

# ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA FRAUDULENTA Y DERECHO PENAL

(Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional  
de 31 de marzo de 2000, «Caso Banesto»)

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

Profesora Dra. Titular de Derecho penal de la Universidad de Alcalá  
Letrada del Tribunal Constitucional

## I. Introducción

Abordar el comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 sobre el denominado «Caso Banesto» no ha sido una tarea fácil, pues en realidad, no puede hablarse de un único caso, sino que los hechos probados se articulan en torno a nueve supuestos: 1.º Retirada de caja de 300 millones; 2.º Cementeras; 3.º Centro Comercial Concha Espina; 4.º Oil Dor; 5.º Carburos Metálicos; 6.º Locales comerciales; 7.º Isolux; 8.º Promociones Hoteleras y 9.º Artificios contables. Y en la mayoría de esos supuestos el entramado fáctico entraña una gran complejidad, de modo que la mayor dificultad radica en la comprensión de los hechos probados. Pero creo que precisamente esa complejidad fáctica constituye también su principal atractivo. Este caso se convertirá sin duda en un referente imprescindible en el análisis de las conductas delictivas de los administradores de sociedades, porque en él se nos muestra una gama muy amplia de las mismas y porque la Audiencia Nacional (como en su día hará el Tribunal Supremo) se enfrentó a él con ese espíritu. Ese carácter simbólico o de «leading case» del caso es lo que me ha movido a comentarlo. Entiendo que todo el esfuerzo doctrinal que desde hace años venimos realizando en la doctrina española por precisar los contornos de los nuevos delitos societarios

frente a (y junto a) los delitos patrimoniales clásicos y las falsedades documentales, debe orientarse hacia supuestos fácticos reales (sobre todo si tienen la trascendencia de éste), de forma que doctrina y jurisprudencia se complementen y aúnen sus esfuerzos en la búsqueda del objetivo común: articular unos parámetros interpretativos fiables que garanticen la seguridad jurídica en un ámbito que tiene y está destinado a tener en el futuro una enorme trascendencia práctica.

Como el lector podrá comprobar, mi aproximación al caso ha sido muy modesta: no he pretendido elaborar un cuerpo dogmático acerca del tratamiento que deba darse a las conductas delictivas de los administradores de sociedades a propósito del caso concreto, sino simplemente analizar los distintos supuestos fácticos y las calificaciones jurídicas de los mismos. Por ello, porque pretendo tan sólo comentar una sentencia, contribuir a su conocimiento y favorecer la discusión científica sobre la misma, he dedicado muchas páginas a reseñar literalmente las afirmaciones de la Audiencia Nacional. Sólo después se lleva a cabo una valoración crítica de las mismas, en cada supuesto, manifestando mi discrepancia —y la de la doctrina mayoritaria— con algunas de los pronunciamientos más relevantes.

A continuación, siguiendo la estructura propuesta, analizaré cada uno de los casos, siguiendo la nomenclatura empleada por la propia sentencia, para concluir con unas reflexiones finales.

## II. Análisis de los distintos casos<sup>1</sup>

### *1.º Retirada de Caja de 300 millones*

a) *Los hechos probados*: «El acusado Mario C.C., ..., en su condición de Presidente de BANESTO y en función de las facultades de disposición conferidas por razón de su cargo y sin que fuera autorizado para ello por los órganos de administración de la sociedad, decidió unilateralmente disponer de la suma de 300 millones para fines ajenos al propio giro de la empresa, sin que se haya acreditado que aquella cantidad fuera utilizada por Mario Conde en su propio beneficio o formara a integrar parte de su patrimonio». A tal efecto, Mario Conde da una orden verbal a Martín Rivas (director general de Banca comercial y encargado de las relaciones crediticias del banco con los partidos políticos), in-

---

<sup>1</sup> Los párrafos que aparecen entrecomillados corresponden a citas literales de la sentencia.

dicándole «que había que hacer un pago de 300 millones de pesetas a Adolfo S., ex-presidente del gobierno, por un servicio que éste había prestado ante el Banco de España y Martín R. asumió el encargo de gestionar la ejecución de la orden de disposición de efectivo», impartiendo órdenes a tal efecto a Cecilio Alfonso Gutiérrez —director adjunto de una de las sucursales del banco—, quien realiza dos entregas de dinero en efectivo, obtenido de la caja de una sucursal del banco, a Apolonio Paramio Andrés, quien a su vez realiza otra entrega a una persona desconocida.

