



FACULTAD DE DERECHO

# **ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DEL CASO "BANKIA (Tarjetas Black)"**

Autor: Laura del Bosque Tordesillas

5º E3-A

Área de Derecho Penal

Tutor: Profesor Dr. Francisco Javier Gómez Lanz

Madrid

Abril de 2018



## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto la reconstrucción de los hechos concernientes al “Caso Bankia”, en concreto a la parte del mencionado caso que se corresponde con el empleo ilícito de las tarjetas de crédito adscritas a la compañía por parte de sus administradores y consejeros, para elaborar la apropiada calificación jurídico-penal de los mismos y las conductas de los implicados. Esta primera reconstrucción de los hechos se basará en las demandas y procesos contra los afectados, así como las resoluciones judiciales y los artículos y noticias publicadas en los diferentes medios de comunicación relacionadas con este asunto. Para la calificación jurídico-penal de dichos hechos y conductas me basaré en la ley penal, la aplicación judicial de dicha ley y la reflexión doctrinal sobre la misma.

Este caso posee una pluralidad de personas implicadas, así como la posible comisión de varios delitos por parte de las personas envueltas en el mismo. Por motivos de extensión y concisión, este análisis se centrará en la posibilidad de la existencia de un delito de apropiación indebida continuada, tipificado en el art. 74.2 y 253 CP, que se les imputaría tanto al último presidente de Caja Madrid D. Rodrigo Rato Figaredo y, posteriormente, presidente de Bankia (en su caso, en relación con los artículos 249 y 250.1. 5º CP, por cantidad superior a 50.000 euros), como a los otros sesenta y cuatro imputados en el caso. Nos centraremos en la conducta de D. Rodrigo Rato, así como en todos los elementos del art. 253 CP para establecer en qué medida se ajusta a la conducta típica recogida en este precepto, la antijuridicidad penal de la acción, la culpabilidad, las circunstancias modificativas que pudieran darse y, finalmente, las consecuencias jurídicas derivadas de este examen.

Asimismo, se revisará de forma sucinta la responsabilidad penal que recaería en la persona jurídica, en virtud del art. 31 bis (apartados 2 y 3) CP, en los cuales se establece una independencia entre el destino de la persona física de la que deriva la responsabilidad de la persona jurídica, y el de esta última.

Existe, además, en el caso de los señores Blesa de la Parra, Rato Figaredo y Sánchez Barcoj (ex Director Financiero), una situación de concurso del delito de administración desleal tipificado y penado en el art. 252 CP (en el art. 295 CP al tiempo de ocurrir los

hechos), con un delito continuado de apropiación indebida tipificado y penado en los artículos 253 y 74.2 del Código Penal.

Por tanto, debido a la extensión limitada del presente trabajo, el análisis se centrará sobre el tipo delictivo del art. 253 CP sobre apropiación indebida, que se le imputa al antiguo presidente de Caja Madrid y, después, de Bankia, Rodrigo Rato Figaredo, ex vicepresidente económico con el Gobierno de José María Aznar y ex director gerente del Fondo Monetario Internacional.

**Palabras clave:** apropiación indebida, administración desleal, tarjeta de crédito, Consejeros, dietas, Consejo de Administración, Rodrigo Rato, Caja Madrid, Bankia.

## **ABSTRACT**

The purpose of this research work is to reconstruct the facts concerning the "Bankia Case", specifically the part of the case that corresponds to the illicit use of the credit cards assigned by the firm by its managers and Counselors, to draft the most appropriate criminal-legal qualification of the events and the behavior of those involved. This first reconstruction of the facts is based on the lawsuits and legal processings against those affected, as well as the Court decisions and the articles and news published in the different media related to this matter. For the criminal-legal qualification of the facts mentioned, I will use the criminal legislation, the case law of the Court and several dogmatic considerations.

This case has a plurality of people involved, as well as the possible participation on several crimes by those involved on it. On grounds of both extension and conciseness, this analysis will focus on the possibility of the existence of a continuing offence of illicit appropriation, typified in the articles 74.2 and 253 of the Spanish Criminal Code, which was charged to the last president of Caja Madrid Mr. Rodrigo Rato Figaredo and, subsequently, president of Bankia (as the case may be, in relation with articles 249 and 250.1, 5th of the Criminal Code, for an amount greater than 50,000 euros), just like the other sixty-four defendants in the case. We will focus on the behavior of Mr. Rodrigo Rato, as well as on all the substantial elements of article 253 of the Criminal Code to establish inasmuch as the classed conduct contained in this precept suits the criminal

unlawfulness of the action, the culpability, the modifying circumstances that may exist and, finally, the legal consequences derived from this examination.

Likewise, we will succinctly look through the criminal liability that would rest on the legal entity, pursuant to article 31 bis (paragraphs 2 and 3) of the Criminal Code, in which an independence is established between the fate of the natural person from whom the liability of the legal entity derives, and that of the latter.

There is also, in the case of Miguel Blesa de la Parra, Rodrigo de Rato Figaredo and Ildelfonso Sánchez Barcoj (former Financial Director), a situation of concurrent offences for the crime of unfair administration typified and punishable in accordance with article 252 of the Criminal Code (located in article 295 at the time of the events), with a continuing offence typified and punishable in articles 253 and 74.2 of the Criminal Code.

Therefore, due to the limited extension of this essay, the analysis will focus on the criminal type of article 253 of the Criminal Code on illicit appropriation, which is charged to the former president of Caja Madrid and, subsequently, Bankia, Rodrigo de Rato y Figaredo, former economic vice president during the term of the Government of José María Aznar and former managing director of the International Monetary Fund.

**Key words:** misappropriation, disloyal administration, credit card, Counselors, allowances, Board of Directors, Rodrigo Rato, Caja Madrid, Bankia.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
1. DESCRIPCIÓN CRONOLÓGICA DE LOS HECHOS.....	2
1.1. Datos generales sobre la compañía: de Caja Madrid a Bankia.....	2
1.2. Etapa de Jaime Terceiro.....	3
1.3. Etapa de Miguel Blesa.....	4
1.4. Etapa de Rodrigo Rato.....	6
2. EXAMEN DE LA POSIBLE COMISIÓN POR PARTE DE RODRIGO DE RATO Y FIGAREDO DE UN DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.....	7
2.1.1. Examen de la evolución de los arts. 295 y 252 del Código Penal de 1995.....	7
2.1.2. Examen de la evolución de los arts. 252 y 253 en la Reforma de la LO 1/2015.....	11
2.2. La acción.....	15
2.3. Tipicidad.....	16
2.3.1. Bien jurídico protegido.....	20
2.3.2. Objeto material del delito.....	21
2.3.3. Sujeto activo.....	23
2.3.4. Sujeto pasivo.....	24
2.3.5. Conducta típica.....	25
2.4. Antijuridicidad.....	27
2.5. Culpabilidad.....	29
2.5.1. El dolo.....	30
2.6. Punibilidad.....	33
2.7. Relaciones concursales.....	34
2.8. Determinación de la pena.....	37
2.8.1. La pena del tipo.....	37
2.8.2. El grado de ejecución.....	37
2.8.3. El grado de participación.....	38
2.8.4. Las circunstancias modificativas.....	38
2.8.5. La pena completa.....	38
2.8.6. La pena elegida.....	39
2.8.7. Las penas accesorias.....	41
3. RODRIGO RATO Y EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	41
4. BANKIA Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.....	42
5. BIBLIOGRAFÍA.....	43
5.1. Legislación.....	43
5.2. Jurisprudencia.....	43
5.3. Obras doctrinales.....	43
5.4. Conferencias y seminarios.....	45
5.5. Artículos de prensa.....	45
6. ANEXOS.....	46
6.1. Anexo I: Tabla de importes cargados contra las tarjetas de los acusados.....	46

## **ABREVIATURAS**

Art.: Artículo.

CP: Código Penal.

CC: Código Civil.

Nº: Número.

LO: Ley Orgánica.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Cº Adm.: Consejo de Administración.

CM: Caja Madrid.

## **1. DESCRIPCIÓN CRONOLÓGICA DE LOS HECHOS.<sup>1</sup>**

El presente relato de hechos ha sido confeccionado a partir de la Sentencia nº 4/2017 de la Audiencia Nacional, en la que se detallan los mismos a efectos de establecer las correspondientes penas por la conducta de los implicados.

### **1.1. Datos generales sobre la compañía: de Caja Madrid a Bankia.**

Tiene su origen en 1702, cuando el sacerdote Francisco Piquer funda el Monte Piedad de Madrid para ayudar a aquellos en situación de necesidad. Esta institución benéfica concedía préstamos gratuitos. Sin embargo, posteriormente, para garantizar la viabilidad de la compañía, empiezan a cobrarse intereses y, en 1838, nace Caja de Ahorros de Madrid, que retribuía los depósitos que recibía, y así las clases menos acomodadas tenían un lugar en el que guardar sus limitados ahorros.

Ambas entidades se fusionan en una en 1896 creando Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. En 1998, la entidad pasa a llamarse Caja Madrid.

Como el resto de cajas sin ánimo de lucro, Caja Madrid no podía contar con un gobierno profesional, sino organismos representativos de la sociedad, por lo que su consejo lo componían, sobre todo, políticos y sindicatos.

Durante el mandato de Blesa, Caja Madrid aumentó considerablemente su tamaño, lo que, junto al período de bonanza económica que atravesaba España, permitió que se convirtiera en la cuarta entidad financiera del país.

A finales de 2010, y de la mano de Rodrigo Rato, Caja Madrid se integró en un Sistema Institucional de Protección (SIP) en el que participaron otras seis cajas nacionales, debido a la necesidad de reestructurar el sistema y bajo la supervisión del Banco de España.

En 2011, se cambia el nombre comercial de la nueva institución a Bankia, que actualmente es uno de los principales bancos españoles, el primero en volumen de negocio doméstico y el tercero por volumen de activos.

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional 4/2017, de 23 de febrero. Hechos Probados, pp. 70-83 (RJ SAN 271/2017).

## **1.2. Etapa de Jaime Terceiro.**

En la reunión de la Comisión Ejecutiva de Caja Madrid de 23 de mayo de 1988 (bajo la presidencia de D. Jaime Terceiro Lomba), el presidente estableció que sería necesario dignificar las retribuciones por asistencia a reuniones elevando las dietas hasta el límite establecido por el Banco de España. En la reunión del 24 de mayo del mismo año, se decidió delegar en el Presidente para que resolviera sobre el sistema de retribución y la cuantía máxima.

Se consideraban insuficientes los importes de las dietas establecidas (única forma de retribución que podían percibir los miembros de los órganos de gobierno de la entidad), queriendo distinguir la función de consejero y cubriendo, al menos, los costes por el ejercicio de sus funciones. Para ello, se barajaron dos opciones:

- Solicitar al Banco de España que aumentara los topes máximos.
- Buscar un sistema que compensase los gastos en que se incurriera en el ejercicio de las funciones de Consejero, estableciéndose una cifra mensual máxima para estos gastos.

Durante la sesión del 14 de noviembre de 1988, el Sr. Terceiro manifestó que sería necesario considerar sobre la modificación del sistema de compensación de gastos por el ejercicio de la función de Consejeros.

Todo esto derivó en que, a los vocales del Consejo de Administración y de la Comisión de Control, una vez accedían al cargo, se les daba una tarjeta de empresa VISA, titularidad de Caja Madrid, a nombre de los usuarios. Esta tarjeta permitía a sus beneficiarios disponer de un límite dinerario sin tener que justificar el gasto, lo que, en la práctica, incrementaba los importes en concepto de dietas, única percepción de libre disposición legal y prevista estatutariamente, cuyo importe debía ser previamente aprobado por la Asamblea General.

En la reunión del Consejo de Administración de 30 de octubre de 1995, debido a la incorporación de nuevos consejeros, el Sr. Terceiro informó acerca de las retribuciones que recibirían los consejeros por el ejercicio de sus funciones, concretadas en:

- Dietas por asistencia a reuniones.

- Tarjeta VISA de empresa para los miembros del Consejo y la Comisión de Control, para gastos de representación.
- Pólizas colectivas de seguros.
- Línea especial de préstamos para adquisición de viviendas y atenciones diversas.
- Dietas por asistencia a reuniones de los Consejos de Administración de las sociedades del grupo.

