

RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO BANCARIO: LA DELIMITACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL CASO DE LAS TARJETAS BLACK

Jorge Correcher Mira

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho penal, Universitat de València

jorge.correcher@uv.es

SUMARIO: **I.** Notas preliminares; **II.** La obtención de retribuciones fuera de lo previsto legal y estatutariamente para los miembros del consejo de administración y comisión de control. **III.** La calificación jurídica de los hechos (SAN 4/2017 de 23 de febrero y STS 438/2018, de 3 de octubre): la distinción entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal; **IV.** La STS 438/2018, de 3 de octubre: cuestiones fundamentales sobre los recursos interpuestos; **V.** Conclusiones; **VI.** Bibliografía.

Resumen: Una de las consecuencias más importantes de la crisis económico-financiera ha sido situar en el debate político-criminal determinadas cuestiones asociadas a la *mala praxis* en el ámbito bancario. Sobre esta cuestión, uno de los supuestos de mayor importancia ha sido el llamado caso de las *Tarjetas Black*, relativo al cobro de remuneraciones fuera de lo previsto legalmente por los directivos de Caja Madrid y Bankia. En este trabajo se presenta un análisis de la problemática estudiada, en relación con los criterios seguidos por la SAN 4/2017, de 23 de febrero y la STS 438/2018, de 3 de octubre, para la resolución del caso.

Palabras clave: *Tarjetas Black*, apropiación indebida, administración desleal, retribución de directivos, derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos.

Abstract: One of the most important consequences of the economic and financial crisis has been bringing up to the criminal policy debate some issues regarding bad practices in the banking sector. About it, one of

the leading cases has been the so-called *Black Cards* case, concerning the charging of unlawful executive compensations by Caja Madrid and Bankia executives. In this work, an analysis of this issue has been presented, according to the criteria followed by the SAN 4/2017 and the STS 438/2018, in order to resolve this case.

Keywords: Black cards, misappropriation of funds, breach of fiduciary duties, executive compensation, right to intimacy, data protection.

I. Notas preliminares

Desde la declaración formal de crisis económica, política y social por las instituciones públicas españolas –cuestión distinta sería determinar si esta situación de conflicto tiene unas raíces de mayor entidad que la crisis financiera–, la exigencia de responsabilidad penal en el ámbito socio-económico ha pasado a ocupar un lugar de preeminencia en el debate político-criminal. Esto se ha manifestado con especial intensidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, como consecuencia de los distintos escándalos de corrupción que han asolado la vida política española durante los últimos años. En este sentido, no debe perderse de vista que, en un contexto social como el resultante del período posterior al año 2008, fecha de inicio del estallido de lo que se ha denominado como *Gran Recesión*, se exige de los funcionarios públicos y responsables políticos una actitud de ejemplaridad que justifique la posición ocupada por razón de su cargo.

Si bien el ámbito de los delitos contra la Administración pública ha sido el centro de la discusión político-criminal posterior al estallido de la crisis financiera, existen otros sectores de relevancia económica donde también se ha dirigido una mayor atención a partir de este nuevo contexto. En este sentido, pueden destacarse los supuestos de responsabilidad penal en el ámbito bancario, especialmente con posterioridad al rescate de la banca española por parte de la Unión Europea. Sobre esta cuestión, resulta relevante resaltar de entrada la irrelevancia que el Derecho penal debería ocupar en la prevención y sanción de las malas prácticas bancarias, siendo preferible el recurso a otras vías del ordenamiento jurídico, como por ejemplo el Derecho administrativo. Sin embargo, determinados supuestos de especial gravedad pueden requerir la intervención del Derecho penal, como por ejemplo aquéllos casos que puedan afectar directamente a la estabilidad económica del Estado, o cuando la *mala praxis* bancaria suponga, como se analizará en este trabajo respecto del caso de las *Tarjetas Black*, el indebido cobro de comisiones por los ejecutivos/

directivos de la entidad bancaria, a efectos de aumentar indebidamente la retribución estatutariamente acordada¹.

Así las cosas, representa la responsabilidad penal en el ámbito bancario una variante del Derecho penal económico², a la que no debería acudirse si la tutela del mercado y los consumidores en el sector bancario quedara garantizada por otras vías³. No obstante, determinados supuestos, como el cobro de remuneraciones fuera de lo previsto estatutariamente probado en el caso de las *Tarjetas Black*, lleva a la exigencia de responsabilidad penal respecto de los ejecutivos o directivos que, en el ejercicio de sus funciones en sede bancaria, llevan a cabo comportamientos tipificados como delito en el Código penal, saltándose así las normas preventivas pertinentes. Sobre esta cuestión, se pondrán en relación los hechos probados en las SAN 4/2017, de 23 de febrero y STS 438/2018, de 3 de octubre con la regulación correspondiente a las disposiciones normativas limitadores de las remuneraciones de los miembros de los consejos de administración, así como otros ejecutivos/directivos, de las entidades bancarias.

II. La obtención de retribuciones fuera de lo previsto legal y estatutariamente para los miembros del consejo de administración y comisión de control

La Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (nº 438/2018, cuyo ponente fue el magistrado Manuel Colmenero Menéndez de Luarca) el pasado 3 de octubre de 2018 responde al recurso de casación nº 772/2017 interpuesto por los acusados en relación con la SAN 4/2017, de 23 de febrero. Esta sentencia estudia el caso popularmente conocido como *Tarjetas Black* de Caja Madrid y Bankia, determinando la SAN 4/2017 la existencia respecto de los 65 acusados de un delito continuado de apropiación indebida.

¹ Sobre la retribución de los directivos de las entidades bancarias, GÓMEZ-JARA DÍEZ sitúa esta cuestión como una de las parcelas societarias que *a priori* sufriría un cambio estructural a partir de las crisis económico-financiera del año 2008, estudiando dicha cuestión en relación con los tipos penales de administración desleal y delito societario previos a la entrada en vigor de la LO 1/2015. Cfr. "Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2, 2009, p. 4.

² Téngase en cuenta que el legislador penal español, a diferencia de lo dispuesto en otros países de nuestra cultura legal como Alemania o Italia, no ha tipificado de forma expresa los delitos bancarios, de forma que toda referencia en este trabajo a la responsabilidad penal en el ámbito bancario viene limitada a la realización de determinados tipos penales en materia económica dentro de la propia actividad de la entidad bancaria.

³ Cfr. CUGAT MAURI, M. "La capacidad del Derecho penal ante la mala gestión bancaria", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 105, 2013, p. 2.

