

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal),
de 23 de febrero de 2017**
[ROJ: SAN 271/2017]

TARJETAS BLACK

1. LA SENTENCIA Y LOS HECHOS

La Sentencia de 103 folios por comentar dictada por la Sala en lo Penal de la Audiencia Nacional, Sentencia 4/2017, 23-02, cuya ponente fue la magistrada Teresa Palacios, tiene por fuente el caso conocido popularmente como el de las «Tarjetas Black» de Caja Madrid y Bankia, la cual sancionó penalmente a los 65 acusados, como condenados por delito continuado de apropiación indebida, entre los años 2003 a 2012, y por una cifra que asciende a los 12,5 millones de euros. Entre los condenados se encuentran Miguel Blesa, expresidente de Caja Madrid (6 años de prisión); Rodrigo Rato, representante de Bankia (4 años y medio de prisión); Ildefonso Sánchez Barcoj, exdirector de medios (2 años y medio de prisión), y diversos exconsejeros y exdirectivos (entre 3 meses de prisión y 6 años). Los nombrados, que además fueron encausados por el delito de administración desleal, fueron absueltos finalmente.

Ha quedado sentado que el origen del ilícito se encuentra en supuestas compensaciones a las dietas de los consejeros y directivos, por medio de una tarjeta de crédito asignada a la cual habrían tenido derecho a uso dichos consejeros y directivos, como retribución por asistencia a reuniones y solo para gastos de representación, los cuales debían comprobar mediante justificantes. Sin embargo, las justificaciones de gastos nunca se habrían producido, concentrándose estos con mayor notoriedad en las épocas de fiestas o períodos vacacionales de los condenados, prácticamente sin limitación de gastos alguna desde el período 2010 a 2012 y en contra de Caja Madrid, pese al límite anual de la línea de crédito que se había establecido en un principio.

2. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

La calificación jurídica del Ministerio Fiscal de delito continuado de apropiación indebida (Antecedentes de Hecho, Primero, folio 12) fue la que finalmente primó en el fallo, antes que las alegaciones de la defensa limitadas a la negativa del carácter de continuado

del delito (Fundamentos de Derecho, Considerando Primero y Noveno, folio 84), imponiéndose en general penas de prisión con responsabilidad personal subsidiaria, multa e inhabilitación al derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio de la actividad bancaria.

El artículo 253.2 del Código Penal castiga 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».

Fuera de la calificación jurídica de la apropiación indebida que, en estricto rigor, no fue profundamente controvertida, y que se ajusta, en todo caso, a los hechos que se produjeron en la especie, en cuanto a la calificación de delito continuado que se solicitó por el Ministerio Fiscal y que dio lugar la Sentencia, son las razones que esta proporciona para acogerla las que no dejan de ser interesantes en su consignación: «Desde comienzos de los años ochenta, reiterada jurisprudencia viene manteniendo justamente lo contrario. Que el delito continuado no es una ficción, ni una entelequia, ni un expediente de política criminal para acentuar la pena, sino un ente ontológicamente y esencialmente real» (Fundamentos de Derecho, Considerando Primero, folio 85).

Es cierto que la figura del delito continuado ha sido acogida por la jurisprudencia de modo decidido y sostenido, lo cual lo demuestran las diversas Sentencias del Tribunal Supremo al respecto y de muy reciente factura, las que además están referidas a distintos tipos penales, no solo para la apropiación indebida misma ([STS 3253/2017, 13-09](#)), sino además para otras figuras, como los delitos económicos en general, los delitos sexuales, delito de incendio, delito de falsedad documental, etc. ([STS 3463/2017, 3-10](#); [STS 3440/2017, 21-09](#); [STS 3284/2017, 20-09](#); [STS 2973/2017, 19-07](#); [STS 2871/2017, 12-07](#); [STS 2734/2017, 04-07](#)). Por ende, no podría decirse efectivamente que el delito continuado no sea una realidad jurídica en el derecho español. Aunque de ahí a señalar que sea un «ente ontológicamente y esencialmente real», nos parece un abuso «fenomenológico» del lenguaje que excede y exagera la realidad del instituto jurídico en cuestión. Por otro lado, nos parece curioso que no se remita a expresar ciertos fundamentos normativos para el delito continuado que surgen del propio Código Penal español, tal y como los parece sostener el artículo 127 quinquies 2, para su mención dogmática.

De cualquier forma, nos parece correcta tanto la calificación jurídica del tipo penal subsumible, como el de la clase de delito continuado.

3. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Para tres casos en específico, los hechos fueron calificados por la acusación particular además como encuadrables en el delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal y, por ende, en concurso con el de apropiación indebida (al parecer, medial por lo solicitado por el órgano persecutor), respecto de los cuales, los acusados fueron finalmente absueltos. En efecto, el tipo penal consignado en el artículo 252.1 expresa «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».

