



FACULTAD DE DERECHO

**CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA APLICACIÓN DEL
DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA:
CASO “TARJETAS BLACK”**

Un estudio a partir de la sentencia de la Audiencia Nacional (sentencia núm. 4/2017 de 23 febrero. ARP 2017\101) y de la sentencia del Tribunal Supremo (sentencia núm. 438/2018 de 3 de octubre. RJ 2018\4189)

Autor: Cristina Prieto Miguel
5º Derecho, y Administración y Dirección de Empresas (E-3) D
Derecho Penal

Tutor: Antonio Obregón García

Madrid
Abril 2019

Resumen

La gran relevancia de la ética en la gestión empresarial ha convertido la reciente sentencia sobre las tarjetas “black” de Caja Madrid y Bankia en un pronunciamiento judicial ejemplarizante. Tanto el gran número de acusados como el extenso lapso temporal en el que se cometieron las sucesivas defraudaciones añaden una elevada complejidad al análisis de la calificación de los hechos.

El presente trabajo trata de ofrecer una valoración sobre las cuestiones jurídico-penales más controvertidas en la aplicación del delito de apropiación indebida, atendiendo a las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales conocidas. En consecuencia, se han analizado las particularidades de los delitos patrimoniales que suscitan mayor discusión en base a las resoluciones condenatorias objeto de estudio.

Palabras clave: *Gestión empresarial, derecho penal, delito de apropiación indebida, tarjetas “black”, cuestiones controvertidas*

Abstract

The great importance of ethics in business management has turned the recent ruling on the Caja Madrid and Bankia’ s "black" cards into an exemplary judicial resolution. A large number of defendants as well as a considerable time lag in which the successive frauds were committed make the legal characterisation of the facts more complicated.

This essay tries to offer an assessment on the most controversial legal-criminal issues in the application of the crime of misappropriation, taking into account legal, doctrinal and jurisprudential sources. Consequently, it has been studied the particularities of property crimes causing greater discussion based on the decisions of convictions analysed.

Keywords: *Business management, criminal law, crime of misappropriation, “black” cards, controversial issues*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	9
2.1 Cuestiones generales, bien jurídico y sujeto pasivo.....	9
2.2 Conducta típica y elementos del tipo objetivo.....	11
2.3 Tipo subjetivo.....	13
2.4 Problemática anterior a la reforma LO 1/2015: concurso de normas.....	14
2.5 Calificación jurídica en el caso “tarjetas black”	17
3. ERROR.....	20
3.1 Concepto, teorías y clases.....	20
3.2 Tratamiento del error en el caso.....	24
4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	28
4.1 Modalidades de autoría y formas de participación.....	28
4.2 Participación y autoría en el caso.....	32
5. APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN.....	38
5.1 La reparación en el Código Penal.....	38
5.2 La atenuante muy cualificada.....	39
5.3 Interpretación jurisprudencial y la reparación en el caso.....	40
6. DELITO CONTINUADO.....	44
6.1 Requisitos legales del delito continuado.....	44
6.2 Las reglas de determinación de la pena y el problema del <i>bis in ídem</i>	45
6.3 El delito continuado en el caso.....	46
7. CONCLUSIONES.....	51
7.1 Distinción entre administración desleal y apropiación indebida.....	51
7.2 Error.....	51

7.3 Autoría y cooperación necesaria.....	52
7.4 Atenuante muy cualificada.....	53
7.5 Cualificación y agravación del delito continuado.....	54
8. BIBLIOGRAFÍA.....	55
9. ANEXOS.....	60
Anexo I: Hechos.....	60
Anexo II: Artículos del Código Penal.....	76

1. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso de las “tarjetas black” destaca por su enorme complejidad y extensión. Su gran repercusión la ha convertido en una sentencia paradigmática que ha contribuido de forma relevante a la ética de la gestión empresarial. En concreto sienta dos principios fundamentales: por un lado, la caracterización grupal del fraude empresarial, que es a su vez una decisión libre de cada responsable; y por otro, el mayor peso de culpabilidad que tienen aquellos con el poder más alto de representación¹.

Este asunto es un ejemplo de las malas *praxis* de gobernanza de las Cajas de Ahorros, que han llevado a su “práctica extinción formal”. Aunque en un principio se diseñaron para responder a fines sociales bajo un carácter privado, en varias ocasiones han cedido a las pretensiones de los grupos gubernamentales. Y es que una gran parte de los consejeros de Caja Madrid condenados eran representantes políticos².

Las tarjetas “black a efectos fiscales” han sido denunciadas como una práctica habitual entre las grandes empresas por algunos asesores fiscales. Se identifican como gastos de representación, que serían deducibles fiscalmente, cuando en realidad se suele tratar de complementos retributivos que deberían tributar. La primera alusión a las tarjetas opacas de Caja Madrid se dio en diciembre de 2013 por la filtración de unos correos del ex Presidente de la entidad³. Ante esta situación, se decidió realizar una auditoría interna, donde no se apreció nada más que un posible enriquecimiento injusto de los consejeros.

Al año siguiente es cuando el asunto tuvo una mayor atención mediática debido a la investigación iniciada por la “Fiscalía Anticorrupción”, dado el supuesto importe millonario defraudado con esas tarjetas encubiertas entre 1998 y 2012. Finalmente, se abrió una causa judicial en la Audiencia Nacional a la cual se puso fin en el Tribunal

¹ Fosse, S., *Tarjetas black: dos enfoques*, Cinco Días, 2017.

² Quintás Seoane, J.R., *Cajas de Ahorros españolas: Crónica de una muerte súbita*, en “Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras”, tomo XXXIX (Curso de 2016- 2017), 2018. Desde que la “Ley de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (LORCA) de 1985” les concediera atribuciones las Comunidades Autónomas, éstas se encargaron de controlar los órganos de gobierno de las Cajas. Esto las llevó a comportarse en ocasiones como bancos comerciales, extralimitando sus capacidades (p.3).

³ Carreño, B., *Los consejeros de Caja Madrid tenían tarjetas de crédito en ‘negro’ de hasta 50.000 euros al año*, eldiario.es, 2013.

Supremo tras cuatro años de duración, con la condena por un delito continuado de apropiación indebida⁴.

El presente trabajo analizará las dos resoluciones sobre el caso de las “tarjetas black”: la sentencia de la Audiencia Nacional (sentencia núm. 4/2017 de 23 febrero. ARP 2017\101), en adelante “SAN17”, y la sentencia del Tribunal Supremo (sentencia núm. 438/2018 de 3 de octubre. RJ 2018\4189), en adelante “STS18”. Como algunas de las cuestiones jurídicas tratadas en estos pronunciamientos judiciales pueden resultar controvertidas, este estudio trata de ofrecer una valoración sobre las mismas en base a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales conocidas hasta el momento.

En este sentido, el objeto del trabajo se ve limitado a los aspectos jurídico-penales más relevantes, debido tanto a la extensión de la fundamentación jurídica en ambas sentencias como al gran número de acusados. El estudio se ha realizado partiendo del principio de la intangibilidad de los hechos probados; por otro lado, debido a la extensión del trabajo, se ha puesto el centro del examen en los aspectos jurídicos sustantivos que se reseñarán a continuación.

Con respecto a la estructura del trabajo, se distinguen seis partes principales que hacen referencia a las cuestiones jurídicas esenciales tratadas en este estudio; siendo éstas las siguientes: la discutida relación entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal; el tratamiento del error alegado por la mayoría de las defensas; las distintas forma de participación de los acusados; la aplicación y calificación de la atenuante de reparación; la figura del delito continuado y, por último, la determinación de la pena. En cada uno de ellos, primero se introduce un marco teórico para proceder, a continuación, con la aplicación práctica al caso concreto. Es destacable el tratamiento de temas tan dispares, abarcando tanto la parte especial en la calificación del delito en cuestión como la parte general en el resto de materias examinadas.

Para la realización de este trabajo la metodología utilizada se ha basado en un equilibrado uso de fuentes doctrinales y jurisprudenciales, especialmente las dos sentencias objeto de estudio, junto a referencias a la legislación penal vigente y a sus reformas. En el análisis de

⁴ Carreño, B., *Cómo salió a la luz el caso de las tarjetas Black*, eldiario.es, 2017.

la doctrina científica, se ha recurrido a obras especializadas con el objeto de revisar las principales teorías respecto de cada tema tratado. Esta apreciable atención a la doctrina científica se acompaña de una gran profusión de jurisprudencia.

2. DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

El Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”) del Libro II del CP contiene el Capítulo VI “De las defraudaciones”. Este último está dividido en cuatro secciones diferenciadas: estafas (sección 1ª.), administración desleal (sección 2ª.), apropiación indebida (sección 2ª. bis) y defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (sección 3ª.).

En las sentencias objeto de estudio se aprecia un delito continuado de apropiación indebida, rechazándose la acusación por el delito de administración desleal. En los siguientes apartados se ofrece un esquema sobre los elementos fundamentales del delito de apropiación y su estrecha relación con el de administración desleal, así como un repaso a la problemática concursal anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

2.1 Cuestiones generales, bien jurídico y sujeto pasivo

La apropiación indebida se utilizó para crear finalmente una figura con la que tipificar la desleal y fraudulenta administración de patrimonios ajenos. El antiguo Código de 1973 giraba en torno a dos acciones típicas: “apropiación” y “distracción” de una cosa mueble, previamente recibida con la obligación de entrega⁵. Sin embargo, tras la última reforma del actual Código Penal de 1995, la apropiación indebida (artículos 253 y 254⁶) y la administración desleal (artículo 252⁷) son tipos autónomos.

Fue precisamente el Código Penal de 1995 el primero que introdujo la administración desleal como un tipo específico de delito societario con el artículo 295⁸ (derogado por el actual art. 252) debido a las limitaciones del delito de apropiación indebida por

⁵ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª. Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p.411. El artículo 535 CP 1973 era el que tipificaba la apropiación indebida en esas dos modalidades de apropiación y distracción.

⁶ Anexo II: Artículos del Código Penal.

⁷ *idem.*

⁸ *idem.*

apropiación y distracción, que dejaba sin tipificar algunos actos desleales de los administradores.

La apropiación indebida es un delito patrimonial de enriquecimiento, pudiendo éste no darse siempre directamente en el patrimonio del autor; por ejemplo, puede que el enriquecimiento sea en beneficio de un tercero⁹. Como en el resto de delitos patrimoniales, el sujeto activo actúa con ánimo de lucro produciendo un perjuicio económico en el sujeto pasivo¹⁰.

Este tipo ha ido cambiando su ubicación en los sucesivos Códigos Penales por la falta de consenso doctrinal. Hoy en día, se encuentra entre las defraudaciones, siendo así desde el 1944, pero llegó a ser ubicado entre las estafas en el 1870. Sigue criticándose por la doctrina su ubicación dada la disparidad con las estafas: en la apropiación no hay engaño, sino que la lesión al patrimonio basa en el “abuso de confianza”¹¹.

Una diferencia entre la apropiación indebida y la estafa es el abuso de confianza. En ésta última, “la confianza se deposita en el estafador por su engaño”; mientras que en la primera la confianza ya está en el sujeto activo, al que se ha confiado la administración del objeto antes de que realice el hecho típico¹².

Es admitido por la doctrina española que el bien jurídico que se trata de proteger es la propiedad. La polémica con el “dinero” giraba en torno al bien jurídico protegido al tratarse de un bien fungible. Es decir, no se entrega como billetes y monedas concretos que debe devolver el sujeto, sino que éste a lo que está obligado es a devolver su valor. Por tanto, no es tanto la propiedad de esos billetes lo que se protege sino el derecho de crédito. Por eso, GONZÁLEZ CUSSAC dice que debería hablarse de “disposición abusiva de valores patrimoniales”, más que de una apropiación de cosas en el caso del dinero¹³. Para ROSO CAÑADILLA, el dinero no puede ser apropiado sino solamente distraído por su

⁹ García Valdés, C., Maestre Delgado, E., y Figueroa Navarro, C., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Edisofer S.L., Madrid, 2015, p. 146.

¹⁰ García Valdés, C., *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 138.

¹¹ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p. 421.

¹² García Valdés, C., *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 144.

¹³ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p. 422 y s.

carácter fungible¹⁴. Pero para otros autores, como GILI PASCUAL, el dinero puede ser objeto tanto de apropiación, si hay una obligación concreta de devolver; como de administración si, dentro un margen de gestión válido, se le da un destino distinto (distracción) sin ánimo apropiatorio. La diferencia entre las dos figuras no está en la fungibilidad del bien¹⁵.

La doctrina mayoritaria considera la apropiación indebida un delito de resultado, por lo que no basta con el acto de apropiación sino que debe producirse una perturbación de los derechos del propietario. En este sentido, caben en la forma de ejecución formas imperfectas, como la tentativa inacabada. Aunque es cierto que un pequeño sector de la doctrina lo ha considerado delito de mera actividad. Así, se discuten algunas decisiones judiciales que han afirmado que la “consumación se produce desde que el dinero se recibe con obligación de darle un destino determinado”¹⁶.

2.2 Conducta típica y elementos del tipo objetivo

A tenor del actual Código penal, la conducta del artículo 253 (tipo básico) consiste en bien apoderarse de la cosa mueble, o bien negar haber sido el receptor de esa cosa. En el primer caso, el sujeto activo que se apodera de la cosa mueble, recibida a través de un título, tiene la obligación de devolverla. La tenencia inicial, que es lícita a través del título de recepción, acaba transformándose en una “propiedad ilegítima”¹⁷.

En este sentido, distinguimos dos conceptos relevantes: la recepción de la cosa y el título.

¹⁴ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p. 412.

¹⁵ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, Dykinson S.L., Madrid, 2018, p. 206.

¹⁶ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.428.

¹⁷ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p. 206. Por otro lado, del artículo 253 CP, también se observa que la conducta típica puede manifestarse por la negación de haber recibido la cosa mueble. La mayoría de la doctrina considera dicha negación como una presunción “*iures et de iure*”. Sin embargo, lo cierto es que la negación con la voluntad de apropiarse de la cosa ya conforma un acto ilícito, a excepción de que la negativa se deba a un error u otros motivos lícitos (González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.426). Con respecto a la posibilidad de omisión, se discute si la simple no entrega es el acto de atribución o si no forma parte de él y es la ilegítima atribución lo que conforma este acto (González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.427).

a) La doctrina no admite ficciones de entrega, negando la existencia del tipo si no hay una entrega efectiva de la cosa al deudor¹⁸. El caso a tratar sería peculiar en este aspecto, ya que no hay una entrega física efectiva del dinero a los administradores, sino que en virtud del título, tienen facultades de disposición sobre el mismo.

b) Con respecto al título, la jurisprudencia ha hecho una interpretación más extensiva que la doctrina mayoritaria admitiendo otros títulos más peculiares, como el de sociedad o mandato, a los títulos que explícitamente transmiten la posesión de la cosa aceptados por la doctrina. Lo que no se admite es que se transmita la propiedad, ya que lógicamente no cabe que el delito sea cometido por el propietario de la cosa¹⁹. Tampoco acepta la jurisprudencia los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación, por no originar éstos una obligación de entregar o devolver²⁰.

Respecto al elemento objetivo, que es el objeto susceptible de ser apropiado, la reforma de 2015 eliminó la expresión “cualquier activo patrimonial” para terminar con la discusión sobre los inmuebles. Además, el artículo actual deja claro que se refiere al género de las cosas muebles y también incluyó los efectos y cualquier cosa mueble²¹.

El sujeto activo posee “el dinero, efectos, valores, activos o cualquier cosa mueble” legítimamente mediante un depósito, administración, o títulos similares hasta que, posteriormente, comete la conducta típica incumpliendo la obligación de devolver²². Aquí, lo verdaderamente relevante para el caso de las “tarjetas black” es que el dinero es un elemento susceptible de apropiación, que se incluye expresamente en la redacción del artículo 253.

Por su parte, la conducta descrita en el artículo 252 es un exceso en el ejercicio de las facultades de administración sobre un patrimonio ajeno. La conducta típica consiste en la infracción de las facultades de administración atribuidas (por ley, por autoridad o por

¹⁸ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.424.

¹⁹ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p. 425.

²⁰ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p.208.

²¹ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p.207.

²² García Valdés, C., *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, cit., p.145. La consumación del delito se produce con la incorporación de la cosa apropiada al patrimonio o disponiendo de ella de forma definitiva y exteriorizando esa voluntad. En otras palabras, la consumación se da a partir de la realización de actos que serían propios de un propietario (STS 501/2013, de 11 de junio (RJ 2013\4651), en FJ ÚNICO).

negocio jurídico) debido a un ejercicio excesivo o abuso de las mismas causando un perjuicio patrimonial (art.252 CP). La clave en esta conducta reside en el “abuso” de dichas facultades, siendo atípicas las conductas que, aunque ilícitas, no consistan en esa extralimitación²³.

En el caso de las tarjetas, se puede ver la estrecha relación entre las conductas típicas definidas en los artículos 252 y 253 CP. Quienes administraban el dinero de las entidades estaban en disposición del mismo, entiendo que para hacer un buen uso de él que permitiera la actividad comercial de las mismas. Pero, de ningún modo, serían propietarios de ese dinero, a menos que se destinara al pago de sus retribuciones. Pero lo que terminaron haciendo fue una disposición ilegítima al excederse de sus facultades en perjuicio de la entidad.

2.3 Tipo subjetivo

En un principio, el sujeto activo ha de tener la finalidad de aumentar su patrimonio propio²⁴. El término “propio” puede limitar al elemento subjetivo dado que incluso el nuevo artículo 253 CP añade el beneficio “para un tercero”. LUZÓN CUESTA dice que esta expresión es innecesaria porque, apoyándose en la jurisprudencia, “el ánimo de lucro es referido a cualquier provecho o utilidad que el sujeto pretenda, tanto para sí como para otro tercero”²⁵.

