimonial va más allá del evaluable desde el punto de vista económico. Al respecto MARTÍNEZ-PUJÁN PÉREZ manifiesta que no solo la actuación desleal determina una reducción del activo o su falta de incremento, también se daña el patrimonio cuando al actuar «de modo no autorizado o contrario a los intereses del administrado» se frustra el fin perseguido, por ejemplo, «mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajena al interés social o personal, de modo que se limitan 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»<sup>48</sup>. También permite incluir casos de «condiciones abusivas de préstamos en beneficio de los administradores o prestación de garantías para afianzar sus deudas personales que, aunque no hayan producido un detimento patrimonial, sí suponen una frustración del fin con arreglo al criterio funcional del patrimonio»<sup>49</sup>; todo ello, aunque el artículo 252 Código penal no haga referencia alguna a si ha de concurrir un ánimo de lucro del administrador, pues se centra exclusivamente en el perjuicio patrimonial<sup>50</sup>.

2. LA GESTIÓN DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN RESTITUTORIA

En los contratos dedicados a la gestión de intereses ajenos, el Tribunal Supremo (Sala Penal), en Sentencia de 15 de febrero de 2018, destaca que el delito de apropiación indebida «es un delito de apoderamiento que aparece caracterizado por un elemento específico, la infracción de un deber de fidelidad deducible de una relación especial» derivada de los contratos consignados en el precepto del Código penal dedicado a la apropiación indebida, «y la actuación, en perjuicio del patrimonio ajeno, producido por la infidelidad»; por lo que, con la tipificación del delito de apropiación indebida, se protegen las relaciones internas establecidas entre el representado y el representante, que es quien asume la gestión del patrimonio ajeno, y se sanciona la disposición de los bienes ajenos sin razón alguna, sin que sea necesario el enriquecimiento del autor, para imputarle dicho delito. No obstante, a veces surge la disyuntiva de imputar un delito de apropiación indebida o de administración desleal a quien se encarga de administrar bienes ajenos. Es una situación que se refleja en la gestión de las cantidades adelantadas para la ejecución de un servicio, respecto a lo cual la STS (Penal), de 2 de diciembre de 2014, ya determinó de modo claro que solo existía apropiación indebida cuando el sujeto activo destinaba el fondo entregado para unos objetivos distintos de los encomendados o cuando el servicio no se llegaba a ejecutar, y además tampoco se devolvían las cantidades entregadas a cuenta del mismo<sup>51</sup>.

En el supuesto analizado por la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 19 de junio de 2020, se acusa al administrador de una comunidad de propietarios, integrada por unas empresas que tienen contratado el suministro de agua con un Ayuntamiento mediante un único contrato de suministro suscrito entre este y la Comunidad, de un delito continuado de apropiación indebida, ya que el dinero que recibía para liquidar dicho gasto, tras emitir y cobrar a cada empresa los recibos individuales que les correspondía, lo empleaba para atender la administración de los intereses de otros clientes. Con las cantidades anticipadas no solo no pagó las deudas pendientes con el Consistorio, sino que además dispuso del dinero para atender a otros fines. Utilizaba una «caja única» para atender la administración de todos los clientes, cuyos asuntos gestionaba, por lo que se discute si esta mala praxis del administrador se constituye en un ilícito civil, o si, por el contrario, este es de naturaleza penal; y si es así, si le puede imputar un delito de apropiación indebida o si este es de administración desleal. Al respecto el Alto Tribunal entiende que, «aun cuando se hubiere acreditado que el dinero defraudado realmente se empleó en el pago de las deudas de otras comunidades de propietarios», esto no impide afirmar que «el acusado dispuso del dinero

para fines distintos del autorizado». En consecuencia, concurre un delito de apropiación indebida porque el autor que recibe el dinero «en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad» no puede disponer de él. El acto de disposición es ilegítimo «en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado». Causa un claro perjuicio en el sujeto pasivo ya que no puede recuperar el dinero entregado. El sujeto activo se extralimita en las facultades que le han sido atribuidas, y de acuerdo a lo que manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada, se consuma el delito cuando «por su propia actuación, no puede cumplir el destino que asumió con ocasión de la recepción posesoria, siendo irrelevante que el ordenamiento jurídico reconozca acciones que abran al propietario la alternativa de reclamar el reintegro de la cosa a un tercero, o la reparación del perjuicio soportado con su pérdida, como sería el caso de la acción de retorno por enriquecimiento injusto o la propia acción reivindicatoria (348.2 CC), así como resulta irrelevante que el propio acusado tenga la acción de reparación prevista en el artículo 1158.2 del Código civil, para reclamar al deudor las obligaciones que satisfizo, si verdaderamente está en condiciones de acreditar que aplicó el dinero a pagar las deudas de otros»<sup>52</sup>. Por consiguiente, de todo ello se deduce que, aunque el acusado haya dispuesto del dinero, no para fines propios, sino con el ánimo de pagar otras deudas, no le libera de la imputación del delito de apropiación indebida, pues él no puede decidir bajo su libre arbitrio qué obligaciones liquidar con el dinero provisionado por otros.

En el ámbito de las cantidades anticipadas a cuenta al promotor por el adquirente de una vivienda a construir o en construcción, se ha planteado también cómo delimitar el delito de apropiación indebida del delito de administración desleal. Y es que la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación<sup>53</sup> exige a quienes «*promuevan la construcción de toda clase de viviendas, (...) y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción*» dos condiciones irrenunciables: garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta mediante un seguro de caución o un aval bancario; y depositar tales sumas en una cuenta especial de una entidad de crédito<sup>54</sup>. Se trata de proteger los intereses económicos los adquirentes de una vivienda sobre plano que adelantan ciertas cantidades que el promotor debe gestionar dedicándolas a la edificación pactada<sup>55</sup>.

La primera pregunta que nos debemos hacer en relación con las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda es la relativa a su naturaleza. Esto es, ¿hablamos de un dinero que actúa como adelanto del precio de la vivienda o esta suma se justifica en la ejecución de un contrato de obra?

Mientras en el primer supuesto el promotor actuaría como vendedor del inmueble en los términos acordados con su adquirente, en el segundo la suma entregada por quien pretende adquirir el inmueble actuaría como una fuente de financiación para el promotor dedicado a la construcción de viviendas. Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>), en Sentencia de 18 de diciembre de 2019, concluye lo siguiente: si el dinero entregado actúa como anticipo del precio de la vivienda en el contexto de un contrato de compraventa, ello «supone un título inidóneo para dar vida al delito de apropiación indebida, de lo que se deduce que «no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida». Todo dependerá del acuerdo que vincule a las partes. Por ello, aunque el legislador se refiere en la LOE a las medidas de aseguramiento a aplicar respecto de la «*Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*», no parece adecuado interpretar la noción de precio como si de la contraprestación de un contrato de compraventa se tratara. Tampoco estamos ante un contrato de obra porque, salvo que estuviéramos ante una cooperativa, el adquirente de la vivienda que anticipa cantidades a cuenta no promociona la obra. Más bien cabe entender que el anticipo de dinero se inserta en el marco de un contrato mixto o complejo en el que se combinan las obligaciones de construir y entrega de la vivienda. El Alto Tribunal (Sala 1.<sup>a</sup>) abunda en esta idea, en la Sentencia de 19 de julio de 2012, al entender que es una de las modalidades de «los contratos de compraventa de cosa futura (...) que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia»<sup>56</sup>. En Sentencia de 2 de diciembre de 2011, el Tribunal Supremo afirma que estamos ante «un contrato complejo, llamado también mixto, en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada»<sup>57</sup>. En definitiva, los fondos adelantados por los adquirentes de las viviendas al promotor tienen como destino final la gestión de los gastos derivados de la edificación, que una vez terminada, se imputarán al precio final de la compra del inmueble.

Es obligación esencial del promotor depositar las cantidades adelantadas por los adquirentes de las viviendas en una cuenta especial de una entidad de crédito, «*con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*», tal y como exige el apartado b) del párrafo 1, en el número uno de la disposición adicional primera de la LOE<sup>58</sup>. Siendo esto así, su incumplimiento justificaría la resolución del contrato de adquisición de la vivienda por parte del adquirente<sup>59</sup>. Su fin: si la construcción de la vivienda no se iniciara o esta no fuera entregada

en el término acordado, quien ha adelantado aquellas cantidades a cuenta podría resolver el contrato y solicitar su devolución<sup>60</sup>. Y es que las sumas anticipadas por el adquirente de la vivienda e ingresadas por el promotor en una cuenta especial, deben dedicarse al proceso de edificación<sup>61</sup>; y así debería establecerlo quien adelanta tales cantidades a fin de preconstituir una prueba que justifique la finalidad del dinero entregado. Si el pago recibido por el promotor no obedece a causa alguna, este no quedará vinculado por un destino determinado, ni tampoco se podrá exigir responsabilidad alguna a las entidades de crédito en las que estuvieran depositadas las sumas anticipadas. Por ello, si no se consigue probar que el pago realizado tiene como finalidad la edificación, el promotor podría dedicar el dinero depositado a otros fines. Sin embargo, si se prueba que se ha acordado que las sumas anticipadas tengan como destino la construcción, el promotor no podrá disponer libremente de ellas. Para cambiar el objetivo del dinero adelantado necesitaría el consentimiento del propio adquirente de la vivienda<sup>62</sup>. Razón: sobre las cantidades anticipadas existe una carga que delimita su destino. Por ello resulta relevante delimitar qué cantidades ingresadas por el adquirente de la vivienda se deben dedicar de modo exclusivo a la edificación, y qué otras se destinan a otros fines diversos como, por ejemplo, a liquidar su préstamo hipotecario con la propia entidad<sup>63</sup>.

En el caso de que el promotor tuviera varias cuentas abiertas en una misma entidad de créditos, habría que determinar cuál de ellas queda vinculada al proceso de edificación. Sin embargo, aunque la LOE se refiere a que las cantidades anticipadas deben ser depositadas en una cuenta especial, esto no es óbice para que la entidad bancaria que sabe —o tiene medios para conocer— responda ante los adquirentes que han estado anticipando dinero para dedicarlo a la construcción de sus viviendas, por admitir tales ingresos y no exigir la apertura de «una cuenta especial, separada y debidamente garantizada» al promotor, tal y como sostiene el Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>), en Sentencias de 9 de julio de 2019 y 29 de enero de 2020<sup>64</sup>. Asumirán la devolución del total de las cantidades adelantadas e ingresadas en una cuenta que tenga el promotor en la entidad de crédito más el abono de los correspondientes intereses remuneratorios<sup>65</sup>. Asimismo, la responsabilidad que se atribuye a la entidad de crédito implica velar por que el promotor no transfiera cantidades de la cuenta dedicada a la construcción a otra cuenta distinta que este pudiera tener en la misma entidad para dedicarlas a otros fines diversos de la edificación<sup>66</sup>. Ahora bien, ¿cabría imputar un delito de apropiación indebida al promotor que recibe cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas y no las ingresa en una cuenta especial o solo en el caso de que las dedique a otros fines diversos de la edificación?

La STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 12 de marzo de 2019 manifiesta que «la respuesta que ha de darse al incumplimiento de las cláusulas garantizadoras ha fo-

calizado de nuevo el debate en la cuestión de la calificación jurídico-penal aplicable a esa clase de conductas». En consecuencia, el incumplimiento de la obligación legal de depositar las cantidades recibidas por los adquirentes de la vivienda en una cuenta especial para dedicarlas a sufragar gastos vinculados a la edificación, y/o de asegurar su restitución de acuerdo con las medidas previstas por la LOE, ¿podría ser calificado como un indicio de un delito de apropiación indebida? En principio, no parece adecuado calificar la conducta del promotor por sí sola como tal. No hay que olvidar que el incumplimiento de las obligaciones previstas por el legislador para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por parte del promotor no puede ser definida como una conducta delictual, si los fondos recibidos se dedican al proceso de edificación, tal y como ya manifestó el Alto Tribunal (Sala 2.<sup>a</sup>) en una Sentencia de 4 de julio de 2017. No concurre el ilícito penal de la apropiación indebida porque el promotor ha invertido el dinero adelantado en la construcción de la vivienda de quienes lo han anticipado, aunque aquel no haya formalizado las medidas de aseguramiento que le exige la LOE o/y realizado su ingreso en una cuenta especial de una entidad de crédito. No obstante, sí se podrá reclamar una posible indemnización de daños por incumplimiento de sus obligaciones legales, además del régimen previsto por el legislador en materia de infracciones y sanciones administrativas<sup>67</sup>. Solo se plantea esta posibilidad cuando el promotor destina el dinero recibido a otras finalidades, y es ante esta situación cuando cabe preguntarse si no estaríamos ante una prueba diabólica al exigir a quienes resuelven el contrato de adquisición de una vivienda y pretenden la restitución de las cantidades anticipadas; una prueba de que el promotor no puede devolverlas porque aquellas han sido dedicadas a fines distintos de aquellos para los que se habían entregado: la edificación. Por este motivo, en tales casos, se ha sostenido como indicio de un delito de apropiación indebida el hecho de que el promotor no hubiera separado en una cuenta especial el dinero adelantado por los adquirentes de las viviendas en construcción, y hubiera confundido todas las cantidades con el resto de su patrimonio<sup>68</sup>. Si el promotor indujera además a error mediante dolo a los adquirentes de las viviendas a fin de percibir unas cantidades que no tiene intención de dedicar a la construcción, cabría hablar de un indicio de un delito de estafa ya que, conforme a lo previsto por el artículo el artículo 248 del Código penal, «*Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*»<sup>69</sup>.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 253 Código penal, cabría imputar un delito de apropiación indebida al promotor que recibe unos fondos que no puede restituir a quienes se los han entregado porque le han sido «confiados» en virtud de un título que produce la «*obligación de entregarlos*

*o devolverlos*», si concurre el supuesto previsto por la disposición adicional primera de la LOE. El Alto Tribunal (Sala 2.<sup>a</sup>), en Sentencia de 4 de julio de 2019, considera que no resulta relevante determinar a qué fin ha dedicado el promotor las cantidades que le han anticipado, ya que cualquier objeto diferente de la edificación «implica una distracción de las mismas»<sup>70</sup>. El Tribunal Supremo entiende que las sumas adelantadas a los promotores y depositadas en una cuenta especial de una entidad de crédito deben ser consideradas como objeto constitutivo de «un patrimonio separado afecto a un fin concreto» que, en este caso, es la construcción, motivo por el cual «cuando se acredite que el perceptor de tales cantidades anticipadas, aparte de incumplir tales obligaciones, ha hecho suyas tales cantidades dándoles el destino que hubiese querido consumándose el delito cuando ante la concreta petición de devolución de las cantidades entregadas por la persona concernida, tal reintegro no se produce, con lo que se llega al «punto sin retorno» de definitivo incumplimiento de la obligación de, o bien invertir el dinero en la obra comprometida, o de devolverse el dinero al que lo entregó»<sup>71</sup>. Por lo que, para imputar un delito de apropiación indebida al promotor, debe concurrir además un perjuicio patrimonial para quienes las han adelantado a cuenta del precio de la vivienda; perjuicio que se producirá cuando estos no puedan recuperar el dinero entregado al promotor.

La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 27 de noviembre de 2019, se pronuncia en idéntico sentido al imputar un delito continuado de apropiación indebida a una promotora que recibió diversas cantidades de los adquirentes de las viviendas que promocionaban, sin prestar aval o seguro de caución alguno como garantía de devolución, y que aquella no les restituyó cuando así se le reclamó. Añade el Alto Tribunal en esta sentencia que este incumplimiento definitivo del promotor es lo que fundamenta el delito de apropiación indebida, pues ni entrega las viviendas acordadas, ni restituye el dinero anticipado, lo que «produce una clara disminución del patrimonio del perjudicado por la disposición ilícita que hace el promotor de los fondos adelantados»<sup>72</sup>. Idéntica situación se plantea en la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 4 de julio de 2019 cuando analiza al supuesto en el que el promotor no abre una cuenta especial en una entidad de crédito y confunde el dinero que le adelantan para la construcción de unas viviendas con otros patrimonios de otras promociones, por lo que «ante la petición de devolución de lo recibido a cuenta, o acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida —aunque no acabada— «o se le puede imputar un delito de apropiación indebida»<sup>73</sup>. A todo ello habría que añadir la concurrencia de un elemento subjetivo —interno—, que, como afirma la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 20 de mayo de 2020, «está constituido por el ánimo de lucro que se evidencia en la conciencia y voluntad del agente de disponer en su propio beneficio o de terceros de tales efectos»; al fin y al cabo se imputa un delito de apro-

piación indebida «cuando el sujeto activo hace propio o dispone de un bien que tiene obligación de devolver».

Que no concorra un ilícito penal de apropiación indebida, ¿es óbice para valorar la posible imputación de un delito de administración desleal en los términos previstos por el artículo 252 Código penal si entendemos que lo que se ha producido es una violación de un deber de fidelidad en cuanto a la administración encomendada de bienes ajenos? Para ello se debe analizar la gestión realizada que viola los deberes derivados del título en que esta se fundamenta. En tal caso habría que considerar al promotor como administrador de las sumas percibidas y depositadas en la cuenta especial de una entidad de crédito que deben dedicarse a la construcción<sup>74</sup>. Ahora bien, al establecer qué destino deben tener los efectos dinerarios entregados, el delito que se podría imputar al promotor por violación de este deber es el de la apropiación indebida porque no solo no los dedica a los fines pactados, sino que además no puede restituirlos. Difícilmente se puede argumentar que exista un delito de administración desleal para el que se necesita que el administrador goce de una cierta autonomía dentro del marco de las facultades que le han sido otorgadas.

## V. LOS CONTRATOS DISPOSITIVOS

Conforme a lo dispuesto por el artículo 253 Código penal, no puede ser título adecuado para imputar un delito de apropiación indebida aquel en el que se justifica la transmisión de la propiedad de un bien, ya que el fundamento del tipo penal se encuentra en la violación de la obligación restitutoria del bien a su titular. Por ello, deberían quedar excluidos los contratos de compraventa, permuta y donación. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>), de 11 de junio de 2020, incluye la compraventa con pacto de reserva de dominio. Considera que el pacto excluye la transmisión de la propiedad del bien pese a haber sido este entregado al comprador. Por tanto, desde esta perspectiva, quien compra un bien bajo un pacto de reserva de dominio podría ser acusado de este delito si se le considera un poseedor *pendente condicione* de adquirir la propiedad del bien hasta que finalice el pago total del precio aplazado. Hasta este momento no accedería a la titularidad real de la que el comprador sería acreedor. Para LACRUZ BERDEJO la condición no afectaría al contrato o a su perfección, pero sí a la adquisición de la propiedad, ya que, aunque aquel desprende sus efectos (entrega y saneamiento del bien o pago del precio), la transmisión del dominio quedaría subordinada siempre al pago íntegro del precio, siendo en este momento, y no en otro, cuando se produciría aquella, sin exigir la concurrencia de un nuevo consentimiento<sup>75</sup>. No obstante, si bien

es cierto que la doctrina clásica concibió la cláusula de reserva de dominio como una garantía que impedía la transmisión de la propiedad del bien al quedar sometida a la condición suspensiva del pago total del precio por parte del comprador<sup>76</sup>, actualmente se le ha atribuido también otra naturaleza: el contrato se perfecciona y se ejecuta con la consiguiente transmisión de un dominio sujeto a una carga que priva de la libertad de disposición al comprador hasta que termine de pagar el precio que ha sido aplazado<sup>77</sup>. Siendo esto así, considero que quien adquiere un bien con dicha reserva se podría convertir en su propietario, aunque sin la facultad dispositiva que le corresponde. En este sentido la reserva de dominio actuaría como una carga al restringir el ejercicio del *ius disponendi* que se atribuye a todo titular de un derecho de naturaleza patrimonial. No estaríamos, pues, ante un mero poseedor, por lo que el adquirente podría emplear todos los instrumentos que tuviera a su alcance para defender su derecho de propiedad; aunque su derecho se pudiera resolver en el caso de no cumplir con la prestación que le corresponde. En consecuencia, el dominio adquirido estaría sujeto a una afección que serviría para garantizar el completo pago del precio aplazado. La carga vincularía el dominio a este fin.

En cualquier caso, a los efectos de determinar cómo repercuten las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de enajenar en el ámbito penal, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 ha considerado que estas «carecen de efecto en el ámbito de los derechos reales y que, por lo tanto, no afectan la propiedad adquirida por el comprador mediante la tradición basada en un contrato de compraventa de cosas muebles». En consecuencia, se las considera como cláusulas con efectos obligacionales, «que no convierten por sí mismas una infracción del derecho civil en una conducta de relevancia penal». Sus efectos son los de garantizar el cumplimiento completo del pago del precio aplazado<sup>78</sup>.