Entre estos miembros del Consejo de Administración, y que participaron en la reunión del 30 de octubre de 1995, se encontraban los acusados: Miguel Blesa de la Parra, Juan José Azcona Olondriz, Ramón Espinar Gallego, José Antonio Moral Santín, Francisco Moure Bourio, Alberto Recarte García Andrade, Antonio Romero Lázaro y Ricardo Romero de Tejada y Picatoste. Posteriormente, en una reunión de la Comisión Ejecutiva de Caja Madrid el 8 de enero de 1996, el Sr. Terceiro recordó que, además de la dieta de 60.000 pesetas por reunión, a los Sres. Consejeros se les facilitaría una tarjeta de crédito que podrían utilizar para gastos de representación en el desempeño de sus funciones.

### **1.3. Etapa de Miguel Blesa.**

Miguel Blesa de la Parra accedió a la presidencia ejecutiva de Caja Madrid el 11 de septiembre de 1996, donde permaneció hasta el 28 de enero de 2010.

Al Sr. Blesa, por su condición de presidente ejecutivo, se le entregaron dos tarjetas de crédito, una de empresa para gastos de representación, y otra, también corporativa, al margen de sus retribuciones convenidas contractualmente, para uso personal, en detrimento del caudal de Caja Madrid.

Además, propició que a los miembros del Consejo de Administración y la Comisión de Control se les facilitase una tarjeta VISA de empresa para su uso (de cuyos cargos, al ser titularidad de Caja Madrid, se hacía cargo la entidad) sin justificación del gasto, al margen de la dieta, acrecentando así la suma de la misma, que se preveía legal y estatutariamente como forma de retribución, dependiendo la cuantía de esta del número de reuniones, y sometida a aprobación por parte de la Asamblea General, tercer órgano de gobierno de Caja Madrid. Poseían un límite máximo anual y tope operativo mensual que se les comunicaba al recibir la tarjeta o al producirse las variaciones marcadas por el Sr. Blesa,

no coincidiendo siempre el importe cuantitativo asignado. También se les facilitaba el código PIN de la tarjeta para sacar dinero hasta un montante mensual determinado.

Si bien, cuando se cesaba en alguno de los órganos de gobierno se procedía a dar de baja la tarjeta, en varios casos se mantuvo activa y siendo utilizada por sus usuarios.

El montante que representaba el uso de las tarjetas no figuraba en el certificado de haberes que Caja Madrid facilitaba a efectos de la declaración de impuestos sobre la renta de las personas físicas, no así el importe de las dietas.

En 2003, se creó en las Cajas de Ahorros, en el seno del Consejo de Administración, la comisión de retribuciones, que se puso en marcha en Caja Madrid en el año 2004. La función de esta comisión era la de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los cargos del consejo y el personal directivo.

Los miembros del Consejo de Administración y la Comisión de Control, aunque conocían que la única percepción dineraria contra la entidad debía de ser la dieta (única que se encontraba prevista de forma tanto legal como estatutaria), y conociendo que la tarjeta corporativa no pertenecía a ella, continuaron dando uso a las mismas contra el caudal de Caja Madrid, contribuyendo a la merma de la entidad. Asimismo, los acusados que eran empleados de Caja Madrid, conocían que los importes de la tarjeta corporativa no se incluían como retribución en sus contratos, lo que no les impidió continuar con su uso, contribuyendo al quebranto de los fondos de la entidad.

Toda la operativa relacionada con estas tarjetas se llevaba desde la Dirección General de Medios por su Director General, Ildefonso Sánchez Barcoj, siguiendo las directrices, en primer lugar, de Miguel Blesa, y de Rodrigo Rato posteriormente. Estaba encargado de mantener bajo su control la información relativa a los títulos de crédito, al mismo tiempo que, al margen del conocimiento de terceros distintos a los usuarios de estas tarjetas, daba cobertura a la disminución del caudal de la entidad por la atención a los intereses lucrativos de sus beneficiarios.

Caja Madrid, en la declaración del impuesto de sociedades, incluía los cargos de las mencionadas tarjetas dentro de los gastos deducibles, sin más reflejo en las cuentas anuales ni en los informes de gobierno corporativo.

#### **1.4. Etapa de Rodrigo Rato.**

Cuando el 28 de enero de 2010 Rodrigo de Rato y Figaredo accedió a la presidencia de Caja Madrid, mantuvo la misma dinámica en lo relativo a las tarjetas de empresa que el Sr. Blesa, y se atribuyó una tarjeta, con conocimiento de que esta no poseía amparo en su paquete retributivo, sabiendo que se encontraba aún activa la de su predecesor en la entidad.

En el momento de acceder a la presidencia ejecutiva del Consejo de Administración de Bankia el 16 de junio de 2011 (hasta el 9 de mayo de 2012), Rodrigo Rato extendió la costumbre de las tarjetas contra la nueva entidad a su favor y de José Manuel Fernández Norniella (Consejero Ejecutivo) e Ildefonso José Sánchez Barcoj (Director General Financiero y de Riesgos), ambos procedentes de Caja Madrid. Con el importe obtenido gracias a esas tarjetas, se compensaban las limitaciones retributivas impuestas por el RDL 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, a los administradores y directivos de las entidades de crédito que, como Bankia, habían recibido apoyo financiero público para su saneamiento y reestructuración.

Se ofreció una tarjeta de las mismas características al también Consejero Ejecutivo D. Francisco Servando Verdú Pons, quien la rechazó por no venir incluida en su paquete retributivo.

Antes del inicio del juicio oral ingresaron o pusieron a disposición del FROB, o Bankia, el importe dispuesto en las tablas<sup>2</sup> que recoge los cargos que los Presidentes del Consejo de Administración y Consejeros Ejecutivos de Caja Madrid facturaron a la entidad los acusados: José Manuel Fernández Norniella, Miguel Corsini Freese, Javier López Madrid, Luis Blasco Busqued, Juan Emilio Iranzo Martín, Arturo Fernández Álvarez, Jorge Rábago Juan Arancel, Matías Amat Roca, Luis Enrique Gabarda Durán, Ignacio de Navasqües Cobián, Ricardo Romero de Tejada, Ramón Espinar Gallego, Alberto Recarte García Andrade, Jesús Pedroche Nieto, Beltrán Gutiérrez Moliner, Darío Fernández-Yruegas Moro y José María Buenaventura Zabala.

También consignaron judicialmente la totalidad o próxima a esta del importe dispuesto: Virgilio Zapatero Gómez, José María Arteta Vico, Pablo Abejas Juárez, Juan Gómez

---

<sup>2</sup> Anexo I.

Castañeda, Mercedes Rojo Izquierdo, Rafael Eduardo Torres Posada, Cándido Cerón Escudero, Fernando Serrano Antón, Pedro Bedía Pérez, Alejandro Couceiro Ojeda, Carmen Cafranga Cavestany y Carlos María Martínez Martínez.

## **2. EXAMEN DE LA POSIBLE COMISIÓN POR PARTE DE RODRIGO DE RATO Y FIGAREDO DE UN DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.**

Debido al gran número de acusados y participantes que tomaron parte en los hechos relatados, y a la limitada extensión del presente trabajo de investigación, el análisis se centrará en el tipo delictivo del art. 253 CP, dedicado a la apropiación indebida, así como la posibilidad de que se presente en concurso con el delito del art. 252 CP, en el que se consigna la administración desleal. Se trata de un delito que se imputa tanto a Miguel Blesa de la Parra, como a Rodrigo de Rato y Figaredo (ambos antiguos presidentes de la entidad), y a otros 63 consejeros. El objeto del estudio será determinar si la conducta de Rodrigo Rato podría ser calificada como típica, antijurídica, culpable y, finalmente, punible. Siguiendo el esquema expuesto, y una vez se hayan analizado el grado de participación y ejecución, así como las posibles circunstancias modificativas, se tratará de determinar la pena que se impondría al ex presidente de Caja Madrid por el mencionado delito según el actual art. 253 CP.

### *2.1.1. Examen de la evolución de los arts. 295 y 252 del Código Penal de 1995.*

El problema de delimitación entre la administración desleal y la apropiación indebida es un conflicto que viene arrastrándose desde la introducción de la administración desleal como delito societario en el Código de 1995<sup>3</sup>. Este, incorporó en su art. 295 dos comportamientos distintos: la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad causando un perjuicio patrimonial a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores y capital<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-06, p. 2.

<sup>4</sup> GÓMEZ LANZ, J., La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia, en *Derecho de sociedades*. Bosch. Barcelona, 2008, pp. 389-402, p. 390.

En cuanto a la administración desleal, dicho delito era complicado de distinguir de la apropiación indebida, recogido en el art. 252, ya que, en ambos delitos, el presupuesto era el mismo. Este presupuesto consiste en que el sujeto activo posea ciertos bienes patrimoniales con anterioridad a la comisión de la acción típica, sin un título que implique la transmisión de la propiedad, sino, simplemente, que los recibiera para su gestión y/o administración. Los principales problemas de distinción entre ambos delitos derivaban de las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que distinguían en el art. 535 del Código de 1944-1973 (antecedente del art. 252 del Código del 95) dos conductas típicas distintas: la de apropiación y la de gestión ilícita. Ambos tipos delictivos estaban definidos como especiales propios, es decir, en los que solo pueden ser autores directos los que se hallen recogidos en los correspondientes tipos. Por último, en ambos delitos, debe darse también que el sujeto activo abuse de las funciones propias del cargo por del cual ha recibido la posesión de los bienes, y disponga de ellos, causando el necesario perjuicio económico<sup>5</sup>.

La diferencia entre estas figuras era muy sutil. En cuanto al bien jurídico protegido, los delitos de apropiación indebida lesionan un patrimonio, mientras que, en los de administración desleal, aparte del perjuicio socioeconómico, se valora y tiene en cuenta también el daño a la confianza ciudadana que provoca el administrador que actúa de una manera ilícita.

La semejanza en la descripción de la conducta típica del art. 535 del Código de 1944-1973 y la del art. 252 del Código de 1995 era considerable. No obstante, el contenido de dicho art. 535, establecía una pena para aquellos que “en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero [...] o negaren haberlo recibido”. La acumulación de diversas modalidades de conducta, produjo que se complicara la distinción entre los comportamientos que resultaban típicos de delitos de administración desleal, y aquellos que lo eran del delito de apropiación indebida.

La doctrina abogaba por que, tanto el término “apropiación” como el de “distracción”, implicaban una conducta ilícita y un incumplimiento de la obligación de restituir, y situaban la diferencia en el beneficiario de dicho acto: el sujeto activo en la

---

<sup>5</sup> LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 1ª ed., Dykinson, S.L. Madrid, 2016, pp. 393-394.

apropiación, y un tercero en los casos de distracción. Esta tesis fue la imperante durante la vigencia del Código Penal de 1973, pero a partir de 1994, se consolida en el Tribunal Supremo la opinión de que el art. 252 CP describe dos conductas distintas: “apropiarse” como incorporar al patrimonio cosas muebles pertenecientes a otro; y “distrar”, como gestión fraudulenta del patrimonio administrado con el consiguiente perjuicio de su titular<sup>6</sup>.

Antes del Código de 1995, la corriente jurisprudencial establecida desde la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, afirmaba que en el art. 535 se agrupaban dos conductas delictivas: la apropiación, como incorporación al patrimonio individual; y la distracción, como administración fraudulenta de los bienes que han sido encargados para su gestión en perjuicio del titular de los mismos. Con esto, nos viene a decir que una de las formas de este delito no implicaba, de por sí, adueñarse del bien en sentido estricto. Por este motivo, esta doctrina podía llevar a la confusión de los tipos de los arts. 252 y 295 del nuevo Código, y es este mismo problema el que se expone en la sentencia del caso de la *Argentia Trust*<sup>7</sup>.

Esta sentencia resuelve estableciendo que existen dos tipos de apropiación, distinguiendo:

- El mero acto de sustracción, por el que una persona incorpora el bien objeto del delito a su patrimonio con el objetivo de lucrarse.
- De la gestión desleal, en la que se dispone de la cosa objeto de administración en perjuicio de su titular.

En resumen, el art. 252 recogía los presupuestos del art. 535 del antiguo Código y, dentro del de 1995, el art. 295 venía a completar los presupuestos del art. 252 para hechos que constituyeran delitos de administración desleal cometidos en un contexto societario. En esta sentencia, se afirmaría que existen supuestos que podrían quedar amparados bajo la tipificación de ambos artículos y, por tanto, darían lugar a un concurso de normas.

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 53/2015, de 15 de octubre.

<sup>7</sup> GÓMEZ LANZ, J. La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta..., op. cit., pp. 391-392.