Este ánimo de lucro se proyecta tanto sobre la voluntad de atribución como sobre la de enriquecimiento. La primera es un elemento subjetivo del tipo necesario para realizar la conducta típica, y la segunda se incluirá en el dolo, dado que se trata de tener el propósito de producir el resultado típico. La simple utilización de la cosa sin intención de incorporarla al propio patrimonio o ejercitar un derecho de retención son actos excluyentes del ánimo de lucro²⁶.

²³ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p. 417.

²⁴ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.427.

²⁵ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p.209.

²⁶ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.428.

Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida no caben en forma imprudente, ya que debe existir dolo para apreciar estos delitos. Además ese dolo ha de comprender el contenido del tipo agravado para poder apreciar dicha agravación; si bien la apropiación indebida requiere un ánimo subjetivo tendencial específico de apropiación de la cosa (el “*animus rem sibi habiendi*”), como ha determinado la jurisprudencia y la doctrina²⁷. Se explicará el tratamiento dado al tipo subjetivo en la SAN17 y STS18 en el apartado correspondiente al error.

2.4 Problemática anterior a la reforma LO 1/2015: concurso de normas entre la apropiación indebida y la administración desleal

El Código de 1995 solo propuso una solución parcial a la confusión entre apropiación indebida y administración desleal al incorporar la infracción de “administración desleal” (en el antiguo art. 295) como un tipo específico de delito societario²⁸. Dos problemas persistían: a) la distinta pena (más grave para la apropiación); b) la administración desleal que no era societaria estaba encajada en la modalidad de distracción de la apropiación indebida²⁹.

La delimitación entre administración desleal y apropiación indebida resultaba difícil, incluso lo es hoy en día. Ambos parten del presupuesto de posesión legítima de bienes patrimoniales en virtud de un título de gestión (que no transfiere la propiedad de los mismos) y son, en este sentido, delitos especiales propios de los que solo puede ser autor directo aquel que abuse de esas facultades de administración, previamente concedidas, y causando un perjuicio económico³⁰.

²⁷ Maestre Delgado, E., en Lamarca Pérez, C. *et al.*, *Delitos. La parte especial del Derecho penal 3ª Edición*, Dykinson S.L., Madrid, 2018, p.408. La STS 782/2008, de 20 noviembre (RJ 2008\7133) describe el elemento subjetivo de la administración desleal como la “deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y provecho del sujeto activo o de un tercero”, por lo que no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse, como sucede en la apropiación indebida (FJ PRIMERO, II)).

²⁸ No obstante, crear un nuevo tipo genérico de administración desleal ha sido arriesgado porque no existía tradición histórica en España dada además la difícil delimitación con el ilícito civil y otros tipos penales. Así, la apropiación indebida y la malversación también han sido objeto de reforma de forma complementaria. El riesgo se refiere a la posibilidad de hacer una aplicación extensiva y desmesurada sobre infracciones menos graves (González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª. Edición*, cit., p. 414 y s.)

²⁹ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª. Edición*, cit., p.411.

³⁰ Lamarca Pérez, C. *et al.*, *Delitos. La parte especial del Derecho penal 3ª Edición*, cit., p.402. La diferencia entre ambas figuras era muy sutil y giraba en torno al bien jurídico protegido y a la víctima: el delito de

Las soluciones judiciales eran y siguen siendo discutibles. El debate jurisprudencial fue generando distintas teorías sobre la relación entre la apropiación indebida y la administración desleal: 1º) “teoría del solapamiento o de los círculos secantes”³¹; 2º) distinción en torno al administrador y al objeto material³²; 3º) distinción sobre la temporalidad del acto de disposición³³.

En la práctica, antes de la reforma de 2015, se daba una inaplicación del derogado artículo 295, porque prácticamente todas las conductas se subsumían en la apropiación (antiguo artículo 252). El problema era la controvertida redacción de ambos artículos: por un lado, la administración desleal requería una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y, por otro, la apropiación acogía tanto la apropiación como la distracción de dinero³⁴. Un mismo supuesto, como es una disposición fraudulenta del dinero de la sociedad, era aparentemente incluíble tanto en un tipo como en el otro produciendo el consiguiente concurso de normas, que se resolvía a favor de la apropiación indebida en la modalidad de distracción, excluyendo la aplicación de la administración desleal.

La compleja interpretación jurisprudencial fue lo que evidenció una necesaria reforma que delimitara con más claridad estos dos tipos. En primer lugar, la LO 1/2015 derogó el artículo 295 CP, que sancionaba el delito societario de administración desleal, reubicando las previsiones legales de este tipo (ahora recogido en el art.252 CP) dentro de los delitos patrimoniales de defraudación³⁵. En segundo lugar, la reforma de 2015 también eliminó la

administración desleal protegía la confianza ciudadana en el buen funcionamiento de los mercados gracias a una adecuada gestión de las sociedades, mientras que el delito de apropiación indebida protegía un patrimonio particular.

³¹ La más antigua jurisprudencia aplicaba el artículo 295, pero teniendo en cuenta que la “distracción” seguía siendo parte de la administración desleal. Así surgió la teoría por la que se superponían ambos tipos penales, surgiendo un concurso de normas a favor de la apropiación indebida (González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª. Edición*, cit., p.412.)

³² Si la extralimitación del administrador era solo “intensiva” se aplicaba el art.295, mientras que caía bajo la forma de apropiación si ese abuso era “extensivo” (mas allá de las facultades contenidas en el título). Fue aplicada mayoritariamente hasta la reforma (González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª. Edición*, cit., p.412).

³³ La apropiación tiene carácter definitivo, mientras que la administración desleal era interina y temporal. El simple retraso en la devolución del objeto es atípica (Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p.209).

³⁴ Anexo II: Artículos del Código Penal.

³⁵ García Valdés, C., *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, cit., p.143. Uno de los motivos de este cambio giró en torno al concepto de perjudicado: la víctima de la infracción patrimonial podía ser cualquier propietario y no solo una sociedad.

conducta de “distracción” con el objetivo de diferenciar más claramente la figura de apropiación indebida de la administración desleal³⁶.

Si bien la referencia expresa al “dinero” como posible objeto de apropiación no se alteró con la reforma de 2015³⁷, la reforma sí eliminó la referencia a “activo patrimonial” y al “título de administración” (ahora reservado al art.252) con objeto también de delimitar la diferencia con la administración desleal. La mención a “el depósito, la comisión y la custodia”, en sustitución de administración, ya no permite subsumir la “administración desleal por distracción del dinero” en la apropiación indebida³⁸. Por último, se equipararon las penas entre los dos tipos³⁹.

La apropiación indebida de dinero supone una “disposición definitiva” del mismo en perjuicio del sujeto pasivo. Mientras que el delito de administración desleal se refiere específicamente a un uso abusivo de las facultades de administrador, en perjuicio también del titular, pero sin que haya una pérdida definitiva del objeto. Suprimir la conducta de “distracción” de la redacción del art.253 no ha impedido que se siga interpretando como apropiación indebida cuando se da un uso del dinero distinto del acordado, siempre que sea de forma definitiva⁴⁰.

Por tanto, la diferencia está en el carácter definitivo, de forma que mientras el destino del dinero no se objete, “cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero” bajo la forma de administración desleal⁴¹. Pero cuando el receptor del dinero impida su devolución o el destino encomendado, se estará ante la “apropiación en la modalidad de distracción típicamente punible” (STSS 489/2016, 216/2016, 414/2016, y 163/2016)⁴².

³⁶ González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p. 413.

³⁷ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p. 208.

³⁸ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p. 207.

³⁹ GILI PASCUAL, citado por González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. *et al.*, *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, cit., p.413.

⁴⁰ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p. 208.

⁴¹ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, cit., p. 208.

⁴² STS 489/2016, de 7 de junio (RJ 2016\2336), en FJ TERCERO; STS 216/2016, de 15 de marzo (RJ 2016\975), en FJ TERCERO; STS 414/2016, de 17 de mayo (RJ 2016\2252), en FJ QUINTO; STS 163/2016 de 2 de marzo (RJ 2016\788), en FJ SEXTO. Y en el mismo sentido, las SSTS 370/2014, de 9 de mayo (RJ 2014\2803); 905/2014, de 29 de diciembre (RJ 2014\6716) y 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013\6428).

2.5 Calificación jurídica en el caso “tarjetas black”

Las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo se sirven tanto de jurisprudencia anterior como posterior a la reforma de 2015 para aclarar la distinción entre la apropiación indebida y la administración desleal.

2.5.1 Anterior a la reforma de 2015

La relevante sentencia conocida como “*Argentia Trust*” (STS 224/1998) hablaba sobre la superposición del antiguo art.535 CP entre clásica apropiación indebida con ánimo de lucro y la gestión desleal del administrador que distrae dinero⁴³. La STS18 secunda que sigue existiendo esa superposición, pero no está de acuerdo en que en este caso las conductas de los consejeros y ejecutivos queden comprendidas en ambos preceptos, ni tampoco que pueda separarse el acto en varias conductas distintas (en administración del dinero de la entidad y en apropiación del mismo) para apreciar ambas.

La STS 867/2002⁴⁴ recordaba la parte común (parte secante de la metáfora de los círculos) en torno a la figura de administrador, pero diferenciaba los tipos en atención al sujeto pasivo: si era una sociedad solo podía hablarse de administración desleal. Con la STS 915/2005⁴⁵ se vio el deseo de la jurisprudencia de encontrar elementos más determinantes en la distinción entre los dos tipos. Esta sentencia habló del carácter “intensivo” del ejercicio abusivo que cometen los administradores, es decir, para apreciar la administración desleal el sujeto debe actuar dentro sus facultades. Aunque sean conductas desleales, si están fuera de éstas últimas, no podrá concurrir administración desleal. Después habrá que ver si esas conductas además presentan carácter apropiatorio; en cuyo caso se estaría ante una apropiación indebida.

⁴³ STS 224/1998, de 26 febrero (RJ 1998\1196), en FJ SÉPTIMO.

⁴⁴ STS 867/2002, de 29 de julio (RJ 2002\6357), en FJ VIGÉSIMO OCTAVO.

⁴⁵ STS 915/2005, de 11 de julio (RJ 2005\5418), en FJ PRIMERO.

2.5.2 Posterior a la reforma de 2015

La STS 31/2017 sigue la más nueva doctrina jurisprudencial que basa la distinción entre ambos tipos en el carácter definitivo de la disposición del objeto apropiado (“incluido el dinero”); mientras que la administración desleal será el caso de un “mero hecho abusivo”, en exceso de las facultades de administración, sin una definitiva expropiación⁴⁶.

Lo que reafirma la STS18 es que siempre se ha mantenido que la finalidad apropiatoria solo corresponde al delito de apropiación indebida. Bajo la forma de administración desleal no cabe ningún acto de apropiación, de acuerdo con la ya sentada jurisprudencia.

A pesar de reconocer las facultades de administración de los miembros del Consejo de las entidades, según los hechos probados, éstos se apropiaron del dinero que sacaban de las tarjetas. Y como se ha explicado, si existe esta conducta solo cabe apreciar la apropiación indebida.

Además, la STS18 también apoya la calificación de la Audiencia Nacional. La SAN17 afirma que los actos apropiatorios de los consejeros estaban “al margen” de sus facultades de administración, previstas en la ley, los estatutos de la caja y sus contratos de trabajo⁴⁷. Disponían del dinero de la entidad, que debían administrar, de forma libre y sin control alguno para hacerlo suyo o facilitar la apropiación de terceros, los directivos en este caso.

En el caso de los directivos, que no disponen de facultades de administración, se les condena por apropiación indebida debido a la aceptación del plan de defraudación propuesto por los presidentes⁴⁸. Se consumaba la apropiación del dinero de la entidad, sobre el que todos actuaban como si fueran dueños, cada vez que sacaban dinero utilizando la tarjeta. Su grado de participación en el delito se discutirá en el apartado correspondiente.

⁴⁶ STS 31/2017, de 26 de enero (RJ 2017\349), en FJ NOVENO. En la misma línea, se pronuncian STS 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016\4411), en FJ 4.1b), y la STS 163/2016, 2 de marzo (RJ 2016\788), en FJ SEXTO.

⁴⁷ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ OCTAVO.

⁴⁸ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 228.

En ningún caso admite el Tribunal que el dinero de las tarjetas tuviera carácter retributivo, principalmente porque las retribuciones debían acordarse por el consejo en asamblea (de lo que no consta prueba alguna), y no solamente por los Presidentes ejecutivos. Entonces, “aunque se disimule tras una apariencia de administración desleal por retribuciones excesivas”, se descarta la opción de acogerse a esa figura porque eso supondría negar el carácter apropiatorio al suponer que formaban parte de su retribución y no del dinero de la entidad⁴⁹.

No obstante, la diferente calificación entre una y otra tenía mayor relevancia penal en la etapa anterior debido las distintas penas aplicables. En el actual Código penal ambos tipos están castigados con la misma pena (artículos 249 o 250 CP).

⁴⁹ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 187.

3. ERROR

Con respecto al elemento subjetivo, cabe decir que los delitos de apropiación indebida y de administración desleal no pueden darse en forma imprudente. Esto es relevante por sus consecuencias jurídicas en el caso de que el tribunal apreciara error, concretamente si se tratara de un error de tipo vencible porque éste solo puede castigarse en caso de imprudencia. De forma que si se aceptara la calificación del error como de tipo, quedaría impune en todo caso, tanto si fuera invencible como vencible⁵⁰.

Con el objetivo de entender los efectos de la estimación o desestimación del error en el caso de las “tarjetas black”, se expone un análisis doctrinal y jurisprudencial del concepto y clases principales de error.

3.1 Concepto, clases y teorías

El error es definido por la doctrina como una “falsa representación de la realidad o un desconocimiento de la misma”, lo que convierte en sinónimos a la ignorancia y al error. Eso supone que la acción de una persona basada en una concepción falsa o inexacta de la realidad, supondrá error⁵¹.

El artículo 14 del Código Penal regula el error distinguiendo entre dos clases principales: error de tipo y error de prohibición (ambos son errores propios porque afectan al proceso de formación de la voluntad)⁵². A su vez, la legislación penal diferencia, por su carácter evitable, entre error vencible e invencible.

⁵⁰ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p.292.

⁵¹ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª. Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p.385.

⁵² Obregón García, A., y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, Tecnos, Madrid, 2015, p.173.

3.1.1 Error de tipo

Tradicionalmente conocido como error “de hecho”, se refiere a una creencia equivocada del sujeto sobre los “elementos del tipo de acción”⁵³, es decir, se refiere a los “elementos objetivos del tipo injusto”, que afecta solo a la tipicidad dado que el dolo se excluye⁵⁴. Puede tratarse tanto de elementos descriptivos como normativos sobre el hecho que constituye la infracción penal; respecto a los normativos bastará una comprensión profana o coloquial⁵⁵.

La discusión gira en torno a los elementos “referidos a la antijuridicidad” contenidos en algunos tipos. Una gran parte de la doctrina los subsumiría en el error de prohibición dada su relación con la antijuridicidad. Pero MUÑOZ CONDE discrepa porque el legislador define la acción típica del hecho utilizando esos elementos, entonces no tiene sentido separarlos del hecho o perderían su trascendencia típica⁵⁶.

3.1.2 Error de prohibición

A este segundo tipo de error se refiere el tercer apartado del artículo 14 CP, de acuerdo con la doctrina mayoritaria⁵⁷. El error de prohibición implica una equivocación en el conocimiento de la ilicitud del hecho⁵⁸, de forma que el autor ignora que su actuación sea contraria a la legalidad (STS 816/2014)⁵⁹.

⁵³ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª Edición*, cit., p. 386.

⁵⁴ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.291.

⁵⁵ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.292. En el mismo sentido hablan ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC sobre el conocimiento del autor “en la esfera de lo profano”, solo ha de saber diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido (Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª Edición*, cit., p.388).

⁵⁶ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.293.

⁵⁷ STS 336/2009 de 2 de abril (RJ 2009\4151), en FJ ÚNICO, dice que la jurisprudencia de la Sala II consideran el error de prohibición como “reverso de la conciencia de la antijuridicidad”.

⁵⁸ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª Edición*, cit., p.387 y s.

⁵⁹ STS 816/2014, de 24 de noviembre (RJ 2014\6004), en FJ PRIMERO sobre el error de prohibición, citando a otras sentencias, como la STS 353/2013, de 19 de abril (RJ 2013\3972) y la STS 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007\1782).

Diferenciando culpabilidad de tipicidad, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN afirman que el error de prohibición no incide en la configuración típica (dolosa o imprudente); solo recae sobre la culpabilidad⁶⁰. Es importante destacar que, aunque el sujeto no conociera la ilicitud, no sería apreciable error si la pudiera haber conocido, porque eso forma parte también del conocimiento (aunque potencial en vez de actual) de la antijuridicidad⁶¹.

Fue el Código penal de 1973, tras la reforma de 1983, el primero que lo recogió⁶². Este error es una excepción al principio general de “*ignorancia legis non excusat*”, ya que el error inevitable excluye la culpabilidad de la persona y le exime de responsabilidad penal⁶³. Al ser entonces su aplicación de carácter excepcional, la ignorancia de la ilicitud debe ser siempre probada⁶⁴.

Si el sujeto duda sobre la ilicitud, no se podrá hablar de error porque éste es una creencia errónea; de forma que si el sujeto actúa bajo esa duda, es culpable del delito (como así sucede con el dolo eventual)⁶⁵. Como sucede con el error de tipo, no hace falta un conocimiento específico de la norma y de la pena, “basta conocer la ilicitud del propio obrar” sin mayores precisiones (STS 670/2015)⁶⁶.