A la misma conclusión se debe llegar en el caso de que estemos ante una donación con cláusula de reversión<sup>79</sup>.

## VI. LOS CUASI CONTRATOS

Conforme a lo dispuesto por el artículo 254 Código penal, al margen de los supuestos previstos por el artículo 253 Código penal, se puede imputar un delito de apropiación indebida a quien «*se apropiare de una cosa mueble ajena*»; incrementando su pena si la cosa tuviera un valor artístico, histórico, cultural o científico<sup>80</sup>. ¿A qué supuestos se refiere el legislador?

La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 10 de mayo de 2018, incluye conductas como «la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido, o la recepción indebida

por error del transmitente de dinero o alguna otra cosa mueble, o niegue haberla recibido, o comprobado el error, no proceda a su devolución». Se trata de un tipo penal residual respecto a la tipificación del delito de apropiación indebida prevista en el artículo 253 Código penal, por lo que si el título jurídico que justifica la posesión no se incluye entre los enumerados por este precepto o no cumple las condiciones que se infieren de los que se nombran, se podrá recurrir a lo previsto por el artículo 254 Código penal a fin de incluir toda apropiación de un bien mueble realizada por aquel a quien no le pertenece. Viene a decir el Alto Tribunal que se debe cumplir la condición «de tomar cosa mueble ajena con *animus rem sibi habendi*», que se refiere al «propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, finalidad de desapoderar de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio»<sup>81</sup>.

Por consiguiente, ¿de los quasi contratos se podría derivar una conducta delictual? Los quasi contratos son descritos por el artículo 1887 del Código civil como «*los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados*». Dentro de este concepto se incluye tanto la gestión de negocios ajenos como el cobro de lo indebido. Mientras que la situación quasicontactual que se deriva de la gestión de un negocio ajeno se produce cuando un sujeto de modo espontáneo, sin apoderamiento alguno, actúa en interés y por cuenta de otro (art. 1888 CC), en el cobro de lo indebido lo que se produce es un pago por error que genera la obligación de restituir lo que ha sido entregado a quien no tenía derecho alguno que justificara su cobro (art. 1895 CC)<sup>82</sup>.

Quien pagó indebidamente por error lo hizo con un *animus solvendi*<sup>83</sup>. Si no es así, tal y como precisa la STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 28 de octubre de 2020, y aquel no se realiza con la intención de extinguir una deuda, no cabe hablar de cobro de lo indebido; del mismo modo que el error en quien realiza el pago es una *conditio sine qua non* para ejercitar el derecho de repetición. Al fin y al cabo, se trata de recuperar lo entregado a un sujeto sin que concurra causa alguna que justifique la atribución patrimonial<sup>84</sup>; aunque la obligación de restitución de quien recibe el pago tenga la excepción de la buena fe del *accipiens*, prevista en el artículo 1899 del Código civil<sup>85</sup>. En cualquier caso, el error en el pago debe existir para legitimar a quien ha pagado en el ejercicio de la acción de repetición; un error que este deberá probar conforme a lo establecido por el artículo 1900 del Código civil. La carga de la prueba recae sobre quien pretende haber realizado un pago indebido<sup>86</sup>. La buena o la mala fe del que lo recibe será determinante para delimitar el contenido de la acción de repetición ya que, siendo este de mala fe, deberá restituir lo recibido más los rendimientos correspondientes. Responderá también de los menoscabos sufridos por el bien (art. 1896 CC),

lo que no sucederá en el caso de que actúe de buena fe, pues en tal caso a la restitución propiamente dicha solo habrá que añadir su responsabilidad por «las desmejoras o pérdidas» sufridas, siempre y cuando esto le hubiese generado un enriquecimiento (art. 1897 CC).

Ahora bien, ¿qué naturaleza jurídica tiene la acción de restitución de lo indebidamente cobrado? Si entendemos que el pago ha generado la transmisión de la propiedad del bien entregado, el ejercicio de la acción personal de recuperación implicaría una resolución del acto que la justifica, lo que sostendría la devolución del bien por parte del *accipiens*. Sin embargo, pese a la naturaleza personal de la *condictio indebitii* —que no real—, con esta postura se estaría orillando cómo se adquiere el dominio de acuerdo con lo previsto por nuestro del Código civil<sup>87</sup> Se necesita justa causa y esta no existe cuando se produce un cobro de lo indebido<sup>88</sup>. Este acto jurídico no conlleva la transmisión de la propiedad del bien que se entrega. El *accipiens* solo adquiere su posesión, por lo que quien ha pagado por error con un *animus solvendi* continúa siendo propietario del bien entregado. Se trata de una posesión ilegítima y por esta razón se le niega la facultad de libre disposición —propia del dominio— sobre lo que ha recibido por error. Incluso, si el bien recibido hubiera sido enajenado, deberá restituir su precio o ceder la acción para hacerlo efectivo, en el caso de que haber actuado de buena fe (art. 1897 CC). En consecuencia, lo que se le reclama es la restitución del bien mueble que voluntariamente le ha sido entregado por error porque no le pertenece. Es este acto jurídico el que genera la obligación legal de devolver que nace de lo previsto por el artículo 1895 del Código civil pero ¿qué elementos deben concurrir para distinguir los efectos del cuasi contrato del cobro de lo indebido de un delito de apropiación indebida?

Que no se transmita la propiedad del bien justifica que pueda imputarse un delito de apropiación indebida a quien, por error, recibe dinero o cualquier otro bien mueble, si no lo devuelve y lo incorpora a su patrimonio de manera definitiva<sup>89</sup>. No existe un título que justifique la posesión por lo que debe restituirse el bien recibido, y cuando esto no sucede, y existe un ánimo apropiatorio del bien, cabe imputar un delito de esta naturaleza<sup>90</sup>. En este sentido, si queda acreditada la entrega del bien mueble, y el *accipiens* niega su recepción, conforme a lo previsto por el artículo 1900 del Código civil, se desplaza la carga de la prueba del error; una carga que en otro caso recaería sobre quien realizó el pago. Es una situación que se podría presentar como un indicio del delito de apropiación indebida. Ahora bien, para que se pueda calificar la conducta del *accipiens* como delictual han de concurrir otros elementos subjetivos. No basta con que el receptor del bien actúe de mala fe —esto es, conociendo el carácter indebido de la entrega realizada—, sino que además es necesaria la concurrencia de un ánimo apropiatorio. Ha de existir una voluntad —dolo— de violar la obligación

de restituir el bien a quien lo reclama como titular que es del mismo. Tal y como apunta la SAP de Madrid (sección 3.<sup>a</sup>), de 14 de enero de 2019, la consumación del delito se produce en realidad cuando el sujeto se niega a devolver lo que se le reclama por haber sido pagado de modo erróneo o, «advertido el error existente, no procede a su devolución»<sup>91</sup>.

En el supuesto cuasicontractual de la gestión de negocios ajenos, el gestor actúa sin mandato y tiene la intención de administrar bienes ajenos haciendo recaer sus efectos provechosos en el patrimonio del *dominus*<sup>92</sup>. Pero, aunque el gestor carece de poder alguno, esto no implica que este actúe como representante. A veces la gestión se refiere a un asunto que, aun realizándose por cuenta ajena, no requiere una representación. En cualquier caso, el que gestiona intereses ajenos debe rendir cuentas de sus actos frente aquél por cuya cuenta ha actuado.

Si bien es cierto que los actos que puede realizar el gestor que se encarga de los negocios ajenos sin poder son de carácter administrativo, tal y como prevé el artículo 1888 del Código civil, su ámbito de actuación podría extenderse a los actos dispositivos, aunque su eficacia quedaría condicionada por la correspondiente ratificación en los términos previstos por los artículos 1892 y 1893 del Código civil. Aunque a partir de este momento cabría plantearse si esta relación jurídica que ha nacido de un quasi contrato no se convierte en un vínculo contractual tras ella. Por supuesto, desde esta perspectiva se podría imputar al gestor que actúa sin poder un delito de apropiación indebida si en su conducta concurrieran los elementos propios del tipo penal ya analizados, pero ¿cabría imputarle un delito de administración desleal?

A la luz de lo dispuesto por el artículo 252 Código penal, el sujeto activo del delito es aquel que «*teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno ... las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*». Son facultades que pueden venir dadas por la ley, y en este sentido es la ley la fuente del nacimiento de las obligaciones del gestor que voluntariamente gestiona un negocio, que sabe que es ajeno, sin estar apoderado para ello. Por consiguiente, un aspecto relevante es la conciencia de que está ejecutando un acto administrativo cuyos efectos van a repercutir sobre un patrimonio ajeno. Si, por el contrario, el gestor creyera que está actuando por cuenta propia, no cabría aplicar ni las exigencias ni las consecuencias derivadas de la gestión de negocios ajenos sin poder porque el núcleo fundamental de este quasi contrato lo encontramos en que el interés gestionado pertenece a la esfera patrimonial de otro.

Para que la gestión realizada por cuenta ajena vincule al *dominus*, este lo debe ratificar (art. 1892 CC) o aprovecharse de ella (art. 1893 CC). No basta la mera ejecución del acto. De esto se deduce que la intención del gestor al actuar de este modo debe ser la de beneficiar o evitar perjuicios

al dueño a través de su acto administrativo. Que la gestión realizada le sea útil. Tal y como considera la STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 9 de marzo de 2006, esta gestión obedece a un propósito desinteresado, ya que se trata de una actuación espontánea en beneficio de otro sin mandato expreso o tácito<sup>93</sup>. Aunque esto no puede traducirse en la presencia de un *animus donandi*, pues el propio artículo 1893 del Código civil prevé la obligación del dueño de indemnizar «*al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo*». Siendo esto así ¿cómo calificar de desleal la gestión realizada de este modo?

Conforme a lo previsto por el artículo 1888 del Código civil, una vez iniciada la administración «*de los negocios de otro, sin mandato de este, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que lo sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí*». De ello se infiere que, aunque es voluntaria la gestión que se realiza, una vez comenzada, debe ejecutarla. Y lo debe hacer de acuerdo con el nivel de diligencia exigible por el artículo 1889 del Código civil, sobre la que se aplica la facultad moderadora de los Tribunales según las circunstancias del caso. El propio artículo 1891 del Código civil incrementa la responsabilidad del gestor si este acomete operaciones de riesgo para el dueño que este no suele hacer, o cuando predomina el interés del gestor sobre el del dueño. En tales casos el gestor responde también por caso fortuito. Siendo esto así, ¿cabría analizar la conducta del gestor a la luz de lo previsto por el artículo 252 Código penal, siempre que causaran un perjuicio al patrimonio administrado? ¿Podría sostenerse esta postura si la inmisión del gestor persigue su propio interés o un perjuicio para el *dominus negotii*, siempre y cuando este daño se llegue a producir? Mantener esta idea implica desnaturalizar este quasi contrato cuyos efectos dependen finalmente de la voluntad expresa o tácita del dueño del negocio, por lo que parece más oportuno descartar esta idea e inclinarse por considerar que la extralimitación del gestor culpable e ilícita conlleva una responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)<sup>94</sup>.

