

**ELEVADAS RETRIBUCIONES
A ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES
ANÓNIMAS Y DELITO
DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL
(Comentario a la Sentencia de la Audiencia
Nacional de 13 de abril de 2005)**

BELÉN MAYO CALDERÓN

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

En la presente sentencia de la Audiencia Nacional (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Antonio Martínez de Salinas Alonso) se estudia la causa dimanante del Procedimiento Abreviado 352/02 tramitado por el Juzgado Central de Instrucción número 3¹ y se absuelve a los Presidentes de los antiguos Banco de Santander y Banco Central Hispanoamericano, y, posteriormente —tras la fusión de los citados Bancos—, Copresidentes del Banco Central Hispano (Don Emilio B. y Don José María A.) y a un Consejero Delegado del antiguo Banco Central Hispanoamericano y, posteriormente, Vicepresidente Primero y Consejero Delegado del Banco Santander Central Hispano (Don Ángel C.) de los delitos de administración desleal y apropiación indebida de que venían siendo acusados, por la percepción por parte de Don José María A. y Don Ángel C. de elevadas retribuciones, pactadas entre los citados acusados y Don Emilio B.

¹ En el Auto de 16 de octubre de 2003, el Juzgado Central de Instrucción número 3 imputó a los acusados la comisión de un delito de administración desleal previsto en el artículo 295 del Código penal. Contra el mencionado Auto se interpuso Recurso de Apelación, que fue resuelto en sentido desestimatorio por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 18 de febrero de 2004, contra el que se interpuso Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, que también fue desestimado.

El relato de hechos probados de esta Sentencia se divide en cuatro apartados, de los que reproduciré lo más relevante para este comentario:

«PRIMERO. La sucesión de hechos en la fusión del Banco de Santander y del Banco Central Hispanoamericano, que dio lugar al Banco Santander Central Hispano.

En diciembre de 1998 el Presidente del Banco Santander, Don Emilio B., tras un detenido análisis del mercado bancario y financiero nacional e internacional, llegó a la convicción de que era conveniente la fusión del banco que presidía con el Banco Central Hispanoamericano. Así se lo puso de manifiesto al Consejero Delegado del Banco de Santander, Don Matías R. Éste se entrevistó, a su vez, con quien ocupaba el cargo de Consejero Delegado en el Banco Central Hispanoamericano, Don Ángel C., quien comunicó la propuesta al presidente del Banco Central Hispanoamericano, Don José María A. Después de varias reuniones reservadas entre los dos Presidentes y los dos Consejeros Delegados de ambos bancos, las negociaciones llegaron a buen término en escaso período de tiempo.

En el proyecto de fusión se preveía que hasta la fecha de celebración de la Junta General Ordinaria del año 2002 (en principio prevista para el mes de marzo de ese año) los presidentes de los antiguos Banco de Santander y Banco Central Hispanoamericano (Don Emilio B. y Don José María A.) seguirían siéndolo también del Consejo de administración del nuevo Banco en régimen de copresidencia, con delegación de todas las facultades delegables del Consejo ejercitables individualmente. Por otra parte, se acordó que Don José María A. sería Presidente de la Comisión Ejecutiva del Consejo de administración, y Don Ángel C., antiguo Consejero Delegado del Banco Central Hispanoamericano, sería Vicepresidente Primero y Consejero Delegado del Consejo de Administración del nuevo banco (ambos con delegación de todas las facultades delegables de este órgano de gobierno de la sociedad) Sin embargo, las previsiones no llegaron a cumplirse en su totalidad. José María A. renunció al cargo de copresidente con anterioridad a la Junta General del año 2002, en concreto tras el Consejo de Administración que tuvo lugar en fecha 26 de junio del año 2001. El mencionado copresidente consideró que la fusión ya estaba completamente ejecutada, que había sido un proceso exitoso, y que no era necesaria la prolongación de la situación de copresidencia o bicefalia, que no favorecía en nada a la entidad bancaria. Comunicada por Don José María A. su decisión a Don Emilio B. éste convocó un Consejo de administración con fecha 16 de agos-

to del año 2001, en el que Don José María A. cesó. Tampoco se cumplieron las previsiones iniciales respecto de la actividad laboral del Consejero Delegado del nuevo banco, Don Ángel C., que cesó en todos sus cargos el 13 de febrero de 2002.

SEGUNDO. Los contratos celebrados entre Don Emilio B. y Don José María A., que posteriormente son ratificados y confirmados por el Consejo de Administración del nuevo banco.

1. Se declara probado que una vez pactados los términos iniciales de la fusión, el propio Don José María A. expuso a Don Emilio B. su voluntad de tener prevista su propia jubilación, que se produciría al cumplir los 70 años de edad, precisamente en el año 2002, haciendo coincidir su jubilación con la Junta General Ordinaria de Accionistas del Banco Santander Central Hispano de ese año. Así, con fecha 15 de enero de 1999, Don Emilio B., como presidente del Banco Santander Central Hispano, y Don José María A., que actuó en su propio nombre y derecho, firmaron un contrato en el que se regulaban las consecuencias del cese de Don José María A. En ese contrato se reconocían a Don José María A. los siguientes derechos: 1) El derecho a una pensión vitalicia de jubilación, que nacería cuando causara baja como copresidente del Banco Santander Central Hispano. Para caso de fallecimiento en activo, se generaba a favor de la viuda de Don José María A. una pensión vitalicia de viudedad; 2) Por su condición de miembro del Consejo de Administración del Banco Santander Central Hispano a partir de su jubilación o invalidez percibiría vitaliciamente el 70% de la remuneración anual (con exclusión de dietas de asistencia) que recibiera un consejero en activo de la misma categoría y puesto que él. En caso de fallecimiento de Don José María A. su viuda, con carácter vitalicio y mientras permaneciera en ese estado, percibiría el 70% de la remuneración que le hubiera correspondido percibir como jubilado o inválido; 3) Además, como reconocimiento a su extraordinaria labor, primero al frente del Banco Hispano Americano, después al frente del Banco Central Hispanoamericano y posteriormente en el Banco Santander Central Hispano, se abonaría a Don José María A. en el momento de su jubilación un bonus de 43.750.000 euros, siendo los impuestos por cuenta del Sr. A. La cifra del bonus figuraba escrita a mano, de puño y letra del Secretario de la Comisión Ejecutiva del Consejo, Sr. H., quien en todos los contratos de este tipo aportados a la causa estampó a mano las cifras pactadas. Esa práctica se debió a motivos de confidencialidad, para evitar filtraciones en los servicios del banco. Una vez aceptado el borrador del contrato, él estampaba a mano la cifra antes de poner a disposición de los consejeros el contrato.

Este contrato fue conocido, aprobado, y ratificado por el Consejo de administración de la nueva entidad en su sesión de fecha 17 de abril de 1999.

2. Con fecha 14 de agosto del año 2001 se celebró otro contrato en el que se concretó la cuantía de la pensión vitalicia anual de jubilación, que ascendería a 5.108.603 euros; la cuantía de la pensión de viudedad, que se fijó en una pensión anual bruta vitalicia de 1.472.480 euros; se reconocía el derecho a percibir con carácter vitalicio un importe bruto igual al 70% de la remuneración anual (con exclusión de dietas de asistencia) que recibiera un consejero en activo de la misma categoría y puesto que él y se acordaba abonarle el bonus de 43.750.000 euros pactado en el primero de los contratos, siendo los impuestos por parte del señor A.

3. El 28 de agosto del año 2001 se realizó el pago del bonus por parte del banco a D. José María A. La propia entidad bancaria certificó el pago por importe de 7.279.387.500 pesetas. Esta suma de dinero estaba sometida a tributación, por lo que descontada la retención del 48% en concepto de impuesto sobre la renta de personas físicas, la cantidad neta percibida fue de 3.785.281.500 pesetas. También desde esa misma fecha el Banco Santander Central Hispano viene abonando la pensión anual de jubilación de D. José María A. en cuantía superior a los 7.000.000 euros.

4. En la Memoria de las cuentas anuales correspondiente al año 2001 se contiene referencia explícita a las cifras abonadas y sus conceptos, sin mención del receptor en el caso de D. José María A.

TERCERO. Los contratos celebrados entre D. Emilio B. y D. Ángel C.

1. El 19 de abril de 1999 se firmó un contrato entre D. Emilio B., como Presidente del nuevo Banco, actuando en su representación, y D. Ángel C., que intervenía en nombre propio, en virtud del cual se contrataba a D. Ángel C. como Consejero Delegado del nuevo banco, regulándose las condiciones de ejercicio de las funciones ejecutivas encomendadas a D. Ángel C., así como también sus condiciones económicas, el pacto de exclusividad, la remuneración y complemento de pensión por jubilación e invalidez y por fallecimiento, y se fijaba la jubilación a partir de los 60 años por decisión de la entidad, y desde los 55 años a petición propia. Los miembros del Consejo de administración habían tenido conocimiento de los términos del contrato en la sesión mencionada, toda vez que, durante la sesión de la reunión del Consejo, estuvo a disposición de los consejeros el texto del contrato. De hecho, el contenido del acuerdo vigésimo segundo

refleja ese conocimiento en cuanto faculta a uno de los copresidentes, D. Emilio B., para formalizar y ejecutar lo conveniente en orden a las relaciones contractuales de los nuevos administradores. Se pactó como remuneración por la prestación de sus servicios mientras como Consejero ocupara el cargo de Vicepresidente Primero y Consejero Delegado la suma fija mínima inicial de 1.803.037 euros brutos anuales, dividida en doce pagas mensuales, remuneración fija inicial que tendría los incrementos anuales que se le reconocieran en el futuro y quedarán consolidados dentro de la remuneración mínima. Adicionalmente, percibiría a finales de año un bonus o gratificación de fin de ejercicio en función de los criterios que el Banco libremente estableciera en cada momento. Percibiría, también, además de las dietas y participaciones estatutarias que como Consejero le correspondieran, aquellos otros conceptos que el Banco pudiera libremente fijar, tales como primas, gratificaciones, créditos en condiciones especiales, gastos de representación, etc., así como los incrementos o adiciones que en su caso pudieran reconocérsele en lo sucesivo sobre las percepciones convertidas en los párrafos precedentes. Se preveía también el importe de la pensión de jubilación. La pensión bruta anual a abonar por la Seguridad Social se vería complementada por una cantidad bruta anual que supusiera una percepción idéntica al cien por cien de la que tuviera reconocida en el momento de la jubilación, es decir el 1.803.037 euros anuales más el importe bruto del bonus del último año.