La realización de la conducta delictiva en su modalidad continuada queda probada por su comisión permanente entre los años 2003 y 2012, ascendiendo la cantidad económica objeto de la apropiación indebida a un total de, aproximadamente, 12 millones de euros. Entre los condenados se encontraban miembros del consejo de administración de Caja Madrid, posteriormente integrada mediante fusión bancaria en Bankia, así como de la comisión de control de ésta, además de otros ejecutivos y directivos de Bankia. En este sentido, puede destacarse la condena de 6 años de prisión a Miguel Blesa de la Parra (ex presidente de Caja Madrid), de 4 años y medio de prisión a Rodrigo Rato y Figaredo (ex presidente de Caja Madrid y, posteriormente, de Bankia) y de 2 años y medio a Ildefonso Sánchez Barcajo⁴ (director de medios en ambas entidades, con un papel central en la estructura organizativa de la trama delictiva). Con independencia de los casos particulares mencionados, todos los encausados fueron condenados a penas de prisión que oscilan entre los 3 meses y los 6 años, en función de la cantidad económica de la que se apropiaron durante sus años de participación en los hechos delictivos.

Queda probado en los hechos descritos en la SAN 4/2017, recogidos en la STS 438/2018, la existencia de una estructura organizativa que permitía a los miembros de los consejos de administración y comisión de control de las entidades bancarias Caja Madrid y Bankia, así como a otros miembros directivos de éstas, la utilización de Tarjetas VISA corporativas que podían ser disfrutadas al margen de sus retribuciones convenidas contractualmente, para dedicarlas si así lo consideraban, a necesidades personales, en detrimento del caudal de Caja Madrid primero, y posteriormente Bankia. Mediante el uso de estas tarjetas pretendía el presidente de la entidad superar los límites máximos en materia de compensación económica de los consejeros y miembros de comisión de control de entidades bancarias establecidas por el Banco de España. Sobre esta cuestión, puede incidirse en la ausencia de cobertura legal, pese a lo alegado por los acusados⁵, para la obtención de remuneraciones distintas a las dietas reglamentariamente previstas por la legislación pertinente.

Como muestra de las disposiciones normativas de naturaleza administrativa desatendidas por los condenados, puede partirse de lo dispuesto por la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid. En su artículo 24, bajo la rúbrica “Retribuciones de los miembros de los Órganos de Gobierno”, dispone las siguientes limitaciones:

1. En el ejercicio de sus funciones, los Consejeros Generales en la Asamblea de las Cajas de Ahorros no podrán originar percepciones distintas de

⁴ Si bien en el caso de Sánchez Barcajo la condena impuesta por la SAN 4/2017 se vio sensiblemente reducida en atención al posterior recurso estudiado por la STS 48/2018.

⁵ SAN 4/2017, Hecho 5º.

las dietas por asistencia y desplazamiento. Correspondrá a la Asamblea General la determinación de dichas percepciones.

2. El ejercicio de las funciones de los miembros de los Órganos de Gobierno de las cajas de ahorros diferentes de los Consejeros Generales en la Asamblea de las Cajas podrá ser retribuido en cuyo caso no podrán percibir dietas por asistencia y desplazamiento. De no ser retribuido, el ejercicio de sus funciones solo podrá originar dietas por asistencia y desplazamiento. Correspondrá a la Asamblea General la determinación de dicha retribución y percepciones.

Lo dispuesto por la ley 4/2003 fue incorporado por los estatutos de la entidad Caja Madrid, concretamente en su artículo 9, donde establecía que la retribución de los miembros de los órganos de gobierno consistiría exclusivamente en dietas por asistencia a reuniones e indemnizaciones y que la cuantía y condiciones de percepción se fijarían por la Asamblea General, a propuesta del Consejo de Administración, dentro de los límites establecidos por las normas aplicables. En este sentido, la incorporación a los estatutos de Caja Madrid de lo establecido en el art. 24 de la ley 4/2003 supone entender por asistencia el abono de una cantidad por la concurrencia efectiva a las reuniones de los órganos de gobierno de la Caja, y, por indemnización, la compensación por los gastos originados como consecuencia de la participación efectiva en dichos órganos. Por lo tanto, no puede inferirse de lo dispuesto legal y estatutariamente que los miembros de los consejos de administración y comisión de control pudieran tener a su disposición unas tarjetas VISA de las que disponer libremente en detrimento del caudal de la entidad bancaria. Esto es así, en tanto que la extensión de dicho poder de disposición excedería en mucho el concepto de “dietas por asistencia y desplazamiento” recogido en el art. 24 de la ley 4/2003 y en el art. 9 de los estatutos de Caja Madrid. En este sentido, resulta esclarecedor lo dispuesto por la STS 438/2018 (FJ 4):

“La mera utilización en las nuevas normas de los términos *retribuciones e incentivos o remuneraciones, sueldos o remuneraciones análogas* sin derrogación expresa o tácita de las reglas que hasta ese momento regulaban las percepciones que correspondían a los miembros de los órganos de gobierno, y sin ninguna regulación nueva incompatible con aquellas, no puede ser entendido como una autorización para, en contra de preceptos de especial claridad, entender que son posibles otras percepciones dinerarias distintas para los miembros de los órganos de Gobierno de las Cajas de Ahorro. Una interpretación sistemática y teleológica conducirá a entender que con esos términos solamente se puede estar haciendo referencia a las percepciones autorizadas por la ley, sea cual sea la denominación con la que se le identifique, y en el caso de que aquella lo autorice, por los Estatutos en la forma prevista en ellos, sin que de esa forma puedan entenderse autorizadas otras diferentes”.

De igual modo, la propia legislación societaria impone a los directivos una serie de premisas que, si bien no de forma expresa como lo

analizado previamente en las disposiciones legislativas y estatutarias mencionadas, sí que atribuye a los administradores determinados deberes básicos que deben guiar la actuación de los órganos administrativos societarios. Sobre esta cuestión, centrándose en el Gobierno Corporativo, puede recurrirse a la aplicación del *soft law* constituido por las recomendaciones contenidas en diversos instrumentos propios del control de las sociedades cotizadas, compiladas en el conocido como Código Unificado de Gobierno Corporativo⁶. Además, puede traerse a colación lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Capital, en relación con los deberes de diligencia y lealtad que deben asumir los administradores de las sociedades. El art. 225.1 establece que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario”, mientras que el art. 226 señala la necesidad de desempeñar el cargo “como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad”, debiendo en todo caso este ajustarse a lo dispuesto por las disposiciones legales y estatutarias.

Así las cosas, 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, les dieron a las tarjetas el uso particular que consideraron conveniente, de acuerdo con el proceder desarrollado por el presidente de Caja Madrid entre los años 1996 y 2010, Miguel Blesa de la Parra⁷. Esta proceder no sufrió modificación alguna con la designación de Rodrigo Rato y Figaredo como presidente de la entidad a partir de 2010, ni tampoco con su integración en Bankia a partir de 2011. La operativa para el uso fraudulento de estas tarjetas era coordinada por el director general de medios de la entidad, Ildefonso Sánchez Barcajo, encargado de las altas y bajas de los ejecutivos facultados para el uso de las tarjetas, el establecimiento y modificación de los límites mensuales y anuales, la obtención del código PIN para la disposición de efectivo en cajeros automáticos...En resumen, Sánchez Barcajo era el encargado de mantener bajo su control y al margen de terceros distintos de los usuarios de las tarjetas la estructura organizativa a partir de la cual se desarrollaban los hechos delictivos⁸.