⁶⁰ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.414. Sin embargo, PÉREZ DEL VALLE no está de acuerdo con que se separe el “conocimiento de la significación social” del error de tipo o “conocimiento del hecho (Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson S.L., Madrid, 2016, p.139).

⁶¹ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª Edición*, cit., p.388. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN dice que hay error “no sólo cuando el autor cree que actúa ilícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho” (Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.410)

⁶² Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.411. El artículo 1 del CP 1973 contenía la “presunción de dolo”, que posteriormente derogaron las leyes LO 8/1983 y la LO 10/1995. Se debe probar efectivamente el elemento cognitivo del dolo (SAN17, p.195-196).

⁶³ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo II 2ª Edición*, Tecnos, Madrid, 2016, p.199. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN también hablan del abandono de esta antigua teoría romana de que la “ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” y de que “el error de derecho perjudica” o “error iuris nocet” (Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.411).

⁶⁴ En este sentido, la STS 987/2012, de 3 de diciembre (RJ 2013\943), en FJ CUARTO, niega que quepa una mera alegación de esa ignorancia, debiendo ser probado por la acusación que al autor lo podía haber comprobado, pero le daba igual que concurrieran los elementos del tipo.

⁶⁵ STS 898/2014, de 22 de diciembre (RJ 2014\6824), en FJ QUINTO y citando a la STS 1141/1997, de 14 de noviembre (RJ 1997\7860).

⁶⁶ STS 670/2015, de 30 de octubre (RJ 2015\5191), en FJ CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. En el mismo sentido, jurisprudencia anterior, como la STS 411/2006, de 18 de abril (RJ 2006\3312) en FJ CUARTO, dice que los ciudadanos no son juristas, lo que hace que el “error de subsunción” (sobre la calificación penal) no sea jurídicamente relevante.

3.1.3 Evitabilidad del error y sus consecuencias jurídicas

La legislación penal también diferencia los errores por su carácter evitable o vencible. El error vencible se puede evitar si se actúa con la debida diligencia, mientras que el error invencible es inevitable incluso en ese caso. Por esa razón, el error invencible nunca supone responsabilidad penal⁶⁷.

De acuerdo con la jurisprudencia, será vencible el error si el sujeto podría haber recabado información jurídica para comprender la ilicitud de su hecho, así como si tiene una normal conciencia para ello (STS 778/2010)⁶⁸.

Las repercusiones jurídicas del artículo 14 se pueden resumir del siguiente modo: por un lado, el error invencible excluye la responsabilidad penal; por otro, el vencible, la atenúa. Según sea de tipo o de prohibición, respectivamente existirá responsabilidad penal, aunque solo por imprudencia (art.14.1 CP), o habrá que rebajar obligatoriamente la pena en uno o dos grados de la forma dolosa⁶⁹. PÉREZ DEL VALLE justifica la atenuación de la pena en una menor culpabilidad; no obstante, como el sujeto tampoco ha sido fiel al derecho debe seguirse castigando penalmente aunque sea en menor medida⁷⁰.

Los criterios para determinar la vencibilidad son las circunstancias del hecho, las socio-culturales en las que la acción desarrolla y las personales de autor (STS 782/2016)⁷¹. Aunque puede ser también necesario un conocimiento específico, en algunos supuestos de error de prohibición, donde el sujeto tuviera un especial deber de informarse (por ejemplo en actividades profesionales)⁷². No habrá error cuando la conducta sea “de común

⁶⁷ Obregón García, A., y Gómez Lanz ,J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, cit., p.173. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN reconocen el error invencible como el único que puede excluir la responsabilidad (Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.292).

⁶⁸ STS 778/2010, de 1 de diciembre (RJ 2011\602) en FJ ÚNICO.

⁶⁹ Sin embargo, OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ no creen con tanta certeza en la interpretación dominante de que el 14.1 CP se refiere al error de tipo porque al hablar de “hecho” en vez de “elemento”, como hacía el CP 1973, puede defenderse el error sobre “elementos típicos normativos de carácter jurídico” (Obregón García, A., y Gómez Lanz ,J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.174).

⁷⁰ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p.230.

⁷¹ STS 782/2016, de 19 de octubre (RJ 2016\4935), en FJ 3.

⁷² Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.413. NIETO MARTÍN (1999) incluso recurre a “conocimientos previos” del sujeto, que forman su nivel cultural,

conocimiento” (STS 670/2015)⁷³, como puede ser la evidente de ilicitud matar a una persona.

Con respecto a la atenuación en uno o dos grados del 14.3 CP, el análisis del contexto y la culpabilidad del sujeto es lo que determinará su aplicación en menor o mayor grado. Ha de apreciarse una “advertencia vencible de la norma infringida”. Así, cuanto más desleal sea su conducta por el elevado deber de observar que se le requería, mayor será el grado de reprochabilidad⁷⁴. Por ejemplo, la STS 1050/2009⁷⁵ solo se reduce en menor grado la reprochabilidad porque el vendedor de un inmueble estaba obligado a conocer las reglas del mercado.

3.1.4 Cuestiones controvertidas

Ha sido polémico el tratamiento del error sobre los “presupuesto de hecho de una causa de justificación” por no haber sido aclarado por la legislación. En contra de los defensores de los elementos negativos del tipo, OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ se posicionan a favor de la parte de la doctrina que los considera “error de prohibición”, ya que son un “error sobre la justificación del hecho típico” y, por ello, de su ilicitud⁷⁶.

3.2 Tratamiento del error en el caso

Ha sido muy discutida la diferenciación entre error de tipo y de prohibición⁷⁷. La STS18 menciona esa dificultad en relación al “error sobre los elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad” y los encaja en el error de tipo, puesto que así lo dice la doctrina mayoritaria.

mostrando su capacidad o no para vencer el error. Otros autores, como FELIP I SABORIT, le criticaron por pensar que hacía referencia a una “culpabilidad previa”.

⁷³ STS 670/2015, de 30 de octubre (RJ 2015\5191, en FJ CUADRAGÉSIMO SEGUNDO, haciendo referencia a la STS 1238/2009 de 11 diciembre (RJ 2010\2045).

⁷⁴ Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p.231.

⁷⁵ STS 1050/2009, de 23 de octubre (RJ 2009\7800), en FJ TERCERO.

⁷⁶ Obregón García, A., y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, cit., p.174.

⁷⁷ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª Edición*, cit., p.385.

Por formar parte de la conciencia del individuo, que es una esfera íntima del mismo, es complicado determinar si existe error. Será necesario probar que existe y que tiene carácter invencible, no siendo suficiente que simplemente se alegue (STS 640/2018)⁷⁸. La prueba sobre el error ha de ser “suficiente” al estar ante una excepcionalidad (STS 865/2005)⁷⁹.

A la hora de apreciar el error habrán de valorarse los siguientes elementos: el delito del que se acusa, el estado psicológico de los sujetos implicados, así como su nivel cultural y capacidad para conocer. Cada una de estas condiciones también han de ser probadas, no bastando una simple alegación de las mismas⁸⁰.

En las sentencias objeto de estudio, todas las defensas de los acusados hacen alegación al error (de tipo y de prohibición) por su no aplicación. Algunos incluso hacen alusión a un error invencible para excluir así la responsabilidad penal. Pero, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, desestiman cualquier tipo de error en base a las siguientes argumentaciones:

3.2.1 Argumentación de la SAN17

Prácticamente todas las defensas de los acusados alegan que sus clientes estaban en un error de prohibición invencible porque en el momento que fueron informados del sistema de las tarjetas creían que el presidente estaba legitimado para disponer del dinero de la entidad. Subsidiariamente, cada recurrente pide la aplicación de un error de tipo invencible por la misma razón. En el caso de que el juez decidiera apreciar alguno de los errores como vencible, sería obligatoria la atenuación de la pena en uno o dos grados y compatible, además, con la atenuación de reparación.

⁷⁸ STS 640/2018, de 12 de diciembre (RJ 2018\5741), en FJ QUINTO mencionando a las siguientes sentencias: STS 280/1998, de 20 de febrero (RJ 1998\1742), STS 367/2001, de 22 de marzo (RJ 2001\1357), STS 302/2003, 27 de febrero (RJ 2003\2520).

⁷⁹ STS 865/2005, de 24 de junio (RJ 2005\6896), en FJ OCTAVO.

⁸⁰ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª. Edición*, cit., p.386.

Sin embargo, es suficiente la “conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta” para que el error pueda ser excluido⁸¹. La instalación previa del sistema de las tarjetas no significa que fuera legal. Al tratarse de un supuesto sistema de retribución tan opaco, cualquier hombre medio podía haber sospechado sobre su improcedencia jurídica.

En virtud de los hechos probados y la lógica, los usuarios de las tarjetas se excedieron en sus facultades y actuaron “dolosamente” al darle una “vocación definitiva” distinta al dinero que debían administrar; de manera que superaron el “punto de no retorno” en perjuicio de la entidad (STS 406/2017)⁸². Se cumple, por tanto, con los elementos del tipo subjetivo de la apropiación indebida. Por el contrario, ante un mero abuso desleal no es necesario probar el “*animus rem sibi habiendi*”⁸³.

3.2.2 Argumentación de la STS18

En el mismo sentido que el tribunal de instancia, la STS18 desestima la apreciación del error, en los fundamentos jurídicos 5 y 6:

- El dolo incluye “el conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado” y la aspiración a usarlos. Una vez acreditado el deseo de conseguir el resultado estaríamos ante delito doloso intencional. Por un lado, el presidente “no podía ignorar las limitaciones retributivas que se imponían legal y estatutariamente a los miembros de los órganos” ni tampoco desconocer la opacidad de las tarjetas. Por otro, los condenados como cooperadores necesarios del delito de apropiación indebida también actuaron con dolo, puesto que sabían que podían gastar el dinero de la tarjeta sin control alguno, en otras palabras, “a su antojo”⁸⁴. Por ello, el

⁸¹ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ NOVENO. En el mismo sentido, la STS 392/2013 habla de esa simple sospecha sobre una actuación que pueda parecer, con alta probabilidad, antijurídica (STS 392/2013, de 16 de mayo (RJ 2013\5211), en FJ PRIMERO).

⁸² STS 406/2017, de 5 de junio (RJ 2017\2794), en FJ SEGUNDO. En el mismo sentido, habla la STS 915/2005, de 11 de julio, (RJ 2005\5418), en FJ PRIMERO, sobre el exceso en el ejercicio de las facultades del administrador de hecho que detrajo dinero del fondo social para el pago de deudas sociales. No califica los hechos ni como apropiación indebida ni tampoco como administración desleal (en FJ SEGUNDO).

⁸³ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 41.

⁸⁴ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 5.

elemento subjetivo existió y quedó debidamente probado a juicio del Tribunal Supremo.

- Dadas las características del sistema, “no es posible aceptar que actuaran creyendo que el presidente ejecutivo tenía facultades para disponer de esa forma del dinero de la entidad”. Por tanto, el Tribunal Supremo no aprecia ninguna clase de error, dejando a un lado el debate doctrinal entre el error de tipo y el error de prohibición⁸⁵.

Concretamente, el TS argumenta de forma independiente la desestimación del error de prohibición sobre el presidente ejecutivo. Su previa experiencia, además de sus conocimientos del sector financiero y de la legislación imperante en el momento que accedió a la presidencia. Es cierto que luego sí se aceptaron retribuciones a los miembros del consejo, pero éstas debían haber sido previamente acordadas por la asamblea general y nunca fueron compatibles con las dietas y otras indemnizaciones⁸⁶.

Ni siquiera el hombre medio de formación mínima podría entender que era legal recibir esas cantidades sin ningún tipo de transparencia ni control, pues menos aún los condenados, que poseían conocimientos superiores en el sector empresarial y financiero. Además, nunca fueron obligados a utilizar las tarjetas opacas, libremente aceptaron formar parte del plan. Puede que hubiera una “apariencia de licitud” inicial, pero se desmoronaba “en el momento en que se utilizaba la tarjeta y se podía comprobar que los gastos realizados carecían de cualquier repercusión documental”⁸⁷.

En definitiva, los consejeros quebrantaron los “deberes de confianza y lealtad” para con su empresa. Aunque cargaban todos los gastos que hacían con la tarjeta de acuerdo con unos límites mensuales y anuales, ellos mismos fueron los encargados de fijarlos, incluso los ampliaron en varias ocasiones. Como resultado, contribuyeron a la cuantiosa disminución del patrimonio de la entidad⁸⁸.

⁸⁵ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 6.

⁸⁶ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 14.

⁸⁷ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 51.

⁸⁸ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 42.

4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El sistema bipartito del Código penal hace complicada la distinción entre la autoría y la participación, ya que la legislación penal solo diferencia, en función de la pena aplicable, entre autoría y complicidad⁸⁹.

4.1 Modalidades de autoría y formas de participación

El artículo 27 del Código Penal señala como responsables penales a los autores y los cómplices. La interpretación doctrinal ha tenido que matizar la literalidad de la legislación estableciendo las siguientes modalidades de autoría y formas de participación⁹⁰.

4.1.1 Autoría

El artículo 28 del Código Penal determina un “concepto amplio de autor”, pero algunas de las conductas (aquellas descritas en el segundo párrafo) serían más bien formas de participación y no una autoría propiamente dicha⁹¹. Por un lado, con respecto al verdadero autor (art. 28.I.), existen las siguientes modalidades:

i. Autor inmediato. El sujeto es autor directo, es decir, es quien realiza el hecho típico personalmente (“por sí solo”)⁹². Es el autor principal “por excelencia” y hay que imponerle la pena que corresponda al tipo⁹³.

⁸⁹ Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (Tomo II)*, cit., p.255.

⁹⁰ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.460.

⁹¹ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.460 y s. POLAINO NAVARRETE opina que ese concepto extensivo de autor puede ser desigualitario al asimilar conceptualmente como autoría, “por ser necesarias” en la realización del hecho típico, la inducción y la cooperación necesaria. (Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (Tomo II)*, cit., p.256).

⁹² Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.462 y s.

⁹³ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, Tecnos, Madrid, 2015, p.503.

ii. *Autor mediato*. En esta otra forma de autoría el sujeto utiliza a otra persona, que no será responsable, para que cometa el delito. Esta persona, usada como “instrumento”, actúa siempre por voluntad del autor mediato y no por decisión propia⁹⁴.

iii. *Coautor*. La comisión del delito responde a una conjunción de voluntades de varios sujetos (coautores). La contribución de cada uno puede comprender una conducta ejecutiva o no; de forma que podrá ser coautor alguien que no realice el acto en sí, incluso estar ausente al ejecutarse el mismo, pero cuya aportación haya sido relevante. No obstante, solo un “acuerdo de voluntades” previo no es suficiente, todos los coautores han de contribuir esencialmente en el hecho concreto (“teoría del dominio funcional del hecho”)⁹⁵.

4.1.2 Participación

Por otro lado, la inducción y la cooperación necesaria están descritas en el segundo párrafo del art.28 CP, el cual considera también como autores a quienes actúen bajo esas dos formas de participación. Una tercera forma independiente es la complicidad, recogida en el artículo 29.

i. *Inducción*. El inductor es un sujeto que determina a otro, de forma directa, a ejecutar un delito⁹⁶. La persona inducida no estaba resuelta a realizar el hecho tipificado, pero es convencido por el inductor (causalidad psíquica), de forma que al menos inicia la ejecución del mismo. Por tanto, además de directa, la inducción tiene que ser eficaz (dejando impune la “inducción frustrada”) y responder a una conducta positiva del

⁹⁴ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.463.

⁹⁵ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.465 y ss. La coautoría puede ser, entonces, “ejecutiva” o “no ejecutiva”. Sin embargo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN toman como “excepcional” al coautor que no realiza actos ejecutivos, reservándose solo a los casos donde su contribución sea “de una gran trascendencia”; para el resto de casos, recomiendan optar por la cooperación necesaria o a la complicidad. No obstante, autores como GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ o ALCÁCER GUIRAO, como la mayoría de la doctrina defensora de la teoría objetivo-formal (Landeo Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.505), no admiten ni siquiera de forma excepcional, que un coautor no realice actos ejecutivos.

⁹⁶ Zugaldía Espinar, J.M., en Marín de Espinosa Ceballos, E., Ramos Tapia, M^a.I., Esquinas Valverde, P., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General) 2ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p.203.

inductor (no se admite la omisión)⁹⁷. Añaden, además, algunos autores que el inductor debe “actuar con dolo”⁹⁸.

ii. Cooperación necesaria. El sujeto que colabora ha realizado un acto, anterior a la ejecución, sin el cual el delito no se hubiera podido cometer. Los actos han de ser anteriores, ya que si fueran en el momento de ejecución serían calificados como coautoría⁹⁹.

iii. Complicidad. La legislación la describe como una figura residual a la cooperación necesaria (“no hallándose comprendidos en el artículo anterior”). El tiempo en que se realiza la aportación es el elemento diferenciador: mientras que la cooperación corresponde a un acto anterior, la complicidad admite que sea tanto previo como simultáneo¹⁰⁰. Al igual que en la inducción, el tipo subjetivo requiere dolo para que la complicidad sea punible¹⁰¹.

Por todo lo anterior, a la complicidad se le puede denominar también “auxilio no necesario”. La doctrina española ha utilizado diferentes teorías para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, como la “escasez de la aportación”, según la cual existirá cooperación necesaria cuando esa ayuda hubiera sido “muy difícil o imposible de conseguir al autor por otro medio”¹⁰².

⁹⁷ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.511. Según el TS la “inducción frustrada puede ser sancionada como proposición.

⁹⁸ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.512.

⁹⁹ Cuello Fronteras, J., Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General (3ª. Edición)*, Tecnos, Madrid, 2015, p.169.

¹⁰⁰ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (Tomo II)*, cit.,p.275. En cuanto al castigo de la complicidad en los actos preparatorios, según POLAINO NAVARRETE, solo serán castigados aquellos que vayan “seguidos de ejecución”.