Don Ángel C. empezó a realizar sus funciones como máximo ejecutivo del banco, como vicepresidente primero y consejero delegado, dirigiendo la fusión, aprovechándose para ello de la experiencia que tenía de las tres anteriores fusiones de entidades bancarias en las que había trabajado. La experiencia en materia de fusiones bancarias fue la razón específica para ser contratado por la nueva entidad. Después de dos años de funcionamiento del nuevo banco, en el Consejo de administración de 26 de junio del año 2001, en el que el Sr. C. presentó el informe de gestión, se confirmó su nombramiento como consejero delegado para cuando finalizara el proceso de fusión, con toda clase de pronunciamientos favorables hacia su gestión, pues la fusión estaba haciéndose realidad, el proceso de fusión llevaba un camino exitoso, las acciones de la nueva entidad habían subido en su cotización más de un 40%, y en general se podía considerar como muy valiosa la actividad profesional del acusado Don Ángel C.

A los pocos meses de ser ratificado en su puesto como Vicepresidente Primero y Consejero Delegado, Don Ángel C. anunció a Emilio B. que pretendía marcharse de la Entidad. Aduciendo motivos per-

sonales, Don Ángel C. abandonó el Banco el 13 de febrero del año 2002 aprobándose la liquidación de sus retribuciones, por unanimidad, en la sesión del Consejo de Administración de ese mismo día, 13 de febrero de 2002.

Con fecha 14 de febrero del año 2002 se celebró un nuevo contrato entre Don Ángel C. G. que actuaba en nombre propio y, de otra parte, Don Ignacio B. C. de V., Director General y Secretario General del Consejo del Banco Santander Central Hispano, que actuaba en nombre y representación del Banco, expresamente facultado por acuerdo del Consejo de Administración de fecha 13 de febrero del año 2002, en el que se especificaban las sumas que percibiría Don Ángel C., que corresponden a una cantidad neta de 34.195 euros, como liquidación y total retribución correspondiente a sus servicios prestados y no abonados, quedándose saldadas y finiquitadas, incluidos los planes stock options sobre acciones pendientes de ejercitar «a la fecha de ayer».

La Comisión de Remuneraciones, de acuerdo con sus competencias, fijó la cantidad a percibir con modificación a la baja del 41,8% de la cifra resultante del criterio de cálculo estipulado en los contratos vigentes, informando de la conveniencia de imponer la condición de prohibición del ejercicio profesional de las funciones que ejercía hasta el momento en la Sociedad por un periodo de 10 años, y no oponiéndose al rescate de la pensión por el interesado.

Además, Don Ángel C. recibió la cantidad neta total de 56.254.732,98 euros correspondientes a los derechos derivados en las estipulación cuarta del contrato de 19 de abril de 1999.

CUARTO. La aprobación por las Juntas Generales de Accionistas de todos los pagos hechos por el nuevo banco a Don José María A. y Don Ángel C.

— La Memoria anual del ejercicio del año 2001 fue aprobada por la Junta General de Accionistas el día 24 de junio del año 2002. La Memoria contenía una referencia a las cifras abonadas y sus conceptos, e incluía el pago efectuado a José María A. En concreto, se hace mención a la suma de 209.000.000 euros correspondientes a las obligaciones contraídas y cubiertas por el Grupo en materia de pensiones de los miembros del Consejo de Administración del Banco, aunque ese importe no incluye referencia explícita a la percepción por Don José María A. de 43,7 millones de euros satisfechos durante el ejercicio del año 2001 con carácter extraordinario y no recurrente.

— En la Junta General Ordinaria del Banco Santander Central Hispano que tuvo lugar el 21 de junio del año 2003 fue aprobada la Memoria, en la que consta referencia explícita a las cifras abonadas a Don Ángel C. con constancia expresa de su receptor.»

La citada sentencia suscita las siguientes cuestiones, que serán objeto de este comentario:

1) Por una parte, se plantean los criterios que sirven para determinar en qué supuestos el pago de elevadas retribuciones a los administradores de sociedades anónimas puede ser una conducta constitutiva del delito de administración desleal.

2) Por otra parte, se suscita la tan debatida cuestión de la relación existente entre el delito de administración desleal y el de apropiación indebida.

I

En la fundamentación jurídica de la sentencia, la Audiencia Nacional argumenta que los pagos efectuados a Don José María A. y Don Ángel C. (en ejecución de los contratos suscritos entre D. Emilio B. y los anteriores acusados) no son conductas constitutivas de los delitos por los que son acusados en este proceso², es decir, de los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Para ello, se analizan en primer lugar los elementos del tipo penal previsto en el art. 295³, por considerar el citado Tribunal que reúne la característi-

² Los hechos objeto del proceso fueron calificados por la acusación formulada por D. Rafael P. E. como constitutivos de dos delitos de apropiación indebida previstos en el artículo 252, en relación con el artículo 250.6 del Código Penal, o, alternativamente, dos delitos societarios de administración desleal, previstos y penados en el artículo 295 del Código Penal, debiendo aplicarse el primero de los delitos dichos con preferencia al segundo conforme a lo ordenado en el artículo 8 regla cuarta del Código Penal, según sostiene dicha parte. A su vez, la asistencia letrada del acusador Don Juan Francisco F. O. calificó los hechos como dos delitos de apropiación indebida, subsidiariamente como delito continuado de apropiación indebida, o, alternativamente, como delito de administración desleal.

³ El tenor literal del art. 295 CP es el siguiente: «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 triple del beneficio obtenido».

ca de la especialidad frente a la apropiación indebida. Estos elementos son, según la Audiencia Nacional, los siguientes:

«1. Actuación de los administradores de hecho, o de derecho o los socios de cualquier sociedad, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo.

2. Actuación de esos administradores disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o contrayendo obligaciones a cargo de ésta.

3. Causación de un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios (en realidad parece estar refiriéndose a los depositantes⁴), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren».

En el primer apartado, la Audiencia Nacional analiza dos elementos del tipo objetivo («el abuso de las funciones propias del cargo» es un elemento referido a la acción típica y «la actuación de los administradores de hecho o de derecho o de los socios» es un elemento referido al autor) y otro del tipo subjetivo («la actuación en beneficio propio o de tercero»). En el segundo apartado analiza las dos modalidades que puede tener la acción típica y, por último, aborda el análisis de otro elemento del tipo objetivo —referido al resultado— («la causación de un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren»).

Pues bien, en el siguiente comentario no seguiré el orden de análisis de estos elementos que sigue la Audiencia Nacional, sino que, como es lo habitual, analizaré primero los elementos del tipo objetivo y, posteriormente, los elementos del tipo subjetivo.

⁴ Efectivamente, como correctamente apunta la Audiencia Nacional, la referencia a los «depositarios» constituye un error del legislador, que en realidad quería referirse a los «depositantes». Así lo ha señalado también la doctrina mayoritaria. Sobre esta cuestión véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 241-242.

1. Los elementos típicos referentes al autor

Como pone de relieve toda la doctrina⁵, el delito tipificado en el art. 295 es un delito especial propio, puesto que autores sólo pueden ser los administradores de derecho o de hecho (o los socios⁶).

Al respecto, la Audiencia Nacional constata que los tres acusados eran, durante el desarrollo de los hechos, administradores de derecho de entidades societarias⁷. A continuación se indica que, además de su condición de administradores, los tres acusados tenían la condición de ejecutivos, en cuanto el propio Consejo de Administración había decidido delegar en ellos las facultades que la Ley de Sociedades Anónimas permite delegar⁸.

Pues bien, la calificación que hace el citado Tribunal de los Presidentes de los citados Bancos, así como del Consejero Delegado como administradores *de derecho* es correcta. Si, como señala la

⁵ Al respecto véase por ejemplo, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 266; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, pp. 194-195; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 66, nota 114 y p. 81; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 53; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 555; GONZÁLEZ CUSSAC, *Parte especial*, p. 556; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, p. 327.

⁶ La referencia a los socios es una reiteración innecesaria, puesto que sólo los socios que a su vez sean administradores podrán ser sujetos activos de este delito. Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 327 y 336 y ss.

⁷ La Audiencia Nacional constata que Don Emilio B. fue administrador de derecho del Banco de Santander y los Sres. A. y C., del Banco Central Hispanoamericano y, posteriormente, los tres acusados fueron administradores de derecho del Banco Santander Central Hispano (Don Emilio B. y el Sr. A. eran Copresidentes y el Sr. C. Consejero Delegado)

⁸ La Audiencia Nacional considera importante resaltar que la relación que une a estos administradores con la Sociedad, como miembros del Consejo de Administración, tiene la naturaleza jurídica de un contrato de administración (una vez superada la tradicional calificación de contrato de mandato) mientras que el ejecutivo está ligado con la sociedad por una relación que primero fue calificada de contrato laboral y posteriormente de contrato de servicios de naturaleza mercantil. Pues bien, en mi opinión, a los efectos penales, no es importante determinar cuál es la naturaleza del contrato. Lo relevante para determinar la condición de autor del delito de administración fraudulenta no es tener el «*status*» de administrador, es decir, ser titular del cargo según los requisitos exigidos en la legislación mercantil, sino el ejercicio de las facultades que dicha titularidad entraña, es decir, el ejercicio de la función de administrar (al respecto, véase *infra*). Sólo desde este punto de vista puede tener importancia el hecho de que la Audiencia Nacional señale que «los ejecutivos estipulan las condiciones de prestación de sus servicios, conforme al principio general de libertad de pactos», por que puede relacionarse con el ejercicio de la citada función.

doctrina⁹, administradores de derecho son todas aquellas personas a las que la ley les atribuye la función de administrar (siempre que tengan una situación mercantil regularizada), también son administradores de derecho, y no de hecho¹⁰, los consejeros delegados, puesto que son reconocidos como tales por el art. 124. 2 d) RRM¹¹.