## VII. MEDIDAS CAUTELARES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS

Para finalizar con el estudio sobre la repercusión penal de ciertas conductas vinculadas *ab initio* a la ejecución de un contrato o, incluso, quasi-contrato, haré una breve referencia a la protección del interés de la víctima ante una posible sentencia condenatoria a través de la figura de las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad. Se trata de garantizar la efectividad de una serie de medidas cautelares dirigidas a restringir la libre disposición de los bienes inmuebles del condenado. Entre ellas destaca la

anotación preventiva de embargo y la prohibición de disponer derivada de una causa penal. Es una forma de enervar los efectos derivados de la aplicación del artículo 34 LH<sup>95</sup>; esto es, de la fe pública registral. Al respecto, la resolución de la anteriormente llamada Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>96</sup>, de 15 de febrero de 2001, señala que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla expresamente el recurso de las anotaciones preventivas, esto no es óbice para que estas puedan ser adoptadas, siempre que sean compatibles con el fin y el principio de publicidad registral<sup>97</sup>.

El párrafo segundo del artículo 42 LH admite la solicitud de una anotación preventiva de embargo a favor de quien tuviera un mandamiento de embargo «*que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor*». Se dirige contra el acusado por un delito del que se derivan obligaciones civiles, y, por ello el último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria dispone que «*No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento*98.

Por otra parte, el mandamiento judicial puede recurrir también a la prohibición de disponer en los términos previstos por el párrafo segundo del artículo 26 y el número 4.º del artículo 42 LH, que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, impedirá «*la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a esta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho objeto de la anotación*

Se trata de una medida cautelar que suspende temporalmente el ejercicio del *ius disponendi* para el titular de los bienes que son objeto de aquella y que, como toda restricción que recae sobre el dominio de un bien inmueble, debe ser interpretada de modo estricto. En consecuencia, hay que determinar qué acto dispositivo se ve afectado ya que la prohibición de disponer es un género dentro del cual no solo están las prohibiciones de enajenar, sino también otros actos dispositivos como son los dirigidos a constituir cargas o gravámenes (por ej., una hipoteca). Así mismo, es una prohibición que no conlleva la eliminación total del poder de disposición del bien ya que esta facultad dispositiva sigue integrando el contenido del derecho de propiedad, aunque su titular no pueda ejercitárla durante un tiempo<sup>99</sup>. Existe una razón justa para ello que es la causa en

la que se fundamenta la anotación preventiva: evitar «burlar» el resultado de una sentencia condenatoria y las responsabilidades civiles que pudieran derivarse del delito por el que ha sido condenada una persona. Por ello, tal y como ha manifestado la DGRN en la Resolución de 28 de enero de 2016, en relación con las prohibiciones de disponer decretadas en procesos penales ha de aplicarse «a rajatabla el principio de prioridad del artículo 17 L.H., lo que provoca el cierre registral no solo frente a los actos posteriores a la anotación, sino también de los anteriores», debido a que considera que existe «un cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto, de modo que la seguridad económica de los deudores no debe prevalecer sobre superiores intereses de los ciudadanos (como pueden ser los penales o los urbanísticos)».

## VIII. CONCLUSIONES

I. Que tras la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, se modifica la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo VI del Título XIII del libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal»; y se crea una sección 2.<sup>a</sup> bis en el mismo capítulo para integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica «De la apropiación indebida», por lo que el delito de administración desleal deja de ser considerado exclusivamente como un delito societario y pasa a ser considerado como un delito de naturaleza patrimonial. Como consecuencia de ello no se limita a sancionar las conductas de los administradores de sociedades ya que, al ser considerado delito patrimonial, quedan incluidas todas aquellas conductas dirigidas a administrar un patrimonio ajeno, ejecutadas no solo en virtud de un negocio jurídico de apoderamiento sino también de acuerdo con lo establecido por la ley (por ej. la tutela), o con lo impuesto por la autoridad competente (por ej., el ejercicio de una administración concursal). El sujeto activo que se excede en el ejercicio de sus facultades y cause un perjuicio sobre el patrimonio administrado podrá ser condenado por un delito de administración desleal.

II. Que de los artículos 253 y 254 Código penal se infiere que el delito de apropiación indebida se caracteriza por apropiarse de dinero, efectos, valores o cualquier otro bien mueble ajeno que el sujeto activo del delito ya poseía conforme a un título justo —como puede ser el depósito, la comisión o cualquier otro— que le exigía restituirlo a su propietario o un tercero en función de lo pactado. Al decaer los efectos del contrato, la posesión deja ser legítima y es entonces cuando el poseedor debe devolver el objeto a quien corresponda. Si esto no sucede, y se produce un «punto sin retorno», habrá que entender que concurre una voluntad de no restituir o

una imposibilidad de devolver aquello de lo que se ha apropiado el sujeto activo del delito. En cambio, la imputación de un delito de administración desleal, aunque basándose en una conducta abusiva por parte del gestor de negocios ajenos que produce daños para su titular, no llega a provocar una pérdida definitiva del bien. Esto es lo que sucede cuando se gestionan cantidades adelantadas a cuenta que hay que dedicar a un fin concreto. Si no se cumple con este destino, y el dinero no se puede devolver, provocará un claro perjuicio a quienes lo reclaman y es entonces cuando estaremos ante un delito de apropiación indebida.

III. Que si el objeto del delito es el dinero hay que valorar si estamos ante un delito de apropiación indebida o ante uno de administración desleal. La diferencia está en el interés jurídico diverso que protege la tipificación de uno u otro delito. El primero protege el dominio del bien del que se pretende apropiar el sujeto activo del delito, en cambio el bien jurídico protegido por el segundo es el patrimonio ajeno que se administra. En consecuencia, el delito de apropiación indebida afecta a la propiedad de los bienes que forman parte del patrimonio del sujeto pasivo, mientras que el objeto del delito de administración desleal es la gestión de unos bienes, derechos y deudas particulares pertenecientes a un mismo titular lo que permite englobarlas dentro de la noción de patrimonio.

IV. Que resulta relevante la naturaleza del título mediante el cual se pretende imputar un delito de apropiación indebida, ya que este determinará el contenido de la posesión del bien por parte del sujeto activo del delito. La conducta tipificada en el artículo 253 Código penal se basa en que dicha posesión se justifica en un título cuyos efectos decaen en función de lo pactado o de lo dispuesto por la ley; y es a partir de este momento, y ante la falta de restitución del objeto a quien corresponda, cuando se plantea la imputación de un delito de apropiación indebida. Como consecuencia de ello quedan excluidos todos aquellos títulos en los que se fundamente la adquisición de la propiedad de un bien, como son los contratos de compraventa, permuto o donación, pero, sin embargo, sí quedan incluidos los contratos de cesión de uso y disfrute, los de gestión de intereses ajenos, los quasi contratos y cualquier otra categoría de contrato de naturaleza compleja o atípica que no encaje en alguna de las categorías reseñadas, tal y como sucede con el contrato entre un promotor inmobiliario y un adquirente de una vivienda que anticipa fondos a cuenta del precio. Razón: son cantidades que están vinculadas a un destino final que no es otro que el de la gestión de los gastos derivados de la edificación. Incluso la compraventa con pacto de reserva de dominio se debería tener en cuenta, ya se explique su naturaleza como una suspensión de la transmisión de la propiedad al comprador, ya se sostenga la transmisión del dominio con una carga que limita la facultad dispositiva de su titular; en ambos casos, hasta que se abone la totalidad del

precio aplazado. Se refleja la función garantista que se persigue con dicho pacto, bien actuando sobre el momento de adquisición de la propiedad, bien subordinando el dominio a los efectos de una carga que servirá para garantizar el completo pago del precio aplazado.

V. Que del contrato de arrendamiento se infiere la obligación de restitución una vez finalizados sus efectos, por lo que cuando el arrendatario no restituye el bien y concurre un dolo apropiatorio, se le puede imputar un delito de apropiación indebida. La conducta no es delictual cuando el arrendatario ha destinado el objeto a un fin distinto de lo acordado. En tal caso lo que se produce es un incumplimiento de la finalidad pactada en el contrato. No existe voluntad alguna de incorporar el bien a su patrimonio sino de dejar de cumplir con aquello que se ha acordado. Y lo mismo se aplica si estamos ante un contrato de comodato o precario.

VI. Que, respecto de los contratos de gestión de patrimonio ajenos, para determinar la concurrencia de un delito de esta naturaleza, hay que analizar si el administrador ha actuado dentro del marco que le atribuye las facultades para gestionar el patrimonio ajeno, y si lo ha hecho con la diligencia propia de un profesional o la que él emplearía para gestionar sus propios asuntos. A ello habría que añadir la presencia de un dolo directo existente cuando su intención es provocar un perjuicio en el patrimonio administrado o incluso un dolo eventual cuando asume un riesgo excesivamente elevado en sus actuaciones, aun siendo consciente del daño que puede provocar.

VII. Que el artículo 254 Código penal describe un tipo penal residual respecto de la apropiación indebida que permite incluir los quasi contratos, como la gestión de negocios jurídicos sin mandato y el pago de lo indebido. Mientras que de la conducta culpable e ilícita del gestor sin mandato se deriva una responsabilidad civil extracontractual, de quien cobra algo entregado por error y no lo restituye, sí se puede valorar su conducta como delictual si concurre un ánimo apropiatorio.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 16 de julio de 1993.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 24 de febrero de 1999.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 7 de abril de 2000.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 24 de julio de 2000.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 6 de junio de 2000.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2000.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 10 de febrero de 2003.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 16 de marzo de 2005.

- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 28 de marzo de 2005.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2005.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 28 de octubre de 2005.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 27 de enero de 2006.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 9 de marzo de 2006.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 14 de junio de 2007.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 16 de julio de 2007.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 9 de diciembre de 2009
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 23 de diciembre de 2009.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 3 de julio de 2010.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 22 de octubre de 2010.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 25 de octubre de 2011.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 2 de diciembre de 2011.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 19 de julio de 2012.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 10 de diciembre de 2012.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 5 de febrero de 2013.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 11 de abril de 2013.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 19 de julio de 2013.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 29 de enero de 2014.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 6 de marzo de 2014.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 7 de mayo de 2014.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 24 de junio de 2014.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 5 de noviembre de 2014.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de diciembre de 2014.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 6 de enero de 2015.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 13 de enero de 2015.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 20 de enero de 2015
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 30 de abril de 2015.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 30 de junio de 2015.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 15 de julio de 2015.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 15 de septiembre de 2015.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 30 de septiembre de 2015.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 21 de diciembre de 2015.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 12 de febrero de 2016.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de marzo de 2016.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 29 de junio de 2016.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 12 de julio de 2016.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 12 de febrero de 2016.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 9 de septiembre de 2016.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 30 de noviembre de 2016.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 2 de febrero de 2017.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 23 de mayo de 2017.

- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 4 de julio de 2017.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 16 de noviembre de 2017.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 24 de enero de 2018.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 15 de febrero de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 28 de febrero de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 20 de marzo de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 21 de marzo de 2018.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 22 de marzo de 2018.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 10 de mayo de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 19 de septiembre de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 10 de octubre de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 21 de noviembre de 2018.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 23 de noviembre de 2018.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 12 de diciembre de 2018.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 19 de febrero de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 12 de marzo de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 20 de marzo de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 8 de mayo de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 22 de mayo de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 25 de junio de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 4 de julio de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 9 de julio de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 24 de julio de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 30 de octubre de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 20 de noviembre de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 27 de noviembre de 2019.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 18 de diciembre de 2019.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 21 de enero de 2020.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 29 de enero de 2020.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 3 de febrero de 2020
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 19 de febrero de 2020.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 10 de marzo de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 20 de mayo de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 11 de junio de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 18 de junio de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 19 de junio de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 11 de junio de 2020
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2020.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 7 de octubre de 2020
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 28 de octubre de 2020.

- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 29 de octubre de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 13 de noviembre de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de diciembre de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 3 de diciembre de 2020.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 14 de diciembre de 2020.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 1 de marzo de 2021.
- SAN (sección 4.<sup>a</sup>), de 11 de enero de 2018.
- SAP de Madrid (sección 7.<sup>a</sup>) de 14 de diciembre de 2007.
- SAP de Alicante (sección 10.<sup>a</sup>), de 22 de enero de 2016.
- SAP de Alicante (sección 3.<sup>a</sup>), de 15 de enero de 2018.
- SAP de Madrid (sección 1.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2018,
- SAP de Madrid (sección 3.<sup>a</sup>), de 14 de enero de 2019.
- SAP de Madrid (sección 16.<sup>a</sup>), de 12 de julio de 2019.
- SAP de Badajoz (sección 3.<sup>a</sup>), de 22 de octubre de 2019.
- SAP de Almería (sección 1.<sup>a</sup>), de 12 de noviembre de 2019.
- SAP de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>), de 18 noviembre 2019.
- SAP de Barcelona (sección 5.<sup>a</sup>), de 7 de febrero de 2020.
- SAP Madrid (Penal) (sección 1.<sup>a</sup>), de 6 marzo 2020.
- SAP de Pontevedra (sección 5.<sup>a</sup>), de 29 de septiembre de 2020.

#### RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 2001.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 9 de septiembre de 2004.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 19 de diciembre de 2006.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 25 de noviembre de 2014.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de enero de 2016
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 28 de julio de 2016.
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 29 de octubre de 2020.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- AMADEO GADEA, S. (2018). *Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas*, Escoda Libros: Madrid.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles, *RCDI*, número 488, 9-43.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1985). *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos: Madrid.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2018). Enriquecimiento injusto: una aproximación al derecho inglés de restituciones, *Anuario de Derecho Civil*, enero, pp. 13-78.
- CARRASCO, A. (2011). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi: Navarra.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (2019). Apropiación indebida, en *Tratado de Derecho Penal Económico*, coord. Camacho Vizcaíno, A., Tirant lo Blanch: Valencia.
- EGUSQUIZA BALMASEDA (1991). Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, 9-42.
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. (2019). *El delito de administración desleal*, Dykinson: Madrid.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J. (2020). *Doctrina penal actualizada*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 632-647.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995). *Derecho de Obligaciones*, II, Bosch: Barcelona.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, 1939-1985.
- (2010). Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica, *Actualidad Civil*, núm. 6, 626-653.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2015). Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, *Estudios Penales y Criminales*, v. XXXV, 457-566.
- (2016) *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch: Valencia [obtenido de <http://www.tirantonline.com>].
- MORETÓN SANZ, M.F. (2017). Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo, 1545-1563.
- PASTOR MUÑOZ, N. (2020). Los delitos de administración desleal y apropiación indebida, en *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Atelier: Madrid.

- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. (2020). Cuestiones generales del Derecho Penal económico y de la empresa, en *Delitos económicos y empresariales*, coord. Liñán Lafuente, A., Dykinson: Madrid.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1265-1293.
- TORRE OLID, F. (2013). Actualidad de los quasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (un estudio necesario en tiempos de crisis), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2951-2982.
- (2016) Tratamiento conjunto del enriquecimiento y del empobrecimiento injusto para objetivar soluciones de equidad. Un estudio en torno a la causa negocial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1801-1846.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2020). ¿Expectativa de derechos o derechos expectantes? Un análisis de la posición del comprador en el pacto de reserva de dominio, en *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, dirigida por Cañizares Laso, A., Tirant lo Blanch: Valencia.

## NOTAS

<sup>1</sup> En relación con la responsabilidad civil derivada propiamente de un delito, la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 13 de noviembre de 2020, establece que las indemnizaciones y responsabilidades civiles derivadas de una sentencia penal firme no prescriben; que aquella se mantiene hasta la completa satisfacción del acreedor «sin que le sea aplicable ni la prescripción ni la caducidad».

<sup>2</sup> El texto original de los artículos 253 y 254 del Código penal era el siguiente: «Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años». Se añadía que «Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas». Ambos artículos son modificados posteriormente por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que con un artículo único modifica el Código penal, dejando su redacción así: «Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años». Se añade que «Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros».

<sup>3</sup> Véase GARCÍA SAN MARTÍN, J., (2020). *Doctrina penal actualizada*, Tirant lo Blanch, Valencia; PASTOR MUÑOZ, N., (2020). Los delitos de administración desleal y apropiación indebida, en *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Atelier, Madrid; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., (2020). Cuestiones generales

del Derecho Penal económico y de la empresa, en *Delitos económicos y empresariales*, coord. Liñán Lafuente, A., Dykinson, Madrid; y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., (2019) Apropiación indebida, en *Tratado de Derecho Penal Económico*, coord. Camacho Vizcaíno, A., Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>4</sup> Añade que «*Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 €, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses*».

<sup>5</sup> *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (2015). Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXV, 460-479.

<sup>6</sup> Conforme al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, su artículo 28 establece que el auto de la declaración de concursal conllevará el nombramiento de la administración concursal, «*con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados*». Según los artículos 62 y 67 podrá recaer sobre una persona física o jurídica, que tendrá que aceptar el cargo.

<sup>7</sup> Hasta entonces las conductas vinculadas a la administración desleal se incluían dentro del tipo penal de apropiación indebida haciendo una interpretación estricta del mismo. Se incluían no solo las conductas estrictas de apropiación sino también las de distracción.

<sup>8</sup> Si bien es cierto que se ha planteado si no sería oportuno crear un específico delito societario de administración desleal, o incluso crear otro más específico que afectara a sectores muy concretos como puede ser el bancario o el de intermediación financiera. *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (2016). *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 04/2016 [obtenido de <http://www.tirantonline.com>].

<sup>9</sup> El Tribunal Supremo (Sala Penal), en Sentencia de 15 de febrero de 2018, precisa que solo quien infringe el deber de custodia, depósito o administración puede ser considerado como autor del delito, no así los extraños a la relación jurídica que solo pueden actuar como partícipes: como cooperadores necesarios o como cómplices penalmente responsables.

<sup>10</sup> La malversación desleal de fondos públicos será una modalidad de administración desleal, que, aunque históricamente estaba vinculada en nuestro Derecho a la sustracción de fondos públicos y a la desviación del destino de los mismos, ahora incluye también la gestión desleal en contra del patrimonio público.

<sup>11</sup> Incluso aunque esta apropiación se produzca por un funcionario público a quien se sancionará con una pena equivalente a la de una gestión desleal.

<sup>12</sup> En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de noviembre de 2016.

<sup>13</sup> En la sentencia de 28 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) se manifestó en idéntico sentido al considerar que los bienes inmuebles formaban parte del «*activo patrimonial*».

<sup>14</sup> En contra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (*ob. cit.*, 521) quien considera que no hay razón que justifique la exclusión de los bienes inmuebles del delito de apropiación indebida con el fin de trasladarlos exclusivamente al ámbito del delito de administración desleal.

<sup>15</sup> Se refiere al patrimonio privado, y no al de titularidad pública, respecto del cual se tipifica el delito de malversación en los artículos 432 y siguientes del Código penal en relación con la autoridad o funcionario público encargado de su gestión. En este sentido el artículo 435 del mismo cuerpo legal hace extensible los efectos de este delito a todos aquellos «*encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas*», así como a «*los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos*»; sin olvidar a «*los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares*» y a «*los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley*».

<sup>16</sup> El patrimonio es el bien jurídico protegido que en el ámbito de las sociedades de capital sería el patrimonio social [vid. GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., (2019). *El delito de administración desleal*, Dykinson, Madrid, 65 y sigs.].

<sup>17</sup> Solo cuando se produce su transmisión *mortis causa*, se establecen medidas de protección para el patrimonio del ausente o se constituye un patrimonio protegido de una persona con discapacidad, cabría hablar de una gestión global del patrimonio del finado, del ausente o del discapacitado respectivamente. También se plantea si estamos ante un patrimonio separado producto de una aceptación de una herencia a beneficio de inventario, lo que permite hablar de un patrimonio autónomo formado por una masa de bienes gravada con el correspondiente pasivo.

<sup>18</sup> Tal y como sucede con lo dispuesto en el artículo 506 del Código civil. Lo que se constituye es un derecho de usufructo sobre un conjunto de bienes del que alguien es titular.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *ob. cit.*,

<sup>20</sup> Desde ahora CC.

<sup>21</sup> En adelante L.H.

<sup>22</sup> Desde ahora CCO.