La sentencia destaca también en los hechos probados que «no ha quedado acreditado que la disposición por Mario Conde de 300 millones de pesetas se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de D. Adolfo Suárez ante el Gobernador del Banco de España».

*b) Calificación jurídica:* La Audiencia Nacional califica formalmente el hecho como delito de apropiación indebida del art. 535 CP anterior, pero materialmente lo considera un delito de administración desleal, que entiende tipificado también en el 535 CP, siguiendo la interpretación jurisprudencial de las STS de 7 y 14 de marzo de 1994 y la de 26 de febrero de 1998 (Caso «Argentia Trust»): «Aunque en un primer momento la doctrina y jurisprudencia encontraban cierta dificultad en subsumir las conductas de distracción de dinero en el tipo del art. 535, ... lo cierto es que la evolución doctrinal y jurisprudencial llevó a un nuevo entendimiento del delito de apropiación indebida en el sentido de que el tipo del art. 535 (vigente art. 252) alberga dos delitos independientes de diferente naturaleza: el delito de apropiación indebida, consistente en la apropiación de una cosa mueble (delito contra la propiedad); de otro lado un delito de infidelidad en la administración de un patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción de dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio)» ... «Como delito contra el patrimonio y no como auténtica apropiación que requiere la expropiación correlativa, el delito de administración fraudulenta no requiere una atribución de dominio definitiva y no requiere de un “animus rem sibi habiendi”. Por ello, la circunstancia de que no se haya probado en el juicio oral que el acusado Mario C. se apropiara personalmente de la cantidad de 300 millones de pesetas .... no constituye obstáculo alguno para considerar punible la conducta consistente en una sustracción de dicha suma del destino normal que le corresponde conforme al objeto social de la empresa administrada, aunque con ello haya resultado un beneficio para personas distintas del propio administrador y aunque éste no se haya enriquecido incrementando su patrimonio, pues el delito de administración des-

leal no es un delito patrimonial de enriquecimiento. Por tanto, la tipicidad no depende de la constatación de una verdadera apropiación en el sentido de atribución de dominio por parte del administrador».

Respecto del problema concursal que dicha interpretación del delito de apropiación indebida plantea con el delito societario de administración desleal —afirma la sentencia que «la conducta del acusado es subsumible en el art. 535 del CP de 1973, también en el actual art. 252 CP y asimismo en el art. 295 CP que tipifica el delito societario de administración desleal, pues la conducta enjuiciada tuvo lugar en el ámbito societario»—, entiende que se trata de un supuesto de concurso de normas, a resolver aplicando la regla de la alternatividad (art. 8.4 CP), regla por la que se ha decantado la jurisprudencia, o por la regla de la «especialidad del art. 8.1.º CP, en cuyo caso, tratándose de distracción de dinero del art. 252 constituiría regla especial frente a la más general del art. 295 que se refiere genéricamente a bienes de la sociedad».

c) *Valoración crítica:* Aunque en este supuesto se abordan también otros problemas, voy a analizar sólo dos cuestiones: la delimitación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal y el problema de la codelincuencia.

c.1. *La delimitación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal: rechazo de la nueva línea jurisprudencial.*

Por lo que se refiere a la primera cuestión, en mi opinión y la de la doctrina absolutamente mayoritaria<sup>2</sup>, la tesis según la cual en el art. 252 (antiguo art. 535) se tipifican tanto supuestos de auténtica apropiación indebida como la administración desleal de dinero ajeno debe rechazarse, puesto que con ella se desnaturaliza el delito de apropiación indebida, ampliando su ámbito de aplicación en contra del reo de forma dudosamente compatible con el principio de legalidad y se generan complicadísimos problemas concursales y de delimitación con el de-