No obstante, para cambiar el tenor de lo antedicho, tanto por la sentencia del Caso *Argentia Trust* como por la corriente doctrinal previa a esta última, llegó la sentencia de 29 de julio de 2002 (*Caso Banesto*). Aquí, se contradice lo expuesto sobre la coincidencia, en algunos puntos, entre los presupuestos de los arts. 252 y 295, estableciendo que esta es inexistente y, por tanto, también lo es el concurso de normas (doctrina de los “círculos secantes”)<sup>8</sup>. Se establece como punto exclusivo de conexión entre ambas disposiciones, la figura del administrador como sujeto activo, quien, en virtud de su cargo, podrá desempeñar conductas atípicas; típicas del 295: cuando, beneficiándose de su posición, actúa con ánimo de lucrarse o intentando obtener alguna ventaja en perjuicio de la sociedad; o típicas del 252: procurando, también valiéndose de su papel como administrador, adjudicarse bienes que son propios de la sociedad. La mayor diferencia con la doctrina previa a la sentencia del 26 de febrero de 1998, radicaba en que la doctrina consideraba el acto de distracción y apropiación incumplimientos, de por sí, de la obligación de devolver, pero la diferencia entre ambas era que la distracción beneficiaba a un tercero, y no al autor de la conducta típica. En definitiva, la sentencia del Caso *Banesto* suponía como condición aplicativa del art. 252, una integración fáctica de los bienes distraídos al patrimonio del autor. Así, se hace más complicada la distinción entre ambos tipos delictivos, y nada a contracorriente de la interpretación doctrinal previa a la sentencia de 1998, estableciendo que la distracción de capital en beneficio de un tercero, la cual había sido contemplada como apropiación indebida, había de verse siempre como presupuesto del delito de administración desleal.

Posteriormente, y al margen de lo establecido por la sentencia de 2002, el Tribunal Supremo sigue, en líneas generales, el criterio asentado en la sentencia del Caso *Argentia Trust* y, en los casos de confluencia entre los tipos de los dos artículos, se decantaba por la aplicación del 252. Asimismo, otra dirección que toma la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aunque de forma menos frecuente, es aquella que niega la confluencia entre los tipos de los arts. 252 y 295, respaldada por la jurisprudencia de las sentencias de 2002 y, por otra parte, las de 2005 a 2007, muy relacionadas con la posición de la doctrina previa a la sentencia de 26 de febrero de

---

<sup>8</sup> GÓMEZ LANZ, J., La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta..., op. cit., pp. 394- 397.

1998, y que se refiere al grado del exceso de la conducta del administrador en su gestión, a efectos de determinar si se incluiría dentro de los presupuestos del art. 252 o del art. 295, en relación con este último, se daría amparo a las víctimas de delitos en los que la apropiación efectiva del bien no se ha producido por el sujeto activo de la conducta fraudulenta, sino que, simplemente, tipifica las actuaciones que pretenden dar un destino distinto del pactado al bien del que se le ha encargado su administración<sup>9</sup>.

2.1.2. *Examen de la evolución de los arts. 252 y 253 en la Reforma de la LO 1/2015.*

Con la LO 1/2015 se esperaba que el legislador solucionara los problemas de colisión entre ambas figuras delictivas, que tantas interpretaciones diversas habían generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

La diferenciación entre las conductas de “apropiarse” y “distraer” generó gran polémica y diversas corrientes interpretativas, que pretendían llegar a incluir en el art. 252 tanto los delitos de apropiación indebida propios de este artículo como las modalidades de administración desleal que no encontraban cabida en el art. 295 del Código de 1995.

Esta reforma, deroga este art. 295, y ubica el delito de la administración desleal en el art. 252, explicando dicha reorganización como una forma de protección del patrimonio, concebido de forma amplia, cuya administración es delegada por decisión legal o autorizada, penalizando las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades concedidas a aquel en quien se delega dicha gestión, salvaguardando, así, el interés del propietario del patrimonio<sup>10</sup>.

Para considerar que, tras la reforma, existe un delito de administración desleal del art. 252, deben darse una serie de requisitos<sup>11</sup>:

---

<sup>9</sup> GÓMEZ LANZ, J., La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta..., op. cit., pp. 399- 402.

<sup>10</sup> LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos. La parte especial...*, op. cit., pp. 394-395.

<sup>11</sup> JUANES PECES, A. (abril 2017). El delito de administración desleal y apropiación indebida después de la Reforma del año 2015. Evolución histórica: análisis de la

- La administración de un patrimonio ajeno (de naturaleza privada, ya que, si fuera público, estaríamos ante un delito de malversación de caudales públicos).
- Que se tengan atribuidas facultades de administración.
- Que se actúe en contra de dichas facultades de gestión.
- Excederse en el ejercicio de estas facultades.
- Que, a consecuencia de lo antedicho, se produzca un perjuicio.

No obstante, durante el presente trabajo, nos vamos a ceñir a la jurisprudencia que se desprendió del Caso *Banesto*, y que aboga por una separación entre los tipos de ambos delitos (teoría de los círculos secantes), y que considera que en los casos en los que existe una apropiación de carácter definitivo, se da un delito de apropiación indebida, mientras que, cuando dicha apropiación no posee dicha vocación de permanencia, estaremos ante un caso de administración desleal. En el caso que nos hallamos analizando, la sustracción de dinero se hizo con carácter permanente, con la intención de pasar a formar parte definitivamente del patrimonio de los Consejeros y demás miembros de la entidad, perjudicando así la masa activa de Caja Madrid/ Bankia.

Dice el art. 252 que se castigará con las penas del art. 249 y 250 (salvo previsión de mayor pena en otro precepto), a quienes “teniendo facultades para administrar el patrimonio ajeno [...] las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y [...] causen un perjuicio económico al administrado. Añade, asimismo, cuando la cantidad no supere los 400 euros, un tipo atenuado, calificado como delito leve.<sup>12</sup>

Todo esto ha llevado a reelaborar el contenido del delito de la apropiación indebida, ahora ubicado en el art. 253 (contenido antes también en el antiguo art. 252), de cuyo ámbito se ha eliminado la administración desleal.

Así, como se desprende del Preámbulo de la LO 1/2015, la delimitación de ambos tipos penales queda establecida, la de la apropiación indebida, como la acción de un

---

jurisprudencia de la Sala Segunda. *Jornadas de especialistas en delincuencia económica*. P. 14.

<sup>12</sup> PALOMINO MARTÍN, J.M., *Reformas del Código Penal 2015. Tablas comparativas*. Colegio de Abogados de Las Palmas. Las Palmas, 1 de julio de 2015, p. 16.

sujeto que incorpora a su patrimonio o ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla; y la de la administración desleal, como la acción de quien recibe facultades de disposición como administrador y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, y en perjuicio del patrimonio del administrado. Se delimita así, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el contenido de ambos artículos, de forma que aquel que pretende cualquier forma de dominio sobre una cosa incumpliendo la obligación de entregarla comete un delito de apropiación indebida, mientras que, quien recibe el cargo de administrador sobre determinados bienes, no posee la obligación de restituir las mismas cosas, sino otras de la misma calidad y especie, por lo que no cabría apropiación, sino, meramente, una administración desleal derivada de la negligente o fraudulenta gestión de las mismas o realizando actos para los que no había sido expresamente autorizado.

No obstante, aunque determinados sectores de la doctrina (como CASTELLÓN NICÁS) opinen que el legislador ha sido poco contundente si lo que buscaba era incorporar los abusos de los administradores que buscaban el propio beneficio o el de un tercero, si el art. 252 no incorpora la exigencia del propio lucro o en favor de un tercero, es porque busca subsumir en el supuesto del delito el mayor el número de supuestos posibles, y así no dejar impune ninguna conducta que pueda resultar ilícita.

El nuevo contenido del artículo se limita a contemplar conductas relativas a *excederse en las facultades* de gestión, sin referirse a la búsqueda del lucro, mientras que el antiguo art. 295 sí contemplaba esta situación recogiendo la fórmula “en beneficio propio o de tercero”, por tanto, si el enriquecimiento indebido se ha producido en beneficio del autor o de un tercero por una gestión desleal, los hechos se calificarán de acuerdo al delito de apropiación indebida. A favor de calificar los hechos de acuerdo al art. 252, nos encontraríamos que, en la redacción de este último, se podría entender que abarca todo al establecer como típica la conducta de *excederse en las facultades de administración*. Por tanto, estamos ante un artículo (el 252) que parece querer aunar bajo su tipo las conductas que el anterior art. 295 no contemplaba, y obligaba a reclamar por la vía mercantil. Ahora, el art. 252 sólo exige que el gestor se exceda en

sus facultades y cause un perjuicio<sup>13</sup>.

Por otro lado, no se debe considerar que se trata de administración desleal todos aquellos casos en que se produce una gestión fraudulenta que enriquece al autor de la misma, ya que, si el administrador vende un bien de la sociedad para ingresar el dinero de la operación en su cuenta, o carga a la tesorería de la entidad el importe de un viaje personal, no se tratará simplemente de una mala gestión, sino que dicha conducta debe seguir siendo calificada como apropiación indebida, ya que está actuando al margen de su papel como gestor “administrando bienes” y está yendo más allá “apropiándose de ellos”, y es en este sentido en el que CASTELLÓ NICÁS estima que se ha pronunciado el TS en las sentencias posteriores a la Reforma de 2015<sup>14</sup>. En este sentido, coincidimos con CASTELLÓ NICÁS en que, si bien puede darse un lucro en la conducta del autor de un delito de apropiación indebida, este no es necesario para que se dé el tipo del mencionado delito, y situamos la nota diferenciadora en la vocación de permanencia definitiva de los bienes que integra el autor en su patrimonio, lo cual será susceptible de ser calificado como un delito de apropiación indebida o, si no se obtienen los bienes con la intención de retenerlos indefinidamente, podremos hablar de administración desleal.

En la sentencia 163/2016, de 2 de marzo (RJ 2016/788), se establece que la reforma es coherente con la doctrina jurisprudencial, que separa la apropiación indebida y la administración desleal, situando la nota diferenciadora en la incautación permanente de los bienes en perjuicio de su verdadero titular en la apropiación indebida, y el abuso de los bienes en detrimento del patrimonio de su propietario, pero sin ejercer facultades de dominio sobre los mismos, en la administración desleal. Por esto, en la reforma del Código Penal, el art. 252 comprende el tipo del delito de administración desleal, antes ubicado en el derogado art. 295, extendiéndose a todas las situaciones de gestión fraudulenta de cualquier tipo de bienes con perjuicio de su titular. Asimismo, en la apropiación indebida se agruparán en el art. 253 todos los comportamientos que impliquen una expropiación de los bienes en detrimento del patrimonio de la víctima,

---

<sup>13</sup>CASTELLÓ NICÁS, N., Administración desleal y apropiación indebida..., op. cit., pp. 20-23.

<sup>14</sup>CASTELLÓ NICÁS, N., Administración desleal y apropiación indebida..., op. cit., pp. 25-26.

que antes se comprendían en el art. 252<sup>15</sup>.

## **2.2. La acción**

A continuación, se tratará de valorar si la acción puesta por el ex Presidente de Caja Madrid y Bankia es contraria al ordenamiento jurídico penal, y si dicha conducta le es, además, reprochable (se le considera culpable de la misma). Nos centraremos en un análisis que siga la estructura tripartita del delito, alejándonos de la teoría de los elementos negativos del tipo, que distingue tres escalones, véase: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Mediante el análisis tripartito, se da cabida a las causas de justificación y a la posibilidad de que una conducta que en un principio podría resultar sancionable desde el punto de vista penal, quede impune por la protección de un bien jurídico que mereciera una protección superior.

En el art. 10 CP se define el delito como “las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. La acción sirve para delimitar los hechos que pueden ser típicos, es decir, aquellos recogidos y sancionados por la ley, así como para excluir las conductas que no supongan infracción penal. La acción ofrece una base para establecer los demás elementos del delito. Esta acción no existe únicamente concebida como movimiento corporal, sino también como la falta del mismo.

En definitiva, sólo se considerarán como acción aquellos hechos que tengan la consideración de “externos” y “voluntarios”.

En el caso que nos encontramos estudiando, sí existe una acción de estas características. Ha desplegado efectos de forma externa, ya que se ha hecho efectiva una apropiación de capitales de manera ilícita, así como “voluntaria”, ya que no existen declaraciones ni hechos indicativos de que su actuar fuera producto de algún tipo de fuerza irresistible que imposibilitara la existencia de la voluntad del Sr. Rato, entendida esta como control cerebral sobre sus actos (dejando a un lado si su voluntad era o no libre). Se comportó de esa manera porque buscaba un beneficio personal, un lucro a costa de un menoscabo del patrimonio de la entidad, que a su vez tuvo un importante impacto en la economía nacional.