⁶ Siguiendo a GÓMEZ-JARA DÍEZ, el recurso al denominado *soft law* permite armonizar los intereses de la sociedad y los personales de los directivos, especialmente en aquéllos supuestos donde no se impone la racionalidad económica. Cfr. “Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?”, ob. cit., pp. 7-8.

⁷ No obstante, cabe matizar que este proceder fue iniciado en primera instancia por Jaime Terceiro Lomba, predecesor de Miguel Blesa en la presidencia de Caja Madrid, con el objetivo de “dignificar las retribuciones por asistencia a reuniones” de los miembros del Consejo de Administración y la Comisión de Control. SAN 4/2017, Hecho 1º.

⁸ STS 438/2018, Hecho 4º.

III. La calificación jurídica de los hechos (SAN 4/2017 de 23 de febrero y STS 438/2018, de 3 de octubre): la distinción entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal

Realizadas las matizaciones previas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal bancaria, así como la breve aproximación a los hechos que motivan el caso de las *Tarjetas Black*, apuntando las soluciones a las que llegan las resoluciones citadas, se pasará al análisis sustantivo de éstas. Para ello, se entrará en primer lugar al estudio de la incardinación penal del conflicto, relativo al cobro de remuneraciones fuera de lo previsto legal y estatutariamente por los miembros del consejo de administración y comisión de control de Caja Madrid y Bankia. En este sentido, el aspecto más relevante de las resoluciones judiciales se centra en la discusión sobre la aplicación a estos hechos del delito de apropiación indebida o del delito de administración desleal.

Para centrar esta cuestión, debe tenerse en cuenta que la discusión sobre esta delimitación no ha sido pacífica por parte de doctrina y jurisprudencia, especialmente en la redacción de estos tipos penales previa a la modificación operada por la LO 1/2015 de reforma del Código penal, cuando el delito de apropiación indebida se encontraba regulado en el art. 252 CP, mientras que el tipo societario de administración desleal quedaba recogido en el art. 295 CP:

Art. 252 CP.

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 cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

Art. 295 CP.

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 económico 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 triple del beneficio obtenido.

Sobre la discusión respecto de la delimitación entre ambos tipos delictivos, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que, en su redacción previa a la

LO 1/2015, “el delito del art. 252 debía quedar reservado exclusivamente para los supuestos en que se acredita una auténtica apropiación de bienes (trátese de dinero o cualquier otro bien), sea en beneficio del autor (modalidad de la apropiación en sentido estricto), sea en beneficio de otra persona (modalidad de la distracción)”⁹. De este modo, considera dicho autor de qué manera la función a cumplir por el art. 295 CP parece destinada a “cubrir aspectos que el tradicional delito de apropiación indebida no abarcaba, o sea, supuestos en que no se puede acreditar la existencia de un genuino acto apropiatorio, sino que se trata de conductas no apropiatorias (que no suponen actos dominicales ilícitos y que no comportan un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver), capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado, conductas que valorativamente son casos de menor gravedad”¹⁰.

Por lo tanto, el delito de administración desleal del art. 295 CP parece limitarse a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, o a la asunción de obligaciones a cargo de su patrimonio. Como señala NIETO MARTÍN, “este poder de disponer u obligar del patrimonio representa la *cara* de una moneda que por supuesto también tiene su *cruz*, consistente en un deber de velar o salvaguardar este patrimonio. Este deber que tienen los administradores constituye, a efectos penales, un claro deber de garantía. La esencia de la administración desleal, dicho de manera breve, es causar un perjuicio patrimonial abusando de los poderes que tiene el administrador, *la cara*, o infringiendo el deber de salvaguarda, de cuidar por el patrimonio ajeno, *la cruz*, que surge de esta especial posición con el patrimonio”¹¹. La diferencia de esta disposición con la contenida en el art. 252 CP respecto del delito de apropiación indebida se fundamenta en el carácter definitivo que se le atribuye en los casos del art. 252, mientras que cuando se hace referencia a dicha disposición en el delito de administración desleal supone una “distracción no definitiva, pero capaz de perjudicar el patrimonio administrado”¹².

No obstante, pese a la posibilidad de establecer estos parámetros de delimitación entre ambos tipos penales, la aplicación por los órganos jurisdiccionales del delito de administración desleal en el ámbito societario del art. 295 CP no ha sido del todo clara. En este sentido, la propia redacción típica del precepto, no exenta de términos carentes de determinación (por ejemplo, la referencia a que el prejuicio debía ser “económicamente evaluable”), dificulta el proceso de interpretación-aplicación del

⁹ Cfr. “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 463-464.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cfr. *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 238.

¹² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 522 ss.

tipo por los tribunales¹³. Como sostiene FARALDO CABANA, “aunque el art. 295 CP fue uno de los delitos societarios más alegados en la práctica, las condenas resultaron relativamente escasas, lo que tuvo su causa tanto en lo enrevesado de su redacción, que dio lugar a numerosas polémicas, como, muy particularmente, en el peculiar entendimiento que un sector jurisprudencial hizo de su relación con la apropiación indebida, que condenó al delito societario a la inaplicación y, en última instancia, a su definitiva desaparición en la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015”¹⁴. Asimismo, siguiendo a NIETO MARTÍN, la importancia de la distinción entre ambos tipos delictivos también tenía una dimensión penológica: “la gravedad de las penas del tipo básico de ambos delitos eran ciertamente parejas: el art. 295 sancionaba con penas de prisión de tres meses a cuatro años o multa del tanto al triple, mientras que la apropiación indebida tenía penas de seis meses a tres años. No obstante, lo relevante era que a la apropiación indebida, a diferencia del delito societario, le eran de aplicación las agravantes previstas en el art. 250, con lo cual las penas podían elevarse (...) la aplicación de estos supuestos agravados, sobre todo el relativo al valor de la defraudación (art. 250.5º) era lo normal en los casos de apropiación indebida/administración desleal que se discutían, por lo que *de facto* el art. 295 se convertía en un tipo privilegiado”¹⁵.