---

<sup>2</sup> Cfr., entre los pronunciamientos referidos expresamente a esta nueva línea jurisprudencial, rechazándola, GÓMEZ BENÍTEZ, De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal, La Ley 1998-6, 2174 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentia Trust, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 12 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 1999, 265 s.; El delito societario de administración desleal, 2001, 96 ss., 103 ss.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO (Dtor.), Comentarios PE DP, 2.ª ed., 1999, 555 s.; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2.ª ed., 2000, 312 y n. 559; FERNÁNDEZ TERUELO, La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico, La Ley 2000-7, 1379 ss. A favor de la tesis jurisprudencial, SILVA CASTAÑO, El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno, 1997, passim; especialmente pp. 71 ss., 118 ss.; BACIGALUPO, La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC 69, 1999, 521 ss.,

lito societario de administración desleal, al que se deja prácticamente vacío de contenido.

La doctrina y la jurisprudencia absolutamente mayoritarias han venido sosteniendo que el delito de apropiación indebida requería en todo caso la presencia de acto apropiatorio (esto es, la realización de actos inequívocamente dominicales, en el sentido de que su realización corresponde exclusivamente al dueño), con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver inherente al título en virtud del cual se recibe la cosa, que no existía distracción sin apropiación y que de ello se derivaba precisamente la existencia en la regulación anterior de una laguna de punición en el CP respecto de las conductas de administración desleal<sup>3</sup>. Esta interpretación se ve precisamente reforzada por la introducción en el CP de 1995 del art. 295 CP<sup>4</sup>, pues ahí radica la clave para delimitar los delitos de apropiación indebida y administración desleal: en el primero existe siempre acto apropiatorio<sup>5</sup>, indebida atribución de dominio por parte del administrador, lo cual no significa que éste se convierta legalmente en dueño —cosa que evidentemente no sucede<sup>6</sup>— sino la realización de actos que son com-

---

<sup>3</sup> Cfr., por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentinia Trust, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 11 s., 14 y n. 9 y 10; FERNÁNDEZ TERUELO, La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico, La Ley 2000-7, 1381; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 27 ss., 97 s., con numerosas referencias bibliográficas.

<sup>4</sup> Destacan este aspecto tanto GÓMEZ BENÍTEZ, El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles, La Ley 1997-I, 2054: «La existencia de este tipo de administración desleal conduce a invalidar, también, la pretensión de un sector de la doctrina y la jurisprudencia de privar al término distraer de contenido apropiatorio, pese a mantenerlo como una forma de acción del delito de apropiación indebida», como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 107: «es evidente que la creación del delito del art. 295 ... con la previsión de una penalidad significativamente inferior a la del 252, viene a corroborar la tesis que mantuvo tradicionalmente nuestra jurisprudencia y que sigue manteniendo la opinión doctrinal mayoritaria».

<sup>5</sup> En todas las modalidades comisivas, apropiarse y distraer. GÓMEZ BENÍTEZ, La Ley 1998-6, 2176, afirma, no obstante, que existe una diferencia entre ambas formas típicas: apropiarse implicaría una actuación en beneficio propio, la desviación de los bienes hacia el propio patrimonio, el *animus rem sibi habiendi*; distraer, por el contrario, se aplicaría a los supuestos en que no se actúa en beneficio propio, sino de un tercero. Asume esta tesis MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 108.