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 163/2016, de 2 de marzo (RJ STS 2016/788).

### 2.3. Tipicidad

El tipo podría definirse como el presupuesto legal que daría lugar a la consecuencia jurídica concreta. En este sentido, el tipo del delito penal consistirá en el conjunto de notas necesarias que han de darse para que una conducta sea calificada como delito y, el tipo legal, la totalidad de elementos para determinar si un comportamiento es típico<sup>16</sup>.

En la tipicidad apreciaremos una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Es necesario que, posteriormente, se vea complementada por el examen sobre la antijuridicidad ya que, en abstracto, todas las conductas típicas son antijurídicas. La tipicidad es un juicio que corrobora la subsunción de un hecho en un tipo de la ley penal<sup>17</sup>.

Vamos a examinar la tipicidad desde una concepción objetiva del tipo, donde la presencia de elementos subjetivos será tratada como excepcional. Es necesario que, para calificar una conducta como antijurídica se revise, como veremos en la antijuridicidad, primero la existencia o ausencia de un “permiso” del Ordenamiento Penal que determine si se podría justificar la acción en virtud de las circunstancias o el contexto en el que se dé. Además, se fundamenta en la lesión por parte de la acción concreta de los bienes jurídicos que busca proteger la ley penal, no en el conocimiento o la voluntariedad con que se realiza la conducta (que se analizará dentro de la culpabilidad).

En nuestro caso concreto cabe preguntarse, ¿por qué el legislador ha decidido castigar la conducta descrita en el art. 253 CP? La función de la tipicidad es la protección de los bienes jurídicos que más necesitan de protección o son objeto de mayor consideración. A este respecto se ha pronunciado MARTÍNEZ-BUJÁN, estableciendo que la pena prevista para la administración desleal nunca debería ser superior a la prevista para la apropiación indebida. Establece que la Reforma de 2015 establece las mismas penas para ambos delitos, pero que se desprende del art. 269 CP la mayor gravedad de la conducta descrita en el 253 CP, al castigar los actos preparatorios para la comisión del delito de apropiación indebida, pero no así aquellos para el caso de la administración desleal. En sentido contrario se pronuncia NIETO, estableciendo que los autores del delito de apropiación

---

<sup>16</sup> LANDECHO VELASCO, C.M., MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal español. Parte general*, 10ª edición, Tecnos. Madrid, 2017, p. 270.

<sup>17</sup> OBREGÓN GARCÍA, A., GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito*, 2ª edición, Tecnos. Madrid, 2015. Pp. 61-62.

indebida, que a su vez sean gestores sociales, cuando se apropian de un bien e incumplen la obligación de restituirlo cometen un delito, en su opinión, “menos grave” que el de faltar a los deberes de salvaguarda del patrimonio de la sociedad que administran<sup>18</sup>.

En el asunto que nos ocupa, se busca asegurar un bien jurídico de carácter material: el patrimonio, el cual es de vital importancia y merece un refuerzo en su defensa. Cabría incluir el patrimonio en la categoría de bienes jurídicos individuales, asimismo, y basándonos en la clasificación que realiza MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>19</sup> a este respecto, podemos entender que en el trabajo al que nos estamos dedicando, sería posible hablar de patrimonio como bien difuso, ya que, si bien no es un activo supraindividual o colectivo en sí el patrimonio de dicha entidad, sí afectaba a los intereses de un gran número de consumidores y, posteriormente, a la salud de la economía nacional, la cual es mantenida a flote por la totalidad de contribuyentes, y que, por tanto, se vieron afectados si no tanto, sí de manera notable cuando llegó el momento de su rescate por parte del Estado (el cual se estimó que podría costar hasta 14.000 millones de euros a los españoles<sup>20</sup>).

En el Caso Bankia, el objeto jurídico (o bien protegido) sería el patrimonio, y el objeto material el dinero perteneciente a la compañía. Nos hallaríamos frente a un delito de lesión, ya que conlleva la “destrucción” del bien jurídico que protege el art. 253 CP, en este caso, el capital de Caja Madrid y Bankia, que pasa a “desaparecer” de las cuentas de la compañía para acabar en manos de un sujeto que no es su titular legítimo. Además, en este asunto poseería un carácter pluriofensivo, puesto que, no solo se atenta contra la propiedad de los activos de la empresa, sino que se está amenazando la administración de la misma mediante una gestión fraudulenta de sus bienes, lesionando los intereses de sus clientes en concreto, y la infraestructura económica en general. Por último, el que posiblemente pudo cometer el Sr. Rato, es un delito de naturaleza continuada, ya que realizó diversas acciones, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, todas ellas destinadas hacia la apropiación indebida del dinero de la institución financiera, que se prolongaron durante todo el período de mandato del ex Presidente de

---

<sup>18</sup> NIETO MARTÍN, A. “Administración desleal”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 792.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general*, 4ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 166- 173.

<sup>20</sup> RAMÓN RALLO, J. (12 de diciembre de 2017). *El rescate de Bankia nos costará hasta 14.000 millones a los contribuyentes*. El Confidencial.

la misma, y a voluntad de este.

Se desprende, del documento de la sentencia que enjuicia el presente caso, que al Sr. Rato, al comienzo de su mandato en la entidad, se le entregaron dos tarjetas: una para gastos de representación y otra para gastos particulares, entendiéndose el ex Presidente (como se desprende de sus declaraciones ante el Tribunal) que esta última se hallaba incluida en su paquete remuneratorio. Sabía, antes de su llegada, de la existencia y práctica que se llevaba con dichos instrumentos de crédito, y aseguró que jamás tomó decisión alguna sobre las mismas, continuando con la política establecida. Además, afirmó pensar que se practicaba sobre la cantidad dispuesta a través de las mismas la pertinente retención fiscal.

Siguiendo la estructura del art. 253 CP<sup>21</sup>:

- “En perjuicio de otro”: lo que nos viene a indicar esta expresión, es que en el tipo se requiere que se produzca un resultado de perjuicio, es decir, expresa el resultado típico. En el presente caso, es evidente que mediante el dinero apropiado el Sr. Rato ha producido un daño patrimonial real a la compañía de la cual era gestor.
- “Se apropiaren”: mientras que la Audiencia Nacional ha requerido que se diera este requisito, el Tribunal Supremo no ha considerado que fuera precisa la prueba de una apropiación efectiva, y se ha permitido castigar ciertos casos en los que la misma se hallaba ausente, es decir, puede darse la sanción penal por el delito del art. 253 CP sin que sea necesario demostrar que efectivamente existió una incorporación patrimonial. La incorporación del verbo “apropiarse” en el tipo

---

<sup>21</sup> Artículo 253: 1. *Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, 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. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.*

penal descrito no es mera coincidencia, y pretende retomar la doctrina de los “círculos tangentes” que permitiera separar los tipos de la apropiación indebida de la administración desleal. Por tanto, en los casos en los que existiera una incorporación patrimonial con vocación de permanencia, se cumplirían los requisitos precisos para calificar dicha conducta como delito del 253 CP. En el caso Bankia, sí existió dicha incorporación por parte del Sr. Rato, así como su inexistente intención de retornarlo a la compañía y que permaneciera en su propio patrimonio, como bien se desprende de los extractos bancarios y las diversas compras que el ex Presidente de la entidad realizó con la polémica tarjeta.

- “Para sí o para un tercero”: se cubren todos los supuestos en esta expresión. El Sr. Rato dispuso del dinero de las cuentas de la compañía y lo hizo suyo, así como permitió que los demás Consejeros también lo hicieran, lo cual, como administrador de la empresa, era inadmisibile, ya que debía velar por su integridad y la protección de sus activos.
- “De dinero”: se acepta el dinero como objeto material del delito de apropiación indebida, es por esa razón por la que aparece como uno de los bienes susceptibles de ser objeto material del delito en el tipo descrito. Nadie pone en duda que el objeto del ilícito en este caso son las cantidades de dinero de las que dispusieron los Consejeros de Caja Madrid y Bankia, entre los que se hallaba Rodrigo Rato.
- “Que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos”: aquí vemos que se requiere que el título por el que el sujeto activo (en este caso el Sr. Rato) recibe el objeto (dinero) obligue a la devolución del mismo. El Sr. Rato poseía un contrato de sociedad, que le facultaba para administrar los bienes de la entidad, por tanto, no podía hacer uso de los mismos a su arbitrio o, como exige el delito que nos encontramos estudiando, apoderarse de los mismos e incorporarlos a su patrimonio. Además, gracias a este título percibimos la nota de ajenidad, ya que, si te apropias de algo que es tuyo, no constituirá ningún delito. En el presente caso, es evidente que el dinero apropiado ha sido recibido en virtud de un título que deja a la vista que el Sr. Rato era gestor o administrador del dueño del dinero: Bankia.

### 2.3.1. *Bien jurídico protegido*

Una de las diferencias señaladas que existen entre las figuras delictivas analizadas en los apartados anteriores (la apropiación indebida y la administración desleal) es, precisamente, el bien jurídico protegido en uno y otro precepto.

Por un lado, en la apropiación indebida, delito cuyo análisis es el que nos ocupa, se lesiona un patrimonio apreciado de forma singular, mientras que, en la administración desleal, además del perjuicio ocasionado al titular del patrimonio, se daña la confianza ciudadana que existe en estos gestores societarios (en los casos que afecten a estructuras empresariales, ya que ahora el ámbito de la administración desleal ya no se encuentra limitado al contexto societario) que, con su conducta ilícita y fraudulenta, desequilibran el orden socioeconómico a través de las empresas<sup>22</sup>.

Entonces, ¿por qué reciben una misma sanción los delitos de administración desleal y de apropiación indebida si el primero es de naturaleza pluriofensiva? Es cierto que en la administración desleal se aprecia un doble ataque a bienes jurídicos distintos. Sin embargo, se considera que el perjuicio que se ocasiona a nivel patrimonial es más leve que el propio de la apropiación indebida, ya que este último incorpora un elemento de “engaño” o “traición” al apropiarse el autor de algo que le fue confiado en virtud de un título específico y con un fin pactado.

Respecto a la apropiación indebida, la doctrina estima que el bien jurídico protegido es el derecho de propiedad, el cual se ve violado debido a la falta de cumplimiento de la obligación de restituir o devolver. Sin embargo, en lo que respecta a la apropiación indebida de dinero, debido a su naturaleza de bien fungible, el que lo recibe adquiere la propiedad sobre el mismo, y recae sobre él la obligación no de devolver el mismo bien recibido, sino otro de la misma naturaleza y calidad; lo que nace es un derecho de crédito y, quien toma el dinero de manera ilícita, lesiona dicho derecho<sup>23</sup>.

Por otra parte, en este caso, sin perjuicio del análisis posterior de la concurrencia de

---

<sup>22</sup> LAMARCA PÉREZ, C., Administración desleal y apropiación indebida..., op. cit., pp. 394-395.

<sup>23</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.). PASTOR MUÑOZ, N. “La apropiación indebida”, en *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. Santiago de Compostela, 2011-2012, p. 422.

los elementos necesarios para que se dé el delito, el derecho lesionado sí parece ser el derecho de propiedad, ya que existe un contrato de administración en el que se hallan diferenciados los patrimonios del titular y del propio gestor. El bien jurídico lesionado en el Caso Bankia coincide con el que pretende asegurar el art. 253 del CP que, a primera vista, es en el supuesto de aquel dónde los hechos parecen comprenderse mejor. Rodrigo Rato, al margen de la falta de diligencia prestada en cuanto a sus obligaciones como gestor de la compañía, se atribuye una tarjeta que excedía el complemento por dietas, a sabiendas de que no venía contemplada en su paquete retributivo. Con esto, lo que se consigue con su conducta (y la de los demás Consejeros y ex Presidentes), es un lucro personal o acrecimiento patrimonial en beneficio de los titulares de los instrumentos de crédito, y en detrimento de las cuentas de la entidad. Ejercen facultades dominicales sobre el montante del que disponen, empleándolo para sus propios fines, ajenos a los intereses de Caja Madrid/ Bankia. El matiz de que actúa como si fuera el propietario del dinero que emplea para su beneficio, es lo que permite incardinar dicha conducta en el tipo del art. 253 y calificarlo como apropiación indebida.