<sup>23</sup> La STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 23 de diciembre de 2009 se refirió a ciertos títulos como ejemplo de aquellos sobre los que se puede imputar un delito de apropiación indebida: los contratos de mandato, la aparcería, la prenda, el contrato de transporte, el comodato y la sociedad, entre otros. La STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 16 de julio de 2007 incluye los contratos de arrendamientos.

<sup>24</sup> SSTS (Sala de 2.<sup>a</sup>), de 24 de febrero de 1999; de 6 de junio de 2000; de 10 de febrero de 2003; de 5 de octubre de 2006; de 16 de noviembre de 2007; de 5 de octubre de 2016; de 25 de octubre de 2017; de 10 de mayo de 2018; de 25 de julio de 2018; y de 11 de junio de 2020.

<sup>25</sup> Se incluyen los semovientes. Conforme a unos criterios meramente patrimonialistas cabe hablar de la tenencia y apropiación de un animal. Es susceptible de apropiación (por ej., ovejas o vacas), por lo que también pueden verse afectados por un delito de apropiación indebida.

<sup>26</sup> Sin olvidar que los contratos de renting o leasing también podrían ser títulos bastantes para valorar si concurre un delito de apropiación indebida ya que, como manifiesta la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 22 de marzo de 2018, el contrato de renting de un objeto es un alquiler, por lo que no transmite la propiedad; lo que hace que en el caso que se plantea se discuta si se ha producido una apropiación indebida de unas máquinas (excavadoras) cuando sin consentimiento, ni siquiera conocimiento del arrendador, se han trasladado a otro país, y estas no han sido devueltas.

<sup>27</sup> Si estamos ante el arrendamiento de fincas rústicas habrá que estar a lo previsto por el artículo 1577 del Código civil

<sup>28</sup> STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 7 de octubre de 2020.

<sup>29</sup> Aunque también la puede solicitar el arrendatario en el caso de que sea el arrendador quien incumple con las obligaciones previstas en el artículo 1554 del Código civil, como son asumir las reparaciones necesarias del objeto o «mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato».

<sup>30</sup> En la SAP de Madrid (sección 16.<sup>a</sup>), de 12 de julio de 2019, una de las partes decide resolver el contrato de modo unilateral, lo que la arrendataria rechaza por no haber quedado una constancia clara de los motivos, y accediendo a la devolución de las máquinas una vez interpuesta una denuncia contra ella. Por ello, una vez recuperada la posesión de las máquinas, y tratándose de valorar si existe o no incumplimiento de las obligaciones recíprocas, la cuestión se debe diferir al ámbito civil ya que no se puede imputar delito de apropiación indebida alguno a la arrendataria. Para que esto sucediera habría que analizar, además de los elementos objetivos del delito de apropiación indebida, el nexo de culpabilidad a fin de apreciar si concurre, no solo la conciencia del acto

realizado, sino también el deseo de incorporar los bienes a su patrimonio, o un ánimo de lucro. Si no se prueba que el arrendatario pretende apoderarse de las máquinas de las que dispone en régimen de alquiler con el fin antes descrito, no se le puede imputar el delito de apropiación indebida; máxime cuando ha procedido a su devolución, «siendo su negativa a aceptar la resolución unilateral del arrendador» al entender que el arrendador no ha cumplido con sus obligaciones derivadas del contrato, lo que inicialmente determina su rechazo, «siendo tales diferencias lo que distingue precisamente el dolo del simple dolo civil».

<sup>31</sup> En este caso se refiere al alquiler de material —andamios— para el desarrollo de una actividad empresarial. Se resuelve el contrato por impago de las cuotas acordadas y se solicita su devolución. Ante la falta de restitución del material, se imputa al arrendatario un delito de apropiación indebida.

<sup>32</sup> Por ejemplo, cuando el autor del delito somete a la víctima a situaciones peligrosas que no es capaz de controlar, no persigue el daño como resultado de su conducta, pero este se puede producir debido a cómo desarrolla su conducta. Tal y como afirma la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 29 de octubre de 2020, «por más que no haya sido la aspiración específica del autor, se representa posible y es querido y aceptado sobre la alternativa de desistir de la acción». Con la culpa consciente el sujeto entiende que existe un riesgo de producción de un resultado dañoso, pero espera que este no se llegue a producir debido a su pericia o a los medios que utiliza; a diferencia de lo que sucede con el dolo eventual.

<sup>33</sup> No reviste interés alguno el préstamo o mutuo en cuanto al estudio del delito de apropiación indebida porque en este caso se transmite la propiedad del objeto prestado; razón por la que el prestatario no restituye el objeto prestado sino «otro tanto de la misma especie y calidad» (art. 1740 CC).

<sup>34</sup> Se habla del uso como un término temporal y no tanto como una definición del uso en cuanto a establecer qué puede hacer el comodatario con el bien recibido en concepto de préstamo. Por consiguiente, si se presta un coche para viajar, el uso será el transporte y la duración del contrato será el tiempo que dure el viaje.

<sup>35</sup> Por supuesto, la imputación del delito no exonera de responsabilidad civil al sujeto activo en cuyo caso habrá que realizar la liquidación correspondiente de su estado posesorio de acuerdo con las reglas establecidas por el del Código civil

<sup>36</sup> En relación con el ello, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

<sup>37</sup> El artículo 31 Código postal se refiere a quien «actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Sin embargo, se plantean diversas cuestiones cuando es la persona jurídica la que actúa en calidad de administrador en relación con lo dispuesto por el artículo 31 bis del mismo cuerpo legal a los efectos de delimitar su responsabilidad penal.

<sup>38</sup> No hay que olvidar que en este tipo de delitos se aplica lo dispuesto por el artículo 268 Código postal que declara «exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concorra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad». Añade el precepto que «Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito». La aplicación de esta excusa absolutoria tiene lugar en relación con el delito de administración desde el momento en que se considera como delito patrimonial y no solo como un delito societario. Algunas sentencias no admiten su aplicación cuando el sujeto pasivo del delito es una sociedad

mercantil, aunque entre el administrador y los socios existan vínculos de parentesco. (SSAP de Pontevedra (sección 5.<sup>a</sup>), de 29 de septiembre de 2020, de Barcelona (sección 5.<sup>a</sup>), de 7 de febrero de 2020, y de Alicante (sección 10.<sup>a</sup>), de 22 de enero de 2016, entre otras). El fundamento de las excusas absolutorias se encuentra en «los vínculos de solidaridad familiar que el ordenamiento jurídico tradicionalmente ha tratado de preservar prohibiendo que las personas ejerçiten acciones penales contra sus familiares cercanos, salvo por delitos cometidos por los unos contra las personas de los otros» (SAP de Badajoz (sección 3.<sup>a</sup>), de 22 de octubre de 2019). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica la doctrina del levantamiento del velo a fin de impedir que, bajo esta cobertura, se puedan cometer delitos patrimoniales [SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 27 de enero 2006, de 9 de diciembre de 2009, y de 22 de octubre de 2010, de 5 de noviembre de 2014, y de 12 de diciembre de 2018].

<sup>39</sup> A diferencia de lo que sucedía con el derogado artículo 295 Código postal en relación con el delito societario, que se refería a «los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren».

<sup>40</sup> *Vid.* artículo 256 CCO.

<sup>41</sup> En este sentido, cuando se acuerda en un contrato de obra la construcción de un edificio se está gestionando un interés que plantea problemas de administración desleal cuando las cantidades adelantadas por quien ha encargado la obra, no se emplean adecuadamente. Lo mismo cabe apreciar si estamos ante un contrato de servicios consistente en gestionar el patrimonio de una persona a los efectos de administrar sus inversiones.

<sup>42</sup> Así lo establece el artículo 254 CCO en relación con el comisionista.

<sup>43</sup> En el marco de la administración de una sociedad de responsabilidad limitada, la STS (Sala Penal), de 18 de junio de 2020, diríme la cuestión derivada de la acusación de un delito de apropiación indebida y administración desleal al administrador único de la sociedad. Este abusó de la confianza que los demás socios habían depositado en él, e incorporó a «su patrimonio personal cantidades que le eran entregadas para el cumplimiento de los fines y actividad de la empresa». Asimismo, «utilizó las tarjetas de crédito de la sociedad para realizar gastos y disposiciones de efectivo de índole personal». Pero, en este caso, el Alto Tribunal considera que no concurre un delito de apropiación indebida porque no constaba que el administrador hubiera incorporado el dinero de la empresa a su patrimonio; y, aunque sí quedara probado que abusó de «sus funciones como administrador al haber utilizado un sistema ficticio de cargo de recibos y haber formalizado un préstamo», no se considera tampoco «administración desleal» por lo que sus actos carecen de relevancia penal, «al no haber quedado acreditado que el citado préstamo se gestionara para perjudicar a la empresa o a sus socios, o que los recibos girados no obedecieran a la existencia de hechos económicos reales».

<sup>44</sup> Se incluye la comisión activa como la comisión por omisión, aunque para que concurra esta última debe concurrir un compromiso de protección; de este modo quedará fijada la relación de causalidad entre este deber y el resultado ([*vid.* AMADEO GADEA, S., (2018) *Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas*», Escoda Libros, Madrid, 74 y sigs.].

<sup>45</sup> Sin olvidar la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1103 del Código civil.

<sup>46</sup> Se aplicaría la pena prevista en el artículo 249 Código postal para la estafa que prevé una pena de prisión de seis meses a tres años. El derogado artículo 295 Código postal exigía, en relación con los delitos societarios, «un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren».

<sup>47</sup> No obstante, a la luz siempre de lo acordado con el titular del patrimonio administrado y de la información suministrada, podría analizarse si la adquisición de las participaciones puede ser catalogada como una operación de alto riesgo por las condiciones del fondo y el dinero que se dedica al mismo. Si la actuación del gestor es dolosa, y con ella genera un claro perjuicio en el patrimonio administrado, cabría plantearse la imputación de un delito de administración desleal.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *ob. cit.*, P. 537-539.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 3 de diciembre de 2020, considera que un letrado comete un delito de administración desleal cuando, tras recibir cantidades de dinero en concepto de indemnización, para ser entregadas a su cliente, «hace suyo el dinero, abusando de su posesión o tenencia para hacerse pago de sus propios honorarios». Se trata de una gestión desleal que provoca un perjuicio en el patrimonio del administrado.

<sup>51</sup> En el mismo sentido STS (Penal), de 14 de julio de 2008.