Por otra parte, la Audiencia Nacional constata que los administradores de derecho son también ejecutivos que tienen pleno dominio sobre el patrimonio de la sociedad¹², por lo que no hay ninguna duda de su posible condición de autores. Sólo en el supuesto de que hubieran sido altos ejecutivos sin ser administradores de derecho se hubiera podido plantear la duda sobre esta cuestión. En tal caso, hubieran podido ser calificados como administradores de hecho, si se hubiera comprobado que desempeñaban funciones que otorgaban posibilidades de dominio sobre el bien jurídico. Lo relevante no es el «status» de administrador, es decir, ser titular del cargo según los re-

⁹ Administrador de derecho es la persona dotada de las facultades que la ley atribuye a la figura del administrador, nombrado por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal y sustantivamente válido y debidamente documentado, que haya aceptado el nombramiento y se halle vigente, habiéndose practicado la inscripción del mismo en Registro Público competente. Al respecto véase BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 102, y MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, pp. 254 y 336; GALLEGO SOLER, *El concepto de administrador de hecho*, p. 153. En el mismo sentido, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 45, que administradores de derecho son aquellas personas pertenecientes al órgano de administración de las sociedades e inscritas como tales en el Registro Mercantil, es decir, los administradores que tienen una situación mercantil regularizada.

¹⁰ Consideran que los Consejeros Delegados son «administradores de hecho» GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 248; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 67 (ambos autores se refieren a los «administradores delegados») y BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, pp. 103 y 595.

Por el contrario, considera que los Consejeros Delegados son administradores de derecho RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, pp. 117-118, y *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 547.

¹¹ El art. 124.2 d) RRM establece que en el caso de que la administración de la sociedad anónima se confíe a un Consejo de administración (art. 124.1 d), el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente; no obstante, los Estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto. Cuando el Consejo —dice este artículo— mediante el acuerdo de delegación, nombre uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de actuación.

Del mismo modo, son administradores de derecho los miembros de la Comisión ejecutiva, puesto que son reconocidos como tales por el art. 124 2 d) RRM («los Estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto»). En el mismo sentido véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 547.

¹² A esta cuestión me referiré *infra*.

quisitos exigidos en la legislación mercantil, sino el ejercicio de las facultades que dicha titularidad entraña, es decir, el ejercicio de la función de administrar¹³.

2. Los elementos típicos referentes a la acción típica

Tras el análisis de los hechos, la Audiencia Nacional concluye que no puede estimarse probado el cumplimiento del presupuesto del tipo penal relativo al abuso de funciones propias de los administradores, argumentando que las pruebas practicadas en el juicio oral, especialmente la documental y testifical, acreditan que tanto los contratos celebrados entre D. José María A. y D. Emilio B. como los celebrados entre este último y D. Ángel C. fueron conocidos, aprobados y ratificados por el Consejo de Administración del Banco Santander Central Hispano, que es el órgano competente para fijar las retribuciones de los administradores. Al respecto, la Audiencia Nacional señala lo siguiente:

«Las conductas no serán típicas si se realizan respetando los límites de las atribuciones concedidas a los administradores por la ley o los correspondientes estatutos sociales. La actuación con abuso de las funciones del cargo es un elemento normativo del tipo cuyo contenido no se encuentra en el Derecho Penal sino en el Derecho Mercantil, siendo manifiestas y conocidas las deficiencias en la normativa mercantil en materia de remuneración de los administradores de las sociedades anónimas, tanto en cuanto a su naturaleza y límites como en cuanto al órgano competente para fijarlas. No hay reglas, topes, máximos o mínimos establecidos en orden a la fijación de estas retribuciones, ni en la Ley de Sociedades Anónimas, ni en los Estatutos del BSCH. Estas retribuciones dependen de criterios de oportunidad, necesidad, calidad, eficacia en la gestión, etc. ...En cuanto al órgano societario competente para fijar y contratar las retribuciones de los administradores, ni la Ley de Sociedades Anónimas ni los Estatutos del BSCH contienen norma alguna al respecto. Ni la propia Ley de Sociedades Anónimas ni los Estatutos del BSCH otorgan a la Junta General de Accionistas esa facultad...¹⁴. En consecuencia, la única con-

¹³ Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 331 y ss.

¹⁴ La Audiencia Nacional dice también lo siguiente: «El artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas regula el contenido de la Memoria, que deberá contener, además de las indicaciones especificadas en el Código de Comercio y por esta Ley, «el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros de los órganos de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de

clusión a la que puede llegarse es que incumbe al Consejo de Administración la fijación de las retribuciones de los administradores»¹⁵.

Pues bien, lo que excluye el «abuso de las funciones propias del cargo» no es la ratificación *formal* por parte del Consejo de Administración de las acciones de los administradores. A los efectos del tipo penal, lo que ha de quedar acreditado para excluir la tipicidad es que las acciones de los administradores sean realmente *conocidas* por el Consejo de Administración, con el fin de demostrar que el administrador no ha utilizado las posibilidades de acceso al objeto del bien jurídico protegido (el patrimonio de la sociedad)¹⁶ que le otorga su posición de «dominio social». Con la expresión «con abuso de las funciones propias de su cargo» se define el fundamento del desvalor de la acción en los delitos especiales: la relación de dominio social del autor sobre el bien jurídico¹⁷. El delito regulado en el art. 295 es

pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración. Estas informaciones se darán de forma global por concepto retributivo». Esa memoria debe ser realizada por el órgano de administración (art. 171 y 172 de la LSA) y posteriormente debe ser sometida a la aprobación de la Junta General de Accionistas. Del contenido de estos preceptos parece desprenderse que si estuviera atribuida a la Junta General de Accionistas la fijación de las retribuciones de los administradores, no sería obligatorio que constase en la propia Memoria que deben realizar los administradores, y debe ser aprobada por la Junta General de Accionistas».

¹⁵ En la sentencia también se señala lo siguiente: «De la prueba practicada en el plenario se desprende que el proceso de fijación de retribuciones de los Sres. A. y C. ha sido absolutamente transparente, dado que, puntualmente se ha dado cuenta al Consejo de Administración del contenido de los contratos, el propio órgano de administración los ha aprobado y ratificado o ha facultado para la celebración de los mismos, e incluso posteriormente se ha dado cuenta de su contenido a la propia Junta General de Accionistas que, al menos, en tres ocasiones también los ha aprobado».

¹⁶ Sobre el bien jurídico que, a mi juicio, tutela el delito de administración fraudulenta regulado en el art. 295 CP («la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico») véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 125 y ss. y 219 y ss.

¹⁷ En mi opinión es rechazable la opinión de la doctrina mayoritaria, que señala, siguiendo la opinión dominante acerca del fundamento de los delitos especiales, que el desvalor de la acción característico de este delito, que se define con la expresión «con abuso de las funciones propias del cargo», se centra en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes propios del cargo. Como ha señalado GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 332 y ss., el rechazo de la categoría del «delito consistente en la infracción de un deber» no supone negar que en los delitos especiales haya elementos referidos a la infracción de un deber. En los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo, pero ello no nos revela la esencia de los mismos. La lesión de un deber extrapenal —formalizado o no— puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial. Si el Derecho penal tiene un carácter fragmentario, sancionando sólo las formas más graves de agresión a los bienes jurídicos, una contemplación a mi-

un «delito de dominio social», en el que el elemento del «abuso del cargo» describe la posición de dominio del ámbito de protección de la norma de que goza el administrador de una sociedad mercantil¹⁸.

La sociedad mercantil es una estructura social «cerrada»¹⁹ porque la función y el potencial de actividad a los que sirven son monopolio de una determinada *clase* de sujetos. Por ello, los bienes jurídicos que se inscriben en dicha estructura social son sólo accesibles a aquella clase de sujetos que en virtud de las competencias o del potencial de actividad que les atribuye la función que realizan ostentan un «dominio sobre la estructura social». De esta manera, cuando el legislador parte de que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, la construcción de tipos delictivos especiales no la orienta en la idea negativa de la infracción del deber que incumbe al papel social desempeñado por el sujeto, sino en la idea positiva del ejercicio del poder mediante la actualización de una función, es decir, se guía por el criterio rector del dominio sobre la estructura social, o lo que es lo mismo, por el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Este «dominio sobre la estructura social» da lugar a que los administradores puedan «disponer de los bienes de la sociedad» o «contraer obligaciones a su cargo»²⁰ interviniendo ellos mismos en la

nore ad maius nos pone de manifiesto que, en realidad, la afirmación de que la esencia de los delitos especiales está en la infracción de un deber no es más que una tautología. Que el que administra fraudulentamente los bienes de la sociedad infringe su deber como administrador está fuera de toda duda. Si se infringe dicho deber con acciones de menor gravedad, que no alcanzan por ello rango penal está claro que dicho deber se va a infringir cuando se perjudica a la sociedad con la intención de perseguir el propio beneficio. Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 263 y ss.

¹⁸ Los administradores ostentan lo que GRACIA MARTÍN *El actuar en lugar de otro*, I, p. 357, denomina «dominio social», que define como la posibilidad normativa de ejercicio del dominio del hecho.

¹⁹ Sobre la diferenciación entre estas estructuras sociales «cerradas» y las estructuras sociales susceptibles de alojar bienes jurídicos protegidos por el derecho penal que permanecen «abiertas», es decir, que permiten que cualquier ciudadano se sirva de ellas en un momento determinado para realizar una actividad social véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 356 y ss.

²⁰ El abuso de las funciones propias del cargo se concreta en dos modalidades de acción: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y la contracción de obligaciones a cargo de ésta. Sobre los supuestos que pueden encuadrarse en cada una de las modalidades comisivas véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 268 y ss. y 307 y ss.

Pues bien, las conductas que son analizadas en esta sentencia, de ser consideradas típicas, se encuadrarían en el inciso correspondiente a la «disposición de los bienes de la sociedad».

conclusión del negocio jurídico, en el caso de que tengan atribuida esta competencia, o en el caso de que no la tengan, engañando o no diciendo toda la verdad al resto de los miembros del Consejo de Administración para que les autorice y faculte para realizar un negocio jurídico o para que el órgano en cuestión adopte el correspondiente acuerdo que perjudique a la sociedad. Este engaño, sin embargo, no es constitutivo del delito de estafa²¹ sino únicamente una de las formas de que dispone el administrador de realizar la acción que perjudica a la sociedad.

El propio funcionamiento de la empresa, basado en el principio de división del trabajo, obliga a que el Consejo de Administración delegue sus facultades en determinados sujetos (Consejeros Delegados o Comisión ejecutiva), de tal forma que, en principio, deben confiar en que éstos realizan correctamente su función. Si los Consejeros Delegados proponen un negocio jurídico, el resto de los miembros del Consejo de Administración o de la Comisión Ejecutiva deben confiar en que no lo hacen con ánimo de lucro, pues, de lo contrario, el funcionamiento de la sociedad se paralizaría. Ello es una exigencia del propio devenir del tráfico económico que exige la adopción de decisiones rápidas.