Además, este artículo, en su apartado segundo, hace hincapié en el valor del bien objeto de apropiación. Este inciso lo que busca es delimitar la conducta que producirá un delito grave de la que ocasiona uno de carácter leve. Por este motivo, el derecho de propiedad lesionado ha de ser susceptible de valoración económica. Además, respaldando esta última afirmación, podemos acudir a la ubicación en el Código del artículo que tipifica esta clase de actos, ya que se encuentra recogido en el Título XIII: delitos contra el patrimonio (y contra el orden socioeconómico), y este es definido por la mayor parte de la doctrina, por autores como DE CASTRO<sup>24</sup>, como “conjunto de bienes de valor económico”<sup>25</sup>.

### 2.3.2. Objeto material del delito

*“Dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial”.*

Parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran que en “activo patrimonial” se

---

<sup>24</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Temas de derecho civil*. Mariscal, Madrid, 1972, p. 38.

<sup>25</sup> PASTOR MUÑOZ, N. “La apropiación indebida” ..., op. cit., p. 424.

podrían entender incluidos los bienes inmuebles o, al menos, el valor económico de los mismos. No obstante, resulta de difícil explicación cómo alguien podría apoderarse de un bien inmueble sin hacerlo, previamente, de otra cosa; además, existen otros preceptos que tipifican comportamientos que busquen el detrimento patrimonial del titular de los mismos (arts. 248 y 250 CP)<sup>26</sup>.

En cambio, en el presente caso no tratamos de la apropiación de bienes inmuebles, sino de dinero cuya titularidad correspondía a la empresa gestionada. El dinero puede emplearse como medio de cambio aceptado para la adquisición de bienes y servicios, así como la satisfacción de deudas. El dinero es un bien de naturaleza fungible, no porque se destruya o se transforme con su primer uso, sino porque la ley permite que en los contratos en los que el dinero es objeto, se cumpla la obligación con una suma equivalente a la que fue recibida, y no se exige el mismo dinero, o cual sería prácticamente imposible por la activa circulación de este.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2013, cuando se trata de dinero u otros bienes de carácter fungible, el delito de apropiación indebida debe reunir como elementos del tipo:

- Que el autor lo reciba en depósito, comisión, administración u otro título que especifique la finalidad con la que se hace dicha entrega y que, por tanto, genere la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.
- Que el autor ejerza un acto de disposición sobre el dinero que sea ilícito por exceder las facultades que le concedía el título en virtud del cual lo recibió, dándole un destino definitivo distinto al acordado.
- Que, debido a todo esto, se cause un perjuicio al sujeto pasivo.
- Que el sujeto activo sea conocedor de la ilicitud de su conducta, sabiendo que suprime las facultades del legítimo titular sobre el dinero que ha sido recibido.

En la actualidad ya no existe polémica sobre que la apropiación de dinero es considerada una forma más de apropiación indebida. Estos supuestos referidos al

---

<sup>26</sup> ROCA AGAPITO, L., *Tomo XXXII. Esquemas de la parte especial del Derecho Penal (I)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 310-311.

dinero u otra cosa fungible se caracterizan porque, con la recepción se adquiere su propiedad<sup>27</sup>.

Existiría la posibilidad de castigar los supuestos en los que el objeto del delito es el dinero u otro bien fungible, y en los que, con su recepción, se adquiere en propiedad. De hecho, como se establece legalmente, ocurre de esta forma con aquellos contratos en los que el que recibe dinero puede disponer del mismo a su voluntad, por ejemplo, en el contrato de préstamo mutuo, un préstamo de consumo, pues la cosa prestada se transmite en propiedad al prestatario que no está obligado a devolverla porque la consumirá (su obligación se referirá a la devolución de otra cosa de la misma especie y calidad)<sup>28</sup>, según el art. 1753 CC quien recibe dinero adquiere su propiedad y está obligado a devolver al que se lo cedió otro tanto de la misma especie y calidad<sup>29</sup>.

### 2.3.3. *Sujeto activo*

Se presupone que existe ajenidad, y que el sujeto activo es el no titular que se apropia del derecho de propiedad del sujeto pasivo. Además, se trata de un delito especial (arts. 31 y 65 CP), ya que debe existir una relación entre el autor y el objeto del delito. Debe haberse recibido dicho objeto, no siendo válida la mera falta de retención o ingreso. Asimismo, debe existir alguna clase de título que genere la obligación de restituir el bien y, el que establece la primera entrega, debe ser el mismo que después obligue a la devolución. Además, la responsabilidad penal por incumplir la obligación de devolver no deriva de la regulación civil del título, por tanto, el débito y la responsabilidad son títulos diferentes. Por último, sólo determinados deberes de restituir son susceptibles de dar lugar a un delito de apropiación indebida, y se rechazarán aquellas en las que el sujeto activo tiene plenas facultades que le autoricen a ejercer todas las atribuciones propias del dominio<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> VIVES ANTÓN T.S., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte especial*. 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 486.

<sup>28</sup> MORATILLA GALÁN, I. En el comodato y en el simple préstamo o mutuo se entrega un bien que debe ser restituido posteriormente, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo-abril 2007, págs. 829-833.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Estudios de derecho Penal Económico*. Dykinson S.L. Madrid, 2003.

<sup>30</sup> ROCA AGAPITO, L., *Tomo XXXII...*, op. cit., pp. 311-312.

En el supuesto objeto de estudio, el sujeto activo es Rodrigo Rato, quien, a pesar de ostentar un cargo ejecutivo y llevar la dirección de la compañía, es un miembro “ajeno” a la entidad, entendiendo el adjetivo de “ajeno” como “falta de titularidad” sobre los bienes sustraídos o apropiados. Además, existe una relación de interés lucrativo entre Rodrigo Rato y el objeto del delito. Consideramos que el Sr. Rato estaba empoderado para disponer de los fondos societarios con fines inversionistas y de gestión, y existía una obligación de entregarlos de vuelta a la compañía y, el hecho de haberse apropiado de los mismos aprovechando su condición de alto directivo, no hace más que reforzar la ilicitud de su conducta. Por último, no podemos hablar de que Rodrigo Rato poseyera plenas facultades para actuar como si fuera el dueño real del dinero, no estando así legitimado para el ejercicio dominical del mismo o disponer de él en su propio beneficio y/o asignarle cualquier otro destino a su mero arbitrio.

#### 2.3.4. *Sujeto pasivo*

En el caso que nos encontramos analizando, se produce un claro perjuicio a la entidad caja Madrid/ Bankia. La salida de dinero se produce desde el patrimonio de la mencionada compañía, con destino definitivo hacia los patrimonios personales de los Presidentes y Consejeros que tomaron parte en esta práctica.

El sujeto pasivo (víctima u ofendido) se define como la persona física o jurídica sobre la que recae el daño puesto por la conducta que realiza el autor del delito, es quien recibe la lesión en el bien jurídico protegido por el Ordenamiento que tipifica la acción realizada por el sujeto activo.

En aras de analizar los requisitos para saber si la compañía se trata del sujeto pasivo, vemos que, al analizar la acción típica del delito, este no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio ya que, simplemente por haberlo recibido legítimamente, ya quedó integrado en él, aunque de forma condicionada, sino más bien en no darle el destino pactado, causando un perjuicio en el patrimonio de quien tenía derecho a que el dinero le fuese devuelto<sup>31</sup>. Deben concurrir: apropiación, título y perjuicio, el conocimiento y la voluntad se proyectan sobre los elementos del tipo, es decir, el autor es consciente de que se apropia de un dinero en virtud de un título que

---

<sup>31</sup> AMADEO GADEA, S. *Código Penal. Doctrina Jurisprudencial*, 1º Ed. Factum Libri Ediciones. Madrid, 2015. Pp. 424-428.

sabe que le obliga a restituirlo y que, de no hacerlo, bien porque no lo devuelve o niega haberlo recibido, causará un perjuicio patrimonial al administrado.

En definitiva, debido a que se ha producido un perjuicio real en el patrimonio de Caja Madrid/ Bankia, se cumple el requisito que se requiere para que se dé la existencia del delito de apropiación indebida, del que esta entidad es el sujeto pasivo o víctima perjudicada.

### 2.3.5. *Conducta típica*

La conducta típica se halla conformada por tres elementos: la acción, los presupuestos del tipo y el resultado. Ya hemos confirmado que sí se da una acción en el caso que presentamos, en cuanto a los presupuestos del tipo del art. 253 CP, se requiere una apropiación de bienes basada en un título que previamente hubiera conferido al autor del delito una obligación de restituirlos a su legítimo propietario. Por otro lado, este tipo concreto sí exige un resultado, y así se desprende en su redacción al establecer que el autor se apropie, para sí o un tercero, de bienes “*en perjuicio de otro*”. Para determinar la ley que vamos a aplicar es preciso que se acoten los hechos al tiempo y lugar en el que se consideren producidos, es decir, nos centramos en la conducta puesta por el Sr. Rato entre los años 2010 y 2012 durante el ejercicio de su cargo en la compañía, basándonos en el contenido del art. 7 CP<sup>32</sup>.

La conducta típica de este delito consiste en la acción de “apropiarse”. En cuanto a “negar haber recibido”, es una manera de manifestación de la apropiación que ha sido consumada. Por “apropiarse” entendemos el hecho de tomar una cosa y actuar como si se fuera dueño de la misma, apartando a su verdadero titular e impidiéndole ejercer los derechos que le corresponderían plenamente, al ser irreconciliable con su falta de posesión efectiva. En cambio, no debemos confundir el contenido de la acción de “apropiarse” con la de añadir el bien al propio patrimonio, quien se apropia no es realmente dueño, sino que actúa como si lo fuera. Por último, añadir que no todo el que actúa como si fuera titular de la cosa está cometiendo la conducta típica del delito que nos ocupa, por ello, habrá que distinguir entre los usos ilícitos dominicales apropiatorios de los que no lo son, entendiendo los primeros como un uso que no ha

---

<sup>32</sup> OBREGÓN GARCÍA, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 75-83.

sido expresamente pactado y podría resultar incompatible con el título del art. 253 CP<sup>33</sup>.

En cuanto a la acción de “distraer”, pese a no encontrarse ya en la actual redacción del Código Penal, ya hemos visto la polémica que ocasionó en relación con el delito de administración desleal. Las primeras corrientes jurisprudenciales asemejaban la distracción a la apropiación, lo que suponía vaciar de contenido el antiguo art. 295 CP. Actualmente, con la redacción del nuevo Código, se han distinguido ambas conductas típicas, dependiendo de la disponibilidad del título por el que se dejan a disposición los bienes objeto de la acción. Siendo así apropiación indebida cuando se trata del incumplimiento de una obligación concreta de gestión, y no un deber general de administrar. Por otro lado, se tratará de un delito de administración desleal cuando se violen los deberes genéricos de administración lícita y fiel.

Para terminar, en relación con el acto de “negar haber recibido”, o establecer fingidamente que sí que se ha entregado de vuelta a su titular, exclusivamente podremos hablar de apropiación indebida si, una vez se demuestre que el bien fue primeramente confiado, existe un acto de voluntad ilícito que pretenda la efectiva incorporación del bien ajeno al propio patrimonio. Asimismo, podría ser sancionada, incluso, la falta de respuesta continuada ante sucesivos requerimientos para retornarla, en virtud de la apropiación indebida por omisión<sup>34</sup>.

Rodrigo Rato, actuó como si fuera el verdadero dueño del dinero gastado, impidiendo así tanto a Caja Madrid como a Bankia ejercer los derechos que les eran propios en virtud de su titularidad sobre dichos capitales, como su derecho a obtener ingresos mediante la inversión o emplearlos para otros fines e intereses de la compañía. En este caso, no sólo se ha actuado aparentando ser dueño, sino que ha incorporado efectivamente los bienes a su patrimonio, produciendo así el resultado de perjuicio que se requiere en el tipo penal.

---

<sup>33</sup> ROCA AGAPITO, L., *Tomo XXXII...*, op. cit., p. 313.

<sup>34</sup> ROCA AGAPITO, L., *Tomo XXXII...*, op. cit., p. 314.