<sup>52</sup> En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) en Sentencia de 2 de diciembre de 2020, al afirmar que el delito de apropiación indebida queda consumado cuando se dispone del dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, y se alcanza el punto de no retorno, aunque si «el comportamiento se desarrolla a lo largo de un periodo más o menos dilatado de tiempo, no puede hablarse de unidad de acción para encuadrar todos los episodios de distracción y apropiativos en un único delito instantáneo», por lo que «cada uno de los episodios conforma una apropiación independiente». En el mismo sentido STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 20 de mayo de 2020.

<sup>53</sup> A partir de ahora LOE.

<sup>54</sup> Véase sobre el tema, CARRASCO, A. (2005). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid: Civitas. JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 753, (632-647). LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, (LOSSEAR)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390. MARTÍN BRICENO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768 (1939-1985). SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., (2020) Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 778 (1265-1293).

<sup>55</sup> Se requiere el uso residencial de la vivienda [STS (Sala civil), de 21 de enero de 2020].

<sup>56</sup> La Audiencia Provincial de Valencia (sección 6.<sup>a</sup>) de 8 de noviembre de 2018 se manifiesta en idéntico sentido al sostener que la venta de cosa futura sujeta a una recalificación de terrenos y cambio de usos a fin de proceder a un desarrollo urbanístico posterior, es un contrato complejo: la venta incluye actos edificatorios también.

<sup>57</sup> La STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 29 de junio de 2016, mantiene también esta idea cuando estamos ante un contrato «de permuta de terrenos (o de derechos sobre los mismos) por edificaciones futuras». Entiende que existe «una multiplicidad de relaciones jurídicas que, según los casos, pueden incluir contratos de compraventa, permuta y arrendamiento de obras; pero sin que ello implique que se trate de varios contratos, sino (...) de varias figuras contractuales que, coordinadamente, dan lugar a un único contrato mixto o complejo».

<sup>58</sup> Su restitución debe quedar asegurada mediante los instrumentos establecidos por el legislador, siempre y cuando las cantidades hayan sido anticipadas al promotor «desde la obtención de la licencia de edificación», sin que ello sea óbice para permitir al adquirente anticipar cantidades antes de la obtención de la licencia de obras. Véase sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M.R., *ob. cit.*, 1939-1985.

<sup>59</sup> SSTS de 25 de octubre 2011, de 10 de diciembre de 2012, de 5 de febrero de 2013, de 11 de abril de 2013, de 19 de julio de 2013, de 29 de enero de 2014, de 7 de mayo de 2014, de 6 de enero de 2015, de 20 de enero de 2015, de 30 de abril de 2015, de 15 de septiembre de 2015, de 12 de julio de 2016 y de 2 de febrero de 2017.

<sup>60</sup> Salvo que concediera una prórroga al promotor para ejecutarlo *«especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda»*.

<sup>61</sup> Ello obedece a una norma imperativa [apartado b), núm. uno de la disposición adicional primera de la LOE], cuyo fin es proteger los intereses de los consumidores, y que, por tanto, queda «fuera del ámbito de disposición de las partes», tal y como recuerda la STS de 8 de mayo de 2019. El promotor debe conocer cuáles son sus obligaciones y, por tanto, cualquier disposición realizada de los fondos adelantados con un fin distinto de la construcción de las viviendas, debe ser considerado doloso.

<sup>62</sup> STS de 13 de enero, 30 de abril, 15 de julio y 21 de diciembre de 2015; de 24 de enero, 28 de febrero, 21 de marzo, 19 de septiembre, 10 de octubre y 21 de noviembre de 2018.

<sup>63</sup> Aunque se puede pactar en estos términos. Ahora bien, situación distinta es la que se plantea en el acuerdo analizado por la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 24 de julio de 2019, mediante el cual el promotor debe aplicar las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción a minorar la cuantía del préstamo hipotecario que actúa como gravamen sobre la promoción. Su fin: disminuir la carga hipotecaria que iba a gravar las viviendas al tiempo del otorgamiento de la escritura pública, un aspecto relevante pues estaba prevista la subrogación de sus adquirentes en el mismo. Sin embargo, el promotor dedicó los fondos adelantados a «abonar intereses devengados por la totalidad del préstamo y amortizaciones de lo vencido para evitar el cierre del préstamo global y su ejecución». Por esta razón, el Tribunal Supremo entendió que la gestión de los fondos entregados había sido indebida, con el consiguiente perjuicio para los compradores que habían tenido que «hacer frente a un precio de compra superior, como consecuencia de la deuda generada por el recurrente con la entidad financiera que anticipó fondos para realizar la promoción inmobiliaria».

<sup>64</sup> La SSAP de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>), de 18 noviembre 2019, y de Almería (sección 1.<sup>a</sup>), de 12 de noviembre de 2019.

<sup>65</sup> A estos intereses se les aplicaría el tipo legal como mínimo, salvo que se hubiera pactado un tipo superior (SSTS de 25 de junio y 30 de octubre de 2019). A partir de la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 10 de marzo de 2020 se reafirma una Jurisprudencia ya consolidada (SSTS de 19 de febrero, de 20 de noviembre y 25 de junio de 2019; 3 y 19 de febrero de 2020) que considera que el momento inicial del devengo de los intereses de los anticipos ha de ser siempre el de la entrega de las cantidades por el adquirente de la vivienda al promotor. El interés legal aplicable a las cantidades anticipadas es remuneratorio y exigible desde cada anticipo (STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 1 de marzo de 2021).

<sup>66</sup> Es sustancial para exigir una responsabilidad *in vigilando* a las entidades bancarias que estas conozcan o puedan conocer los pagos que se están realizando, lo que exige una clara valoración jurídica. Por ello, la STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 1 de marzo de 2021, considera que la ley no ampara «a quienes (...) contratan por medio de una sociedad, prescinden de la cuenta indicada en sus contratos para el ingreso de los anticipos y, en fin, los ingresan por medio de otra sociedad en una cuenta diferente y una entidad de crédito distinta».

<sup>67</sup> SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 24 de junio de 2014 y 30 de junio de 2015.

<sup>68</sup> SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2016, de 16 de noviembre de 2017 y de 12 de marzo de 2019.

<sup>69</sup> STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 23 de mayo de 2017. Se imputa un delito de estafa al promotor que induce a los adquirentes de unas viviendas que promociona a que le entreguen unas sumas de dinero para continuar con la construcción de aquellas, cuando su intención no era esta. Se aprovechó de la buena fe de los compradores y defraudó su interés [STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de marzo de 2018].

<sup>70</sup> La STS de 8 de mayo de 2019 deja claro que resulta indiferente «si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa».

<sup>71</sup> La STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 22 de mayo de 2019 incide en la actuación dolosa del promotor al utilizar las cantidades anticipadas a un fin no previsto cuando «sabe que no están a su disposición»; todo con independencia del fin al que los destine.

<sup>72</sup> También STS de 28 de junio de 2019.

<sup>73</sup> En la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 23 de noviembre de 2018 se analiza el supuesto en el que el promotor incumple las obligaciones de garantía y depósito, aunque construye las viviendas acordadas. Sin embargo, la entrega de estas se frustra debido a la ejecución de una garantía hipotecaria que recaía sobre la promoción en garantía del préstamo que tenía pendiente de liquidar el promotor. No se había pactado una entrega libre de cargas y, pese a haber incumplido con sus obligaciones de garantía y depósito exigidas por la LOE, como el promotor ha dedicado los efectos adelantados a la construcción de las viviendas acordadas, el Tribunal Supremo entiende que este «no hizo suyas las cantidades recibidas, sin saber el destino que les dio, pues es claro que no pudo hacer tal cosa y al mismo tiempo destinarlas a una construcción que, en la sentencia, se reconoce que fue acabada».

<sup>74</sup> STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 6 de marzo de 2014.

<sup>75</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995). *Derecho de Obligaciones*, II, Bosch, 38. EGUSQUIZA BALMASEDA [(1991). «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989). *RCDI*, número 602, 25] considera que el comprador no es propietario, pero tiene una legítima expectativa sobre el derecho de propiedad.

<sup>76</sup> Sobre el tema AMORÓS GUARDIOLA, M., (1972). El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles, *RCDI*, número 488 (9-43).

<sup>77</sup> Por ej. ejercitar una tercería de dominio sobre la vivienda adquirida y trabada en embargo por deudas propias de quien se la vendió, a las que el comprador es totalmente ajeno (STS [Sala 1.<sup>a</sup>] de 16 de julio de 1993). ZUMAQUERO GIL [en (2020). «¿Expectativa de derechos o derechos expectantes? Un análisis de la posición del comprador en el pacto de reserva de dominio» en Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario, dirigida por CAÑIZARES LASO, A. Tirant lo Blanch, 384] se refiere a un derecho expectante en cuanto que «el pacto de reserva de dominio es una situación de pendencia en la que existen dos titularidades provisionales: la titularidad interina del vendedor y la titularidad preventiva del comprador», por lo que considera se «trata de una propiedad en tránsito hasta el cumplimiento de la obligación».

<sup>78</sup> En relación con la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de marzo de 2005, que analiza un recurso en el que se acusa de un delito de apropiación indebida a un comprador que enajenó el bien que había adquirido, pero sobre el que recaía una cláusula de reserva de dominio.

<sup>79</sup> La Resolución de 29 de octubre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ante la negativa de la registradora de inscribir una escritura de donación a favor de unos hijos con reserva de usufructo simultáneo y sucesivo a favor de los padres; con pacto de reversión a favor de estos últimos cuyas causas no tendrán que probar; con prohibición de disponer de los donatarios durante la vida de los donantes sin el consentimiento de estos últimos; y con reserva de disponer para los donantes, todo ello a juicio del donante, es decir, sin tener que justificar la necesidad. Entiende que es una donación *mortis causa*, y no una donación de presente con eficacia post mortem, ya que los donantes no pierden su poder de disposición sobre el bien donado, mientras que en la donación inter vivos con eficacia post mortem sí pierden su facultad dispositiva porque se transmite el derecho al donatario, aunque este quede condicionado suspensivamente a la muerte del donante, en cuyo caso sí podría acceder al Registro de la Propiedad. La citada resolución confirma esta idea: no se ha transmitido la propiedad de lo donado porque

la donación «tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes bajo su libre arbitrio». Los donantes son propietarios mientras vivan. Razón: no se admite una donación *inter vivos* libremente revocable.

<sup>80</sup> El texto original del artículo 253 del C.P. de 1995 disponía que sería castigado aquel que se apropiara «de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado» excediera «de cincuenta mil pesetas», incrementando la pena si el objeto del delito recayera sobre «cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico».