¹⁰¹ Cuello Fronteras, J., Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General (3ª. Edición)*,cit., p.176. La STS 627/2006, de 8 de junio (RJ 2006\6295) habla sobre el “doble dolo” del partícipe: el que consiste en el conocimiento y voluntad de su propia actuación y el dolo encaminado a ayudar al autor en la comisión del delito.

¹⁰² Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.513. Si se considera la necesidad de la aportación como algo concreto, todos los actos serían necesarios; sin embargo, si se trata en abstracto, no lo sería ninguno completamente. Por eso, la doctrina ha optado por una postura intermedia.

4.1.3 Delimitación entre autoría y participación

La autoría es la característica principal, de la que deriva la participación como forma accesoria. Siempre hay un autor del delito, a quien se le puede sumar la participación de otro¹⁰³.

Entre las teorías discutidas en la doctrina, hace referencia el Supremo a la conocida como “teoría del dominio del hecho”, aunque no parece que la haya aplicado. Esa teoría define al autor como aquel que decide en última instancia cometer la conducta delictiva¹⁰⁴. El autor es quien tiene un subjetivo “control final de la acción”, con independencia de los actos que efectivamente haya realizado¹⁰⁵.

4.1.4 Cooperación necesaria en un delito especial

El tema controvertido es cómo calificar la intervención de un “sujeto común” (“*extraneus*”), que no tiene la cualidad especial del tipo¹⁰⁶. Será distinto el problema según se trate de un delito especial impropio (para el que existe un delito común) o propio, como es el caso de las “tarjetas black”. En los delitos especiales propios, “el particular sólo puede responder, en todo caso, como partícipe del delito especial”, al no haber un delito común equivalente¹⁰⁷.

¹⁰³ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.461. En el mismo sentido, hablan LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ sobre la “accesoriedad” y la “unidad del título de imputación” de la participación (p.509 y s.)

¹⁰⁴ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.461. Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN es un concepto de autor algo indeterminado, pero considera esa definición como la más adecuada para diferenciar la autoría de la participación, y además, de gran utilidad para discernir entre “autoría mediata” y “coautoría”.

¹⁰⁵ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.502. Las teorías doctrinales propuestas a lo largo de la historia concebían el autor de dos formas: unitaria (o extensiva) y restrictiva. Además, de la teoría funcional del hecho, se ha desarrollado la teoría objetivo-formal (“es autor el que realiza los actos de ejecución”) y la teoría objetivo material (“es autor el que aporta la contribución más importante”) (p.501).

¹⁰⁶ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (Tomo II)*, cit., p.260.

¹⁰⁷ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, cit., p.478. El inductor o el cooperador necesario pueden ser castigados con la “pena inferior en grado” si el juez así lo decide (art.65.3 CP). Esta facultad de los jueces se introdujo con la LO 15/2003, de 25 de diciembre (p.477 y ss.).

4.2 Participación y autoría en el caso

En las sentencias se discute sobre la autoría del delito, además de analizar su relación con la cooperación necesaria y la complicidad como formas de participación en el mismo.

4.2.1 Calificación de la SAN17

De acuerdo con la teoría del dominio funcional del hecho, la AN considera que hay dos autores: el Presidente ejecutivo de Caja Madrid y su sucesor en la misma entidad y en Bankia. Fueron ellos quienes decidieron continuar con el sistema opaco de las tarjetas, cuando podían haberle puesto fin. Así, los otros usuarios de las tarjetas pensaron que tenían legitimidad para hacer tal cosa al ser presidentes (“apariencia de buen hacer”), aunque ese pensamiento no despenaliza la también punible actuación de estos últimos¹⁰⁸.

El Director General de Caja Madrid de 2000 a 2012 fue condenado como “cómplice” dada la entidad de su aportación. Incluso, tras ser cesado de su cargo, él continuó haciéndose cargo del mantenimiento de las tarjetas, ofreciendo una “ayuda evidentemente eficaz”¹⁰⁹. La doctrina del Supremo considera la complicidad como una participación secundaria y accidental a la autoría; lo que significa que el cómplice es “un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador”¹¹⁰.

Por otro lado, el resto de usuarios de las tarjetas (a excepción de los dos autores y el cómplice), son considerados como “colaboradores necesarios” debido a su eficaz contribución “en el desarrollo y ejecución tendente a la merma del caudal de la entidad”¹¹¹.

¹⁰⁸ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ OCTAVO.

¹⁰⁹ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ DÉCIMO. Este Director firmaba los contratos de las tarjetas y daba las órdenes, que procedían de los presidentes, para la emisión y entrega física de las tarjetas.

¹¹⁰ STS 679/2016, de 26 de julio (RJ 2016\3923) hace referencia a la condensada doctrina de la Sala sobre la delimitación entre autoría y complicidad, que fue resumida en la STS 554/2014, de 16 de junio (RJ 2014\4232), en la que se recoge lo dicho por anteriores sentencias, como la STS 518/2010, de 17 de mayo (RJ 2010\5810).

¹¹¹ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ NOVENO.

4.2.2 Análisis de la STS18

Se mantiene la condena, como autores, a los dos presidentes ejecutivos de las entidades. Solo pueden ser “autores en sentido propio” los que reciban el dinero objeto de apropiación, se dice en el FJ 50. Pero el Tribunal Supremo deja sin efecto la condena como cómplice al director general, ya que considera que la complicidad está comprendida en la cooperación necesaria de esos actos de apropiación, en el mismo sentido que el informe del Ministerio Fiscal, y no puede ser condenado en el mismo delito por ambas sin que se vulnere el principio “*non bis in ídem*”¹¹².

El Tribunal corrige, además, la terminología utilizada por la Audiencia Nacional, que califica algunos de los acusados como “colaboradores” cuando lo correcto es condenarlos como “cooperadores necesarios” dada la “relevancia de su aportación o colaboración”¹¹³.

El resto de directivos, junto al Director General, son también calificados como cooperadores necesarios. A pesar de reconocer que la conducta de éstos sería “la propia de un coautor”¹¹⁴, al tratarse de un delito especial no se les puede considerar coautores porque solo los presidentes ejecutivos fueron los que recibieron el dinero por alguno de los títulos. Si bien, se reconoce su “aportación esencial para la aportación” para justificar la cooperación necesaria, incluso sin que hubiera habido un acuerdo con los presidentes a aceptar el sistema, es decir, la simple “incorporación a la ejecución del plan” hubiera bastado¹¹⁵.

El FJ 165 reitera la imposibilidad de calificar al resto de usuarios como “autores en sentido estricto” aunque hayan actuado simultáneamente en la fase ejecutiva con los autores. Y a pesar de considerar finalmente que son cooperadores necesarios del delito especial, niega la aplicación del artículo 65.3 CP¹¹⁶, introducido por la reforma de 2003¹¹⁷, debido a que la

¹¹² STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 192. No obstante, en el FJ 187 el TS opina que la intervención directa del Director General en el mantenimiento del sistema “amplía la gravedad de su responsabilidad”.

¹¹³ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 189.

¹¹⁴ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 42. Se repite el argumento del delito especial en FJ 105 y ss. En el mismo sentido, la STS 35/2011, de 2 de febrero (RJ 2011\470), en FJ TERCERO: “no puede ser autor (...) al tratarse de un delito especial propio).

¹¹⁵ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 42.

¹¹⁶ Anexo II: Artículos del Código Penal.

actuación de esos sujetos sería propia de un coautor. Para la jurisprudencia mayoritaria el partícipe “*extraneus*” colabora con una menor potencialidad lesiva, de forma que se ha considerado “absolutamente excepcional” no aplicar la atenuación del 65.3 CP (STS 841/2013)¹¹⁸, a pesar de ser facultativa¹¹⁹ porque el artículo en cuestión dice “podrán”. En este sentido, los tribunales pueden no aplicarlo pero siempre que lo motiven adecuadamente¹²⁰, recurriendo en esos casos a una mayor gravedad de la conducta¹²¹.

La consumación del delito no tuvo lugar con la decisión de los presidentes de imponer y mantener el sistema de apropiación (que es la conducta imputada) sino con todos los “actos individuales de apropiación” de los dos autores y del resto de cooperadores necesarios. “La acción completa de los autores precisaba de la acción parcial de cada uno de los partícipes”¹²², que cooperaron para conseguir la defraudación total. En este sentido, el TS explica que mientras que los cooperadores son responsables de las cantidades que se han apropiado personalmente, los presidentes ejecutivos (autores) responden por la cantidad total apropiada.

El TS no cree que pueda calificarse de otra manera la actuación de los usuarios de las tarjetas, distintos a los presidentes, teniendo en cuenta la especialidad del delito en cuestión. Aunque plantea ciertas dudas en torno a los miembros del Consejo de Administración, ya que admite su calificación como autores “dada su posición respecto de las facultades y obligaciones relacionadas con la administración del patrimonio”¹²³ de la

¹¹⁷ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE a 26 de noviembre de 2003).

¹¹⁸ STS 841/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014\3061), en FJ VIGESIMOSEGUNDO. No obstante, se pueden dar casos de “renuncia a la aplicación de la atenuación” incluso “aunque la aportación del partícipe *extraneus* tenga un menor potencial lesivo”. Es la teoría que defiende una parte de la doctrina para los delitos especiales propios, como es el caso, donde solo puede haber “participación de un *extranei*”, para diferenciar esos supuestos de los que admiten tanto partícipes “*intranei*” como “*extranei*” (Rueda Martín, M.A., *El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español*, InDret 3/2018 Revista para el Análisis del Derecho, 2018, p.27).

¹¹⁹ Considera necesaria su aplicación la STS 661/2007, de 13 de julio (RJ 2008\63), en FJ TERCERO: “debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor”.

¹²⁰ Así, la STS 494/2014, de 18 de junio (RJ 2014\4377) permite la no aplicación “siempre que, de forma motivada, explique (...) razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena” (FJ 16).

¹²¹ STS 627/2006, de 8 de junio (RJ 2006\6295), donde se considera que el partícipe “*extranei*” tuvo “el dominio del hecho”, en FJ SEXTO.

¹²² STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 106.

¹²³ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 108.

entidad. Recibieron “en administración el patrimonio”, junto a los presidentes, teniendo atribuidas funciones de gestión en virtud del artículo 13.1 de la Ley 31/1985¹²⁴.

Incluso, en el FJ 66, se valora la posibilidad de considerar a los presidentes “autores por omisión” por permitir al resto de usuarios la apropiación del dinero que debían administrar de buena fe; de todas formas no sería relevante porque esa omisión estaría también contenida en la misma pena del artículo 28 CP. Sin embargo, no se debate sobre la Comisión de Control porque sus miembros no tenían dichas facultades administrativas.

4.2.3 Pena

Es fundamental la distinción entre cooperador necesario y cómplice, porque el primero será el único de los dos castigado con la misma pena que un autor¹²⁵. Por eso, a efectos prácticos, una condena como autor o como cooperador necesario es “intrascendente para el fallo” según el Tribunal Supremo¹²⁶.

El TS no admite que los cooperadores necesarios puedan ser coautores¹²⁷, tratándolo como una pura distinción doctrinal. Pero, al mismo tiempo, rechaza la aplicación (potestativa) del 65.3 CP para rebajar la pena a los cooperadores necesarios, por la “equivalencia de la conducta”, sin perjuicio de la correspondiente individualización de la pena¹²⁸, que deberá justificarse siempre según las circunstancias individuales de cada acusado.

Tratar de pura distinción doctrinal a la diferencia entre cooperador necesario y coautor no es un tema menor. Ni siquiera la legislación penal equipara ambas figuras, sino que solo

¹²⁴ Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (BOE 9 de agosto de 1985).

¹²⁵ *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.512.

¹²⁶ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 27. El TS califica la confusión entre esas dos modalidades como un “error material”.

¹²⁷ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 105: por exigir los delitos especiales unas condiciones específicas para ser autor, los “*extranei*” de este delito de apropiación indebida solo pueden ser cooperadores necesarios, a pesar de que su conducta “materialmente se corresponda con la coautoría”. En el mismo sentido, sobre la participación de los extraños, se pronuncia la STS 765/2013, de 22 de octubre (RJ 2013\7117), en FJ DÉCIMO (“el extraneus no puede ser condenado en concepto de autor, pero si como cooperador necesario”), sobre el delito de administración desleal, y la STS 627/2006, de 8 de junio (RJ 2006\6295), en FJ SEXTO, sobre la prevaricación.

¹²⁸ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 165.

considera “autores”, que no es lo mismo que serlo, a los inductores y cooperadores necesarios a efectos de pena (art.28 CP)¹²⁹. Asimismo, como las penas se componen de intervalos mínimos y máximos, precisamente será el grado de responsabilidad lo que justificará una menor o mayor pena dentro de esos intervalos, siendo la reprochabilidad al cooperador necesario menor que la del autor. Se terminará de discutir sobre la pena finalmente aplicada más adelante.

El tema más controvertido es esa diferenciación entre autoría y cooperación necesaria en un delito especial. El Tribunal Supremo atribuye a todos los consejeros las facultades de administración. Para apoyar esa afirmación, debería acudirse a las funciones encomendadas, de acuerdo con la legislación mercantil, al Consejo de Administración.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en los hechos figuran cargos en las tarjetas desde 2003 hasta 2011, por lo que habrá que remitirse a la legislación vigente en cada momento. Hasta el 1 de septiembre de 2010, estaba vigente la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)¹³⁰, derogada por la nueva Ley de Sociedades de Capital (LSC)¹³¹.

En ambas leyes, el Consejo de Administración tiene asignada la facultad de representación de la sociedad, pero en la LSA no se menciona expresamente que tenga atribuida la “gestión” de la misma como lo hace el actual art.209 LSC. Aunque sí se incluía en la LSA la posibilidad de formar comisiones ejecutivas dentro del consejo y la facultad indelegable de éste de formulación de las cuentas anuales (ahora expresamente en el 249 bis LSC desde a reforma de 2014). También hacía referencia a los deberes de lealtad y diligencia, así como la responsabilidad de los administradores por su incumplimiento. Entonces, dado que efectivamente incumplieron esos deberes, deben responder por ellos.

¿Pero el dinero apropiado estaba realmente bajo administración del Consejo? Para resolver esta pregunta, es importante acudir también al Reglamento del CA de la propia entidad. Así, en su art.4 incluye la función general de supervisión de este “órgano máximo de decisión” y delegando “la gestión ordinaria de la Sociedad en los órganos ejecutivos y en

¹²⁹ Anexo II: Artículos del Código Penal.

¹³⁰ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE a 27 de diciembre de 1989).

¹³¹ Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE a 3 de julio de 2010).

el equipo de dirección”, pero asumiendo la responsabilidad tanto de la administración como de la gestión. Por su parte, el Presidente del CA es a la vez presidente ejecutivo y está investido de las máximas atribuciones que le otorgue al efecto el CA” (art.9). Además, el CA podrá constituir una “comisión ejecutiva, con facultades decisorias generales” para llevar una “gestión responsable”¹³².

También pertenecen al CA las funciones indelegables de formulación de cuentas y de establecimiento de las retribuciones de los directivos ¹³³ (249 bis LSC e) y h) respectivamente). Ésta última implica una distribución del dinero de la sociedad destinado a pagar el salario de esos directivos. Por tanto, lo más razonable sería interpretar que tenían el dinero bajo su administración a la vista de la legislación mencionada.

¹³² Reglamento del Consejo de Administración de Bankia, S.A.

¹³³ Art.249 bis “Facultades indelegables” de Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE a 3 de julio de 2010).

5. APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN

5.1 La reparación en el Código Penal

El apartado 5º. del artículo 21 CP describe la reparación como atenuante de la responsabilidad penal. Dice el tenor literal de dicho artículo que esa reparación del daño o disminución de sus efectos a la víctima puede ser “en cualquier momento del procedimiento”, pero siempre “con anterioridad al juicio oral”¹³⁴. Por tanto son dos los elementos que han de concurrir: a) el elemento cronológico, y b) el elemento sustancial, con una reparación de tal entidad que no se limite solo a la responsabilidad civil del 110 CP¹³⁵.

La atenuante precedente fue la de “arrepentimiento espontáneo”¹³⁶, la cual se ha dividido en dos atenuantes independientes: por un lado, la confesión (circunstancia 4ª del 21 CP) y, por otro, la reparación que se está tratando en este apartado. La razón de esta última atenuante es el objetivo perseguido por la más moderna política criminal de “fomentar la reparación de la víctima”, además de reconocer la “vigencia de la norma” que el autor del delito ha infringido¹³⁷.

Las razones de política-criminal y la eliminación del “arrepentimiento espontáneo” como requisito subjetivo, han hecho que la configuración de las atenuantes de reparación y de confesión sea “predominantemente objetiva”, cuya concurrencia gira principalmente en

¹³⁴ Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal (5ª Edición) Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p.356.

¹³⁵ Marín de Espinosa Ceballos, E., en Marín de Espinosa Ceballos, E., *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (3ª Edición)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.217 y s. La STS 2/2007, de 16 de enero (RJ 2007\252) negó la apreciación de la atenuante si las reparaciones tenían lugar durante o al finalizar del juicio, y, con menos razón, después de ser dictada la sentencia.

¹³⁶ Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal (5ª Edición) Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, cit., p.356. Si bien, el CP actual evita la “exigencia cualquier elemento subjetivo” (Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.216).

¹³⁷ Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.215. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES habla de esa “moderna política criminal” gracias a la cual la reparación ha obtenido gran eficacia (Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal (5ª Edición) Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, cit.,p.356).

torno al momento cronológico¹³⁸. En cuanto al requisito objetivo, parece que tanto la legislación como la doctrina han aceptado la validez de la “reparación parcial”¹³⁹.