## 2.4. Antijuridicidad

La antijuridicidad es un concepto que se ha traído de la ciencia penal alemana y que se denominaba *Rechtswidrigkeit*, y que puede ser traducido y entendido como la contrariedad u oposición a lo enunciado por el Ordenamiento Jurídico. Se puede entender, como señala BLANCO LOZANO, que se trata de una vulneración de todo el Ordenamiento, no únicamente del Código Penal, así se busca proteger la integridad del mismo, es decir, para determinar la antijuridicidad habrá que tener en cuenta no sólo la rama Penal del Derecho, sino la totalidad del mismo. Lo que BLANCO LOZANO nos viene a decir es que no hay una antijuridicidad estrictamente penal, sino que abarca a todas las ramas del Derecho. Esto tiene su fundamento en la conexión del Derecho Penal con el resto de materias, para que no se produzcan contradicciones, ya que pueden existir casos en los que, a pesar de contravenir un precepto Penal, se actúa de acuerdo al resto del Ordenamiento, lo cual no daría lugar a una acción antijurídica, por ejemplo, una causa de justificación podría venir determinada por una norma de otro carácter distinto al penal<sup>35</sup>.

No obstante, en el concepto de antijuridicidad que vamos a manejar, el injusto penal se va a basar en la tipicidad, es decir, consideraremos que la acción es contraria al Ordenamiento y, por tanto, calificada como antijurídica únicamente cuando se oponga al Derecho Penal, pero no al resto de las ramas del Ordenamiento.

El examen de la antijuridicidad quedará completado una vez comprobado que se dan, o bien que no existen, causas de justificación. Esto no implica que la conducta puesta deje de ser antijurídica, puesto que sigue siendo opuesta a los postulados del Derecho Penal, simplemente queda “justificada” por haber tenido lugar los hechos en unas circunstancias y contexto determinados. La tipicidad obvia los hechos para centrarse únicamente en si la acción puede subsumirse en algún tipo penal, por otro lado, el examen de justificación tiene en cuenta los hechos para ver si se da alguno que, por su naturaleza, la ley penal expresamente autorice.

El hecho de que la legislación penal permita ciertas conductas se apoya en que este se da en un contexto determinado: un interés preponderante que choca contra el bien jurídico

---

<sup>35</sup> BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal español. Tomo 1- Volumen 2*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2005.

(secundario en este caso) protegido en el tipo penal correspondiente. Esto no quiere decir que la necesidad de protección del bien jurídico desaparezca con la justificación de la conducta, sino que queda “desplazado” en favor de un interés prevalente.

En la valoración en la que nos encontramos, una vez concretado que nos encontramos ante un actuar que se encuentra tipificado en el Código Penal (acción típica o, lo que es lo mismo, opuesta a una norma penal específica), veremos si cabe calificar dicha conducta como antijurídica. De esta manera, en el caso de no concurrir causa de justificación alguna, la conducta del sujeto será calificada como antijurídica. Por otro lado, si existiera algún tipo de circunstancia modificativa justificante, el comportamiento del sujeto, que en un principio sería calificado como típico (de acuerdo con el Código Penal), pasaría a estar “justificado”.

En esta línea de argumentación, se toman las causas de justificación como meramente objetivas, sin entrar a valorar el aspecto subjetivo (intención del actor o error sobre la conciencia de estar obrando al amparo de una causa de justificación). Asimismo, habrá que compensar el daño ocasionado por la acción típica, incluso aunque esta tuviera la consideración de “justificada” por concurrir un interés que se considere que merece una protección superior.

Para conocer las mencionadas causas de justificación, hemos de remitirnos al Ordenamiento Penal, en concreto a su art. 20. Entre ellas encontramos la legítima defensa, el cumplimiento de un deber o el estado de necesidad. Estas darían lugar a que el legislador permita el ataque a ciertos bienes jurídicos protegidos, amparada dicha vulneración bajo la consideración de que, a pesar de producirse un desvalor penal, el Ordenamiento Penal “concede su permiso” para que así sea para salvaguardar un interés superior.

Al revisar el citado art. 20 CP, y analizar una por una las causas de justificación que vienen recogidas en el mismo, no cabe apreciar que el Sr. Rodrigo Rato haya actuado en el ámbito de alguna de las conductas permitidas por el Código, y su actuar no podría verse abrigado por las circunstancias descritas en ninguna de ellas. Concluimos, por tanto, que el comportamiento puesto por el ex Presidente de Bankia cumple las notas tanto de acción y tipicidad, como de antijuridicidad.

## 2.5. Culpabilidad

Actúa culpablemente aquel que pudo abstenerse de cometer la conducta típica y antijurídica (por tipo de la culpabilidad podemos entender el conjunto de presupuestos que han de reunirse para que una conducta sea declarada como culpable). Se considera que aquel que pudo reprimir la acción que dio lugar a un delito, y aun así no lo hizo, debe asumir la responsabilidad por haber actuado de aquella manera que le resultaba evitable.

Siguiendo la doctrina mayoritaria, nos centraremos en el libre albedrío como fundamentación de la culpabilidad para determinar si, efectivamente, Rodrigo Rato puede considerarse culpable de un delito de apropiación indebida.

Toda persona tiene la capacidad de autodeterminarse y, por tanto, de asumir la responsabilidad por sus propios actos. Es por la intuición por lo que un ser humano puede llegar a conocer si es o no responsable de una determinada conducta, o si la misma le resulta reprochable a él o a otra persona, es capaz de emitir un juicio valorativo a este respecto, de ahí el sentimiento de culpa o los “remordimientos de conciencia” cuando es sabedor de que ha actuado incorrectamente. Además, sería inconcebible un modelo de Estado democrático que prescindiera de la libertad de sus ciudadanos<sup>36</sup>.

No obstante, dicha libertad debe estar limitada de alguna manera, la libertad absoluta no existe. Los límites de los que aquí estamos hablando son los límites sociales, es decir, aquellos que nos autoimponemos para ser capaces de vivir pacíficamente en sociedad. En este sentido, nos referimos a la libertad interna, ya que, aunque se impongan métodos coactivos para impedir que la voluntad interna de una persona se realice o exteriorice, esto no implica que se anule ese deseo interior. De esta forma, cuando no existe esa voluntad interna será cuando podremos hablar de la aplicación de una eximente.

Desde el punto de vista del libre albedrío podremos reprocharle al autor del delito el haber puesto la conducta ilícita que va en contra del Ordenamiento Jurídico, ya que ha actuado libremente. Por tanto, la labor del juez será la de descubrir si el acusado era o no libre a la hora de cometer el hecho ilícito, lo cual es complicado, ya que el magistrado no puede conocer la voluntad o libertad interna del supuesto autor. Para ayudar al juez en esta tarea, la ley provee de una serie de presunciones por las que, sin haber prueba en contrario, se

---

<sup>36</sup> LANDECHO VELASCO, C.M., *Derecho Penal español...*, op. cit., pp. 366-367.

asume que el autor de ciertas conductas es culpable.

Siguiendo el esquema empleado hasta el momento, nos basaremos en la teoría normativa mixta, por la cual se ve a la culpa como un juicio de “desvalor” o crítica hacia el autor por su conducta típica y antijurídica, cuando debería haber actuado ajustándose a la ley, es decir, que le era exigible otra conducta y este no ha puesto la diligencia que debía. En el caso de que concurrieran causas de exclusión de la culpabilidad, a lo mejor no le hubiera sido exigible otro comportamiento y no se le consideraría culpable a pesar de haber puesto una acción contraria a Derecho (se “perdona” la conducta puesta por el autor). No obstante, estas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a pesar de no dar lugar a sanción penal, sí conllevan la reparación del daño civilmente (a excepción del estado de necesidad, que conllevará responsabilidad civil para el beneficiario, pero no para el autor)<sup>37</sup>.

Analizando estos presupuestos para el Caso Bankia, y en relación con el Sr. Rodrigo Rato, llegamos a la conclusión de que no se sostiene el hecho que afirmaba el ex Presidente de la entidad de que pensaba que dicha tarjeta formaba parte de su paquete retributivo, ya que era evidente que se contradecía con la legislación vigente y los estatutos de la empresa, mucho más tratándose de un individuo que ha ostentado cargos públicos importantes en materia económica, y era perfecto conocedor de que los directivos de las Cajas de Ahorros únicamente percibían las dietas contempladas normativamente, sin que dichos preceptos contemplasen la tarjeta de la que estamos hablando, y que ni siquiera se mencionaba su existencia en el contrato del Sr. Rato (ni de ninguno de los usuarios).

Llegados a este punto, tampoco cabe apreciar ninguna de las eximentes de culpabilidad contenidas en el art. 20 CP.

### 2.5.1. *El dolo*

Cuando el autor del ilícito penal, en este caso D. Rodrigo Rato, obra con conocimiento de lo que está haciendo, así como comportándose de manera voluntaria, se entiende que el mismo actúa con dolo y, por tanto, le podríamos atribuir la comisión del injusto penal. Es la base de la culpabilidad, y de su existencia depende el juicio de reproche

---

<sup>37</sup> LANDECHO VELASCO, C.M., *Derecho Penal español...*, op. cit., pp. 377-379.

en que esta consiste<sup>38</sup>.

El dolo, por tanto, consta de dos elementos. El primero, consiste en saber y entender lo que se está haciendo (elemento intelectual). Como hemos indicado anteriormente, era conocido tanto que las dietas estaban establecidas legal y estatutariamente, como las cantidades de las mismas, y que dichas retribuciones no podían aumentarse de ninguna manera, y así quedó constancia en la reunión del Consejo de Administración de 30 de octubre de 1995. El Sr. Rato era, por tanto, conocedor de la ilicitud de la conducta que estaba desempeñando. El segundo, en querer la conducta que se está realizando (elemento volitivo). El ex presidente de la compañía, con esta serie de acciones, buscaba enriquecerse más de lo legalmente permitido de acuerdo a su posición en la empresa, así como sobrepasando la remuneración prevista para su cargo en los estatutos de la misma. Este hecho nos indica que, a pesar de ser consciente del fraude, decidió correr el riesgo, porque necesariamente quería el resultado que sabría que obtendría al cometer el tipo del delito que nos encontramos analizando.

Vamos a centrarnos en la concepción del dolo como *dolus malus*, propia del neoclasicismo. En esta noción de dolo, además de poseer el conocimiento sobre los elementos de la conducta típica, el autor debe tener conciencia de que lo que hace es contrario a Derecho.

Vamos a analizar si, en primer lugar, el Sr. Rato era consciente de que los elementos que se hallan presentes en el tipo del delito que nos encontramos estudiando, se daban, asimismo, en su actuar. En este caso, debía ser consciente del hecho de que se estaba “apropiando” de dinero, teniendo constancia de que se le había confiado en virtud de un “título” que le obligaba a devolverlo, y que, realizando esta conducta, estaba a su vez “perjudicando a otro”. En calidad de presidente de la entidad, Don Rodrigo Rato poseía el control de la misma, así como de sus activos, no obstante, dicho cargo no le otorgaba una libre disposición sobre la gestión de los mismos, y mucho menos su adjudicación arbitraria entre los consejeros de la compañía. El título de gestor no le facultaba para disponer del capital de la empresa como este estimara oportuno, tampoco para quedarse con una parte y otorgar otra a los miembros del Consejo, ya que, al ser cantidades que se excedían de sus paquetes retributivos, no les pertenecían

---

<sup>38</sup> OBREGÓN GARCÍA, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., p. 161.

y, por tanto, nunca debieron salir del patrimonio de la compañía para pasar a integrar los suyos particulares. Es evidente que con este actuar por parte del ex Presidente, se estaba perjudicando a Caja Madrid/ Bankia, al disminuir el caudal de sus cuentas y el valor de sus activos.

En cuanto entramos en la consideración de que el sujeto debía saber que su conducta era contraria al Ordenamiento (“conciencia de la antijuridicidad”), nos encontramos con que el ex Presidente defendía su postura argumentando que no sabía que se tratara de un actuar ilegal, ya que lo único que había hecho era continuar con el proceder de su predecesor. En este caso, nos remitiremos a la frase de MEZGER que establece que basta con que se haga una “valoración paralela en la esfera del profano”<sup>39</sup>, esto es, no es necesario que el sujeto que comete el ilícito sea un estudioso del Derecho o un ilustre jurista, basta con que sea consciente de que su conducta provoca un daño, y que ese daño es el que busca evitar el Código Penal.

El dolo implica tanto el saber lo que estás haciendo (cognición), es decir, tener conciencia de haber recibido la cosa sabiendo que existe un título que te obliga a su posterior entrega; como el querer apropiarte del bien o *animus rem sibi habendi*. Queda, de esta manera, fuera del art. 253 la apropiación indebida meramente de uso<sup>40</sup>.

El *animus rem sibi habendi* implica:

- La voluntad del autor de privar de los bienes al legítimo dueño de los mismos mediante su sustracción.
- El deseo de incorporarlos a su propio patrimonio, ejerciendo las facultades propias del dueño<sup>41</sup>.