<sup>81</sup> *Vid. SAP* (penal) de Madrid (sección 1.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2018, en donde se plantea una situación de este tipo en relación con una bicicleta propiedad de Bicimad. Si se prueba el uso sin autorización, pero no el ánimo apropiatorio. Hay que distinguir el delito de apropiación indebida del delito de hurto, tal y como señala la SAP Madrid (penal) (sección 1.<sup>a</sup>), de 6 de marzo de 2020, ya que el artículo 254 Código postal tipifica la apropiación indebida de bienes muebles por carecer de título legítimo, y no el delito de sustracción: «Ha de conocerse que se trata de bienes ajenos, y la apropiación requiere una inferencia intencional, de incorporación del objeto al patrimonio del autor, que puede ser indefinida, quedando fuera de la órbita penal lo que pudiera ser un contacto más o menos instantáneo. Sin duda, el «ánimus rem sibi habendi» es el propósito de tener la cosa mueble para sí, desapoderando de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio; así lo ha declarado la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en Sentencias como pueden ser las 10 de marzo de 2000 o 23 de noviembre de 2001». En la sentencia apelada se indica que el acusado fue interceptado con una bicicleta de la empresa BICIMAD, sin título legítimo para el alquiler y esta acción no revela en absoluto un ánimo de apropiación del vehículo, de incorporarlo al propio patrimonio. Podríamos estar quizás ante un uso temporal no consentido de la bicicleta, pero tal conducta es atípica. Efectivamente, una bicicleta puede ser un bien mueble susceptible de apoderamiento mediante el uso de fuerza, o de violencia e intimidación, o sin ninguna de estas circunstancias, en cada uno de estos supuestos podríamos estar ante un delito de robo con fuerza en las cosas, o ante un delito de robo con violencia e intimidación o ante un delito de hurto penado en el artículo 234 C.P. y sin duda también puede ser objeto de una apropiación indebida. Ahora bien, todas estas figuras delictivas implican la sustracción del bien mueble, la pérdida de disponibilidad del mismo por parte de su propietario con un carácter permanente. En estos términos, no probado el elemento subjetivo, hay que concluir que la mera utilización de la bicicleta no es constitutiva de delito de apropiación indebida.

<sup>82</sup> Sobre el cobro de lo indebido, *vid. BALLARIN HERNÁNDEZ, R.*, (1985). *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos, Madrid. También *TORRE OLÍD, F.*, (2013). Actualidad de los quasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (un estudio necesario en tiempos de crisis), *RCDI*, número 739, 2951 y sigs.

<sup>83</sup> La STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 3 de julio de 2010, indica que los requisitos que deben concurrir para que exista cobro de lo indebido son los siguientes: 1.<sup>º</sup>) el pago se realiza «con la intención de extinguir la deuda»; con un «*ánimus solvendi*»; 2.<sup>º</sup>) no existe obligación alguna entre quien paga y el que recibe y, «por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente»; y 3.<sup>º</sup>) concurre un error por parte del que hizo el pago, «sin distinguir entre el derecho y el hecho». En el mismo sentido SSTS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 24 de julio y 2 de octubre de 2000.

<sup>84</sup> SSTS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 7 y 21 de octubre de 2020.

<sup>85</sup> Tal y como matiza la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20 de marzo de 2019, la buena fe hay que analizarla de acuerdo a los criterios establecidos por el artículo 1899 del Código civil, y no por lo previstos en el artículo 7 del mismo cuerpo legal. Por tanto, queda liberado de la obligación restitutoria quien actúa de buena fe y cree que está cobrando una deuda subsistente, en el caso de que «*hubiese inutilizado el título o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho*». En este caso la recla-

mación del quien pagó indebidamente deberá ser dirigida «*contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva*».

<sup>86</sup> Aunque el legislador matiza que si «*el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame ..., justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba*». No obstante, aunque se pruebe que el pago no se justifica en una deuda pendiente, esto no es óbice para que el *accipiens* pueda probar que la atribución se fundamentaba en otra causa justa (art. 1901 CC). Si se tratara de una donación, deberán concurrir los requisitos formales necesarios para ella a fin de evitar los efectos de la *conductio indebiti*. En cualquier caso, el desplazamiento patrimonial debe fundamentarse en una causa para impedir la restitución.

<sup>87</sup> En la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2007 se define la *conductio indebiti* como una acción personal de lo injustamente obtenido y se buscar diferenciarla de la acción indemnizatoria de naturaleza extracontractual del artículo 1902 del Código civil *Vid. BASAZABAL ARRUE, X., (2018). «Enriquecimiento injusto: una aproximación al derecho inglés de restituciones», ADC, enero, 25 y 26, sobre la distinción en el common law entre el valor recibido y el valor superviviente, y entre la respuesta personal y real. Mientras nuestra acción de cobro de lo indebido tiene una naturaleza personal a fin de restituir lo que ha sido entregado (*in natura*), y en su defecto su valor pecuniario, en el derecho inglés la primera respuesta permite recuperar el valor pecuniario de lo recibido, mientras que la segunda permite obtener aquello en lo que se ha transformado lo que fue entregado. El dinero no plantea mayores problemas, aunque sí surgen estos cuando estamos ante otro tipo de objetos y hay que valorar un enriquecimiento no pecuniario.*

<sup>88</sup> Tal y como afirma DE LA TORRE OLID, F. (en (2016). «Tratamiento conjunto del enriquecimiento y del empobrecimiento injusto para objetivar soluciones de equidad. Un estudio en torno a la causa negocial», *RCDI*, julio, 1816), se trata de evitar un enriquecimiento injusto que no se aprecia cuando la atribución del bien se basa en una relación de naturaleza contractual,

<sup>89</sup> SAP de Alicante (sección 3.<sup>a</sup>), de 15 de enero de 2018: el acusado «con propósito de ilícito enriquecimiento» recibe en su cuenta corriente de una cantidad de dinero, que no le pertenecía, de la que se apropió y dispuso.

<sup>90</sup> No existe hurto porque el sujeto no toma algo que es ajeno, sino que recibe y se apropiña posteriormente de ello [SAP de Madrid (sección 3.<sup>a</sup>), de 14 de enero de 2019].

<sup>91</sup> La STS (Sala 2.<sup>a</sup>), de 14 de diciembre de 2020, considera que para que el engaño sea bastante en un delito de estafa, no se puede privar de la tutela oportuna a las víctimas exigiéndolas medidas preventivas destinadas a evitar el engaño, ya que en el tráfico mercantil se opera con unos ciertos márgenes de confianza. Hay que distinguir entre el engaño burdo que provoca «un error en el sujeto pasivo de forma que el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de este (es el caso del cobro de cheques en los que figura una firma fingida sin similitud alguna con la auténtica)» y la estafa que produce perjuicios entre «quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial». No obstante, el engaño se debe valorar «*intuitu personae*» en cuanto que la personas puede ser «más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual». En este sentido entiende que «la no devolución por parte de quien recibió una cantidad en virtud de un error del transmitente es constitutiva de delito de apropiación indebida (art. 254 CP)». Sin embargo, «si en el error ha influido también el recipiendario con una actividad engañosa «no idónea», la conducta, pese a aparecer como más grave, quedaría absurdamente al margen del derecho penal, si dotamos a la doctrina comentada de esa inmatizada aplicación generalizada».

<sup>92</sup> Sobre las diferencias entre gestión de negocios ajenos y la expromisión, entendiendo que mientras el gestor actúa por cuenta del *dominus*, el deudor expromitente busca sustituir al antiguo deudor en la relación sobre la que actúa, *vid. MORETÓN SANZ, M.F.*

(2017). Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado, *RCDI*, mayo, 1551.

<sup>93</sup> La STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 9 de marzo de 2006, se hace eco de lo manifestado por las sentencias de 27 de abril de 1945 y de 2 de febrero de 1954, sobre las condiciones que debe cumplir la gestión de intereses ajenos: «que los actos que se realicen con esa finalidad respecto a bienes que estén de hecho abandonados, lo sean espontáneamente, y sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, obrando, por lo tanto, sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición, con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, y no siendo admisible tampoco (...) que se haga por codicia de ganancia». En cuanto al *«animus aliena gerendi»* como característica primordial de la actuación del intruso, se puede prescindir «del elemento subjetivo aplican al tratamiento y efectos propios de la gestión oficiosa» y basarse en un criterio objetivo, «a la mera actuación sin mandato en negocio ajeno *re ipsa*, acompañada del *utiliter gestum*, y este requisito no lleva implícita necesariamente la idea de lucro o ganancia que haya de producir la gestión, pues es suficiente la actuación del gestor con la diligencia de un buen padre de familia para que quede vinculado el legítimo dueño, tanto si ratifica expresamente la gestión ajena, como si se aprovecha de sus resultado».

<sup>94</sup> En el mismo sentido DE LA TORRE OLID, F., *op. cit.*, 1817.

<sup>95</sup> Se debe analizar el interés que adquiere el asiento de presentación frente a terceros hipotecarios, por concurrir en ellos los requisitos del artículo 34 L.H., ante las prohibiciones de disponer [STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 7 de abril de 2000]. La fecha del asiento principal será siempre la del asiento de presentación a los exclusivos efectos registrales en virtud de lo previsto por el artículo 24 LH a fin de no minimizar el valor intrínseco de la propia inscripción de una anotación preventiva. Por esto, tal y como manifiesta la SAP de Madrid (sección 7.<sup>a</sup>) de 14 de diciembre de 2007), «pretender que estos efectos se produzcan *ex tunc* a partir del asiento de presentación, es una afirmación que solo tiene interés en cuanto se haya producido un cambio civil de titularidad en el intervalo existente entre el asiento de presentación y el asiento de inscripción». Siendo esto así, la función del asiento de presentación será la del cierre registral, mientras que la fecha de la anotación preventiva será la que figure al respecto.

<sup>96</sup> En adelante, RDGRN.

<sup>97</sup> Es doctrina reiterada del Centro Directivo (RDGN de 15 de noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2004, 19 de diciembre de 2006, 25 de noviembre de 2014 y 28 de julio de 2016) que no basta con la constatación registral del delito, ya que lo que es objeto de anotación preventiva es «el ejercicio de una acción de transcendencia real inmobiliaria».

<sup>98</sup> Modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

<sup>99</sup> Véase sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2010). Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica, *Actualidad Civil*, núm. 6, 627-628.

*Trabajo recibido el 14-1-2021 y aceptado  
para su publicación el 22-3-2021*