Desde este punto de vista, ha de valorarse positivamente la referencia que se hace en la sentencia a la «transparencia», como criterio que sirve para determinar si el administrador ha actuado o no «con abuso del cargo». Sólo si el Consejo de Administración aprueba un acuerdo adoptado por los Consejeros Delegados o la Comisión Ejecutiva del que haya tenido un conocimiento exhaustivo podrá excluirse el «abuso del cargo» por parte de estos últimos.

En este sentido, la Audiencia Nacional señala que la prueba testifical practicada en el acto del juicio demuestra que no es cierta la alegación de las acusaciones, que tratan de acreditar que los Consejeros no habrían tenido cabal conocimiento del contenido de los contratos porque no se habrían leído en las respectivas sesiones que los aprobaron. Al respecto la Audiencia Nacional dice lo siguiente²²:

«Respecto del acusado Sr. A., en el juicio oral declaró el testigo Don Ignacio B., Secretario General del Consejo de Administración desde la fusión, quien fue extensamente preguntado por esta cuestión,

²¹ La Audiencia Nacional consideró que este engaño era constitutivo del delito de estafa en la sentencia de 31 de marzo de 2000 (se trata de los casos «Centro comercial Concha Espina» y «Oil Dor» que se juzgan en el famoso «Caso Banesto»).

²² Voy a reproducir los párrafos más importantes.

respondiendo reiteradamente que los Consejeros tuvieron perfecto conocimiento del contenido de los contratos aún antes de las respectivas sesiones del Consejo; que los contratos estaban a disposición de los Consejeros en una mesa auxiliar durante la celebración de la sesión; que incluso cuando los documentos iban al Consejo su contenido ya era conocido por los consejeros, quienes habían prestado su conformidad y que, en definitiva, aunque en las sesiones del Consejo no fueron leídos los contratos, los Consejeros tuvieron suficientes elementos de juicio para valorar los documentos antes de dar la conformidad con su contenido».

Así, Don Santiago F. declaró en el juicio oral que en el Consejo de Administración de fecha 17 de abril de 1999 «no se leyó el contrato firmado por el Sr. B. y el Sr. A., y explica que fue un Consejo muy largo, había que nombrar los cargos, crear las comisiones ... y el Secretario leyó las propuestas de acuerdo que se iban a votar. Esas propuestas no se leían íntegramente porque figuraban en una mesa donde estaban a disposición de los Consejeros unas dos o tres horas antes del Consejo, y por tanto al llegar a la votación de la propuesta de las cuantías de jubilación de los Consejeros ejecutivos provenientes del BCH ya se conocían. Recuerda que él se acercó a la mesa y vio el contrato de los tres, A., C., y E.». Añadió que al ver el contrato «vio la cifra» que estaba «escrita a mano».

El testigo D. Pedro José B. declaró «el día del Consejo reparó sólo en la mesa en el contrato del Sr. A., pero suponía que estaban los demás», «él no leyó el contrato porque tenía las explicaciones del Sr. A. antes del Consejo y no le hizo falta».

Por último, el testigo D. Antonio de H., letrado asesor del Consejo de Administración y vocal de la Comisión Ejecutiva declaró respecto del Consejo de 17 de abril de 1999: «al leer el acuerdo ningún consejero hizo la más mínima reserva ni comentario; que ese documento estuvo a disposición de los Consejeros durante esa reunión, y así le consta; antes de los Consejos se cuidaba de ello». Añadió que él mismo «puso la cifra a mano por confidencialidad, esa confidencialidad era frente a miradas indiscretas, pero por supuesto que el Consejo debe tener pleno conocimiento de esa cantidad»... y también que en el documento que fijaba los principios de la fusión «no había nada a mano porque no hay cantidades».

En fin, en igual sentido declaró el testigo D. José Manuel A. Con respecto al Sr. C., en el propio Consejo de 17 de abril de 1999 se facultó al Sr. B. para celebrar con él los contratos que tuviera por conveniente, luego es evidente que todos los Consejeros tuvieron conocimiento de las condiciones que se iban a pactar.

Respecto de la sesión de 17 de abril de 1999 declaró que «nadie leyó el contrato en voz alta en el Consejo; nadie explicó con detalle el contenido del contrato, porque esos documentos habían sido despachados previamente por los Consejeros, y así se lo comunicaron los Presidentes. Además, los habían tenido los Consejeros previamente a su disposición, que la lectura de estos contratos no es la práctica habitual, porque si no, no se acabaría nunca. Los Consejeros pueden revisar la documentación y ya tienen un conocimiento previo de la misma».

En cuanto a la incorporación de los documentos al acta declaró que «según su experiencia, los documentos contractuales se incorporaron al anexo pero no al libro de actas, porque sería un libro inmanejable».

Pues bien, en mi opinión, el hecho de que «la lectura de los acuerdos no fuera la práctica habitual», de que «el Sr. B estuviera facultado para celebrar esos contratos», o de que «los contratos estuvieran a disposición de los Consejeros en una mesa auxiliar durante la celebración de la sesión»²³, no demuestra que los Consejeros tuvieran conocimiento de su contenido, sino que únicamente demuestra que los administradores tenían pleno dominio sobre el patrimonio de la sociedad. En mi opinión, las únicas declaraciones que sirven para argumentar que no hubo abuso son las que ponen de manifiesto que «los Consejeros tuvieron conocimiento del contenido de los contratos antes de las respectivas sesiones del Consejo».

Por otra parte, en relación con la cuestión de la transparencia en la gestión de los administradores hay que señalar que la Audiencia Nacional expone este criterio cuando analiza si en el caso se da el elemento típico del ejercicio *fraudulento* de las funciones de los administradores. Al respecto, dice lo siguiente:

«El concepto de fraude es especialmente ambiguo. Parece referirse al engaño en la actuación de los administradores de la sociedad. La actuación con fraude es actuación con malicia defraudatoria, con engaño. La actuación fraudulenta del administrador supone en definitiva un quebranto del deber de lealtad establecido en el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas²⁴, que se quebranta incumpliendo al-

²³ Esta descripción de los hechos por parte de los testigos pone de manifiesto el «dominio» que sobre el patrimonio de la sociedad tenía el Sr. B.

²⁴ En el art. 127 LSA no se regula el deber de lealtad, sino el deber de diligencia. Tras la reforma de la LSA que llevó a cabo la Ley 26/2003, de 17 de julio, el deber de diligencia se regula en el art. 127, el deber de lealtad en el art. 127 ter, y además, en el art. 127 bis se regula el deber de fidelidad.

guno de estos tres principios de actuación: a) El deber de transparencia; b) La observancia de un procedimiento que elimine los abusos en los conflictos de intereses²⁵; c) La inobservancia de la equidad en la actuación del administrador²⁶.

En definitiva, cuando la Audiencia describe los criterios que determinan si la actuación es fraudulenta (a través de la delimitación del deber de lealtad²⁷) está intentando averiguar si hay un «abuso de las funciones propias del cargo»²⁸. Ello se debe a que el término «fraudentamente», que utiliza el legislador en la descripción típica, es un término absolutamente superfluo, que debe interpretarse como

El tenor literal del art. 127 LSA es el siguiente: «1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones».

²⁵ En relación con esta cuestión señala la Audiencia Nacional lo siguiente: «El incumplimiento de un procedimiento que elimine los abusos en los conflictos de intereses tampoco se ha producido en este caso, por cuanto los contratos han sido conocidos, valorados, aprobados y ratificados por el Consejo de Administración e incluso por la propia Comisión Ejecutiva del Banco, y posteriormente, han sido conocidos y aprobados en las Juntas Generales de Accionistas, como antes se ha referido». Pues bien, como puede verse, en este apartado la Audiencia Nacional se refiere de nuevo a la transparencia con la que han actuado los administradores.

²⁶ En este apartado analiza la Audiencia Nacional si las cantidades percibidas por los Sres. A. y C. guardan proporción con el valor de los servicios que los mismos prestaron al banco en relación con el volumen de negocio del nuevo banco surgido de la fusión, lo que se relaciona con la cuestión del posible perjuicio al patrimonio de la sociedad, a la que me referiré en el siguiente apartado.

²⁷ Hay que poner de relieve que en el delito de administración fraudulenta regulado en el art. 295 lo protegido no son «los deberes de lealtad y fidelidad». El abuso del cargo, con infracción de los citados deberes, no es más que el medio, especialmente peligroso, de que dispone el administrador para lesionar el patrimonio ajeno (como he señalado *supra*, el elemento típico del «abuso del cargo» describe la relación de dominio social sobre el bien jurídico). Por otra parte, si el reproche penal consistiera en «actuar con deslealtad» no habría forma de diferenciar qué es lo que determina la mayor gravedad que justifica la intervención penal. Lo que diferencia el delito de administración desleal de otras conductas que deben sancionarse por otros sectores del Ordenamiento Jurídico es que el administrador que abuse del cargo lo haga con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero. Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 339 y ss.

²⁸ En la sentencia de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto») el Tribunal Supremo señala que «el reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen el art. 127 LSA y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado».

una reiteración de los elementos típicos que hacen referencia al específico desvalor de la acción²⁹: el que expresa la relación de dominio social del autor con respecto al bien jurídico («con abuso de las funciones propias del cargo») y el elemento subjetivo del ánimo de lucro («en beneficio propio o de un tercero»³⁰)³¹.

Así pues, el significado del término «fraudulentamente» no es el de «engaño», en el sentido del delito de estafa. Como ya he señalado, la conducta típica puede incluir un engaño (por ejemplo, los administradores pueden engañar al Consejo de Administración o a la Comisión Ejecutiva para que adopte o ratifique un acuerdo que perjudique a la sociedad y los beneficie a ellos o a un tercero³²) pero ese engaño no constituye la esencia del delito. El engaño es posible porque el Consejo de Administración o la Comisión Ejecutiva, debido al funcionamiento que caracteriza a las grandes sociedades mercantiles, confía en los administradores delegados. Ello es debido al cargo que ocupan y, por tanto, en estos supuestos la esencia de la ilicitud de la conducta sigue siendo el «abuso de las funciones propias del cargo», es decir, el ejercicio de una posición de dominio³³.