El Sr. Rato era plenamente consciente de que los importes cargados a sus tarjetas no formaban parte de su salario, por tanto, era consciente de que, si dicho dinero no le pertenecía, era su obligación devolverlo para evitar el detrimento del caudal de la compañía que él mismo se encargaba de administrar. Conocemos que Rodrigo Rato no ignoraba la calidad y naturaleza de ese dinero porque, como ya hemos establecido

---

<sup>39</sup> OBREGÓN GARCÍA, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., p. 162.

<sup>40</sup> ROCA AGAPITO, L., *Tomo XXXII...*, op. cit., p. 315.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 143/2005, de 10 de febrero (RJ STS 784/2005)

anteriormente, era sabido que el único salario que debía obtener venía dado en forma de dieta, especificada tanto por la ley como por los Estatutos de la Sociedad, la cual sabía que no incluía este tipo de tarjeta ni los derechos aparejados a la misma. Por último, una evidencia más que notable de la consciencia sobre la falta de carácter salarial de dicho instrumento, es la falta de declaración del mismo a efectos fiscales del IRPF.

Pese a todo esto, no cesó en su uso a sabiendas del detrimento que causaba al patrimonio de la compañía.

Huelga afirmar la existencia del ánimo de adueñarse del dinero y emplearlo con fines lucrativos.

Consideramos que la actuación del Sr. Rato se corresponde con un dolo directo de segundo grado, puesto que, si bien no buscaba directamente el perjuicio de la entidad que gestionaba, sí perseguía un lucro personal que, en base a su manera de obtenerlo, pasaba necesariamente por el detrimento del capital de la compañía. Asimismo, nada opuso al hecho de que tanto él como otros Consejeros pudieran enriquecerse a través de unos instrumentos de crédito propiedad de la empresa, poniendo así en peligro el patrimonio de la misma.

## **2.6. Punibilidad**

La punibilidad es la facultad que posee el legislador para sancionar una conducta que es típica, antijurídica y culpable. Señala un injusto penal que se encuentra castigado. Existen ciertas razones por las que el legislador podría dejar impune una conducta que cumpliera estos tres requisitos, y son aquellas que reúnen las causas de exclusión de la punibilidad. Entre ellas podemos encontrar:

- Causas personales: no se castiga al autor que ha puesto la conducta por motivo del cargo que desempeña, y cualquiera que ocupe el mencionado cargo gozará del mismo privilegio. En estos casos, puede ser que sea otro Estado el que castigue dicha conducta o sean personas que poseen la condición de inviolables (como el Rey), o meras inmunidades, que se traducen en obstáculos procesales para proteger a aquellos que ostentan un determinado puesto (como los diputados).
- Excusas “absolutorias”: en este caso, el legislador considera que es más útil u

oportuno el dejar de castigar el hecho ilícito que perseguirlo penalmente, aunque sí exista un delito. Es decir, no se exigirá responsabilidad criminal a quien ha cometido un delito. En estas se engloban las pequeñas sustracciones entre parientes o el desistimiento dentro de la rebelión y la sedición<sup>42</sup>.

Según lo analizado hasta ahora, no existen razones para suponer que el legislador pueda dejar de castigar la conducta puesta por el Sr. Rato. No ocupaba ningún cargo que le otorgara ningún tipo de exención, inviolabilidad o inmunidad. En definitiva, permanecerá la punibilidad y se procederá a determinar la pena que le corresponde al ex Presidente de Caja Madrid/ Bankia.

## **2.7. Relaciones concursales**

Se entiende que pueden existir modalidades concursales con diversos delitos. Sin embargo, los tipos de concurso más habituales serán:

- Con el de administración desleal (art. 252 CP): parte de la doctrina acepta su existencia en su modalidad ideal, como MARTÍNEZ-BUJÁN o GÓMEZ BENÍTEZ cuando, además de querer apropiarse de los bienes sociales, buscaran reducir la solvencia de la compañía en el mercado<sup>43</sup>. Otros apuestan mayormente por el concurso aparente de leyes penales a resolver por especialidad o subsidiariedad (a favor de la administración desleal, al encuadrarse en un ámbito más específico o especial: el societario). No obstante, la jurisprudencia aboga por un concurso de leyes que debería resolverse por alternatividad. Por otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN sostiene que en aquellos casos que él denomina “límitrofes” (aquellos en los que se da una apropiación por parte del administrador de una compañía de los fondos sociales, lo cual a su vez infringe el deber de cuidado que el gestor ostentaba sobre los bienes de la empresa) habría que conceder mayor importancia al hecho de que el sujeto activo se haya apropiado de los fondos con

---

<sup>42</sup> OBREGÓN GARCÍA, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 189-194.

<sup>43</sup> CADENA SERRANO, F.A. (28 de mayo de 2015). *Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015*.

carácter definitivo, y calificar el delito como apropiación indebida<sup>44</sup>.

- Con el delito fiscal: en el caso de que el administrador societario no declarara los ingresos de la entidad ante la Hacienda Pública a la vez que los integra en su patrimonio con ánimo de lucrarse, estaríamos ante un concurso de delitos. En cuanto a los beneficios obtenidos mediante la consumación de la apropiación, el delito fiscal quedaría absorbido por el de apropiación indebida.
- Con el de falsedad documental (Capítulo II CP): a menudo existirá concurso entre ambas figuras y de tipo medial.
- Con el de deslealtad profesional (arts. 465-467 CP): en la situación de un profesional que se adueña de sumas dinerarias entregadas por su cliente destinada a otro fin preestablecido, nos encontraríamos, igualmente, ante un concurso de delitos, en el que este delito quedaría también consumido por el de apropiación.
- Otros concursos: puede presentarse junto a delitos como alzamiento de bienes, u otros de carácter societario como el delito contra los derechos de los empleados.
- Delito continuado: La figura del delito continuado se encuentra ubicada dentro del art. 74 CP<sup>45</sup>. Consiste en que se cometan una pluralidad de acciones u omisiones que perjudiquen a una o varias víctimas vulnerando la misma prohibición del Ordenamiento, ejecutando un plan preconcebido o aprovechando

---

<sup>44</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (junio 2015). “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en *Estudios penales y criminológicos*. Vol. XXXV, pp. 508-511.

<sup>45</sup> Artículo 74: 1. *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.* 2. *Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

idéntica ocasión. Esta modalidad debe sancionarse como si se tratara del presupuesto más grave contemplado en el tipo, imponiendo la pena en su mitad superior. Además, el segundo apartado de este artículo hace referencia a los delitos patrimoniales, estableciendo que habrá que estarse al perjuicio total que se haya causado al sujeto pasivo, el Juez puede incluso establecer la pena superior en uno o dos grados si se tratase de un ataque especialmente gravoso y habiendo perjudicado a varios individuos. Se establece también que la regla del art. 74.1 CP no será aplicable cuando sea contraria a la prohibición de la doble valoración<sup>46</sup>. En el Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo del 30 de octubre de 2007, se estableció que el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, así como que cuando se trate un caso que verse sobre delitos patrimoniales, se estará al perjuicio total causado para la determinación de la misma, y no a la infracción de mayor gravedad<sup>47</sup>.

El caso objeto de estudio reúne las exigencias penológicas que exige la apreciación de un delito continuado, ya que se trata de una serie incesante de agresiones patrimoniales y contra la masa activa de una entidad que, a su vez, incide sobre una pluralidad de personas y se ha ejecutado aprovechando idéntica ocasión, es decir, cada vez que las circunstancias permitieron llevarlo a cabo<sup>48</sup>. El Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de 27 de marzo de 1998, establece que, en el caso de producirse varias infracciones, la calificación como delito deberá hacerse por el total sustraído y si se aprecia continuidad en la conducta puesta por el autor<sup>49</sup>.

El Acuerdo recoge la exclusión de la aplicación del art. 74.1 CP en ciertos casos para no atentar contra el principio de *non bis in ídem*. En concreto, en aquellos casos en los que se atiende al criterio del perjuicio total infligido, porque sería redundante pedir esta agravante del apartado primero del artículo. Se busca la no

---

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 950/2007, de 13 de noviembre (RJ: STS 7637/2007).

<sup>47</sup> Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2007.

<sup>48</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 240/2011, de 15 de julio (RJ: SAP AB 779/2011).

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 950/2007, ..., op. cit.

aplicación de la agravante a los delitos (como el continuado de apropiación indebida) en los que el hecho de atender al daño global implica una calificación jurídica distinta que ya de por sí desplazaría la conducta del tipo básico al agravado<sup>50</sup>.

## **2.8. Determinación de la pena**

A continuación, procederemos a establecer la pena exacta que correspondería a Rodrigo de Rato y Figaredo por el delito continuado de apropiación indebida del art. 253 CP.

### *2.8.1. La pena del tipo*

La conducta típica, antijurídica, culpable y punible que se atribuye a Rodrigo Rato se corresponde con la del tipo cualificado del art. 253 CP, ya que, en virtud del art. 250.1. 5º CP, el importe de la apropiación supera el importe de 50.000 €.

La pena que se corresponde con este presupuesto, y aparece recogida en el art. 250 CP, es de “uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses”. Es una pena principal compuesta acumulativa de naturaleza grave (art. 33.2 a) CP), porque atribuye a los sujetos activos de este delito una sanción de privación de libertad superior a cinco años.

### *2.8.2. El grado de ejecución*

El art. 15 CP establece que son castigados tanto la consumación como la tentativa de delito. No obstante, el art. 61 CP establece que la pena tipificada en cada uno de los preceptos penales se entiende impuesta a los autores del delito consumado, mientras que, los responsables por tentativa, serán sancionados en uno o dos grados menos de la pena que se prevé para los sujetos activos causantes del ilícito consumado.

El delito se consuma con el acto de disposición del autor o cuando rechaza el haber recibido la cosa por cualquier tipo de título, siendo inconcebible la comisión en grado de tentativa. Se exige que concurra el perjuicio de la víctima, admitiéndose formas

---

<sup>50</sup> MARTI FERRER, C. (agosto 2015). Aplicación penológica en los delitos contra el patrimonio, en *Revista de Derecho vLex*. N° 135.

imperfectas de comisión, siendo la existencia del daño lo que hace que se realice el ilícito.

Por tanto, la apropiación indebida se consumará en el momento en el que el autor se apodera de los bienes que legítimamente poseía con *animus rem sibi habendi*. Es por esto que nos encontramos ante un delito consumado.

#### 2.8.3. *El grado de participación*

Basándonos en lo dispuesto en el art. 28 CP, se estima que el Sr. Rato es responsable de un delito continuado de apropiación indebida, en concepto de autor, del art. 74.2 y 252 CP (vigentes al tiempo de los hechos), habría que señalar, asimismo, el contenido de los arts. 249 y 250.1. 5º, que recogen la sanción estipulada para este tipo de ilícitos, por las cantidades dispuestas entre febrero de 2010 y mayo de 2012.

Como hemos indicado previamente, el art. 61 CP nos señala que la pena contenida en los arts. 249 y 250.1. 5º es la que cabe imponer al autor del delito del art. 253 CP.

#### 2.8.4. *Las circunstancias modificativas*

En el contexto de la comisión de un delito, pueden aparecer circunstancias o factores que atenúen (mitigan la pena) o agraven (endurecen la pena) el mismo. Es preciso que, para establecer una pena justa y ajustarla a la realidad material, se examinen todos los elementos que concurrieron alrededor de la realización del ilícito. Todas ellas las encontramos entre los arts. 21 a 23 CP<sup>51</sup>.

Después de examinar el relato de hechos, podemos afirmar que no se da la concurrencia de ninguna de las circunstancias modificativas de los artículos que acabamos de mencionar y, por tanto, se aplicará la pena mencionada de uno a seis años de cárcel.

#### 2.8.5. *La pena completa*

Para determinar la pena concreta que se debe imponer al Sr. Rodrigo Rato, hay que tener en cuenta la pena completa que se encuentra contenida en el art. 250.1 CP:

---

<sup>51</sup> OBREGÓN GARCÍA, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 196-197.

- Pena de prisión de uno a seis años.
- Pena de multa de seis a doce meses.

Además, es preciso considerar a estos efectos lo que establezca en cuanto a sanción el art. 74.2 CP (delito contra el patrimonio) por la calificación del delito cometido como continuado. En primer lugar, se deberá atender al perjuicio total causado, y no a la infracción más grave como puede ser el caso en otros delitos no patrimoniales. Además, si el hecho es excepcionalmente grave y ha perjudicado a una pluralidad de personas, como lo es el caso que nos ocupa, el juez podrá imponer la pena superior en uno o dos grados. En atención a los hechos descritos, procederemos a imponer la pena en su mitad superior<sup>52</sup>, quedando de la forma que sigue:

- Pena de prisión de tres años, seis meses y un día a seis años.
- Pena de multa de nueve meses y un día a doce meses.