Así las cosas, con la finalidad de evitar la aplicación extensiva del delito de apropiación indebida del art. 252 CP a los supuestos de administración desleal societaria del art. 295 CP, la reforma del Código penal operada mediante la LO 1/2015 tipifica en el art. 252 CP un delito genérico de administración desleal, sin limitarse al ámbito societario, pasando la apropiación indebida regularse en los arts. 253 y 254 CP¹⁶. Esto supone la supresión del art. 295 CP y, como consecuencia, la desaparición de un tipo penal específico que recoja el delito de administración desleal en

¹³ Para un análisis de la redacción típica del delito de administración desleal en el ámbito societario, véase, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

¹⁴ Cfr. “Jubilaciones doradas, tarjetas black y otros desmanes de los administradores: del delito societario de administración desleal al delito común de administración desleal de patrimonio ajeno”, *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales* (Luz María Puente Alba, Dir., Eva María Souto García, Coord.), Comares, Granada, 2016, p. 26. En sentido similar, GÓMEZ-JARA DÍEZ: “la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo viene interpretando el artículo 252 CP (relativo a la apropiación indebida), en el sentido de contener también un delito de administración desleal; y cuando concurre el delito de administración desleal del artículo 295 CP y el delito de administración desleal del artículo 252 CP ha resuelto la aplicación de este último, por lo que el primero se ha quedado prácticamente sin margen de aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a no ser en supuestos extraordinariamente especiales”. Cfr. “Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?”, ob. cit., p. 12.

¹⁵ Cfr. *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., pp. 239-240.

¹⁶ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida*, ob. cit., pp. 496 ss.

el ámbito societario. Sobre esta cuestión, se ha considerado por parte de la doctrina la disfuncionalidad normativa que esto podría suponer en el ordenamiento jurídico entendido en su conjunto, especialmente atendiendo a la amplia regulación mercantil relativa a los deberes de los administradores de sociedades¹⁷. Como afirma GILI PASCUAL, “la naturaleza patrimonial de la administración desleal que reivindica la reforma no se discute. Pero la cuestión es otra: si existe o no en el ámbito societario –o acaso en otros más específicos dentro de aquél, como el sector bancario o financiero, capaces de generar un riesgo sistémico, o en aseguradoras, fondos de inversión, etc.–, un plus de desvalor al que convenga dar una respuesta más específica y ajustada (y en todo caso más taxativa) que la receta general de la administración desleal genérica”¹⁸.

Realizada esta matización sobre la normativa aplicable en el momento de comisión de los hechos, puede pasarse al análisis de la delimitación efectuada por las SAN 4/2017 y STS 438/2018 respecto de los delitos de apropiación indebida y administración desleal en el caso de las *Tarjetas Black*. Se utilizará la fundamentación jurídica presentada en la STS 438/2018, sin perjuicio de realizar de forma puntual determinadas matizaciones respecto de cuestiones tratadas más ampliamente en la SAN 4/2017 (como resulta en la consideración del delito de apropiación indebida en la modalidad de delito continuado). No obstante, este epígrafe versará únicamente sobre la calificación jurídica de los hechos, reservándose el siguiente punto de este trabajo para discutir las cuestiones fundamentales extraídas de la STS 438/2018 respecto del recurso interpuesto por los condenados a la SAN 4/2017.

Como se ha apuntado previamente, la STS 438/2018 determinó la condena de los acusados por un delito de apropiación indebida del art. 252 CP. Este precepto castigaba “a los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”. Sobre esta calificación jurídica, la STS 438/2018 discute la posible acusación conjunta o alternativa por un delito de administración desleal del art. 295 CP, para el caso de los acusados Miguel Blesa de la Parra y Rodrigo Rato y Figaredo, presidentes de la entidad, así como Ildefonso Sánchez Barcajo, director de medios¹⁹. En su FJ 6,

¹⁷ Cfr. FARALDO CABANA, P. Jubilaciones doradas, tarjetas black y otros desmanes de los administradores: del delito societario de administración desleal al delito común de administración desleal de patrimonio ajeno”, ob. cit., p. 43.

¹⁸ Cfr. “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)”, *Comentarios a la reforma del código penal* (J.L. González Cussac Dir.), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 768.

¹⁹ STS 438/2018, FJ 6 y SAN 4/2017, FJ 8.

la STS 438/2018 establece la doctrina jurisprudencial sobre el delito de apropiación indebida afirmando que:

“el art. 252 CP, al tiempo de los hechos castigaba a 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 (...) nunca ha excluido la condena para aquellos que, habiendo recibido dinero por uno de los títulos típicos, luego lo hiciera suyo, incorporándolo a su patrimonio o invirtiéndolo en atenciones personales; o dispusiera de él, como si fuera suyo, entregándolo a terceros; o bien lo destinará con vocación de permanencia a una finalidad distinta de aquella para la que le fue entregado, causando en todos los casos un perjuicio al patrimonio afectado”.

Partiendo de estas premisas, la STS 438/2018 (FJ 6) prosigue desarrollando los elementos objetivos y subjetivos del tipo de apropiación indebida, haciendo referencia a la doctrina jurisprudencial sentada en la STS 406/2017, de 5 de junio (donde se recogen a su vez los argumentos dispuestos en la STS 915/2005):

“cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como **elementos del tipo objetivo**: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como **elementos del tipo subjetivo**, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.”

De acuerdo con lo expuesto, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la STS 438/2018 (FJ 6), “es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el punto de no retorno, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio. Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de cosas muebles y distinto de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C. Penal aunque exclusivamente para el ámbito societario”. Por lo tanto, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 del CP. Este delito se refiere a los administradores de hecho

o de derecho que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con “abuso de las funciones propias de su cargo”.

Esta referencia es nuclear para fundamentar la falta de adecuación del delito de administración desleal al caso de las *Tarjetas Black*, puesto que supone afirmar para la observancia del delito una actuación del administrador desleal dentro de los límites que procedimentalmente señalen sus funciones, aunque al hacerlo de forma desleal en beneficio propio o de terceros pueda causar un perjuicio típico. Por el contrario, la apropiación indebida supone una disposición de bienes que excede o supera las facultades propias del administrador. De acuerdo con la resolución citada, se trata de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en el delito de administración desleal se entienden comprendidas dentro de los límites propios del cargo de administrador.

Así las cosas, la STS 438/2018 (FJ 6) considera que la práctica realizada por los presidentes de la entidad excede claramente la función propia conferida al cargo de administrador, siendo de este modo deseable la resolución de este concurso de normas por la vía de la aplicación del delito de apropiación indebida. Ésta se encuentra justificada en tanto que la capacidad de disposición de los acusados para la organización y permanencia en el tiempo de la trama delictiva supone un ejercicio extrínseco a la posición de administradores de la entidad bancaria que ostentan, de modo que el núcleo típico del injusto queda recogido por el delito de apropiación indebida.