5.2 La atenuante muy cualificada

El Código Penal da una “eficacia extraordinaria” a las atenuantes que se aprecien como “muy cualificadas”, ya que será obligatorio rebajar la pena en uno o dos grados (66.1 CP, regla 2ª). A diferencia de las atenuantes “simplemente cualificadas”, los rasgos de la atenuación son más fuertes¹⁴⁰, o lo que es lo mismo, “alcanzan una superior intensidad a la comparada con la normal o no cualificada” y teniendo en consideración “las condiciones del culpable” (STS 202/2004)¹⁴¹.

Ha sido esa intensidad de los efectos reparatorios lo que ha valorado la jurisprudencia para apreciar la atenuante de reparación como muy cualificada dado que el CP no califica su intensidad, sino que se limita a “esbozar su noción”, sin que la doctrina haya ahondado tampoco en los requisitos para su apreciación¹⁴².

¹³⁸ Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 8ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p.487. OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ destacan, en ese sentido, la finalidad de “fomentar la recuperación del bien jurídico”, razón que ha hecho prolongar el tiempo de reparación lo “máximo posible” (Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.216) hasta el juicio oral.

¹³⁹ Obregón García, A., “Comentario al artículo 21 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, dirigidos por Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999, p.673. La posibilidad legal de una reparación parcial se observa en el art.21 CP cuando dice “(...) o disminuir sus efectos”. En el caso de la doctrina, han seguido la teoría sobre “la reparación en la medida de la propia capacidad” del sujeto activo, de CÓRDOBA RODA, pero que debería limitarse por el elemento subjetivo que infiere (p.673).

¹⁴⁰ Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.221.

¹⁴¹ STS 202/2004, de 20 de febrero (RJ 2004\1938), en FJ SEGUNDO, citando a STS 1042/2000, de 14 de junio (RJ 2000\4737).

¹⁴² Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.221.

5.3 Interpretación jurisprudencial y la reparación en el caso

5.3.1 Examen de la atenuante en la SAN17

La jurisprudencia mencionada por el tribunal apoya la objetivación de esta atenuante, reconociendo la necesidad de justificarla de forma “razonada”, incluso debería ser reconocida por la propia víctima, a la que la jurisprudencia da una especial atención.

En este sentido, se ha admitido la “consignación judicial del importe reclamado”, aunque puede que para su apreciación se tengan en cuenta otras variables como la cuantía de esa consignación y las “circunstancias económicas del acusado”¹⁴³. No obstante, el Ministerio Fiscal y el FROB no equiparan la consignación judicial a la restitución. En palabras de la Fiscalía, “reparar (...) es devolver y no consignar”, de forma que rechaza en cualquier caso apreciar la atenuante como “muy calificada”¹⁴⁴. El FROB añade que no cabrá atenuante de ningún tipo en los casos de embargo o fianza para satisfacer la responsabilidad civil¹⁴⁵.

Si la reparación fuera parcial, que es el caso de alguno de los recurrentes, debe ser lo “suficientemente significativa y relevante” en relación con el daño que causaron; así como su capacidad de reparación. Y es que si solo responde al deseo de aminorar la pena sin que se repare “de modo eficiente y significativo” el daño no debería apreciarse la atenuación¹⁴⁶.

La Audiencia Nacional dividió a los acusados en tres grupos en función de la apreciación de la atenuante:

i) Muy cualificada. Para aquellos que entregaron o intentaron entregar la cantidad reclamada, antes del juicio oral, “a quien entendieron que tenía la condición de perjudicado”. Su finalidad era que el perjudicado recibiera tal cantidad.

¹⁴³ STS 1112/2007, de 27 de diciembre (RJ 2007\9067), en FJ TERCERO.

¹⁴⁴ Si bien, el Ministerio fiscal en su informe sí acepta la forma “simple” para algunos de los acusados a pesar de no saber con certeza quién era el perjudicado (Bankia), por su dificultad de determinación hasta el juicio oral.

¹⁴⁵ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ DECIMO SEGUNDO.

¹⁴⁶ STS 94/2017, de 16 de febrero (RJ 2017\1065), en FJ TERCERO, siguiendo la doctrina de sentencias anteriores, como la STS 1990/2001, de 24 de octubre (RJ 2001\10318).

ii) Simple. En este caso los acusados que entregaron o consignaron judicialmente el dinero no lo hicieron con la finalidad de reparar “a persona alguna”.

iii) No concurre atenuante. Si la cantidad consignada es tan inferior a la reclamación que no atiende a los “fines reparatorios”, incluso aunque un perjudicado la hubiera aceptado como tal, como hizo la propia entidad (Bankia). Este ha sido el caso de los presidentes ejecutivos y el director general.

5.3.2 Examen en la STS18

En lo que respecta la reparación parcial¹⁴⁷, el Tribunal Supremo sigue el mismo razonamiento que la AN. Si el recurrente ha devuelto una “cuantía muy alejada de las responsabilidades que se le atribuían en la acusación” y, por tanto, “muy inferior a la del daño”, entonces no concurre atenuante bajo ninguna forma ni aunque las circunstancias personales del acusado hicieran pensar lo contrario¹⁴⁸. Del mismo modo concuerda con la AN respecto al elemento cronológico: no puede apreciarse la atenuante si la entrega de la suma reclamada se hizo “una vez finalizado el juicio oral”. La razón es doble: la ley exige que sea en un momento anterior y su apreciación supondría ir en contra de los hechos probados, donde no constaría lógicamente esa entrega al haber sido posterior¹⁴⁹.

Consignar el dinero en una cuenta del Juzgado significa que solo llegará al perjudicado si la sentencia resulta condenatoria; sin embargo, la “voluntad de reparación” solo será “no recuperable” si se entrega el dinero directamente al perjudicado. A pesar de que la jurisprudencia ha considerado que no es lo mismo esa forma de reparación que la consignación judicial¹⁵⁰, sí reconoce que ambas formas tienen los mismos efectos reparatorios siempre que la consignación se haga con destino al “pago inmediato a la víctima, pues en esos casos no se trata de afianzar, sino de reparar aun cuando no recayera

¹⁴⁷ Dado que el art.21 CP contempla “disminuir” los efectos del daño, que es su reparación parcial, ésta tiene que “tratarse en todo caso de una contribución relevante” para ser estimada como atenuante (STS 4/2018, de 10 de enero (RJ 2018\10)), en FJ CUARTO).

¹⁴⁸ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 18.

¹⁴⁹ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 34.

¹⁵⁰ En ese sentido, STS 389/2014, de 12 de mayo (RJ 2014\2807) y STS 678/2012, de 18 de septiembre (RJ 2012\9070).

condena”¹⁵¹. En este sentido, es importante, a efectos de la determinación de la pena, destacar el FJ 59 en torno a la extensión de los efectos de la apreciación de la atenuante como “muy cualificada” a los casos en los que hayan consignado judicialmente la totalidad o cantidad próxima¹⁵² del dinero. La AN solo la apreció a aquellos que lo habían entregado directamente a Bankia o al FROB. El TS no puede justificar un trato tan desigual entre estos dos grupos por las siguientes razones: a) la AN no ofrece explicación alguna para diferenciar si la consignación se hizo para luego entregarse al perjudicado, en cuyo caso debería apreciarse, o solo para “afianzar las responsabilidades pecuniarias”; y b) antes del juicio oral no era clara la condición de perjudicado¹⁵³.

Así, a varios recurrentes se les estimó el recurso sobre la apreciación de la atenuante como muy cualificada en base a los argumentos del FJ 59, como es el caso del propio director general. Por el contrario, se rechazó tal apreciación a algunos de los miembros del Consejo de Administración debido a la especial relevancia de su aportación, ya discutida en el apartado sobre la participación¹⁵⁴.

Podría haberse sostenido que devolver el “total” no es suficiente para justificar que la atenuante es “muy calificada”¹⁵⁵ o que tampoco consignar judicialmente “lo reclamado como fianza para atender las responsabilidades” era una causa para apreciarla en forma “simple”¹⁵⁶. El TS considera “no equivocadas” estas consideraciones del Ministerio Fiscal¹⁵⁷. Pero como ningún acusado recurrió las consideraciones de la AN¹⁵⁸, “la

¹⁵¹ Así, la STS 228/2013, de 22 de marzo (RJ 2013\8314) recogía la jurisprudencia asentada en FJ VIGESIMO PRIMERO: “la reparación del daño a la víctima (...) ha de efectuarse mediante al pago o a través de la consignación para pago inmediato a la misma”.

¹⁵² Se considera irrelevante distinguir entre los que aportaron la totalidad o los que aportaron una cantidad próxima (en FJ 59).

¹⁵³ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 59. Como para el TS son perjudicados tanto el FROB como Bankia, no hay razón para diferenciar entre los que consignaron el dinero judicialmente “sin mayores presiones” con los que transfirieron el dinero directamente a una de las anteriores organizaciones por creer que era esa la perjudicada.

¹⁵⁴ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 168.

¹⁵⁵ En este sentido, recurre la STS 94/2017, de 16 de febrero (RJ 2017\1065), en FJ SEGUNDO, al “sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada”.

¹⁵⁶ Así, la STS 1156/2010, de 28 de diciembre (RJ 2011, 1434): “la mera consignación (...) no satisface las exigencias de una actuación *post delicto* para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada”, en FJ SEXTO.

¹⁵⁷ Como el CP ya reconoce la reparación total en el propio artículo 21, son otros los elementos jurisprudenciales, como la intensidad de los efectos reparatorios, lo que debe determinar la cualificación de la atenuante (STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 76.

aplicación de la atenuación como muy calificada no puede rectificarse”. Por eso el TS solo ha valorado si hay una vulneración del “principio de igualdad”¹⁵⁹ entre los grupos de acusados que se habían establecido.

Por tanto, el TS deja abierta la posibilidad de haber argumentado una no aplicación de atenuante alguna a aquellos que no devolvieron todo el dinero apropiado o que simplemente lo consignaron judicialmente dado que en ninguno de esos casos se está ateniendo a los fines reparatorios de la víctima en concreto, sino que se acercaría más a un intento por reducir la responsabilidad penal.

¹⁵⁸ Devolver el total “da lugar a la atenuación muy calificada”, pero consignarlo judicialmente “solo justifica la atenuación simple” (SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ DECIMO SEGUNDO).

¹⁵⁹ En el FJ 112 se estima el motivo del recurrente por pertenecer al grupo de los acusados examinado en el FJ 59, de forma que se considera la atenuante como “muy calificada imponiendo la pena inferior en grado” para no tratar de forma desigual a acusados en la misma situación.

6. DELITO CONTINUADO

La pluralidad de acciones no siempre se traduce en una pluralidad de infracciones¹⁶⁰, sino en un único delito por razones de justicia material o político criminal, convirtiéndose así en una “excepción a la aplicación del concurso real de delitos homogéneos”¹⁶¹. De acuerdo con el artículo 74 del Código penal, el delito continuado consiste en la realización de una serie de hechos (acciones u omisiones), que infringen preceptos iguales o de naturaleza semejante “de acuerdo con el bien jurídico protegido” (requisito normativo)¹⁶².

6.1 Requisitos legales del delito continuado

Fue introducido en la legislación española por la LO 8/1983, de 25 de junio, en el artículo 69 bis del antiguo código. El actual Código penal de 1995 recogió esa figura en su artículo 74 con la posibilidad de acrecentar la pena a decisión del juez, una pena aplicable aumentada de nuevo con la reforma de LO 15/2003¹⁶³.

Además del requisito normativo, el artículo 74 del Código Penal incluye otros requisitos: objetivo, subjetivo y negativo. El primero es la “pluralidad de acciones y omisiones” y, el segundo, “la ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión”¹⁶⁴. También tiene que haber una “cierta conexión temporal”, es decir, que no haya un tiempo excesivo entre las acciones, e identificarse al sujeto o sujetos activos¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Roldán Barbero, H., y Padilla Alba, H.R., *Manual de Derecho Penal. Parte general (3ª Edición)*, Comares, Granada, 2018, p. 468 y s. Para estos autores se trata de una ficción jurídica, a diferencia de la actual doctrina jurisprudencial.

¹⁶¹ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 6ª. Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.501. En el mismo sentido, consideran otros autores a esta figura como una “modalidad especial” del concurso real de delitos (Marín de Espinosa Ceballos, E., en Marín de Espinosa Ceballos, E., *et al., Lecciones de Derecho Penal. Parte General (3ª Edición)*, cit., p.223).

¹⁶² Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.309.

¹⁶³ Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 6ª. Edición*, cit., p.501. Con anterioridad a 1983, la jurisprudencia lo había aplicado sin cobertura legal vulnerando el principio de legalidad penal.

¹⁶⁴ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, Tecnos, cit., p.530.

¹⁶⁵ Marín de Espinosa Ceballos, E., en Marín de Espinosa Ceballos, E., *et al., Lecciones de Derecho Penal. Parte General (3ª Edición)*, cit., p.224.

6.2 Las reglas de determinación de la pena y el problema del *bis in idem*

Las reglas de determinación de la pena, incluidas en el artículo 74 CP, pueden resultar controvertidas en su interpretación. En el apartado 1 respecto a la “pena señalada para la infracción más grave”, no queda claro a qué se refiere el legislador. La jurisprudencia ha optado por considerar primero los grados de desarrollo y participación para determinar cuál es el tipo con la pena más grave, y después valorar una posible modificación de responsabilidad debido a otras circunstancias extraordinarias¹⁶⁶.

Por otro lado, el apartado 2 del art.74 CP especifica el tratamiento de las “infracciones contra el patrimonio”, aludiendo al “delito masa” (inciso 2º)¹⁶⁷. Para este supuesto, se tendrá en cuenta el “perjuicio total causado” (inciso 1º) e incluso se pondrá aplicar la pena superior en uno o dos grados si justificadamente “el hecho revistiere notoria gravedad” y diera lugar a un gran número de perjudicados (inciso 2º).

Además, la relación entre estos dos apartados del 74 CP es complicada en determinados casos. Por ejemplo, si ya se ha producido una cualificación de la conducta por el perjuicio total causado (apartado 2), aplicar también la agravación del apartado 1 podría vulnerar el principio del *non bis in idem*¹⁶⁸. A este respecto, OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ presentan tres posibles interpretaciones de la polémica compatibilidad entre el 74.1 (“pena en su mitas superior”) y el inciso 1º del 74.2 CP (“en atención al perjuicio total causado”): complementariedad, incompatibilidad y una mezcla de ambas según el caso.

1. *Complementariedad*. Una parte de la doctrina opina que ambos preceptos son complementarios porque uno se refiere a la “determinación de la pena” (74.1) y el otro a la “calificación jurídica” (74.2), siendo ámbitos distintos.

2. *Incompatibilidad*. Otro sector doctrinal parte de la premisa común a toda la doctrina sobre el 74.2: que en los delitos patrimoniales será el utilizado para determinar “el tipo

¹⁶⁶ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.531.

¹⁶⁷ Zárate Conde, A., González Campo, E., *Derecho Penal. Parte General*, La Ley (Grupo “Wolters Kluwer”), Madrid, 2015, p.386.

¹⁶⁸ Landecho Velasco, C.M., Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, cit., p.532.

apreciable de la infracción patrimonial continuada”, presupuesto éste que supone la inaplicación del 74.1.

3. *Posición intermedia.* OBREGÓN GARÍA y GOMÉZ LANZ no niegan por completo la incompatibilidad sino que permiten que haya una “aplicación sucesiva” siempre que no se vulnere el “*non bis in ídem*”.

A pesar de que la jurisprudencia venía acudiendo a la incompatibilidad, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 30 de octubre de 2007 parece apoyar la posición intermedia, aunque no con demasiada claridad¹⁶⁹.

6.3 El delito continuado en el caso

6.3.1 Consideraciones de la SAN17

Las defensas sostienen que el delito continuado “no existe como tal”; sin embargo, la jurisprudencia (ya desde los 80) ha considerado esta figura como un “ente ontológicamente y esencialmente real” y no una ficción o simple herramienta de política criminal para aumentar la pena (STS 705/2006)¹⁷⁰.

Al ser la apropiación indebida un delito patrimonial, la pena debe determinarse en función del perjuicio total causado y no “en atención a la infracción más grave, como dispone la regla del artículo 74.1 CP, sino al perjuicio total causado” (74.2 CP). La primera regla queda sin efecto cuando es contrario a la “prohibición de doble valoración”¹⁷¹. La SAN17 afirma que el delito continuado se seguirá castigando con la mitad superior, pero en

¹⁶⁹ Obregón García, A., Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, cit., p.310.

¹⁷⁰ STS 705/2006, de 28 junio (RJ 2006\9329), con referencia la STS de 26 de octubre 1983 (RJ 1983\4803), en FJ UNDÉCIMO.

¹⁷¹ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ PRIMERO, siguiendo las conclusiones del “Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007”. La “prohibición de doble valoración” (asociado a veces con el “*non bis in ídem*”) a la que alude es evitar agravar más de una vez el mismo hecho valorando la “misma circunstancia de agravación” (STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 16).

atención a distinto criterio, el del 74.2 CP, aunque se descarta la aplicación del “delito masa” porque las apropiaciones independientes no exceden de 50.000 euros¹⁷².

Otro argumento de las defensas fue la prescripción de los hechos¹⁷³. No obstante, la AN aclaró que el “criterio de la especial gravedad” ya estaba regulado en el precepto anterior (250.1.6º) a la LO 5/2010¹⁷⁴, que introdujo la cuantía de los 50.000 euros en el 250.5ª CP.