Por último es necesario señalar que, aunque se hubiera demostrado en la prueba practicada en el juicio oral que el acusado que actúa en representación del Banco Santander Central Hispano (el Sr. Emilio B.) había actuado con abuso de las funciones propias de su cargo, por no haber obrado con total transparencia, sólo se podría argumentar la existencia de un delito de administración desleal si la actuación realizada en beneficio de terceros (los acusados que reciben las retribuciones a las que se ha hecho referencia) hubiera producido a la sociedad un perjuicio patrimonial³⁴, extremo que paso a analizar a continuación.

²⁹ En el mismo sentido véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 43 nota 68; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, pp. 356 y ss.; FOFFANI, *I reati societari*, p. 82; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, p. 143; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, pp. 277-278.

³⁰ En este sentido dice SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 186, que la disposición de los bienes de la sociedad es fraudulenta cuando la administración del patrimonio va orientada al beneficio de los administradores, fin ajeno al societario; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, pp. 181, considera que por «disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad» debe entenderse la utilización o aprovechamiento de los administradores, de los bienes de la sociedad, en beneficio propio o de terceros, sin que la sociedad obtenga una adecuada compensación.

³¹ Sobre el citado elemento subjetivo véase *infra*.

³² Así ocurría en el «Caso Banesto».

³³ En ese sentido véase SHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, nm. 20, pp. 30 y ss.

³⁴ Siembre, claro está, que el citado perjuicio al patrimonio social esté abarcado por el dolo y se den el resto de los elementos típicos.

3. Los elementos referentes al resultado

En relación con el resultado del delito de administración fraudulenta dice la Audiencia Nacional lo siguiente: «No está claro que el perjuicio patrimonial se irrogue a la Sociedad, puesto que el propio tipo se refiere solamente a socios, depositarios, etc., pero en todo caso ese perjuicio patrimonial brilla en el supuesto enjuiciado por su ausencia».

Pues bien, en mi opinión, si hay algo claro en la redacción del delito societario de administración fraudulenta³⁵ regulado en el art. 295 CP es que el objeto de la acción son los elementos que forman parte del patrimonio de la sociedad. Por lo tanto, el perjuicio al patrimonio de ésta debe ser necesariamente el resultado típico o característico de la acción de administración fraudulenta^{36, 37}. Para esta interpretación no es un obstáculo el hecho de que el legislador no se haya referido expresamente al resultado de lesión del patrimonio social porque en la mayoría de los delitos de resultado no lo hace. Normalmente, la propia descripción de la acción típica lleva implícito el resultado del delito³⁸. De la disposición fraudulenta de los bienes *de la sociedad* o de la contracción de obligaciones a cargo *de ésta* se deriva inequívocamente un resultado (de lesión o de peligro concreto³⁹) para el patrimonio de la sociedad. Se prohíbe esta acción porque es una acción idónea, es decir, racionalmente capaz, de producir un resultado de lesión o de peligro concreto para el patrimonio social⁴⁰.

³⁵ El tenor literal del precepto está plagado de incorrecciones.

³⁶ Sobre esta cuestión véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 228 y ss.

³⁷ Como ya he señalado *supra*, en mi opinión, el resultado de lesión del patrimonio de la sociedad identifica la afección del bien jurídico colectivo «permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico». Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 219 y ss.

³⁸ Así, por ejemplo, en el delito de homicidio la descripción típica es «el que matare a otro.....». Con el verbo «matar» se está haciendo referencia a la acción y al resultado, mientras que con en el inciso «...a otro» se contiene la descripción del objeto de la acción. De la misma manera, cuando el legislador utiliza la expresión «...dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta» está haciendo referencia a la acción típica (cuyo objeto son los bienes de la sociedad) y al resultado del delito (el perjuicio para el patrimonio social).

³⁹ Los argumentos que avalan que en el art. 295 CP el resultado que se ocasiona al patrimonio de la sociedad es un resultado de lesión (resultado material) y no de peligro concreto pueden verse en MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 260 y ss.

⁴⁰ De la misma forma que, por ejemplo, se prohíbe «matar», es decir, se prohíbe la realización de acciones racionalmente capaces de producir el resultado de muerte de una persona.

En relación con la cuestión del perjuicio al patrimonio de la sociedad, concluye la Audiencia Nacional que no ha quedado acreditado que las percepciones de los Sres. A. y C. produjeran perjuicio alguno al Banco Santander Central Hispano. Al respecto dice que no se puede confundir lo que es un gasto en la gestión del banco (el pago de ejecutivos de alta dirección⁴¹) con un perjuicio irrogado a la sociedad y, para argumentar que el citado perjuicio no existe, atiende a la comparación de esas retribuciones con las de otros altos ejecutivos de entidades financieras similares al banco nacido de la fusión.

Al respecto, la Audiencia Nacional señala lo siguiente:

«Partiendo de la prueba practicada en el juicio oral, esa comparación fue formulada insistentemente por las defensas, e incluso por el propio acusado Don Emilio B. en su declaración en el juicio oral, en el que aportó datos significativos en relación con las retribuciones de los altos ejecutivos de entidades financieras de ámbito mundial. En igual sentido declaró en el juicio el Sr. Anthony G. presidente de la entidad Towers Perrin, firma internacional especializada en la materia, quien ratificó el informe emitido, añadiendo a preguntas del Ministerio Fiscal que las retribuciones de los acusados se encuentran en el abanico de las cifras que se manejan para los primeros ejecutivos de las grandes empresas internacionales. Por último, también es ilustrativa a este respecto la testifical de D. Matías R. I., quien declaró en el juicio oral que el Sr. B. le pidió que le informara sobre unos rangos internacionales de retribuciones de grandes entidades corporativas para disponer de esas cifras. Explicó que se asesoró, consultó a través de Internet las memorias de grandes grupos internacionales, y en aquel momento se separaban dos conceptos, retribuciones anuales y derechos acumulados a través de las stock-options. Recordaba que había un rango superior que podía oscilar entre los doscientos y doscientos veinte millones de dólares, y en el rango inferior oscilaban en torno a los veinte o veinticinco millones de dólares. La cifra acumulada por stock options podía llegar a los cuatrocientos o quinientos millones. Trasmitió esa información al presidente, y el 15 de enero le preguntó si la cifra de cuarenta y tres millones estaba de acuerdo con la información facilitada. Esa cifra entraba dentro del rango llamado «rango comparativo internacional y a él le pareció razonable».

Esa comparación con las retribuciones de los altos ejecutivos de entidades financieras de ámbito mundial me parece correcta. Sin

⁴¹ Al respecto, la Audiencia Nacional señala que este gasto se contabilizó en los Balances aprobados por las respectivas Juntas Generales de Accionistas del Banco Santander Central Hispano. Esa contabilidad —dice el citado Tribunal— está acreditada mediante prueba documental, y mediante las declaraciones del Inspector del Banco de España.

embargo, más importantes aún me parecen los argumentos que se refieren a las cualidades profesionales de los perceptores de las retribuciones⁴² y a que la citada fusión fue un éxito.

Sobre la citada argumentación voy a reproducir los párrafos que me parecen más importantes:

«No hay reglas, topes, máximos o mínimos establecidos en orden a la fijación de estas retribuciones, ni en la Ley de Sociedades Anónimas, ni en los Estatutos del BSCH. Estas retribuciones dependen de criterios de oportunidad, necesidad, calidad, eficacia en la gestión, etc. ...

La razonabilidad del importe total hay que apreciarla teniendo en cuenta todos los criterios en cuya función lo fijó y pactó la administración del propio BSCH (entre ellos, cualidades personales, académicas y profesionales del perceptor; estado del «mercado de ejecutivos» en el sector, incidencia de la gestión en los resultados).

En este sentido, ni la ley ni los códigos de buen gobierno establecen límites a la cuantía de las retribuciones pactadas al amparo de la autonomía de la voluntad en una economía de mercado, sino que señalan pautas de comportamiento orientadas a hacer posible la contratación de personas competentes e idóneas, en función de la relevancia de sus servicios y de los rendimientos.

Así, el pago del bonus en agosto de 2001 a D. José María A. y el pago de la pensión de jubilación a D. Ángel C. en febrero de 2002, se corresponden a los conceptos ya mencionados anteriormente por los que se fijan las retribuciones de los Administradores Ejecutivos del Banco. Se trata de la remuneración por tareas de las facultades delegadas por el Consejo de Administración, y en definitiva, son un gasto de la Sociedad. Las directrices para su fijación no están en la Ley de Sociedades Anónimas ni siquiera en el artículo 37.4 de los Estatutos de la Sociedad, y ello es lógico porque en definitiva estamos ante una función que debe ser desempeñada por quien está especialmente cualificado para ello; su retribución debe ser fijada en función de los postulados del mercado. En el seno del principio de la libertad de empresa, si es posible se contrata a los mejores, que, a su vez, perciben retribuciones muy elevadas por desarrollar su función. Y en este punto, el Tribunal, y mucho menos un Tribunal Penal, no puede suplir los mecanismos de funcionamiento del mercado financiero. Los criterios para la fijación de estas remuneraciones deben ser fijados por quien contrata, es decir, por el propio Consejo de administración que, una vez definidas las necesidades de la empresa, busca al alto ejecutivo que pueda llevarlas a cabo con eficacia y con éxito. Desde este

⁴² En los fundamentos de hecho se señala que la experiencia en materia de fusiones bancarias de Don Ángel C. (tenía la experiencia de las tres anteriores fusiones de entidades bancarias en las que había trabajado) fue la razón específica para ser contratado por la nueva entidad Don Ángel C.

punto de vista, se tendrán en cuenta la cualificación profesional del alto ejecutivo al que se paga, la responsabilidad que se le atribuye, el riesgo que asume con su labor, el volumen de negocios, la complejidad de las tareas que debe realizar, los beneficios que aporta su gestión, la dificultad de su tarea, etc. Del éxito de la gestión del alto ejecutivo dependerá, en definitiva, la obtención de beneficio por la entidad y el beneficio del accionista.

La cifra del bonus de Don José María A. y de la pensión de jubilación de Don Ángel C. pueden sorprender por su cuantía, pero esta cuantía debe ser puesta en relación con la responsabilidad que se les encomendó. Se trataba en definitiva de hacer realidad la fusión de dos entidades bancarias de primer orden nacional, y obtener éxito en esa fusión. La tarea se cumplió con eficacia, cumpliéndose las conclusiones a las que había llegado, en su día, el propio Banco de España cuando aprobó la fusión bancaria proyectada (documental obrante a los folios 1532 y siguientes), convirtiendo al BSCH en un grupo financiero de primer orden en el ámbito financiero internacional.