Básicamente, la desestimación por parte del Tribunal del delito de administración desleal se funda en la interpretación de un argumento del Tribunal Supremo sostenido en diversas sentencias (STS 906/2016, 30-11; STS 915/2005, 11-07; 841/2006, 17-07; STS 565/2007, 04-06), en relación a las diferencias entre la apropiación indebida y la administración desleal, cuando ambas son requeridas por la acusación particular y en concurso, para la situación concreta de la especie.

Según dicho argumento, se debe distinguir tales delitos considerando que en ambos existe una «deslealtad» en tanto en cuanto abuso de confianza, pero que mientras en el delito de apropiación indebida dicha deslealtad excede los límites de las funciones del cargo de administrador, en el segundo, no. Como señala la Sentencia, «en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador», poniéndose además acento como elemento común en ambos ilícitos, en el «uso abusivo del patrimonio administrado» (o como también refiere la Sentencia, «actos de significado apropiativo») (Fundamentos de Derecho, Considerando Octavo, folio 173). Por lo demás se añade, fundada igualmente en una Sentencia de Tribunal Supremo (STS 622/2013, 09-07), que en la apropiación indebida la distracción de dineros debe ser para un uso distinto al de la administración conferida y con carácter permanente, y no con carácter temporal o por un «ejercicio erróneo de facultades conferidas».

De esto, y de la posterior absolución por el delito de administración desleal que la Sentencia decreta finalmente para los acusados, se desprenden algunas conclusiones jurídicas interesantes.

En primer lugar, si bien la Sentencia no lo declara expresamente, existe para el rechazo del delito de administración desleal, en concreto, un argumento basado en el *non bis in idem*, puesto que, para ambos delitos, la Sentencia considera un mismo fundamento, el cual habría de ser, dentro del razonamiento argumental del fallo, la defraudación como

elemento de la antijuricidad, solo distinguiéndose entre uno y otro si dicha defraudación se realizó dentro o fuera de los márgenes de las facultades de administración y dentro de ese giro. Un solo hecho fundante viene a colocarse en la base, que constituye una misma conducta típica que es solo reiterada en el tiempo y que da lugar a su calificación de continua. Y porque es entendido como un mismo hecho fundante, de ahí la consideración inicial de ambos delitos como en concurso ideal (medial). De allí que digamos que el *non bis in idem* es una consideración para el rechazo de la administración desleal no señalada expresamente por la Sentencia como fundamento jurídico-penal.

En segundo lugar, parece recogerse la doctrina de Jakobs sobre los defectos de organización, cuando se refiere al delito de administración desleal como un «ejercicio erróneo de facultades conferidas», lo que circunscribe a una parcela delimitada y específica la conducta típica de la administración desleal, a diferencia de la conducta típica en la apropiación indebida, la que excedería de los defectos de organización de un sistema de administración empresarial.

En segundo lugar, y un tanto derivado de todo lo anterior, el argumento del Tribunal nos podría conducir a pensar en la existencia de un concurso aparente de leyes penales, y en que la razón de la exclusión del delito de administración desleal podría ser el *principio de la especialidad*, cuestión no declarada como argumento jurídico-penal para dicha exclusión. El elemento que parece ser el típico para la exclusión de la conducta del tipo citado es que la disposición patrimonial sea el acto de significado apropiativo, a diferencia de la administración desleal que importaría solo una disposición patrimonial defectuosa y dentro de la función y facultades de administración. En la base del injusto habría de encontrarse la defraudación de la confianza aun para ambos tipos penales, lo que conduce a estimarse, en ambos casos, un mismo hecho regido por dos tipos penales diferentes. Pero el ámbito o el radio de defraudación de la apropiación indebida habría de ser mayor al de la administración desleal.

Sí quedarían algunas cosas problemáticas pendientes a discernir, de seguir este argumento, las cuales se derivan de la idea del exceso del límite de las facultades de administración, y aquellas que el propio tipo penal de administración desleal del artículo 252.1 prescribe, ya que este pena al sujeto activo en que las facultades de administración las «infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas». Por ende, si ambas conductas son un exceso a las facultades de administración, según el argumento de la Sentencia, cómo distinguir de modo más fino las conductas de apropiación indebida y administración desleal, en cuanto ambas son ya un exceso a dichas facultades. Es una pregunta para tener en consideración a la hora de considerar el argumento de la Sentencia y en relación con lo prescrito por el propio tipo penal.

Edison CARRASCO JIMÉNEZ
Profesor-Investigador
Universidad Andrés Bello, Sede Concepción, Chile
edison.carrasco@unab.cl