“es un hecho admitido, que las tarjetas se emitieron, inicialmente por decisión de la presidencia ejecutiva, manteniéndolo y ampliándolo luego los demás presidentes, entre ellos el recurrente Rodrigo Rato. Y ha sido establecido en la sentencia que, aunque este último se aprovechó de su cargo, carecía de facultades para disponer de esa forma del patrimonio sobre el que tenía serias obligaciones de cuidado. Además, se ha declarado probado que los titulares de las tarjetas las utilizaron por unos importes determinados que hicieron suyos en la medida en que los invirtieron en lo que consideraron oportuno, actuando como si fueran dueños del dinero, en cuya cuantía se perjudicó el patrimonio de la entidad contra cuya cuenta se giraban las cantidades pagadas con las tarjetas. En el caso, pues, se aprecia la existencia de un plan para disponer de dinero de la Caja de Ahorros en beneficio de cada uno de los acusados. La conducta de los presidentes ejecutivos, que habían recibido la administración del patrimonio de la entidad, consistió en establecer, y luego mantener y ampliar, un sistema mediante el cual se facilitaba a miembros de los órganos de gobierno y a determinados directivos, la posibilidad de acceso al dinero de la entidad mediante el uso de una tarjeta de crédito (...) las posibles disposiciones efectuadas por cada uno de esos titulares no eran actos de aceptación de entregas efectuadas por los presidentes, sino que constitúan,

por lo tanto, actos de cooperación en el plan defraudatorio, que sólo se consumaba respecto de cada uno de ellos cuando se utilizaba la tarjeta”.

Por lo que respecta al régimen de autoría y participación, la STS 438/2018 dispone que los presidentes de la entidad responden como autores del delito de apropiación indebida, mientras que los consejeros, miembros de comisión de control y otros directivos beneficiados por el sistema aparecen como cooperadores necesarios del delito. Sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta la consideración del delito de apropiación indebida del art. 252 CP como un delito especial. Como recoge CADENA SERRANO, siguiendo la STS 409/2018, de 18 de septiembre, “la apropiación indebida es un delito especial, entendiendo como tal aquel que no puede ser realizado por cualquier persona sino sólo por aquéllas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico protegido en el tipo. Es un delito especial porque la acción típica de apropiarse, o distraer, o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente constituye la infracción cuando la lleva a cabo quien los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, como es el supuesto que analizamos respecto a los directivos de Cajas de Ahorro o banco posteriormente”²⁰.

Partiendo de esta consideración, únicamente se reconocen como autores directos del delito las personas que ostentan la presidencia de la entidad, puesto que en su comportamiento quedan recogidos los elementos del tipo objetivo, por ser quienes tienen conferido el deber de administración respecto del patrimonio de la entidad. Por lo que respecta a la condena a los miembros del consejo de administración, comisión de control, así como otras cargos directivos, ésta se hace a título de partícipes como cooperadores necesarios. Esto es así por su asociación con los presidentes de la entidad para disponer del dinero de ésta, conociendo su falta de facultades, determinada legal y estatutariamente por las disposiciones correspondientes, y pese a eso, disponiendo en beneficio propio de caudales de la entidad. Sobre esta cuestión, dispone la STS 438/2018 (FJ 33):

“En el caso, la apropiación definitiva de las cantidades que se atribuyen al recurrente solo pudo hacerse efectiva mediante su aportación personal realizada a través del uso de la tarjeta para su beneficio personal. El concierto con los autores surge desde el momento en que recibe la tarjeta y procede a su utilización, conociendo las particularidades del sistema, especialmente en lo referido a su opacidad y a la ausencia de cualquier repercusión de lo utilizado en las otras percepciones reconocidas al recurrente. Aunque en la sentencia impugnada no se argumente de esta

²⁰ Cfr. “Derecho a la intimidad persona. Apropiación indebida”, *Diario La Ley*, nº 9308, 2018, p. 5.

forma, conviene señalar que el recurrente, al igual que los miembros del Consejo de administración, tenían unas especiales obligaciones respecto de la administración del patrimonio de la entidad, ya que el consejo, según el artículo 31 de la Ley 31/1985, citada más arriba, dispone que el Consejo tiene encomendada la administración y gestión financiera. Desde ese punto de vista nada se oponía a considerarlos autores. En cualquier caso, pueden ser castigados con la misma pena, lo que en el caso ha de reputarse justificado”.

Mención aparte para el título de imputación de Ildefonso Sánchez Barcajo, condenado por dos delitos de apropiación indebida, uno como autor por los beneficios personales obtenidos mediante su Tarjeta VISA, y otro como cómplice por su participación en la organización estructural de la trama. Esta cuestión será posteriormente discutida en este trabajo, cuando se estudie la respuesta de la STS 438/2018 a los recursos planteados por los acusados.

Finalmente, cabe detenerse en la realización de la conducta en la modalidad conocida como delito continuado. De acuerdo con el art. 74 CP “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”. En relación con el caso estudiado, debe asimismo considerarse el art. 74.2 CP “si se tratase de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. Puesto que el delito ha sido cometido entre los años 2003 y 2012, y la cantidad económica apropiada alcanza un total de 12 millones de euros, resulta del todo razonable la consideración de la conducta delictiva en su modalidad continuada.

La realización del delito de apropiación indebida en la modalidad de delito continuado es analizada por la SAN 4/2017²¹ en relación con la alegación por la defensa de los acusados del plazo de prescripción del delito contenido en el art. 131 CP. Sobre esta cuestión, los argumentos de la defensa consideran que no puede apreciarse un delito continuado de apropiación indebida, siendo por tanto posible considerar la prescripción de parte de los comportamientos llevados a cabo por los acusados, puesto que debería aplicarse el tipo básico de apropiación indebida, susceptible de prescripción a los tres años. De acuerdo con lo expuesto, la SAN 4/2017 (FJ 1) dispone lo siguiente:

“El artículo 252 del Código penal vigente en la fecha de los hechos remite al artículo 249 o al artículo 250, en su caso. Pues bien, el artículo 250.1.5º

²¹ Esta calificación del tipo en la modalidad de delito continuado es objeto de recurso por algunos de los condenados, sin que exista en la STS 438/2018 una argumentación genérica como la dispuesta en el FJ 1 de la SAN 4/2017.

(más de 50.000 euros) contempla una pena máxima de 6 años, luego el plazo de prescripción es de 10 años, conforme al artículo 131 del Código penal. El artículo 249 prevé una pena máxima de 3 años, luego el plazo de prescripción es de 5 años. Por lo tanto, si el gasto es de más de 50.000 euros, la última disposición *dies ad quem*, debe ser de más de 10 años antes de la imputación, el 28 de enero de 2015. Si el gasto no supera los 50.000 euros, el plazo, igual computado, será de 5 años”.

A partir de este razonamiento, la SAN 4/2017 establece el criterio a seguir en la resolución para determinar qué acusados son castigados por la modalidad agravada del art. 250.1.5^a CP y quienes pasarán a serlo de acuerdo con el tipo básico del art. 249 CP, ambos en relación con el delito de apropiación indebida del art. 252 CP. No obstante, la calificación como delito continuado no podrá suponer una nueva agravación de la pena en aquéllos supuestos donde haya sido aplicada la modalidad agravada del art. 250.1.5^a CP.