6.3.2 Consideraciones de la STS18

Las defensas de los recurrentes invocaron los siguientes argumentos en contra de la sentencia del tribunal de instancia:

- La negación de la modalidad de delito continuado¹⁷⁵.
- La prescripción de algunos de los hechos, apoyándose en la presunta doble valoración anterior y en la irretroactividad de la doctrina de la Sala Penal del Supremo del 2007¹⁷⁶.
- La cualificación bajo la circunstancia 5ª del 250.1 CP, cuando ninguna de las apropiaciones independiente superaba los 50.000 euros.
- La infracción del principio “*non bis in ídem*” por haber aplicado conjuntamente la cualificación del 250.1.5ª CP y la agravación del 74.2 CP aplicando la pena en su mitad superior¹⁷⁷.

Pero el TS ha desestimado todos estos motivos anteriores. Además de existir la figura del delito continuado (al cumplirse los requisitos), también existe la modalidad cualificada de

¹⁷² STS 413/2015, de 30 de junio (RJ 2015\4592), en FJ VIGESIMO, define el delito masa como “modalidad agravada del delito continuado”.

¹⁷³ SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101), en FJ PRIMERO. Pero la prescripción se determinará por la pena que se imponga finalmente en la resolución judicial, y no por lo que afirmen las acusaciones (Tribunal Supremo en Pleno de la Sala de lo Penal de 26 de octubre de 2010 (PROV 2010, 394748).

¹⁷⁴ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE a 23 de junio de 2010). La “especial gravedad” antes de la reforma estaba en al superación del límite de 36.000 euros (250.1.6º), a pesar de que varias estafas no sean graves de forma aislada, lo será el conjunto de ellas en atención al valor total defraudado (FJ PRIMERO en STS 123/2006, de 9 de febrero (RJ 2006\3022)).

¹⁷⁵ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 16.

¹⁷⁶ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 82. Para muchas de las defensas, las actuaciones habrían prescrito antes de iniciar el procedimiento contra sus representados dada la legislación y la jurisprudencia que existía en el momento de producirse las apropiaciones antes del cambio jurisprudencial de 2007.

¹⁷⁷ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 16.

apropiación (al tener en cuenta el perjuicio total)¹⁷⁸. Los hechos ejecutorios del plan propuesto a los acusados eran suficientes para integrar sus conductas en un mismo delito continuado, sin que fuera ni siquiera necesario que se hubiera dado el acuerdo con los considerados como autores, ni tampoco que la participación se hubiera dado desde el preciso inicio del sistema¹⁷⁹.

Ahora bien, lo controvertido es: ¿se ha vulnerado el *bis in idem* al agravar la pena una segunda vez por delito continuado a la modalidad cualificada de apropiación? Como el TS apoya la calificación de los hechos como constitutivos de delito continuado, permite que los jueces apliquen la pena que consideren razonable “dentro la extensión total de la misma”¹⁸⁰. Desestima, por tanto, los motivos de vulneración del *bis in idem* y de doble valoración invocados por las defensas.

Aunque el TS no cree que se hayan violado esos principios por haber tenido en cuenta “la cuantía del total de la defraudación” matiza el riesgo de su vulneración en el FJ 83. Así, para que sean compatibles la aplicación conjunta de la cualificación “de especial gravedad” (74.2 y 250 CP) de la apropiación indebida y la “agravación de la pena” del delito continuado (74.1 CP) deben darse dos condiciones:

1. Pluralidad de acciones de un “mismo designio criminal y que atenten al mismo bien jurídico”. Entonces, se estará ante la figura de delito continuado y se sancionará de acuerdo con el “perjuicio total causado”.

2. A mayores, al menos alguna de las “apropiaciones o estafas aisladamente consideradas” tenga una entidad que justifique la agravación¹⁸¹.

¹⁷⁸ Además, el motivo de la prescripción también es desestimado en el FJ 82 dado que no habrían transcurrido los 10 años de prescripción por el 131 CP entre la última apropiación que forma parte del delito continuado hasta que la causa se inició.

¹⁷⁹ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJs 42 y 48. En este sentido, el FJ 192 de la misma STS18 subsume todas las conductas en un “mismo delito continuado” sin perjuicio de la distinta responsabilidad de cada uno de los acusados.

¹⁸⁰ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 16. Esto es lo parece haber dictado la Audiencia justificadamente con independencia de las diferencias de calificación respecto a la atenuante de reparación con el Supremo.

¹⁸¹ En este sentido, STS 1325/2003, de 13 de octubre (RJ 2003\9564), en FJ TERCERO y STS 527/2010, de 4 de junio (RJ 2010\2689), en FJ PRIMERO.

Como ninguna de esas infracciones independientes superaba los 50.000 si atendemos a los hechos probados¹⁸², “no sería obligatorio imponer la pena en la mitad superior”¹⁸³. En este sentido, lo que está justificando el TS es la inaplicación del 74.1 CP para los acusados que se apropiaron de cantidades menores¹⁸⁴. No obstante, el juez puede imponer justificadamente la pena que considere conveniente dentro de la extensión¹⁸⁵.

Por eso, el FJ 138 diferencia la figura del delito continuado entre los presidentes (autores en sentido estricto) y los cooperadores necesarios. A éstos últimos se les condena por “cada uno de los actos de apropiación realizados al utilizar la tarjeta”, las cuales no superaron individualmente el límite. Mientras que al presidente se le incluyen tanto las disposiciones que él hizo como las que llevaron a cabo todos a los “que entregó o mantuvo la tarjeta”. Como es el perjuicio total causado de las apropiaciones cometidas el que determinará si acudir al 249 CP o al 250.1 CP (modalidad cualificada) a efectos de determinar la pena¹⁸⁶, esta apreciación tiene una importante repercusión.

6.3.3 Extensión de la pena

De acuerdo con el artículo 253 CP, las penas aplicables son las contenidas en el art.249 (“prisión de 6 meses a 3 años”) o, en su caso, en el art. 250 (“prisión de 1 a 6 años, multa de 6 a 12 meses”) si concurriese la circunstancia 5ª. de este último. Además, habrá de tenerse en cuenta las reglas sobre el delito continuado (74 CP) y sobre la aplicación de la pena en caso de concurrir circunstancias atenuantes (reglas 1ª. y 2ª. art. 66.1 CP)¹⁸⁷.

Es comprensible por el grado de participación analizado que las mayores penas correspondan a los dos presidentes ejecutivos (autores en sentido estricto); sin apreciar atenuante alguna, se les condenan a 6 años de prisión y multa de 12 meses y a 4 años de

¹⁸² Anexo I: Hechos. Muchas de las cantidades totales apropiadas no superan los 50.000 euros, de forma que tampoco las apropiaciones individuales podían superar esa cifra. Además, las tarjetas tenían un límite mensual de entre 25.000 y 50.000 euros.

¹⁸³ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 86.

¹⁸⁴ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 115. Pero, eso no impide que se haya tenido en cuenta el total apropiado para determinar la pena, es decir, se considere que exista la figura de continuidad delictiva.

¹⁸⁵ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 93.

¹⁸⁶ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 209.

¹⁸⁷ Anexo II: Artículos del Código Penal.

prisión y multa de 10 meses. La menor extensión del segundo presidente se debe al tiempo significativamente menor durante el cual se cometieron los actos ilícitos: mientras que éste solo estuvo 9 meses al frente de las apropiaciones, el primero había formando parte del plan defraudatorio durante 7 años (en vista de los cargos probados con las tarjetas¹⁸⁸). Por otro lado, el fallo de la STS18 destacó por la reducción de muchas de las penas impuestas por la AN debido a la apreciación de la atenuante como muy cualificada a todos aquellos que habían reparado efectivamente el daño o disminuido considerablemente sus efectos.

En conclusión, el TS considera los hechos como un delito continuado de apropiación indebida en su forma cualificada (74.2 CP) y castigada con la pena del 250.1.5° CP en atención al perjuicio total causado. Pero rechaza la agravación del 74.1 CP para aquellos que se apropiaron de menos de 50.000 euros, ya que eso supondría agravar dos veces la conducta por el mismo elemento. En efecto, uno los recurrentes alegó la no obligatoriedad de “imponer la pena en su mitad superior” en los casos en los que las apropiaciones aisladas no superasen ese límite; un motivo estimado por el TS, que calificó de “errónea” las penas impuestas por la AN al recurrente y al resto de acusados “en la misma situación”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Anexo I: Hechos.

¹⁸⁹ STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189), en FJ 93. Si bien, solo era errónea por un día de prisión y un día de multa teniendo en cuenta el máximo imponible.

7. CONCLUSIONES

7.1 Distinción entre administración desleal y apropiación indebida

Es evidente la difícil delimitación entre las conductas típicas definidas en los artículos 252 y 253 CP sobre los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, respectivamente. Tanto la doctrina como la más reciente jurisprudencia se han apoyado en el carácter definitivo de la apropiación y en el carácter intensivo de la administración para diferenciar ambas figuras. Por un lado, la administración desleal solo se puede referir a meros abusos dentro de las facultades encomendadas y no podrá apreciarse si existe finalidad apropiatoria. Por otro lado, en el caso de darse dicha finalidad, la disposición del objeto (dinero en este caso) ha de ser definitiva para apreciar el delito de apropiación.

En este sentido, el Tribunal Supremo rechaza la apreciación de un delito de administración desleal en base a esas dos razones. Efectivamente los actos apropiatorios de los consejeros estaban fuera de sus facultades atribuidas, incumpliendo así con el necesario carácter intensivo y, además, existía la voluntad apropiatoria sobre el dinero. Si bien los directivos carecían de las facultades de administración, se les condena por el mismo delito al haber aceptado el plan de defraudación.

Aunque quienes administraban el dinero de Caja Madrid y Bankia estaban en disposición del mismo, no eran en ningún caso propietarios a menos que formara parte de sus retribuciones. Pero esos gastos de las tarjetas en ningún momento fueron aprobados por la asamblea del consejo para que pudieran formar parte de su salario. Esto significa que los condenados se estaban apropiando de un dinero que no les pertenecía a ellos sino a la entidad.

7.2 Error

El artículo 14 del Código Penal regula el error distinguiendo entre dos clases principales: error de tipo y error de prohibición. Ha sido muy discutida doctrinalmente la diferenciación entre esas dos clases de error. Al mismo tiempo, puede discernirse entre

error invencible, que excluye la responsabilidad penal, y el vencible, que solamente la atenúa.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo desestimaron cualquier tipo de error. Todos los condenados podían haber sospechado sobre la antijuridicidad del sistema cuando eran informados de él, dada la opacidad y la falta de control y justificación de los gastos. Hasta un hombre medio podría entender la ilicitud de los hechos; más reprochable es para los condenados, quienes destacaban por su amplia trayectoria profesional en el sector empresarial y financiero.

7.3 Autoría y cooperación necesaria

Ambas sentencias consideran autores a los dos presidentes ejecutivos de las entidades. El resto de usuarios de las tarjetas son considerados, sin excepción, como cooperadores necesarios por el TS; lo que conllevó la inaplicación de la condena como cómplice de la AN al director general.

A pesar de reconocer que la conducta de los cooperadores necesarios era propia de un coautor, el TS se apoya en la especialidad del delito para evitar calificarlos como tal. Solo los presidentes ejecutivos fueron los que recibieron el dinero, entonces eran los únicos que podían ser autores en sentido estricto al cumplir con el requisito descrito en el tipo penal de la apropiación indebida.

Podría decirse que el tema más controvertido de estos pronunciamientos judiciales es esa diferenciación entre autoría y cooperación necesaria en un delito especial. De hecho, es fundamental a efectos de determinación de la pena porque la reprochabilidad al cooperador necesario es menor que la del autor. En este sentido, como las penas están formadas por intervalos, será ese distinto grado de responsabilidad el que justificará mayor o menor pena concreta.

Lo cierto es que, si bien se puede aceptar que el resto de usuarios no pudieran ser autores en sentido estricto porque no habían recibido el dinero apropiado para su administración,

es más difícil entender la inaplicación del artículo 65.3 CP. A pesar de ser una atenuación facultativa, la jurisprudencia mayoritaria la ha apreciado debido a la menor potencialidad lesiva que tienen los partícipes “*extraneus*”; en este caso, los cooperadores necesarios.

7.4 Atenuante muy cualificada

La legislación penal y la doctrina no concretan los requisitos necesarios para apreciar como muy cualificada a la atenuante de reparación, a pesar de su importancia en la determinación de la pena al exigir una rebaja obligatoria en uno o dos grados. Ha sido la jurisprudencia la encargada de valorar la necesidad de una mayor intensidad de los efectos reparatorios que la atenuante simple.

La jurisprudencia ha destacado la necesidad de una justificación objetiva para apreciar esta atenuante. Aunque la Fiscalía no admite la consignación en el juzgado del dinero apropiado, la doctrina sí ha admitido la similitud de los efectos reparatorios del daño; a pesar de que el dinero solo llegará al perjudicado si la sentencia es condenatoria. Es por ello que la apreciación definitiva dependerá también de otras circunstancias como la situación económica del sujeto que repara o la cantidad efectivamente consignada. Así, por ejemplo, si la reparación fuera solo parcial, ésta habrá de ser suficientemente significativa y relevante en relación con el daño causado y con la capacidad de reparación del sujeto.

Para no vulnerar el principio de igualdad, el TS tuvo que extender la atenuante muy cualificada a aquellos casos en los que se había consignado la totalidad o casi la misma antes de la celebración del juicio oral, aunque con limitaciones, ya que rechazó tal apreciación a algunos de los miembros del Consejo de Administración por la especial relevancia de su aportación. Además, el TS deja abierta la posibilidad de no haber aplicado atenuante alguna a quienes no devolvieron todo el dinero apropiado o simplemente lo consignaron judicialmente dado que en ninguno de esos casos se estaría ateniendo a los fines reparatorios de forma eficiente, sino que sería más una conducta en vistas a reducir la responsabilidad penal.

7.5 Cualificación y agravación del delito continuado

El delito continuado es una figura regulada en el artículo 74 CP, siendo complicado en determinados casos la aplicación conjunta de su primer y segundo apartado en los delitos patrimoniales. Si se da una cualificación agravada de la conducta típica por haber atenido al perjuicio total causado (74.2), puede que agravar aplicando la pena en su mitad superior (74.1) vulnera el principio penal *non bis in ídem*.

De lo que no cabe duda es que se cumplen los requisitos para apreciar la figura del delito continuado y que el presente caso está dentro de la modalidad cualificada de apropiación, dado que el perjuicio total causado supera con creces el límite de los 50.000 euros (250.1.5ª CP), siendo un importe millonario. La cuestión controvertida es la valoración del problema del *bis in ídem*. Pero precisamente esa calificación de los hechos como delito continuado es la razón que faculta a los jueces para aplicar justificadamente la pena que consideren conveniente dentro de la extensión total de la misma.

Para no tener riesgo de vulneración del principio *non bis in ídem*, deberá estarse ante la modalidad de delito continuado y, además, alguna de las apropiaciones independientemente consideradas tendrán que ser lo suficientemente relevantes para justificar la agravación. En el caso de las tarjetas, al no superar ninguna de esas infracciones aisladas el límite de los 50.000 euros, no sería obligatorio imponer la pena en la mitad superior del 74.1 CP.

Pero eso no impide al tribunal imponer la pena más adecuada en atención a la gravedad de la conducta. Por esa razón, el Tribunal Supremo ha diferenciado el caso de los presidentes ejecutivos, a los cuales juzga en atención al perjuicio total causado y no solo por sus apropiaciones individuales; mientras que defiende no imponer la mitad superior a aquellos que se apropiaron de una cantidad menor al mencionado límite del 250 CP.

8. BIBLIOGRAFÍA

Carreño, B., *Los consejeros de Caja Madrid tenían tarjetas de crédito en 'negro' de hasta 50.000 euros al año*, ElDiario.es, 2013.

Carreño, B., *Cómo salió a la luz el caso de las tarjetas Black*, ElDiario.es, 2017.

Cuello Fronteras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General (3ª Edición)*, Tecnos, Madrid, 2015.

Fosse, S., *Tarjetas black: dos enfoques*, Cinco Días, 2017.

González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. et al., *Derecho Penal Parte Especial 4ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

García Valdés, C., Maestre Delgado, E., y Figueroa Navarro, C., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Edisofer S.L., Madrid, 2015.

Lamarca Pérez, C., Alonso de Escamilla, A., Maestre Delgado, E. y Rodríguez Núñez, A., *Delitos. La parte especial del Derecho penal 3ª Edición*, Dykinson S.L., Madrid, 2018.

Landecho Velasco, C.M. y Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General (Novena Edición)*, Tecnos, Madrid, 2015.

Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte especial 21ª Edición*, Dykinson S.L., Madrid, 2018.

Marín de Espinosa Ceballos, E., Ramos Tapia, M.I., Esquinas Valverde, P. y Valverde Cano, A.B.; con la colaboración de Zugaldía Espinar, J.M. (director) y Moreno-Torres Herrera, R.M. (coordinadora), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (3ª Edición)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

Marín de Espinosa Ceballos, E., Ramos Tapia, M.I. y Esquinas Valverde, P., con la colaboración de Zugaldía Espinar, J.M. (director) y Moreno-Torres Herrera, R.M. (coordinadora), *Lecciones de Derecho Penal (Parte General) 2ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal Parte General 8ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Obregón García, A., "Comentario al artículo 21 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, dirigidos por Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999.

Obregón García, A., y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito (2ª Edición)*, Tecnos, Madrid, 2015.

Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 6ª. Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General 7ª. Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson S.L., Madrid, 2016.

Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo II 2ª Edición*, Tecnos, Madrid, 2016.

Quintás Seoane, J.R., *Cajas de Ahorros españolas: Crónica de una muerte súbita*, en “Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras”, tomo XXXIX (Curso de 2016- 2017), 2018.

Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal (5ª Edición) Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

Roldán Barbero, H., y Padilla Alba, H.R., *Manual de Derecho Penal. Parte general (3ª Edición)*, Comares, Granada, 2018.

Rueda Martín, M.A., *El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español*, InDret 3/2018 Revista para el Análisis del Derecho, 2018.