Si ciertamente las retribuciones de ambos acusados fueron elevadas, no se ha practicado prueba alguna que permita concluir que esas remuneraciones han sido desproporcionadas en relación con el volumen de negocio creado como consecuencia de la fusión, y administrado por los acusados, Sr. A. y Sr. C., durante el tiempo que ejercieron sus cargos.

Así es relevante, en este sentido, el testimonio del profesor Sr. O., quien a preguntas de la defensa del acusado Sr. C. declaró en el acto del juicio que en el análisis de su contrato no había encontrado irregularidad alguna, tratándose de contratos realizados con regularidad, y conforme a las prácticas de buen gobierno de las sociedades».

Efectivamente, para entender que no ha sido cometido el delito de administración desleal es fundamental argumentar que el pago de esa retribución —que, aunque parezca desorbitada, parece estar dentro de los parámetros retributivos de las grandes entidades financieras— tiene como fin la obtención de un beneficio para la sociedad. Debe acreditarse que las altas retribuciones a los administradores tienen como causa el beneficio (directo) que la fusión tiene para las sociedades fusionadas, así como el beneficio (indirecto) que la citada fusión pueda tener para los terceros cuyo patrimonio se integra jurídicamente en el patrimonio de la sociedad (socios, depositantes, cuotapartícipes, obligacionistas...) ⁴³. En este sentido, es correcto que

⁴³ El art. 295 CP regula un delito de administración fraudulenta *de la sociedad* por parte de sus administradores. Por ello, el resultado adicional de perjuicio exigido en el tipo (en mi opinión, el legislador utiliza una estructura paralela a la de un delito calificado por el resultado. Al respecto, véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 253 y ss) sólo puede referirse a los socios y a los terceros cuyo patrimonio se integra jurídicamente

la Audiencia Nacional señale que «del éxito de la gestión del alto ejecutivo dependerá, en definitiva, la obtención de beneficio por la entidad y el beneficio del accionista» y, posteriormente, acredite el éxito de la citada fusión.

En mi opinión, para determinar si ha existido un perjuicio al patrimonio social hay que partir del denominado concepto personal⁴⁴ de patrimonio según el cual a la hora de determinar el perjuicio patrimonial debe atenderse no tanto a la disminución contable del patrimonio, como a la merma de la capacidad económica del titular del patrimonio, concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades del titular. La equivalencia de la contraprestación obtenida debe realizarse en función de su idoneidad para satisfacer aquellos fines, y no simplemente en función del valor objetivo del mercado que se fija de manera abstracta y convencional. La frustración del fin pretendido con la aplicación patrimonial, o su reverso, la obtención del fin, ocupa el lugar central en la determinación de la lesión patrimonial. Por tanto, existe daño patrimonial no sólo con la pérdida no compensable de un bien patrimonial concreto o con la disminución de la suma de bienes patrimoniales, sino también en los casos en que se perturba una función patrimonial, se liga el patrimonio a fines que no se corresponden con la voluntad del titular o se malogran esos fines⁴⁵. De este modo, siempre que la decisión de realizar un negocio jurídico no se adopte por razones de racionalidad económica, dentro del desarrollo del objeto social, sino que sea el instrumento para procurar un beneficio personal a los administradores, deberá entenderse que se ha producido un perjuicio patrimonial a la sociedad. Desde este punto de vista, para excluir la existencia del delito de administración fraudulenta es fundamental acreditar que el pago de elevadas retri-

en el patrimonio de la sociedad, puesto que sólo en estos supuestos se puede producir un perjuicio económicamente evaluable *que derive del perjuicio al patrimonio de la sociedad*. Si únicamente los elementos patrimoniales que forman parte del patrimonio de la sociedad pueden ser el objeto de la acción, el resultado adicional exigido en el tipo sólo puede referirse al patrimonio de los sujetos que puede ser afectado «indirectamente», por medio de la afectación del patrimonio de la sociedad. Así pues, el citado delito no castiga la administración fraudulenta del patrimonio de los terceros cuyo patrimonio se mantiene jurídicamente separado del patrimonio de la sociedad. Al respecto véase MAYO CALDERÓN, ob. cit., pp. 236 y ss.

⁴⁴ Una completa exposición de las teorías acerca del concepto penal de patrimonio puede verse en ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales*, pp. 93 y ss., y GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, pp. 106 y ss.

⁴⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p. 142.

buciones a los administradores no produce una frustración del fin económico perseguido por la sociedad (la obtención de beneficios). Pues bien, a estos efectos es correcto —como ya he señalado— que la Audiencia Nacional acredite que las tareas que en la fusión desempeñaron los acusados eran totalmente necesarias, dada su experiencia, para llevarla a cabo, así como que la fusión fue un éxito, convirtiendo al Banco Santander Central Hispano en un grupo financiero de primer orden en el ámbito financiero internacional.

Por último, en relación con el resultado del delito hay que señalar que, al acreditarse en la sentencia que no se produce un perjuicio para el patrimonio de la sociedad, ya no es necesario analizar si se produce un perjuicio para los sujetos enumerados en el precepto (socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren), puesto que el perjuicio para estos sujetos es un perjuicio indirecto que sólo puede derivarse del perjuicio (directo) al patrimonio de la sociedad.

4. El tipo subjetivo

Como el Tribunal llega a la conclusión de que no se da el resultado de perjuicio a la sociedad, no se refiere al dolo⁴⁶.

Sin embargo, sí dice algo con respecto a la expresión «en beneficio propio o de terceros», que, en opinión de la doctrina mayoritaria, hace referencia a la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto, que no es otro que el conocido como «ánimo de lucro».

Pues bien, me parece sorprendente que la Audiencia Nacional considere que con esta expresión no se hace referencia a ningún elemento del tipo. Literalmente, dice lo siguiente: «En relación con el beneficio propio o de terceros a que se refiere el tipo penal, el Tribunal entiende que la búsqueda de beneficio es un elemento consustancial a las relaciones ordinarias en el tráfico mercantil, pero lo que convierte en típica la acción, como elemento del delito societario, es que los administradores hayan actuado con abuso de las funciones propias de su cargo».

En la doctrina penal la expresión «en beneficio propio o de un tercero» es interpretada de dos maneras diferentes (la doctrina mayo-

⁴⁶ La tesis que mantengo, según la cual el art. 295 CP ha adoptado en su configuración típica una estructura paralela a la de un delito calificado por el resultado, determina que el dolo deba abarcar el perjuicio para el patrimonio de la sociedad, mientras que con respecto al resultado adicional, esto es, el de perjuicio para socios o terceros, puede concurrir dolo o imprudencia. Al respecto, véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 353 y ss.

ritaria⁴⁷ considera que se trata de un elemento subjetivo de lo injusto mientras que MARTÍNEZ-BUJÁN⁴⁸ considera que la obtención de un beneficio por parte del sujeto activo o de otra persona es un elemento del tipo objetivo diferente del perjuicio irrogado al sujeto pasivo⁴⁹) pero, en cualquier caso, parece claro que se trata de un elemento del tipo. El hecho de que la búsqueda de beneficio sea un elemento consustancial a las relaciones ordinarias en el tráfico mercantil nada tiene que ver con la actuación del administrador que vacía patrimonialmente la sociedad que administra en su propio beneficio o el de un tercero.

En mi opinión⁵⁰, la expresión «en beneficio propio o de tercero» hace referencia a la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto,

⁴⁷ Véase NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, pp. 286-287 y 324, que considera; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 95; SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos societarios*, p. 73; GONZÁLEZ CUSSAC, *Parte especial*, p. 557; FARALDO CABANA; *Los delitos societarios*, 1996, pp. 155-156 (en *Los delitos societarios*, 2000, no se refiere a esta cuestión); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p. 128, y LA MISMA, *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 557; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, pp. 444 y 450 a 452; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, pp. 345-346; BACIGALUPO ZAPATER, *Los delitos societarios*, 1998, p. 143; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, 1998, p. 146 y EL MISMO, *Algunas reflexiones*, 2001, p. 1270; EIRANOVA ENCINAS, *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, p. 220; MANZANARES SAMANIEGO, *Los administradores y altos directivos*, p. 297; MARTÍN PALLÍN, *Código penal*, p. 1929; MORALES PRATS, *Dos cuestiones sobre delitos societarios*, 1999, p. 51; QUERALT JIMÉNEZ, *Parte especial*, p. 378 y EL MISMO, *La corrupción en los negocios*, pp. 60-61; SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios*, p. 383; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 191.

⁴⁸ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 42 y notas 66 y 67. De esta manera, el citado autor cambia su opinión con respecto a lo que había mantenido en trabajos anteriores (al respecto véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos societarios*, 1996, p. 505; *Los delitos societarios*, 1998, p. 225; *Derecho penal económico. Parte especial*, 1999, pp. 277-278) en los que sostuvo que la expresión «en beneficio propio o de tercero» contiene un elemento subjetivo de lo injusto.

⁴⁹ El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto») parece que considera que el beneficio es un elemento objetivo del tipo cuando afirma que «el legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada». Sin embargo, unas páginas más adelante afirma lo siguiente: «el delito de administración desleal se consuma sin necesidad de que exista acreditado un beneficio económico para su autor, que proceda de los bienes de la sociedad, siendo suficiente con que se constate el perjuicio económico a las personas que se describen en el art. 295 CP». Por otra parte, parece referirse a la exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro cuando dice lo siguiente: «si el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero...» (la cursiva es mía).

⁵⁰ Véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 345 y ss.

que no es otro que el conocido como «ánimo de lucro», que pertenece a la clase de elementos subjetivos que sirven para delimitar el ámbito de lo punible, dado que concreta la conducta punible de entre aquellas que serían subsumibles en el tipo objetivo. Sin él no es posible diferenciar las conductas de disposición de los bienes de la sociedad o de asunción de obligaciones a cargo de ésta que deben ser castigadas por el Derecho penal de aquellas otras que forman parte del desarrollo normal de la empresa o de aquellas otras que deben ser sancionadas por otros sectores del Ordenamiento Jurídico, como el Derecho mercantil o el Derecho administrativo. Sólo a través de este elemento pueden seleccionarse las conductas, de entre todas aquellas que son capaces de lesionar el bien jurídico, frente a las cuales debe intervenir el Derecho penal. Sólo mediante este elemento es posible evitar que el Derecho penal, desconociendo el principio de intervención mínima, llegue a sancionar comportamientos usuales en el ámbito de los negocios que, aunque objetivamente perjudican el patrimonio de la sociedad, no deben ser castigados por el Derecho penal.