IV. La STS 438/2018, de 3 de octubre: cuestiones fundamentales sobre los recursos interpuestos

La STS 438/2018, de 3 de octubre, confirma la condena de 4 años y medio de prisión impuesta por la SAN 4/2017 a Rodrigo Rato y Figaredo por la comisión de un delito continuado de apropiación indebida. Asimismo, confirma la condena de otros 63 acusados, entre los cuales no se encuentra Miguel Blesa de la Parra por su muerte el 19 de julio de 2017²². Por lo que respecta a la responsabilidad criminal de Ildefonso Sánchez Barcoj, la STS 438/2018 estima parcialmente su recurso²³, relativo a la indebida aplicación del art. 29 CP al haber sido condenado como cómplice de un delito continuado de apropiación indebida, además de su condena como cooperador necesario de los hechos delictivos. En este sentido, la STS 438/2018 (FJ 192) considera que el recurrente desarrolla dos tipos de conducta:

“De un lado, cuando utiliza la tarjeta realiza actos de apropiación que contribuyen de forma muy relevante a la consumación de la apropiación por el importe total, mediante el añadido de sus propias disposiciones. De otro lado, al desarrollar sus funciones como Director General de Medios, llevaba la operativa relacionada con estas tarjetas, con lo que su aportación no solo se concretaba en la ejecución de sus propios actos de disposición, sino que, además, cooperaba con el desarrollo de la mecánica operativa

²² Si bien la muerte es una de las causas de extinción de la responsabilidad penal (130.1.1^a CP), distinta es la cuestión respecto de la responsabilidad civil, pudiendo ésta recaer sobre sus herederos en determinados supuestos, pudiendo ésta extinguirse si se renuncia a la totalidad de la herencia.

²³ STS 438/2018, FJ 186 ss.

de todas las tarjetas que funcionaban en la época que desempeñaba esa responsabilidad (...) Desde el punto de vista de su responsabilidad penal, no es posible separar las dos modalidades de cooperación en el mismo delito para sancionarlas independientemente sin vulnerar la prohibición del bis in idem. Por lo tanto, la complicidad apreciada por la Audiencia en el desarrollo de la operativa de las tarjetas debe considerarse englobada con la cooperación en los actos de apropiación en una sola cooperación necesaria. Como dice el Ministerio Fiscal en su informe *en buena técnica penal*, *la cooperación necesaria ha de incluir las conductas que se reputan propias de dicha modalidad de participación y, también, las que contribuyendo a la ejecución del hecho delictivo fueran de inferior grado de relevancia*. En consecuencia, abarcando todos sus actos de cooperación, deberá ser condenado sólo como cooperador necesario, dejando sin efecto la condena como cómplice”.

Por lo tanto, pese a la realización de esta contribución dual a los hechos delictivos, la STS 438/2018 considera que no es posible separar las dos modalidades de cooperación en el mismo delito para sancionarlas independientemente, pues supondría una vulneración del principio *non bis in idem*. En consecuencia, la complicidad apreciada por la SAN 4/2017 debe entenderse englobada con la cooperación en los actos de apropiación en una sola cooperación necesaria. Por lo tanto, deberá ser condenado sólo como cooperador necesario, dejando sin efecto la condena como cómplice.

Una vez expuesto el caso particular de Sánchez Barcoj, la respuesta del Tribunal Supremo a los recursos interpuestos puede ordenarse de acuerdo con tres cuestiones fundamentales que han sido apuntadas por gran parte de los acusados, para los que la STS 438/2018 ha adoptado una posición común en la desestimación de sus recursos, sin perjuicio de que, al examinar cada recurso en particular la Sala de lo Penal realice precisiones o consideraciones oportunas para cada uno de los recurrentes. A continuación, se describirán las cuestiones fundamentales que pueden extraerse del análisis de la STS 438/2018.

En primer lugar, alegan los recurrentes violación de su derecho a la intimidad y a la protección de datos (arts. 18.1 y 18.4 CE) por la sustentación de la acusación que fundamenta la condena en informes de la auditoría interna de Bankia y en un documento Excel que contenía los gastos efectuados con *las Tarjetas Black*. Consideran los acusados que esos datos, íntimos y personales, fueron extraídos, tratados y divulgados por Bankia sin consentimiento de sus titulares y sin autorización judicial, siendo aplicable la regla de exclusión probatoria. De este modo, consideran que la violación de los derechos fundamentales citados supone reconocer el carácter ilícito, no sólo de las fuentes de la prueba, sino también de los dos medios de prueba más relevantes. La STS 438/2018 desestima este motivo de recurso (FJ 2º), considerando que la auditoría realizada por Bankia respeta los límites establecidos por la normativa en materia de protección de datos, puesto que supone un acceso legítimo

que se mantiene exclusivamente dentro del ámbito interno, relacionado con el contrato de emisión de las tarjetas de crédito que le habilita para ello, como vía para comprobar el uso concreto de las tarjetas y cómo y cuándo se han cargado los gastos efectuados por sus titulares. En este sentido, cabe destacar la propia naturaleza de las tarjetas, puesto que habían sido emitidas fuera del ámbito regular, realizadas contra una cuenta de la entidad y no contra la cuenta personal de los titulares. Por lo que respecta, más específicamente, al derecho de protección de datos contenido en el art. 18.4 CE, el FJ 2 de la STS 438/2018 dispone:

“se trata, por lo tanto, de datos necesarios para el adecuado desarrollo, cumplimiento o control de la relación jurídica entre el titular de la tarjeta y la entidad bancaria, por lo que no era necesario el consentimiento del afectado para su tratamiento. Con esos datos se elaboran unos informes internos, que se comunican al FROB, que se limita a remitirlos al Ministerio Fiscal. Se adjunta a los mismos unos listados en los que constan los totales dispuestos por cada uno de los titulares, sin que en ellos figuren de forma individualizada los gastos efectuados por cada titular. Aunque uno de los listados hace referencia a los gastos agrupados por conceptos, estas cifras no se relacionan con cada uno de los titulares de forma individualizada, de forma que de esos listados no resulta ninguna información acerca del empleo particular que cada uno de los titulares ha hecho de la tarjeta emitida a su nombre. No se produce ninguna afectación del núcleo central de la intimidad. Estos datos, relativos a los gastos concretos de cada titular, contienen la referencia a la actividad de cada comercio, aunque sin especificar el concepto concreto. Y los demás solo se unen a la causa con posterioridad, cuando el Ministerio Fiscal, que ha recibido esos informes de auditoría y esos listados con el total dispuesto por cada uno de los titulares de las tarjetas, lo solicita a Bankia, que se lo remite junto con los contratos”.

Así las cosas, este primer motivo de recurso es desestimado, puesto que se considera legítimo el acceso de Bankia a los datos personales de las tarjetas, realizado dentro de los márgenes del contrato de emisión de las tarjetas de crédito. Esto es así, en tanto que se mantiene exclusivamente en el ámbito interno relacionado con el contrato de emisión de las tarjetas. Sobre esta cuestión, es de especial importancia lo dispuesto en la STS 48/2018 (FJ 2), cuando dispone de qué manera los datos de carácter personal sólo escapan del ámbito de control interno cuando son cedidos al Ministerio Fiscal, estando esta cesión amparada por lo dispuesto en el art. 11 de la Ley de Protección de Datos, en cuanto a la no necesidad del consentimiento del interesado.