Zárate Conde, A. y González Campo, E., *Derecho Penal. Parte General*, La Ley (Grupo “Wolters Kluwer”), Madrid, 2015.

Legislación

Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (BOE 9 de agosto de 1985).

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE a 27 de diciembre de 1989).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE a de 24 de noviembre de 1995).

LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE a 26 de noviembre de 2003).

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE a 23 de junio de 2010).

Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE a 3 de julio de 2010).

Reglamento del Consejo de Administración de Bankia, S.A. En <https://www.bankia.com/es/accionistas-e-inversores/gobierno-corporativo-politica-remuneraciones/reglamento-del-consejo-de-administracion/> (acceso a 14 de marzo de 2019).

Jurisprudencia

STS 1411/1983, de 26 de octubre 1983 (RJ 1983\4803)

STS 1141/1997, de 14 de noviembre (RJ 1997\7860)

STS 280/1998, de 20 de febrero (RJ 1998\1742)

STS 224/1998, de 26 febrero (RJ 1998\1196)

STS 1042/2000, de 14 de junio (RJ 2000\4737)

STS 367/2001, de 22 de marzo (RJ 2001\1357)

STS 1990/2001, de 24 de octubre (RJ 2001\10318)

STS 867/2002, de 29 de julio (RJ 2002\6357)

STS 302/2003, 27 de febrero (RJ 2003\2520)

STS 1325/2003, de 13 de octubre (RJ 2003\9564)

STS 202/2004, de 20 de febrero (RJ 2004\1938)

STS 865/2005, de 24 de junio (RJ 2005\6896)

STS 915/2005, de 11 de julio (RJ 2005\5418)

STS 123/2006, de 9 de febrero (RJ 2006\3022)

STS 411/2006, de 18 de abril (RJ 2006\3312)

STS 627/2006, de 8 de junio (RJ 2006\6295)

STS 705/2006, de 28 junio (RJ 2006\9329)

STS 2/2007, de 16 de enero (RJ 2007\252)

STS 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007\1782)

STS 661/2007, de 13 de julio (RJ 2008\63)

STS 1112/2007, de 27 de diciembre (RJ 2007\9067)

STS 782/2008, de 20 noviembre (RJ 2008\7133)
STS 336/2009 de 2 de abril (RJ 2009\4151)
STS 1050/2009, de 23 de octubre (RJ 2009\7800)
STS 1238/2009 de 11 diciembre (RJ 2010\2045)
STS 518/2010, de 17 de mayo (RJ 2010\5810)
STS 527/2010, de 4 de junio (RJ 2010\2689)
Tribunal Supremo en Pleno de la Sala de lo Penal de 26 de octubre de 2010 (PROV 2010,
394748)
STS 778/2010, de 1 de diciembre (RJ 2011\602)
STS 1156/2010, de 28 de diciembre (RJ 2011, 1434)
STS 35/2011, de 2 de febrero (RJ 2011\470).
STS 678/2012, de 18 de septiembre (RJ 2012\9070)
STS 987/2012, de 3 de diciembre (RJ 2013\943)
STS 228/2013, de 22 de marzo (RJ 2013\8314)
STS 353/2013, de 19 de abril (RJ 2013\3972)
STS 392/2013, de 16 de mayo (RJ 2013\5211)
STS 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013\6428)
STS 765/2013, de 22 de octubre (RJ 2013\7117)
STS 841/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014\3061)
STS 370/2014, de 9 de mayo (RJ 2014\2803)
STS 389/2014, de 12 de mayo (RJ 2014\2807)
STS 554/2014, de 16 de junio (RJ 2014\4232)
STS 494/2014, de 18 de junio (RJ 2014\4377)
STS 816/2014, de 24 de noviembre (RJ 2014\6004)
STS 898/2014, de 22 de diciembre (RJ 2014\6824)
STS 905/2014, de 29 de diciembre (RJ 2014\6716)
STS 413/2015, de 30 de junio (RJ 2015\4592)
STS 670/2015, de 30 de octubre (RJ 2015\5191)
STS 163/2016 de 2 de marzo (RJ 2016\788)
STS 216/2016, de 15 de marzo (RJ 2016\975)
STS 414/2016, de 17 de mayo (RJ 2016\2252)
STS 489/2016, de 7 de junio (RJ 2016\2336)

STS 679/2016, de 26 de julio (RJ 2016\3923)
STS 782/2016, de 19 de octubre (RJ 2016\4935)
STS 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016\4411)
STS 31/2017, de 26 de enero (RJ 2017\349)
STS 94/2017, de 16 de febrero (RJ 2017\1065)
SAN 4/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\101)
STS 406/2017, de 5 de junio (RJ 2017\2794)
STS 4/2018, de 10 de enero (RJ 2018\10)
STS 438/2018, de 3 de octubre (RJ 2018\4189)
STS 640/2018, de 12 de diciembre (RJ 2018\5741)

9. ANEXOS

Anexo I: Hechos

«**PRIMERO.**- En la reunión de la Comisión Ejecutiva de Caja Madrid de 23 de mayo de 1988, bajo la presidencia ejecutiva entre abril de 1988 y 10 de septiembre de 1995 de Don Jaime Terceiro Lomba, en el apartado 9-Ruegos, preguntas y proposiciones, y, con el encabezamiento de Retribuciones por asistencia a reuniones, el presidente manifestó que era preciso dignificar las retribuciones por asistencia a reuniones, problema que no se resolvía, según recoge el acta de dicha reunión, elevando las dietas hasta el límite establecido por el Banco de España, por lo que presentaría al Consejo de Administración la oportuna propuesta.

En la sesión del Consejo de Administración de Caja Madrid, de 24 de mayo de 1988, bajo la presidencia del Sr. Terceiro, dentro del apartado 6- Ruegos, preguntas y proposiciones, en el subapartado 1-dietas por asistencia a reuniones, dicho órgano de gobierno de la entidad, acordó por unanimidad, delegar en el Presidente para que, de conformidad con la propuesta realizada por él mismo sobre sistemas de compensación de gastos a Vocales del Consejo de Administración y miembros de la Comisión de Control, resolviera tanto sobre el sistema como sobre la cuantía máxima.

La preocupación del presidente versaba y así lo expuso en dicha reunión, sobre lo inadecuado del importe de las dietas establecidas, única retribución que podían percibir los miembros de sendos órganos de gobierno de la entidad, sometida, en todo caso, a su aprobación por la Asamblea General conforme la legislación vigente, precisando, según el acta extendida de dicha reunión, la dignificación de la función de consejero, también en materia de compensación de los esfuerzos y dedicación a la entidad, cubriendo al menos los costes en que se incurriera por el ejercicio de la función. A tal efecto barajó una doble vía: la de instar al Banco de España para que modificase los topes máximos (del importe de la dieta) o buscando un sistema que compensase los gastos en que se pudiera incurrir por ejercicio de la función, estableciéndose incluso una cifra mensual máxima para estos gastos. En la sesión de la Comisión Ejecutiva de Caja Madrid de 14 de noviembre de 1988,

en el apartado 6-Ruegos, preguntas y proposiciones, con el encabezamiento de compensación de gastos por el ejercicio de la función de Consejero, el Sr. Terceiro puso de manifiesto que sería preciso reflexionar sobre el reajuste de la compensación de gastos por el ejercicio de la función de Consejeros y el sistema aplicado hasta la fecha. Ello conllevó que a los vocales del Consejo de Administración y de la Comisión de Control una vez tomaban posesión del cargo, se les facilitaba una tarjeta de empresa VISA titularidad de Caja Madrid y a nombre de los usuarios, que habilitaba a disponer contra la misma dentro de un límite dinerario sin tener que justificar el gasto, con lo que por esa vía se acrecentaba al importe por concepto de dieta, única percepción de libre disposición legal y estatutariamente prevista para los órganos de gobierno, cuyo importe tenía que ser aprobado por la Asamblea General.

SEGUNDO.- En la reunión del Consejo de Administración de 30 de octubre de 1995, debido a la incorporación de nuevos consejeros de forma amplia, informó el Sr Terceiro Lomba, en cuanto a reintegros diversos de la función de Consejero, que tales se concretaban en:

Dietas por asistencia a reuniones.

Tarjeta VISA de empresa a los miembros del Consejo y de la Comisión de Control exclusivamente, para gastos de representación, refiriéndose a aquellas tarjetas.

Pólizas colectivas de seguros: sanitaria, de responsabilidad civil y de vida.

Línea especial de préstamos para adquisición de viviendas y para atenciones diversas.

Dietas por asistencia a reuniones de los Consejos de Administración de las sociedades del grupo.

Entre los miembros del Consejo de Administración que formaban parte de dicho órgano y estuvieron en la reunión en dicha fecha de 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.

En la reunión de la Comisión Ejecutiva de Caja Madrid de 8 de enero de 1996, el presidente Don Jaime Terceiro Lomba, recordó, que por asistencia a las reuniones de la

Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Control, estaba establecida una dieta de 60.000 pesetas por reunión, y, que a los Sres. Consejeros se les facilitaba una tarjeta de crédito, que podían utilizar para gastos de representación en el desempeño de su función, tratándose de la tarjeta aludida en aquella reunión del Consejo de Administración de 30 de octubre de 1995.

A dicha reunión asistieron los acusados Miguel Blesa de la Parra, Ramón Espinar Gallego, José Antonio Moral Santín, Francisco Moure Bodrio y Antonio Romero Lázaro.

TERCERO.- El acusado Miguel Blesa de la Parra accedió a la presidencia ejecutiva de Caja Madrid el 11 de septiembre de 1996, donde se mantuvo hasta el 28 de enero de 2010.

Dicho acusado, una vez al frente de la entidad, por su condición de presidente ejecutivo, recibió dos tarjetas de crédito, una de empresa para gastos de representación, y otra también corporativa que se atribuyó a sí mismo al margen de sus retribuciones convenidas contractualmente, para dedicarla a atenciones netamente personales, en detrimento, con el uso que le dio, del caudal de Caja Madrid.

Asimismo, propició que a los miembros del Consejo de Administración y a los integrantes de la Comisión de Control, acto seguido de tomar posesión de sus cargos en uno u otro órgano, se les facilitase una tarjeta Visa de empresa contra la que disponer sin justificación del gasto, viabilizando así una percepción dineraria que acrecentaba a la dieta, no obstante constarle que la única autorizada contra el patrimonio de Caja Madrid lo constituía ésta última.

La dieta, como remuneración prevista legal y estatutariamente para los miembros de sendos órganos de gobierno, consistía en una suma fija por asistencia a las reuniones de sendos órganos de gobierno y, su importe, en función del número de aquellas, estando sometida su cuantía a la aprobación por la Asamblea General, el tercer órgano de gobierno de Caja Madrid.

De los cargos resultantes de las disposiciones contra dicha tarjeta de crédito corporativa, al ser titularidad de Caja Madrid, se hacía cargo la entidad, contra el saldo de un límite máximo anual y tope operativo mensual que les eran ambos indicados a los acusados, bien al tiempo de la entrega o cuando se produjeran las variaciones cuantitativas marcadas por el presidente Sr. Blesa de la Parra, no siendo coincidente en todos los casos el importe cuantitativo asignado.

Asimismo, se les facilitaba el código PIN de la tarjeta, para extraer dinero en cajeros hasta un montante mensual determinado según la decisión del Sr. Blesa de la Parra. Entre los acusados que podían activar dicho código, lo que les permitió sacar efectivo de los cajeros, se encuentran, de entre los integrantes del Consejo de Administración y de la Comisión de Control, Francisco Baquero Noriega, Ignacio de Navasques Covían, Ramón Espinar Gallego, Pedro Badía Pérez y Miguel Ángel Abejón Resa.

Si bien cuando se cesaba en alguno de los dos órganos de gobierno de Caja Madrid, se procedía a dar de baja a la tarjeta, en varios casos se mantuvo activa durante varios meses más tarde, siendo empleada por sus usuarios.

En esa situación, figuran los acusados José Acosta Cubero, José Maria Arteta Vico, Alejandro Couceiro Ojeda, Ricardo Romero de Tejada, Ramón Espinar, Ángel Eugenio Gómez del Pulgar y Perales, Francisco Moure Bourio, Antonio Romero Lázaro, Rodolfo Benito, Valenciano, Alberto Recarte García Andrade, Gonzalo Martín Pascual, Darío Fernández Yruegas Moro, Francisco José Pérez Fernández y Rafael Eduardo Torres Posada.

Como representantes del Gobierno de la Comunidad de Madrid, a los que también se les favorecía con la misma tarjeta, asistían con voz pero sin voto a las reuniones de la Comisión de Control, los acusados José María Buenaventura Zabala, Cándido Cerón Escudero y Manuel José Rodríguez González, empleándola, una vez cesó la asistencia a la Comisión de Control, los acusados José María Buenaventura Zabala y Manuel José Rodríguez González.

Como quiera que la tarjeta era corporativa y por ende titularidad de Caja Madrid, los gastos derivados del uso se cargaban contra una cuenta de la entidad, según se ha dicho, con lo que, los usuarios de dicha tarjeta de empresa al no tener conocimiento del extracto de los cargos derivados de su empleo, por dicha circunstancia, a no ser introducir la tarjeta de crédito en la aplicación del producto personal que mantuvieran con la entidad, llevaban su propia contabilidad manual, a fin de no sobrepasar el límite operativo asignado. Para el caso de no agotarse el límite operativo mensual, el saldo que restase por disponer no acrecentaba para el siguiente mes, solicitándose en ocasiones por algunos acusados, el aumento de la operativa mensual, que se autorizaba, lo que no alteraba el importe anual.

En variados casos, dichas solicitudes de ampliaciones del límite operativo mensual coincidían con periodos de fiestas o vacacionales.

Del mismo, de no agotarse el límite disponible anual, como también aconteció, el sobrante quedaba a favor de Caja Madrid.

El montante dinerario que representaba el uso de la tarjeta de empresa en cuestión, no figuraba en el certificado de haberes (o recibo de haberes y certificados de retención IRPF) que Caja Madrid facilitaba cada año a efectos de la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo que era perceptible por los acusados, a diferencia del importe de las dietas, cuyo montante figuraba en aquel documento, junto a la retención, en el caso de los miembros de los órganos de la entidad y de los que asistían con voz pero sin voto a las reuniones de la Comisión de Control, o, la retribución pactada y el importe de la retención, en el caso de los ejecutivos, siendo coincidentes por ello, dicho certificado de haberes y el borrador de la declaración tributaria que la AEAT remitía cada año a cada acusado como contribuyente a fin de realizar la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Del mismo modo, Miguel Blesa, había acordado la emisión de la tarjeta de empresa con las características ya indicadas a ejecutivos en su mayoría integrantes del comité de dirección, a los que se lo transmitía él mismo, como si formara parte de su retribución derivada de los contratos suscritos por éstos con Caja Madrid, constándole a este acusado que no respondía a dicha circunstancia.

Aconteció que en el año 2003 se creó por primera vez en las Cajas de Ahorros, en el seno del Consejo de Administración, la comisión de retribuciones, poniéndose en marcha en Caja Madrid el siguiente año 2004, siendo su función la de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los cargos del consejo y para el personal directivo.

El acusado Moral Santín, actuó como presidente de tal comisión o como un miembro más, junto a los también acusados Moure Bourio, Jorge Gómez y Romero Lázaro, asistiendo en alguna ocasión a sus reuniones los asimismo acusados Miguel Blesa de la Parra, Matías Amat, Enrique de la Torre e Ildelfonso Sánchez Barcoj, éstos últimos, para informar sobre los importes remuneratorios a los ejecutivos contra la masa salarial global.

En el seno de las mismas, invariablemente, en relación a las remuneraciones de los miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control, el acuerdo que se propondrían por aquel primero a la Asamblea General, el tercero de los tres órganos de gobierno de Caja Madrid y encargado entre otras funciones de aprobar las remuneraciones de los órganos de gobierno, versaba exclusivamente sobre el mantenimiento o la variación del importe de la dieta para los integrantes de tales órganos, con mención expresa en las actas que se extendían de dichas reuniones, del artículo 9 de los estatutos de la entidad relativo a la dieta, y, en relación a los miembros de la Comisión Ejecutiva, se debatía el importe o la actualización de las retribuciones con cargo a la masa salarial global, de la que el importe finalmente aprobado se ingresaba en la cuenta personal, abierta en la entidad a nombre del ejecutivo al que se le hubiera asignado o el importe por dieta a los integrantes de sendos órganos de gobierno, que no, las percepciones dinerarias representadas por el uso de la tarjeta corporativa indicada.

Los acusados integrantes del Consejo de Administración y de la Comisión de Control no obstante la previsión legal y estatutaria sobre la única percepción dineraria contra la entidad que era la dieta, y, los acusados que asistían a las reuniones de éste último órgano que estaban autorizados a percibir exclusivamente por ese mismo concepto (además del importe de la indemnización por desplazamientos), no obstante comprobar que la tarjeta corporativa no respondía a ello, les dieron el uso particular que tuvieron por conveniente

contra el caudal de Caja Madrid, contribuyendo con su proceder a la merma del mismo propiciada por el acusado Miguel Blesa.

De igual modo, los acusados empleados de la entidad, entre cuyas condiciones contractuales les constaba que no se incluía el importe dinerario representado por la tarjeta corporativa, que se le posibilitaba en la forma expuesta, tales circunstancias no les impidió con el uso que le dieron contra el caudal de la entidad, contribuir a su disminución, auspiciada por el acusado Miguel Blesa de la Parra.