II

La Audiencia Nacional no sólo analiza los elementos del delito de administración fraudulenta regulado en el art. 295, sino también los del delito de apropiación indebida, regulado en el art. 252⁵¹, concluyendo que tampoco se dan los elementos de este otro tipo penal⁵².

⁵¹ El art. 252 CP dice lo siguiente: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otros se apropiaran 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».

⁵² Al respecto, la Audiencia Nacional dice lo siguiente: «No se ha probado que los administradores acusados hayan dispuesto, o se apropiaran o distrajeren dinero en perjuicio de la sociedad. Lo que ha quedado acreditado es que los pagos realizados a los acusados Ángel C. y José María A. lo han sido en concepto de retribución por sus servicios. Se trata de actos de disposición que tienen una causa onerosa, son una contraprestación por los servicios realizados a favor del Banco como máximos ejecutivos con las facultades delegables del Consejo de Administración. El pago se hizo por quien podía hacerlo, el Banco de Santander Central Hispano, única empresa a la que pertenecían. No se remuneró la titularidad de facultades, sino el ejercicio de esas facultades y la realización de tareas propias de los consejeros ejecutivos. Los pagos se hicieron en el seno de una relación orgánica, que viene determinada por la pertenencia a un órgano. En este sentido, el informe emitido por el Sr. O. señala en sus conclusiones que las retribuciones pactadas tienen como causa los servicios pactados a cargo de Ángel C. y a favor del banco «dado el carácter oneroso y recíproco de la relación establecida, por lo que su licitud deriva de ésta». La tesis de las acusaciones vuelve a incidir en este tipo delictivo en que

Ello nos obliga a analizar la tan debatida cuestión de la relación existente entre estos dos delitos.

En relación con esta cuestión, la Audiencia Nacional considera que el tipo penal previsto en el art. 295 reúne la característica de la especialidad frente a la apropiación indebida, aunque no argumenta esta afirmación. Así, al considerar que entre ambos delitos existe un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad, adopta una posición diferente a la defendida por el Tribunal Supremo en la jurisprudencia más reciente.

Con respecto a la resolución de esta cuestión por parte de la doctrina, hay que distinguir dos posturas dentro de la doctrina mayoritaria. Según una de ellas, entre el art. 252 y el art. 295 se plantea un concurso de normas, mientras que según la otra, no existe tal concurso⁵³.

En opinión del primer grupo de autores⁵⁴, la apropiación indebida y la administración son *de lege lata* dos delitos que se orientan en la misma línea de ataque al bien jurídico, *que poseen un contenido sustancial de injusto idéntico* y que se diferencian entre sí únicamente por el dato de que el primero es un delito de mayor gravedad (basada esa gravedad en la nota de que la conducta consiste en una auténtica apropiación) que el segundo (cuya conducta consiste en meros usos temporales ilícitos). El delito contenido en el art. 295 se concibe como un tipo residual, que castiga aquellas conductas que el tradicional delito de apropiación indebida no abarcaba⁵⁵ y que sólo

se ha producido una remuneración sin causa, y en este punto el Tribunal se remite a lo dicho anteriormente al tratar esta cuestión en el delito societario. Por todo ello, ha de concluirse que de la prueba practicada en el plenario no se desprende que los acusados hubieren incurrido en la conducta prevista en el artículo 252 del Código Penal».

⁵³ También considera que no existe un concurso de normas, aunque partiendo de otros presupuestos, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, pp. 2, 6, 215 y ss., 242-243, 273 y 319.

⁵⁴ En este sentido véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 107, 114, 117; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, p. 260 y *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 555; GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal*, 1997, p. 1; BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 616; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, pp. 356 y ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, pp. 298 y ss.; FERNÁNDEZ TERUEL, *Los delitos societarios*, pp. 318 y ss.

⁵⁵ Así pues, la doctrina mayoritaria considera que *de lege lata* el art. 295 CP debe castigar aquellos supuestos que, bajo la vigencia del Código penal anterior, la jurisprudencia, hasta la década de los años 90, había venido considerando atípicos con respecto al delito de apropiación indebida (en la década de los 90, el Tribunal Supremo empieza a perfilar una nueva línea jurisprudencial, en base a la cual considera que en el artículo que castiga la apropiación indebida se contienen en realidad dos tipos delictivos de diferente naturaleza: el tradicional delito de apropiación indebida y un delito de administración fraudulenta de dinero ajeno).

se aplica en los supuestos en que no se puede demostrar la existencia de una genuina apropiación de fondos sociales con carácter definitivo. Según este sector doctrinal, lo característico del delito de apropiación indebida radica en la constancia de una *auténtica apropiación* (trátese de dinero o de cualquier otro bien), con incumplimiento definitivo de la obligación de devolver, mientras que el art. 295 castiga los *usos temporales ilícitos no apropiatorios* capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado, sin ser definitivo el incumplimiento de entregar o devolver.

Por lo demás, hay que señalar que entre los autores que consideran que existe un concurso de normas tampoco hay acuerdo, puesto que recurren a todas las reglas conocidas para resolverlo: especialidad⁵⁶, subsidiariedad⁵⁷, consunción⁵⁸ y alternatividad⁵⁹.

⁵⁶ Defienden la especialidad del art. 295 con respecto al art. 252, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, pp. 146-147; GARCÍA ARÁN, *Consideraciones sobre los delitos societarios*, p. 107; LUZÓN CUESTA, *Compendio*, p. 176. Otros autores mantuvieron esta opinión en sus primeros trabajos, pero luego han cambiado de opinión. En este sentido véase GÓNZÁLEZ RUS, que mantuvo esta opinión en *Curso*, 1996, p. 842 (posteriormente, en *Compendio*, 2000, p. 530, no dice nada al respecto) y DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios*, 1996, p. 1443 (en *Los delitos societarios*, 1998, p. 144, opta por aplicar el principio de subsidiariedad).

También hablan de especialidad, aunque se refieren a la especialidad del art. 252 con respecto al art. 295 CP, SILVA CASTAÑO, *Consolidación de la interpretación del delito de apropiación indebida*, pp. 342 y 364-365 y CHOCLÁN MONTALVO, *Acerca de la mal llamada «apropiación indebida» de dinero*, p. 3. (Los citados autores parten de otros presupuestos muy distintos a los de la doctrina mayoritaria, puesto que consideran que el art. 252 CP alberga dos delitos independientes de diferente naturaleza: el delito de apropiación indebida y un delito de infidelidad en la administración de un patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción del dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto).

⁵⁷ En este sentido véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p. 130, y LA MISMA, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, pp. 266-267 y 294 y *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 557; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, 1998, p. 144; BAJO FERNÁNDEZ, *Administración desleal y apropiación indebida*, 2001, pp. 1 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 114-115; FERNÁNDEZ TERUELO, *La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida*, 2000, p. 7, y EL MISMO, *El Caso del Banco Español de Crédito*, 2002, p. 5.

⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN, propuso esta solución en *Derecho penal económico. Parte especial*, 1999, p. 285. Sin embargo, en trabajos posteriores (al respecto véase *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 114-115 y *Derecho penal económico*, 2002, pp. 305-306) cambia de opinión y considera aplicable el principio de subsidiariedad.

FARALDO CABANA mantenía esta opinión en *Los delitos societarios*, 1996, p. 585, aunque en *Los delitos societarios*, 2000, pp. 360-361 cambia de opinión, manteniendo que no se verifica un ámbito (ni tan siquiera parcial) de superposición o solapamiento típico, por cuanto ambos delitos asumen funciones normativas de incriminación diversas.

⁵⁹ En este sentido véase VALLE MUÑIZ, *Comentarios*, p. 724; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios*, p. 849, y EL MISMO, *Compendio*, p. 590; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código*

El otro sector doctrinal⁶⁰ que puede distinguirse dentro de la doctrina mayoritaria, se diferencia del anterior en que considera que no puede existir un concurso de leyes entre ambos tipos penales porque no se verifica un ámbito (ni tan siquiera parcial) de superposición o solapamiento típico, dado que ambos delitos asumen funciones normativas de incriminación diversas. En opinión de estos autores, estos delitos tienen una configuración típica diferente, puesto que el delito de apropiación indebida exige siempre apropiación y el delito de administración desleal la excluye.

Pues bien, la interpretación de este último sector doctrinal, relativa a la inexistencia de un concurso de normas entre el art. 295 CP y el art. 252 CP, es la que acoge el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto»). Por otra parte, en esta sentencia el Tribunal Supremo rompe con el criterio interpretativo construido en su propia resolución de 26 de febrero de 1998 («Caso Argentina Trust»)⁶¹, en la que defendía que en el art. 252 CP se contienen dos delitos de diferente naturaleza (el clásico delito de apropiación indebida y un delito de administración desleal del patrimonio ajeno), acogiendo la tesis de la opinión mayoritaria en contra de la existencia en el art. 252 CP de estos dos tipos delictivos⁶².

En la sentencia de 26 de febrero de 1998, el Tribunal Supremo confirmó la tesis que ya había comenzado a defender en anteriores sentencias⁶³, según la cual en el art. 252 CP se contienen dos tipos independientes de diferente naturaleza: el clásico delito de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro (delito contra la propiedad) y un delito de infidelidad en la gestión de un patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción *de dinero*⁶⁴ respecto del fin legal o

penal, pp. 3053-3054; ALONSO PÉREZ, *Delitos contra el patrimonio*, p. 277; HAVA GARCÍA, *Comentario a las Sentencias 1/1997 y 224/1998 («Filesa» y «Argentina Trust»)*, p. 556.

⁶⁰ En este sentido véase MORALES PRATS, *Dos cuestiones sobre delitos societarios*, 1999, p. 57; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, p. 360-361; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, p. 471; MARTÍN PALLÍN, *La represión penal de las actividades económicas irregulares*, pp. 164 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal*, 1997, p.1 y EL MISMO, *Curso de Derecho penal de negocios a través de casos*, 2001, pp. 142 a 144, *Delitos societarios*, 2002, pp. 621-622 y *Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales*, 2004, p. 5.

⁶¹ Este criterio interpretativo fue también el acogido por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000.

⁶² Sobre los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de julio de 2002 véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 302 y ss.

⁶³ SSTs 7 de marzo de 1994, 14 de marzo de 1994, 15 de noviembre de 1994, 30 de octubre de 1997 y 9 de diciembre de 1997.