En segundo lugar, íntimamente relacionado con el primer motivo de recurso, los acusados alegan la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), por la que consideran como absoluta falta de fiabilidad probatoria de los listados Excel aportados por la auditoría interna

de Bankia en que se fundamenta la condena²⁴. Consideran los recurrentes que esta falta de fiabilidad se manifiesta en la opacidad con que se procede al volcado de datos y a la imposibilidad de acreditar que lo que se albergaba en los sistemas informáticos se correspondía con la realidad de los gastos efectuados con las tarjetas. Sobre esta cuestión, la STS 438/2018 desestima el motivo de recurso, valorando las declaraciones de miembros de la auditoría interna de Bankia, quienes detallaban la seguridad máxima del sistema de recogida de datos, así como respecto del proceso automatizado con que se procedía al volcado.

En tercer lugar, el último motivo de recurso común analizado por la STS 438/2018 recae sobre la aplicación indebida del art. 252 CP (previo a la entrada en vigor de la LO 1/2015). Concretamente, los recurrentes se quejan de la no apreciación de error de tipo o error de prohibición. Respecto del primero, la STS 438/2018 considera probada la existencia de los elementos del tipo delictivo de apropiación indebida (FJ 5):

“Aunque cada recurrente sea una persona distinta en su individualidad, lo que se les imputa es básicamente coincidente, lo que permite resolver la cuestión con consideraciones de carácter más general. El presidente ejecutivo, dadas sus responsabilidades y su experiencia y preparación para el cargo, no podía ignorar las limitaciones retributivas que se imponían legal y estatutariamente a los miembros de los órganos de gobierno. Tampoco podía ignorar el funcionamiento opaco de las tarjetas, ya que dispuso de una y la utilizó. No ignoraba, del mismo modo, que los directivos solamente tenían derecho a percibir lo pactado, sin que fuera legítimo acceder al dinero de la entidad de forma oculta más allá de las cantidades que globalmente les correspondieran. A pesar de ello mantuvo el sistema, e incluso lo amplió a otras personas. En cuanto a los condenados como cooperadores necesarios, la existencia del dolo, como elemento del tipo subjetivo, ha de inferirse del resto de datos concurrentes. Esos datos son coincidentes en todos ellos: recibieron una tarjeta para sus gastos, de libre disposición, que no tenía más límite que el cuantitativo; además, sin necesidad de justificar el gasto, cuando se trataba de los miembros de los órganos de gobierno; sin que el dinero ingresara en su cuenta, de forma que lo no dispuesto permanecía en poder de la entidad; sin que se hiciera liquidación alguna en ningún momento; sin que apareciera documentada la disposición del dinero en ningún documento oficial de la entidad como retribución o como gasto individualizado y justificado; sin retención fiscal, y sin constancia en los certificados de haberes. En definitiva, una tarjeta que les permitía acceder a importantes cantidades anuales del patrimonio de la entidad, sin control de ninguna clase”.

Por lo que respecta al error de prohibición, considerando que éste implica la creencia errónea de estar actuando conforme a Derecho, esto es, desconocer el carácter antijurídico del comportamiento, no puede sustentarse que los acusados, miembros del consejo de administración o comisión de control de la entidad bancaria, pudieran estimar que su

²⁴ STS 438/2018, FJ 3.

comportamiento era acorde al Derecho vigente. Efectivamente, disponer de cantidades en efectivo al margen de su retribución, sin ningún rastro de control o reflejo fiscal no es un comportamiento que, atendiendo las características personales, culturales o la experiencia de los acusados, pueda considerarse cubierto por el error de prohibición:

“dadas las características del sistema, con una opacidad que no solo se manifestaba en relación a la Hacienda Pública, sino también respecto a aquellos que no fueran beneficiarios o usuarios de las tarjetas, que solamente conocían aspectos parciales del mecanismo de utilización, no es posible aceptar que actuaran creyendo que el presidente ejecutivo tenía facultades para disponer de esa forma del dinero de la entidad para beneficiar a los miembros de los órganos de gobierno más allá de la percepción de las dietas autorizadas por la ley y los estatutos. O que estaban actuando conforme a la ley al disponer de esa forma del dinero de la entidad para sus atenciones personales o para cualquier tipo de gasto sin control de ninguna clase y sin reflejo fiscal”.

Finalmente, para terminar con las cuestiones objeto de recurso, cabe considerar el estudio de la STS 438/2018 respecto de la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado, prevista en el art. 21.5 CP. Sobre esta cuestión, puede recogerse en primer lugar la diferenciación realizada por la SAN 4/2017, entre dos grupos de acusados a la hora de aplicar la atenuante de reparación del daño. Ésta era considerada como muy cualificada para los acusados que antes del juicio habían ingresado a disposición de Bankia o el FROB (considerados como perjudicados), el importe extraído o consumido mediante las tarjetas. Por el contrario, se consideraba como atenuante simple respecto de los acusados que habían consignado estas cantidades como fianza para atender la ulterior existencia de responsabilidad civil. Éstos últimos presentaron recurso por vulnerarse las exigencias del principio de igualdad, puesto que se les aplica la atenuación en su modalidad simple por la mera distinción de la forma en que ésta ha sido realizada.

Sobre esta cuestión, considera la STS 438/2018 fundada la pretensión de los recurrentes a quienes no se les aplicó la reparación del daño como atenuante muy cualificada, puesto que en el momento en que consignaron las cantidades, no consta si dicha entrega era realizada específicamente para cubrir la ulterior responsabilidad civil, pudiendo estar dirigida en determinados supuestos al ingreso de las cantidades requeridas por los perjudicados. La STS 438/2018 (FJ 59), considera poco justificada la distinción cualitativa realizada por la SAN 4/2017 y, pese a que la doctrina jurisprudencial no es unánime respecto de los criterios a seguir para diferenciar en términos cualitativos la apreciación de la reparación del daño como atenuante, estima el recurso interpuesto por los acusados. De este modo, pasa a aplicarse en determinados supuestos de miembros del consejo de administración y comisión de control la atenuante de reparación como muy cualificada, cuando en la SAN 4/2017 había sido apreciada de forma simple:

“En el caso, el Tribunal de instancia no añade al hecho de la consignación dato alguno que permita establecer si se hizo como medio de entregar al perjudicado lo reclamado, con independencia del sentido de la sentencia que se dictara, o si, por el contrario, se trató solo de afianzar las responsabilidades pecuniarias. Ante tal silencio, no es posible descartar que la finalidad de la consignación fuera la primeramente mencionada. Además, como se desprende de la propia sentencia, al inicio del juicio oral aún existía discusión jurídica acerca de la identidad del perjudicado, pues tal condición la sostenían, y aún la sostienen ante esta Sala, tanto el FROB como Bankia. En esas circunstancias el hecho de la consignación judicial, sin mayores precisiones, no permite hacer distinciones con los acusados que devolvieron directamente a uno o a otro, según su opinión acerca de la identidad del perjudicado”.