CUARTO.- La operativa relacionada con estas tarjetas de empresa se llevaba desde la Dirección General de Medios por su Director General, el acusado Ildefonso Sánchez Barcoj, siguiendo las indicaciones del presidente Sr. Blesa de la Parra y después de Rodrigo Rato, e informando seguidamente aquel otro a empleados de ese departamento, el nombre de los usuarios, las altas y bajas, los límites operativos mensuales y anuales, su variación, la autorización de las ampliaciones de dichos límites y de los que dispondrían de código PIN activado para extraer metálico en cajeros automáticos. Siendo así, el acusado Sánchez Barcoj, el destinatario de lo indicado y de cualquier incidencia que los usuarios le trasladasen relacionada con la tarjeta de empresa en cuestión, posibilitó con la mecánica descrita, contener bajo su control y al margen del conocimiento de terceros distintos de los usuarios de las tarjetas de las que disfrutaban los miembros de los dos órganos de gobierno además de sus presidentes, al igual que en la etapa de Bankia, que se mantuviera el empleo de aquellas, dando de este modo cobertura a la merma del caudal de la entidad por la atención a los intereses lucrativos de sus beneficiarios.

La cuenta contable en la que se asentaban las tarjetas emitidas para el colectivo del Consejo de Administración y de la Comisión de Control era la subcuenta 6.192,02 “Gastos de Órgano de Gobierno Mayo 88” existiendo otra subcuenta, relativa a los gastos de representación de los órganos de gobierno y para el colectivo de Consejeros Ejecutivos y Directivos, la cuenta contable la 6.691,10 “Tratamiento Administrativo circular 50/99”, titulada “Regularización por fraudes, negligencias y deficiencias de los sistemas”, en la que solo terminaron por asentarse de forma global los cargos contra la tarjeta asignada a aquel colectivo.

En la cuenta de liquidación número 2038 0600 91 6000000084, se registraba de forma manual mensualmente por el Departamento de Contabilidad el importe global de las tarjetas de un mismo código PIN.

Caja Madrid, por su parte, en su declaración por impuesto de sociedades, incluía los cargos derivados del uso de estas tarjetas de empresa, como gastos deducibles, sin otro reflejo en las cuentas anuales ni en los informes anuales de gobierno corporativo.

En dos inspecciones de las giradas por la Agencia Tributaria, dicho organismo rechazó la conceptualización de gastos deducibles a varios de los contabilizados como tales en la cuenta Órganos de Gobierno. Mayo 88.

QUINTO.- En la etapa en la que accedió a la presidencia ejecutiva de Caja Madrid el 28 de enero de 2010, el acusado Rodrigo de Rato Figaredo, informado de las tarjetas de empresa en cuestión, mantuvo la misma dinámica en todos los aspectos ya expuestos, atribuyéndose una sin amparo en su paquete retributivo, evidenciado además por las condiciones de uso, lo que no le impidió con el empleo que le dio contra el caudal de la entidad, el detrimento del mismo, junto al que sabía que se originaba con las que seguían operativas de la etapa de su predecesor en el cargo.

Cuando dicho acusado accedió a la presidencia ejecutiva del Consejo de Administración de Bankia el 16 de junio de 2011 donde se mantuvo hasta el 9 de mayo de 2012, contra tarjetas corporativas de dicha entidad y con las mismas características ya indicadas, extendió la práctica a su favor y de los acusados, José Manuel Fernández Norniella, Consejero Ejecutivo de la entidad e Idelfonso José Sánchez Barcoj, Director General Financiero y de Riesgos, ambos provenientes de Caja Madrid, sin cobertura contractual, lo que no impidió que le dieran uso contra el caudal de Bankia contribuyendo con tal proceder a su merma, propiciada por el presidente. Sin embargo, con el importe dinerario que representaban tales 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 o reestructuración.

Ofrecida la tarjeta de esas mismas características al también consejero ejecutivo Don Francisco Servando Verdú Pons, la rechazó por no venir contemplada en su paquete remuneratorio.

Excepcionalmente, algunos gastos efectuados a finales del año 2011 y principios del año 2012, correspondientes a las tarjetas emitidas a favor del Sr. de Rato Figaredo e Ildelfonso Sánchez Barcoj fueron cargados en la cuenta contable 6.124,01 “Gastos Reuniones Trab. Tarjetas empresas”.

Varios acusados efectuaron una o más declaraciones fiscales complementarias, bien por iniciativa propia o por haber sido requeridos por la AEAT, estando actualmente suspendidas las actuaciones seguidas ante dicho organismo por haberse acordado en ese sentido en el presente procedimiento.

SEXTO.- Los importes cargados contra las tarjetas facilitadas a los acusados, coincidente la cantidad con la contabilizada en las cuentas ya citadas, según la información automática facilitada por el sistema de medios, es el que sigue, en el que se incluyen aquellas cantidades consecuencia de fraudes (clonaciones), que figuraban en la facturación atribuidas al usuario de las tarjetas.

COLECTIVO	CAJA MADRID		BANKIA	TOTAL (EUROS)		
	ETAPA BLESAS	ETAPA RATO	ETAPA RATO	ETAPA BLESAS	ETAPA RATO	TOTAL
CONSEJO DE ADM. CAJA MADRID	3.272.367,27	1.232.259,07	2.277,59	3.272.367,27	1.234.536,66	4.506.903,93
COMISIÓN CONTROL CAJA MADRID	1.906.879,04	802.243,12	1.596,32	1.906.879,04	803.839,44	2.710.718,48
CONSEJEROS EJECUTIVOS C. MADRID Y BANKIA	422.987,41	57.918,48	64.537,35	422.987,41	122.455,83	545.443,24
DIRECTIVOS C. MADRID Y BANKIA	3.742.575,21	357.201,57	176.817,22	3.742.575,21	534.018,79	4.276.594,00
TOTAL	9.344.808,93	2.449.622,24	245.228,48	9.344.808,93	2.694.850,72	12.039.659,65

En estos montantes están incluidos los importes que figuran asignados a personas fallecidas, y las que se les ha declarado prescritos los hechos.

Los Presidentes del Consejo de Administración y consejeros ejecutivos de CAJA MADRID facturaron a la entidad las siguientes cantidades con cargo a las tarjetas de las que dispusieron:

NOMBRE	PRIMER CARGO	ÚLTIMO CARGO	TOTAL DISPUESTO (EUROS)
1. Blesa de la Parra, Miguel	01-01-2003	28-01-2010	436.688,42
2. Rato Figaredo, Rodrigo de	31-01-2010	24-11-2010	44.217,47

Los miembros del Consejo de Administración de CAJA MADRID dispusieron con cargo a las tarjetas que les fueron entregadas por orden primero de MIGUEL Blesa y, después, de RODRIGO DE RATO de las siguientes cantidades, que fueron abonadas en una pequeña parte por BANKIA.

NOMBRE	PRIMER CARGO	ULTIMO CARGO	TOTAL DISPUESTO (EUROS)
1. MORAL SANTIN, JOSÉ ANTONIO	03-01-2003	18-12-2011	456.522,20
2. BAQUERO NORIEGA, FRANCISCO	30-07-2006	23-11-2011	266.433,61
3. RODRIGUEZ-PONGA SALAMANCA, ESTANISLAO	31-07-2006	15-12-2011	255.372,51
4. ROMERO LAZARO, ANTONIO	04-01-2003	31-03-2010	252.009,81
5. ROMERO DE TEJADA Y PICATOSTE, RICARDO	01-01-2003	16-12-2011	212.216,09
6. RIVA AMEZ, JOSE MARIA DE LA	01-01-2003	14-12-2011	208.979,44
7. DE NAVASQUES COVIAN, IGNACIO	01-01-2003	21-12-2011	194.886,24
8. ESPINAR GALLEGO, RAMÓN	05-01-2003	18-04-2010	178.399,95
9. FERNÁNDEZ NORNIELLA, JOSÉ MANUEL	31-07-2006	13-01-2012	175.966,32
10. BENITO VALENCIANO, RODOLFO	13-10-2003	03-04-2010	140.521,68
11. RECARTE GARCIA ANDRADE, ALBERTO	04-01-2003	31-03-2010	139.878,07
12. ARTETA VICO, JOSÉ MARÍA	08-10-2003	05-04-2010	138.903,69
13. PEDROCHE NIETO, JESÚS	07-10-2003	21-12-2011	132.193,22
14. MARTIN PASCUAL, GONZALO	09-10-2003	24-03-2010	129.750,05
15. MOURE BOURJO, FRANCISCO JOSÉ	01-01-2003	30-12-2006	127.366,19
16. ROJO IZQUIERDO, MERCEDES	03-08-2006	23-12-2011	119.292,82
17. AZCONA OLONDRIZ, JUAN JOSÉ	02-01-2003	28-12-2011	99.270,94
18. GOMEZ MORENO, JORGE	16-02-2010	24-12-2011	98.182,21
19. DIAZ FERRAN, GERARDO	19-04-2005	17-10-2009	93.984,50
20. BEDIA PÉREZ, PEDRO	13-01-2003	26-12-2011	78.188,45
21. FERNANDEZ YRUEGAS MORO, DARIO	05-01-2003	31-10-2006	68.313,17
22. BLASCO BOSQUED, LUIS	20-02-2010	27-12-2011	51.689,34
23. ALVAREZ GAYOL, MARÍA ENEDINA	22-02-2010	28-12-2011	47.012,98
24. MARTINEZ CASTRO, JOSÉ RICARDO	21-02-2010	26-11-2011	44.154,12
25. FERNANDEZ ALVAREZ, ARTURO LUIS	18-02-2010	27-12-2011	38.776,57

26. ZAPATERO GÓMEZ, VIRGILIO	16-02-2010	22-12-2011	35.988,19
27. LÓPEZ MADRID, FRANCISCO JAVIER			

Del mismo modo, los siguientes integrantes de la Comisión de Control de CAJA MADRID dispusieron con cargo a las tarjetas recibidas de las cantidades que se indican, parte de las cuales fueron abonadas por BANKIA:

NOMBRE	PRIMER CARGO	ÚLTIMO CARGO	TOTAL DISPUESTO (EUROS)
1. ABEJAS JUÁREZ, PABLO	29-07-2006	15-12-2011	246.715,32
2. CRUZ ORIVE, RUBEN	01-01-2003	02-12-2011	233.763,54
3. REY DE VINAS SÁNCHEZ-MAJESTAD, ANTONIO	01-01-2003	26-12-2011	191.599,44
4. CÁMARA EGUINO, ANTONIO	08-10-2003	24-12-2011	177.891,82
5. CAFRANGA CAVESTANY, M ^º CARMEN	24-10-2003	20-12-2011	175.091,21
6. MIGUEL SANCHEZ, JAVIER DE	02-01-2003	22-01-2010	172.752,60
7. GOMEZ DEL PULGAR PERALES, ÁNGEL EUGENIO	11-10-2003	07-04-2010	149.490,05
8. GOMEZ CASTAÑEDA, JUAN	04-08-2006	26-12-2011	128.151,19
9. PEREZ FERNANDEZ, FRANCISCO JOSÉ	14-10-2003	27-01-2010	122.615,80
10. ABEJON RESA, MIGUEL ÁNGEL	02-01-2003	29-08-2012	109.198,08
11. TORRES POSADA, RAFAEL EDUARDO	03-01-2003	03-02-2007	82.381,64
12. CERON ESCUDERO, CÁNDIDO	14-02-2008	20-01-2011	79.248,38
13. SERRANO ANTON, FERNANDO	13-01-2003	07-02-2010	78.592,61
14. COUCEIRO OJEDA, ALEJANDRO	02-01-2003	10-07-2006	70.160,15
15. BUENAVENTURA ZABALA, JOSÉ MARÍA	24-02-2004	27-10-2007	62.932,21
16. ACOSTA CUBERO, JOSÉ	01-01-2003	27-12-2011	62.500,61
17. GUTIERREZ MOLINER, BELTRÁN	18-02-2010	05-10-2011	58.022,19
18. SANCHEZ CARLOS, SANTIAGO JAVIER	20-02-2010	28-12-2011	47.152,37
19. CORSINI FREESE, MIGUEL	26-02-2010	26-12-2011	46.936,16
20. IRANZO MARTÍN, JUAN EMILIO	23-02-2010	01-12-2011	46.848,79
21. RODRIGUEZ GONZÁLEZ, MANUEL JOSÉ	02-02-2011	08-09-2011	37.154,53
22. MORENO FLORES, GABRIEL MARÍA	28-09-2006	31-12-2011	20.490,47
23. RABAGO JUAN ARACIL, JORGE	19-02-2010	26-12-2011	8.366,78

CÁNDIDO CERÓN ESCUDERO, JOSÉ MARÍA BUENAVENTURA ZABALA y MANUEL JOSÉ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ eran representantes de la Comunidad de Madrid en la Comisión de Control de Caja Madrid, a la que asistían con voz pero sin voto.

Igualmente por decisión del Presidente de la entidad, determinados directivos de CAJA MADRID disfrutaron de unas tarjetas, que les fueron entregadas como complemento retributivo opaco no contemplado en sus contratos de trabajo y que, en una pequeña parte, también satisfizo BANKIA:

NOMBRE	PRIMER CARGO	ÚLTIMO CARGO	TOTAL DISPUESTO (EUROS)
1. SÁNCHEZ BARCOJ, ILDEFONSO JOSÉ	02-01-2003	01-09-2010	484.192,42
2. MORADO IGLESIAS, RICARDO	04-01-2003	01-12-2010	450.818,11
3. FERRAZ RICARTE, RAMÓN	01-01-2003	15-12-2009	397.860,29
4. AMAT ROCA, MATÍAS	02-01-2003	18-11-2010	389.025,26
5. PÉREZ CLAVER, MARIANO	03-01-2003	24-08-2010	379.513,39
6. TORRE MARTÍNEZ, ENRIQUE DE LA	02-01-2003	19-07-2009	320.742,87
7. ASTORQUI PORTERA, JUAN MANUEL	04-01-2003	01-04-2010	292.992,28
8. CONTRERAS GÓMEZ, CARMEN	11-02-2003	06-02-2011	281.737,27
9. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, CARLOS MARÍA	01-01-2003	21-12-2010	279.396,84
10. VELA GARCÍA, CARLOS	01-01-2003	04-06-2007	249.202,02
11. SPOTTORNO DÍAZ CARO, RAFAEL	19-02-2003	01-04-2011	235.818,14
12. GABARDA DURÁN, LUIS	04-01-2003	30-05-2008	139.707,45
13. MARTÍNEZ VILCHES, RAMÓN	14-10-2008	27-02-2011	102.326,92

Finalmente, los siguientes ejecutivos y directivos de BANKIA cargaron en las tarjetas que les fueron entregadas por decisión de RODRIGO DE RATO, los importes que se indican:

NOMBRE	PRIMER CARGO	ÚLTIMO CARGO	TOTAL DISPUESTO (EUROS)
1. RATO FIGAREDO, RODRIGO DE	28-11-2010	07-05-2012	54.837,12
2. FERNÁNDEZ NORNIELLA, JOSÉ MANUEL	17-02-2012	11-05-2012	9.700,23
3. SÁNCHEZ BARCOJ, ILDEFONSO JOSÉ	04-01-2011	07-05-2012	90.879,24
4. AMAT ROCA, MATÍAS	27-11-2010	01-10-2011	42.042,89

Con cargo a determinadas tarjetas se produjeron puntuales operaciones no autorizadas por sus titulares, algunas de las cuales fueron objeto de anulación en el momento en que fueron detectadas. No obstante, otras permanecían sumadas en la facturación atribuida a algunos de éstos. Tales fraudes, en consecuencia, deberán minorar la cuantía que se atribuye como ilícitamente dispuesta a los acusados siguientes y por los importes que se indican (en euros).

TITULAR	FECHA FRAUDE	FACTURACIÓN	FRAUDE	CUANTÍA FINAL
CÁNDIDO CERÓN ESCUDERO	10/04/2008	79.248,38	780	78.468,38
JOSÉ M ^º DE LA RIVA AMEZ	Octubre 2003	208.979,44	588,01	208.391,43
LUIS GABARDA DURÁN	Enero 2005	139.707,45	1.770,19	137.937,26
JOSÉ MARÍA ARTETA VICO	Dic. 2003/Enero 2004	138.903,69	2.539,24	136.364,45

SEPTIMO.- Antes del inicio del juicio oral han ingresado o puesto a disposición del FROB, o Bankia, el importe dispuesto, los acusados José Manuel Fernández Normiella, 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.

Consignaron judicialmente la totalidad o próxima a ésta del importe dispuesto, los acusados Virgilio Zapatero Gómez, José María Arteta Vico, Pablo Abejas Juárez, Juan Gómez 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 Martí Martínez Martínez.

Los acusados son todos mayores de edad y sin antecedentes penales».

Anexo II: Artículos del Código Penal

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁹⁰

(1) *Texto original, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996*

CAPÍTULO VI De las defraudaciones

Sección 2.^a De la apropiación indebida

(anterior redacción) **Artículo 252.**

Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

CAPÍTULO XIII De los delitos societarios

(derogado actualmente) **Anterior 295.**

Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

¹⁹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE a 24 de noviembre de 1995).

(2) Última actualización, publicada el 31/03/2015, en vigor a partir del 01/07/2015

CAPÍTULO VI De las defraudaciones

Sección 2.^a De la administración desleal

Artículo 252.

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

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

Sección 2.^a bis De la apropiación indebida

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.

Artículo 254.

1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.

Artículo 14.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

TÍTULO II

De las personas criminalmente responsables de los delitos

Artículo 27.

Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.

Artículo 28.

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Artículo 29.

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Artículo 65.

(...)

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

CAPÍTULO III
De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal

Artículo 21.

Son circunstancias atenuantes:

(...)

4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

(...)

Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

(...)

CAPÍTULO II De la aplicación de las penas

Sección 2.ª Reglas especiales para la aplicación de las penas

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.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Artículo 249.

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

Artículo 250.

El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

(...)

5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.