⁶⁴ La cursiva es mía.

contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio)⁶⁵. En cuanto a la relación existente entre el delito de administración fraudulenta (genérico) que consideran incluido en el art. 252 y el delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario contenido en el art. 295 señalan que existe un concurso de normas, que debe resolverse, de acuerdo a lo que establece el art. 8.4 CP, optando por el precepto que imponga la pena más grave, es decir, por el art. 252 CP^{66, 67}.

Al respecto, la doctrina⁶⁸ señaló que en la STS de 26 de febrero de 1998 nada se aclaraba en torno a la función del art. 295 atinente a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 y tampoco se aclaraba el contenido de la esfera parcial de superposición o de concurso aparente de normas entre ambos preceptos. Por ello, para comprender la argumentación del Tribunal Supremo, algunos autores⁶⁹ se remiten al trabajo que en 1999 publica BACIGALUPO ZAPA-

⁶⁵ En la doctrina, mantienen la misma opinión que el Tribunal Supremo BACIGALUPO ZAPATER, *La administración desleal*, pp. 521 y ss. (ponente de la Sentencia de 26 de febrero de 1998); SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, pp. 71 y ss. y 118 y ss., y LA MISMA, *Consolidación de la interpretación del delito de apropiación indebida*, pp. 342, 350-351, 354, 358-359; CHOCLÁN MONTALVO, *Acerca de la mal llamada «apropiación indebida» de dinero*, pp. 2-3; ALONSO PÉREZ, *Delitos contra el patrimonio*, p. 277; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal*, p. 483.

También QUERALT JIMÉNEZ, *Parte especial*, pp. 344-345 y EL MISMO, *La corrupción en los negocios*, pp. 61-62, considera que en el art. 252 CP se contienen dos delitos de diferente naturaleza, aunque, en opinión del citado autor, el término que da entrada a la regulación en el art. 252 CP del delito de administración desleal (junto al tradicional delito de apropiación indebida) es el de «activos». En opinión del citado autor, el art. 252 CP contiene, desde la reforma de 1995, dos delitos en el mismo precepto: junto a la tradicional apropiación indebida (delito contra la propiedad de cosas muebles y no sobre derechos de crédito) nace la mal llamada «apropiación de activos», esto es la gestión desleal de la confianza depositada en un administrador no societario.

⁶⁶ En la Sentencia del «Caso Banesto» dice el TS que la jurisprudencia se ha decantado por resolver el supuesto de normas que se plantea entre el art. 252 y el art. 295 aplicando la regla de la alternatividad (art. 8.4 CP), aunque también señala que dicho concurso de normas podría resolverse por la regla de la especialidad del art. 8.1 CP, en cuyo caso, la distracción del dinero del art. 252 constituiría regla especial frente a la más general del art. 295, que se refiere genéricamente a los bienes de la sociedad.

⁶⁷ También aplican el principio de alternatividad las SSTS de 15 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2002, 7 de noviembre de 2002, 26 de noviembre de 2002, 19 de septiembre de 2003 y 9 de octubre de 2003.

⁶⁸ En este sentido véase MORALES PRATS, *Dos cuestiones sobre delitos societarios*, 1999, pp. 54-55; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 99 y ss.

⁶⁹ En este sentido véase MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 101; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, pp. 262 y ss.

TER⁷⁰, miembro integrante de los magistrados que firmaron la STS de 26 de febrero de 1998 («Caso Argentina Trust»). Pues bien, el citado autor, al referirse a la relación existente entre este delito de administración fraudulenta genérico contenido en el art. 252 y el nuevo art. 295⁷¹, realiza una nueva propuesta⁷². En opinión del citado autor, no hay un concurso de normas ni es posible, en principio, un concurso ideal entre los artículos 252 y 295, puesto que se trata de tipos diversos que no se superponen. No hay concurso de normas porque la norma que está tras los tipos que contienen los arts. 252 y 295 es en todos los casos la misma: «si eres administrador de un patrimonio no debes perjudicarlo». La única diferencia que existe entre la administración desleal societaria por disposición fraudulenta de bienes del art. 295 CP y la general prevista en el art. 252 estriba en el objeto de la distracción: en el delito societario se trata de bienes; en el general del art. 252, de dinero.

En la jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo continúa defendiendo la tesis de que en el art. 252 CP se regulan dos delitos de diferente naturaleza: el clásico delito de apropiación indebida y un delito de administración desleal en la gestión de un patrimonio ajeno⁷³. Por otra parte, en cuanto a la relación existente entre el delito de administración desleal regulado en el art. 252 CP y el delito específico de administración desleal regulado en el art. 295 CP sostiene que entre ambos no existe ningún concurso de normas⁷⁴.

Pues bien, como puede verse, la sentencia que es objeto de este comentario sigue en la línea de la confusión con que tanto la doctrina como la jurisprudencia tratan la cuestión de la relación existente entre el delito de administración fraudulenta y el delito de apropiación indebida, puesto que la Audiencia Nacional adopta otra postura diferente a la que la jurisprudencia había mantenido en anteriores sentencias: ni considera que existe un concurso de leyes a resolver

⁷⁰ Se trata del artículo «La administración desleal en el nuevo Código penal» publicado en *Cuadernos de Política Criminal* (n.º 69/1999).

⁷¹ Véase BACIGALUPO ZAPATER, *La administración desleal*, 1999, pp. 530 a 533 y 536.

⁷² Esta matización a la tesis del Tribunal Supremo («tesis de los círculos secantes») se ha denominado por la doctrina «tesis de la no superposición típica». Al respecto véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, p. 263 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 97.

⁷³ En este sentido véanse las SSTS de 19 de septiembre de 2003, 2 de febrero de 2004, 27 de febrero de 2004, 1 de marzo de 2005, 7 de abril de 2005, 28 de junio de 2005 y 30 de junio de 2005.

⁷⁴ Así lo mantiene el Tribunal Supremo en las sentencias de 25 de octubre de 2004, 28 de junio de 2005 y 11 de julio de 2005.

por el principio de alternatividad ni tampoco considera que dicho concurso no existe. Por otra parte, tampoco se pronuncia sobre la cuestión referente a si en el art. 252 CP se regula o no junto al clásico delito de apropiación indebida un delito de administración desleal.

En mi opinión, este problema de diferenciación entre el delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario regulado en el art. 295 y el delito de apropiación indebida, que no se plantea en ningún entorno, tiene como causa la inexistencia en nuestro Código de un delito *genérico* de administración fraudulenta en el Código penal derogado, que da lugar a que el problema de diferenciación que se debería haber planteado entre el delito genérico de administración fraudulenta y el delito de apropiación indebida, se plantee entre el delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario y el delito de apropiación indebida.

En relación con la conducta de administración fraudulenta en general, a mi juicio es posible interpretar que nuestro Ordenamiento Jurídico contiene, *de lege lata*, un tipo de administración fraudulenta genérico, regulado en el mismo artículo en el que se contiene el tipo de apropiación indebida (el art. 252 CP), *aunque de lege ferenda*, estos tipos delictivos deberían regularse en dos artículos diferentes. Por otra parte, el delito genérico de administración fraudulenta regulado en el art. 252 CP no es, como sostiene un sector doctrinal minoritario y el Tribunal Supremo en la sentencia citada un delito de administración fraudulenta de *dinero* ajeno, sino de cualquier otro bien⁷⁵. Se trata de dos tipos delictivos con un contenido de injusto muy diferente y, por tanto, entre ellos no puede plantearse ningún concurso de leyes. Además, el contenido de injusto específico del delito genérico de administración fraudulenta (art. 252 CP), que está determinado por la realización de conductas propias de la esfera de dominio que sobre el patrimonio ajeno tiene el sujeto que ostenta las mismas facultades de disposición que el propietario, no es menos grave que lo injusto del delito de apropiación indebida. El sujeto activo de este delito no tiene que realizar, a diferencia de lo que ocurre en el delito de apropiación indebida «un acto de apropiación» para lesionar el patrimonio ajeno, puesto que puede hacerlo abusando de las facultades que tiene concedidas, es decir, puede perjudicarlo «desde dentro», lo que determina que la víctima se encuentre en una posición de especial indefensión. En consecuencia, el contenido de injusto del delito específico de administración fraudulenta (art. 295 CP) no puede ser menos grave que el contenido de injusto del delito de apropiación

⁷⁵ La crítica a esta opinión puede verse en MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 293 y ss.

indebida, puesto que al contenido de injusto de la administración fraudulenta en general se añade otro específico. En mi opinión, la introducción de un delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario está justificada por la tutela del bien jurídico colectivo que puede ser definido como la «permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico»⁷⁶. A mi juicio, el patrimonio *de la sociedad* es el objeto de dos bienes jurídicos: el patrimonio, que se protege en el art. 252 CP, mediante el delito genérico de administración fraudulenta, y el bien jurídico colectivo «permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico», que es tutelado por el art. 295 CP. Por ello es necesario aplicar un concurso ideal de delitos. Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal y de aplicación de la ley, *de lege ferenda*, debería configurarse un delito complejo en el que se tutelaran ambos bienes jurídicos y cuya pena debería ser la que correspondiera al concurso ideal al que he hecho referencia. Este tipo complejo entraría en concurso de leyes, que se resolvería por el principio de consunción (art. 8.3 CP), con el delito genérico de administración fraudulenta.

⁷⁶ Sólo en el ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, las entidades de crédito en sentido estricto en el desempeño de la actividad crediticia consistente en la captación de los fondos del público y las entidades aseguradoras se dan las características que aconsejan la tutela del bien jurídico colectivo «permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico» por el Derecho penal y, por ello, sólo en este ámbito está justificada la introducción de un delito de administración fraudulenta *específico*. En el seno de otras sociedades o entidades, para castigar las acciones de administración fraudulenta por parte de sus administradores es suficiente el delito de administración fraudulenta genérico que, en mi opinión, se encuentra regulado en el art. 252 CP, junto al tradicional delito de apropiación indebida. Desde este punto de vista, el art. 295 CP es un claro ejemplo de vulneración del fundamental principio de intervención mínima, puesto que no sólo protege el bien jurídico «permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico» en el ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, las entidades de crédito en sentido estricto en el desempeño de la actividad crediticia consistente en la captación de los fondos del público y las entidades aseguradoras sino también en el ámbito del resto de sociedades a las que hace referencia el art. 297 CP.