En el caso concreto de Rodrigo Rato y Figaredo, la atenuante no fue aplicada en ninguna de sus modalidades, puesto que a pesar de la devolución de la cantidad económica de la que dispuso con su apropiación, su título de imputación como autor reconoce su responsabilidad solidaria respecto del conjunto del expolio, de forma que no se entiende que la mera devolución de su responsabilidad suponga una reparación del daño²⁵.

“la cantidad que se reclamaba al recurrente, dada su intervención en los hechos, excedía de forma notable de la cuantía de la que se había beneficiado personalmente, para incluir la dispuesta por aquellas otras personas que habían utilizado las tarjetas vigentes durante su época como presidente ejecutivo de Caja Madrid y de Bankia, y, por lo tanto, bajo su autorización. Efectivamente, para que pueda dar lugar a una atenuante, es preciso que la reparación sea relevante en función de la importancia del daño causado, teniendo también en cuenta las circunstancias del autor. También es cierto que su responsabilidad por estas últimas cantidades lo era en forma solidaria con los demás acusados titulares de las respectivas tarjetas, en relación a las cantidades de las que habían dispuesto cuando el recurrente era presidente de ambas entidades. Aun así, aunque se tuviera en cuenta que, antes del inicio del juicio oral, última ocasión para la reparación según dispone el artículo 21.5º CP, una parte de los acusados había devuelto prácticamente el total de lo que habían dispuesto, la responsabilidad del recurrente todavía alcanzaría a una cantidad muy superior a la que entregó en concepto de reparación antes del juicio oral”.

V. Conclusión

Sin lugar a dudas, el caso de las *Tarjetas Black* ha sido uno de los escándalos económicos posteriores al estallido de la crisis económico-financiera con mayor impacto mediático. El pasado político de muchas

²⁵ STS 438/2018, FJ 17.

de las personas implicadas, así como el rescate a la banca española por parte de la Unión Europea, contribuyeron a la visibilización del caso, especialmente sangrante teniendo en cuenta que la tasa de desempleo continua oscilando alrededor del 15% en España.

La entidad de este caso pone de manifiesto la necesidad de, sin perder el carácter de *ultima ratio* asumido por el Derecho penal, situar en el debate político-criminal la prevención de los abusos cometidos por las entidades bancarias en el marco de un sistema económico-financiero donde la hegemonía del pensamiento neoliberal favorece la creación de desastres económicos por la *mala praxis* de las entidades bancarias. Sobre esta cuestión, cabe remarcar de qué manera el caso de las *Tarjetas Black* no representa un caso aislado, sino que es simplemente integrante de una más que nutrida lista: Banesto, CatalunyaCaixa, Novagalicia, venta de preferentes, salida a bolsa de Bankia... Por lo tanto, considerando en primer lugar necesario reforzar los controles administrativos encaminados a la prevención y sanción de las malas prácticas realizadas en el ámbito de las entidades bancarias, será también necesaria la discusión político-criminal sobre los límites de la responsabilidad penal en el ámbito bancario.

De acuerdo con lo expuesto, la delimitación estudiada en el caso de las *Tarjetas Black* respecto de los delitos de apropiación indebida y administración desleal es una buena muestra sobre la necesidad de perfilar la aplicación específica de determinados tipos penales en el marco de la actividad bancaria. Sobre esta cuestión, se ha expuesto la extensión realizada por la doctrina jurisprudencial respecto del delito de apropiación indebida del art. 252 CP, en relación con el suprimido art. 295 CP relativo al delito de administración desleal en el ámbito bancario. Como se ha apuntado, la opción asumida por la LO 1/2015 supone un punto de partida para diferenciar de forma específica los delitos de administración desleal y apropiación indebida, pero representa la desaparición del tipo específico de administración desleal en el ámbito societario, siendo por tanto una solución precipitada al problema, pues no daría respuesta a los problemas de encaje suscitados por determinadas actividades llevadas a cabo en el ámbito bancario.

Por lo que respecta al estudio del caso de las *Tarjetas Black* en las SAN 4/2017, de 23 de febrero y STS 438/2018, de 3 de octubre, se ha incidido en la calificación jurídica de la conducta como delito continuado de apropiación indebida, siendo en todo caso necesario remarcar que, en los supuestos donde se aplicara la modalidad agravada del delito de apropiación indebida, pese a mantener la denominación de delito continuado, no cabría aplicación de la regla penológica del art. 74 CP, para no vulnerar así el principio *non bis in idem*. Asimismo, se ha limitado de forma clara el régimen de autoría y participación del supuesto, respondiendo únicamente como autores directos los presidentes, por ser quienes ostentaban deberes de administración, pasando la conducta de miembros del

consejo de administración y comisión de control a recogerse a título de partícipes por cooperación necesaria. Esta argumentación ha sido desarrollada a partir de la consideración del delito de apropiación indebida como un delito especial.

Finalmente, respecto de determinadas cuestiones comunes analizadas en la STS 438/2018, en relación con los recursos interpuestos a la SAN 4/2017, se han desestimado los recursos fundados en la violación del derecho a la intimidad y la protección de datos (18.1 y 18.4 CE), respecto de la investigación de los gastos realizados con las tarjetas. De igual modo, conectado con este motivo de recurso, se ha desestimado la pretensión de los recurrentes en relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (24 CE). Asimismo, han sido desestimados los recursos respecto de la aplicación del delito de apropiación indebida, puesto que la STS 438/2018 no ha considerado probada la existencia de error de tipo o error de prohibición en la conducta de los recurrentes. Por el contrario, sí ha sido estimado el recurso de aquéllos acusados que habían consignado el importe sustraído mediante las tarjetas como fianza para atender la responsabilidad civil derivada de la sentencia, a quienes se les había aplicado la atenuante de reparación del daño (21.5 CP) en su modalidad simple, mientras que a quienes lo habían ingresado a disposición de Bankia o el FROB, les había sido considerada como muy cualificada.

VI. Bibliografía

- CADENA SERRANO, F.A. "Derecho a la intimidad personal. Apropiación indebida", *Diario La Ley*, nº 9308, 2018.
- CUGAT MAURI, M. "La capacidad del Derecho penal ante la mala gestión bancaria", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciarío*, nº 105, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./NIETO MARTÍN, A. *Derecho penal económico y de la empresa*, Dymkinson, Madrid, 2018.
- FARALDO CABANA, P. "Jubilaciones doradas, tarjetas black y otros desmanes de los administradores: del delito societario de administración desleal al delito común de administración desleal de patrimonio ajeno", *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales* (Luz María Puente Alba, Dir., Eva María Souto García, Coord.), Comares, Granada, 2016.
- GILI PASCUAL, A. "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)", *Commentarios a la reforma del código penal* (J.L. González Cussac Dir.), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2, 2009.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

RECENSIONES