#### 2.8.6. *La pena elegida*

Ahora, para seleccionar la pena exacta que le correspondería a Rodrigo de Rato y Figaredo, habrá que acudir al art. 66 CP, donde se recogen las reglas que deben emplear los jueces y magistrados para la imposición de la pena. Nos centramos en el apartado sexto de este artículo, en el que se describen las normas para sancionar aquellas conductas en las que no concurren agravantes ni atenuantes, el cual establece que se tendrán en cuenta las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, aunque se deje al arbitrio del juez.

En cuanto a sus circunstancias personales, Rodrigo de Rato y Figaredo nació en una familia de empresarios en Asturias. Fue vicepresidente del Gobierno y Ministro de Economía durante el mandato de José María Aznar (ocho años). Posteriormente, y hasta el año 2007, ocupó el cargo de director del Fondo Monetario Internacional. Finalmente, entre 2010 y 2012 fue administrador de Bankia, para después pasar a ocupar el cargo de consejero asesor para Telefónica. Como administrador de la compañía, es quien mayor poder concentra y aquel que se encuentra mejor informado

---

<sup>52</sup> Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2007.

sobre el patrimonio y la marcha general de la entidad. Queriendo continuar con su desahogada posición y nivel de vida, se deja llevar por una práctica que conoce que se trata de una irregularidad, más aún teniendo en cuenta que había ocupado cargos públicos de gran relevancia y en especialidades económicas. Rodeado de Consejeros de un ámbito social común, y acostumbrados a vivir de forma opulenta gracias a los ingresos extra percibidos ilícitamente mediante cada una de las tarjetas que les habían sido atribuidas y que cargaban contra el caudal de la empresa, Rato se hallaba en una posición de dominio absoluto que le permite continuar con esta cuestionable práctica.

Este escándalo se une al de la venta de preferentes de Bankia, el cual pudo constituir una de las mayores estafas bancarias de España. Cabe añadir la fallida salida a Bolsa de la compañía, la cual se decretó posteriormente como fraudulenta al no incluir información contable verídica sobre el estado de la empresa.

La cifra a la que ascienden los cargos con las tarjetas *black* durante la etapa de gobierno de Rodrigo Rato es de 2.694.850,72 €, y la cantidad que se le atribuye a él mismo alcanza los 99.054,59 € (tanto durante su etapa de gobierno como en la de Miguel Blesa)<sup>53</sup>. Por tanto, hay que atender a que, además de haberse lucrado gracias al dinero de la compañía que gestionaba, también permitió que se continuara con el menoscabo de la entidad al no impedir, como Presidente del grupo, que se siguieran utilizando estos instrumentos de crédito por parte de directivos, miembros del Consejo de Administración y otros cargos.

De acuerdo con el art. 74 CP, consideramos que se ha de imponer la pena en su mitad superior, en atención a la pluralidad de individuos perjudicados, así como por los grandes perjuicios que ocasionó su actuar negligente y omitiendo los deberes que le eran propios como administrador de tan importante compañía. La pena seleccionada es:

- Pena de prisión de cinco años.
- Pena de multa de doce meses.

Para la multa, atendiendo al grave perjuicio económico provocado y a la situación

---

<sup>53</sup> Anexo I.

económica y familiar del Sr. Rato, se fijará una cantidad diaria de 350 euros, siendo la máxima prevista para las personas físicas de 400 euros según el art. 50.4 CP. Por tanto, el importe total de la multa asciende a 126.000 €. Se añade, de acuerdo con el art. 53.1 CP, una responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, es decir, 180 días de privación de libertad por el insatisfacción total o 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad. No procede su cumplimiento mediante la localización permanente, ya que este delito ha sido calificado como grave.

#### 2.8.7. *Las penas accesorias*

Según el art. 54 CP, las penas accesorias son aquellas que, aunque no se prevén en la Parte especial, se pueden aplicar porque las normas así lo establecen o, como se recoge en el art. 57 CP, se autoriza a los jueces y magistrados, y a su discreción, a imponerlas en ciertos supuestos en los que la gravedad de los hechos o la peligrosidad del autor así lo exijan. Además, exige el art. 79 CP que, cuando el juez condene al cumplimiento de una pena que incorpore otras accesorias, tiene que imputarle también expresamente estas últimas.

Rodrigo Rato será condenado a una pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo del art. 56.1. 2º durante el tiempo que dure la condena (art. 33.6 CP), es decir, 5 años. Además, del art. 56.1. 3º CP, se le sanciona a una pena accesoria para el ejercicio de la profesión de la banca durante 5 años, ya que tiene relación con la conducta puesta por el sujeto activo y que ha provocado el ilícito penal.

### **3. RODRIGO RATO Y EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL**

Debido al período temporal en el que tienen lugar los hechos, se examina la acusación del ex Presidente de la entidad de la comisión de un delito de administración desleal del art. 295 CP. En la sentencia de este mismo caso, se alude a la STS nº 915/2005, de 11 de junio, estableciendo que no se debe confundir la administración desleal con la apropiación indebida. La administración desleal se producirá cuando, excediéndose en el ejercicio de sus funciones, el administrador de hecho o de derecho de una sociedad cause un perjuicio a la misma. No obstante, al disponer de los bienes que tenía por tarea gestionar, supera esas facultades como administrador, dando lugar a una conducta diferente.

En otras sentencias que así se mencionan, el haber realizado conductas abusivas sobre los activos de la empresa no presupone la necesaria incorporación de estos últimos al patrimonio de su gestor, es decir, su apropiación. Así, se exige el destino distinto de los bienes dispuestos a aquel que se hubiere pactado y con vocación de permanencia.

De este modo, cabe subsumir el comportamiento del Sr. Rato en el tipo del delito de apropiación indebida, absolviendo al mismo de ser declarado culpable de un delito de administración desleal.

#### **4. BANKIA Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA**

La atribución de un delito a una persona jurídica no encuentra su base en la realización de la conducta ilícita por parte de esta última, sino por la persona física que se halla vinculada a ella.

Para que sea posible su imputación, se requeriría que, o bien un representante legal de Bankia, o bien un administrador o persona autorizada para tomar decisiones en nombre de la misma, cometieran un delito que beneficiara directa o indirectamente a la misma. Podría ser cometido también por una persona distinta de las mencionadas siempre que, en el ejercicio de sus facultades como parte de Bankia, redundara en un beneficio para la compañía.

Por tanto, al ser Bankia la principal damnificada por la conducta puesta tanto por el acusado como por el resto de Consejeros, no podrá atribuírsele la autoría del delito.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

### **5.1. Legislación**

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE del 24 de noviembre de 1995).
2. Código Civil (BOE de 25 del julio de 1889).

### **5.2. Jurisprudencia**

1. SAN 4/2017, de 23 de febrero.
2. STS 163/2016, de 2 de marzo.
3. SAP de Zaragoza 53/2015, de 15 de octubre.
4. SAP de Albacete 240/2011, de 15 de julio.
5. STS 950/2007, de 13 de noviembre.
6. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2007.
7. STS 143/2005, de 10 de febrero.

### **5.3. Obras doctrinales**

1. AMADEO GADEA, S. *Código Penal. Doctrina Jurisprudencial*, 1º Ed. Factum Libri Ediciones. 2015.
2. BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal español. Tomo 1- Volumen 2*. JM Bosch Editor. Abril 2005.
3. CASTELLÓ NICÁS, N., *Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?* en «*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*», nº. 19-06-2017.
4. DE CASTRO Y BRAVO, F. *Temas de derecho civil*. Mariscal, Madrid, 1972.

5. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Estudios de derecho Penal Económico*. Dykinson S.L. 2003.
6. GÓMEZ LANZ, J., *La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia*. *Derecho de sociedades*, Bosch, Barcelona, 2008. Pp. 389-402.
7. JUANES PECES, A. (abril 2017). El delito de administración desleal y apropiación indebida después de la Reforma del año 2015. Evolución histórica: análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda. *Jornadas de especialistas en delincuencia económica*.
8. LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 1ª ed., Dykinson S.L. Madrid, 2016.
9. LANDECHO VELASCO, C.M., MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal español. Parte general*, 10ª edición, Tecnos. Madrid, 2017.
10. MARTI FERRER, C. (agosto 2015). *Aplicación penológica en los delitos contra el patrimonio* en «*Revista de Derecho vLex*». Nº 135.
11. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general*, 4ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
12. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (junio 2015). “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en *Estudios penales y criminológicos*. Vol. XXXV.
13. MORATILLA GALÁN, I. En el comodato y en el simple préstamo o mutuo se entrega un bien que debe ser restituido posteriormente, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo-abril 2007.
14. NIETO MARTÍN, A. “Administración desleal”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

15. OBREGÓN GARCÍA, A., GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito*, 2ª edición, Tecnos. Madrid, 2015.
16. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.). PASTOR MUÑOZ, N. “La apropiación indebida”, en *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*. Ediciones Francis y Taylor, S.A. Santiago de Compostela, 2011-2012.
17. PALOMINO MARTÍN, J.M., *Reformas del Código Penal 2015. Tablas comparativas*. Colegio de Abogados de Las Palmas. Las Palmas, 1 de julio de 2015.
18. ROCA AGAPITO, L., *Tomo XXXII. Esquemas de la parte especial del Derecho Penal (I)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
19. VIVES ANTÓN T.S., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte especial*. 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

#### **5.4. Conferencias y seminarios**

1. CADENA SERRANO, F.A. (28 de mayo de 2015). *Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015*.

#### **5.5. Artículos de prensa**

1. RAMÓN RALLO, J. (12 de diciembre de 2017). *El rescate de Bankia nos costará hasta 14.000 millones a los contribuyentes*. El Confidencial.

## 6. ANEXOS

### 6.1. Anexo I: Tabla de importes cargados contra las tarjetas de los acusados.<sup>54</sup>

Colectivo	CAJA MADRID		BANKIA	TOTAL (€)		
	Etapa Blesa	Etapa Rato	Etapa Rato	Etapa Blesa	Etapa Rato	TOTAL
<b>C°Adm. Caja Madrid (CM)</b>	3.272.367,27	1.232.259,07	2.277,59	3.272.367,27	<b>1.234.536,66</b>	4.506.903,93
<b>Comisión Control CM</b>	1.906.879,04	802.243,12	1.596,32	1.906.879,04	<b>803.839,44</b>	2.710.718,48
<b>Consejeros ejecutivos CM y Bankia</b>	422.987,41	57.918,48	64.537,35	422.987,41	<b>122.455,83</b>	545.443,24
<b>Directivos CM y Bankia</b>	3.742.575,21	357.201,57	176.817,22	3.742.575,21	<b>534.018,79</b>	4.276.594,00
<b>TOTAL</b>	9.344.808,93	2.449.622,24	245.228,48	9.344.808,93	<b>2.694.850,72</b>	12.039.659,65

En estas cantidades, figuran los cargos que se atribuyen a personas fallecidas y a aquellas a quienes les han prescrito los hechos.

---

<sup>54</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de febrero 4/2017..., op. cit., pp. 79-82.

A continuación, las cantidades que los Presidentes del Consejo de Administración y consejeros ejecutivos de Caja Madrid cargaron contra la entidad mediante las tarjetas que fueron puestas a su disposición:

<b>NOMBRE</b>	<b>PRIMER CARGO</b>	<b>ÚLTIMO CARGO</b>	<b>TOTAL DISPUESTO (€)</b>
Blesa de la Parra, Miguel	01-01-2003	28-01-2010	436.688,42
Rato Figaredo, Rodrigo de	31-01-2010	24-11-2010	44.217,47

Los siguientes ejecutivos y directivos de Bankia cargaron en las tarjetas que les fueron concedidas por decisión de Rodrigo Rato las siguientes cantidades:

<b>NOMBRE</b>	<b>PRIMER CARGO</b>	<b>ÚLTIMO CARGO</b>	<b>TOTAL DISPUESTO (€)</b>
Rato Figaredo, Rodrigo de	28-11-2010	07-05-2012	54.837,12
Fernández Norniella, José Manuel	17-02-2012	11-05-2012	9.700,23
Sánchez Barcoj, Ildefonso José	04-01-2011	07-05-2012	90.879,24
Amat Roca, Matías	27-11-2010	01-10-2011	42.042,89