<sup>6</sup> Muy certeramente lo destaca GÓMEZ BENÍTEZ, La Ley 1998-6, 2175, citando a Manjón Cabeza: «desde el punto de vista jurídico apropiarse indebidamente de una cosa no significa convertirse ilícitamente en su dueño, ya que es indiscutible que la víctima sigue siendo su propietaria, sino actuar ilícitamente sobre la cosa como si se fuese su dueño. Los actos de apropiación indebida son, pues, objetivamente actos dominicales ilícitos, pero no porque sean actos del dueño, sino de quien se comporta indebidamente como dueño».

petencia exclusiva del dueño (inequívocamente dominicales) y que, por tanto, exceden del ámbito de competencias del administrador, de la esfera de su poder jurídico. Por el contrario, en los casos de administración desleal no existe apropiación, indebida atribución de dominio, sino conductas ilícitas no apropiatorias que, realizadas dentro del ámbito del poder jurídico del administrador, infringen los deberes de fidelidad o lealtad respecto del titular del patrimonio, al que causan un perjuicio. Se trata, pues, de conductas menos disvaliosas, lo que explica su inferior pena<sup>7</sup>. Creo que el legislador de 1995 ha tomado una decisión político-criminal clara: tipificar la conductas de administración desleal exclusivamente en el ámbito societario (manteniendo la impunidad en los otros ámbitos) y castigarlas con una pena inferior a la de la apropiación indebida, puesto que se trata de conductas con un menor contenido de injusto al no existir apropiación. Con ello, como acertadamente destaca GÓMEZ BENÍTEZ<sup>8</sup>, se viene «a descargar notablemente al —delito— de apropiación indebida de funciones que no le corresponden o, si se prefiere, a llenar lagunas de punibilidad». De modo que esta es, además de la interpretación clásica en doctrina y jurisprudencia, la única coherente con esa toma de decisión político criminal del legislador y con los criterios interpretativos al uso.

Por tanto, quiero destacar que, en contra de lo que parecen dar a entender el Tribunal Supremo en la Sentencia del «Caso Argentia Trust» y la Audiencia Nacional en el caso que nos ocupa, no es cierto que haya existido «una evolución doctrinal y jurisprudencial» que haya llevado a

---

<sup>7</sup> Esta es la tesis que he sostenido ya anteriormente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 126ss.; *Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentia Trust*, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 15: la clave de la distinción radica en la existencia o no de apropiación (acto apropiatorio, uso dominical ilícito, atribución indebida de dominio..., creo que son expresiones equivalentes), lo que se traduce en que en la apropiación indebida se obra fuera de la esfera de poder jurídico del administrador, mientras en la administración desleal el administrador actúa dentro de la esfera del poder jurídico, pero infringiendo su deber jurídico. Como acertadamente interpreta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, 109 s., no se trata de dos requisitos diferentes, sino de dos caras del mismo criterio. Esta es también, con diversos matices, la opinión que defiende la doctrina mayoritaria. Cfr., entre otros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, 531 ss., 2.ª ed., 2000, 311 ss.; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, 215 ss., 242; GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, La Ley 1997-I, 2054; La Ley 1998-6, 2175; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, 298 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el CP español*, 1998, 319ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico PE*, 1999, 285; *El delito societario de administración desleal*, 2001, 107 ss.

<sup>8</sup> *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, La Ley 1997-I, 2054.

ese nuevo entendimiento del delito de apropiación indebida —y que pretende conectarse nada menos que con la reforma del delito de estafa de 1983<sup>9</sup>— según la cual en el antiguo art. 535 CP —actual 252—, esto es, en el delito de apropiación indebida se contemplan tanto el clásico delito contra la propiedad como una hipótesis de administración desleal, consistente en la «distracción de dinero», que no requeriría apropiación. Ciertamente en los últimos años han existido una serie de pronunciamientos jurisprudenciales en esa línea —junto a la Sentencia que nos ocupa, las del Tribunal Supremo de 7 (A 1858) y 14 de marzo de 1994 (A 2150), la de 30 de octubre de 1997 (A 8112), la de 9 de diciembre de 1997 y la de 26 de febrero de 1998 en el «Caso Argentinia Trust» (A 1196)<sup>10</sup>—, pero estas sentencias constituyen la excepción a una jurisprudencia muy amplia que de forma abrumadora se ha venido manifestando durante años en sentido contrario<sup>11 12</sup>.

Rechazada la tesis según la cual existe una línea jurisprudencial asentada en este sentido, dado que la regulación del delito de apropiación indebida no se ha modificado prácticamente en el CP de 1995 y que en él se introduce un delito de administración desleal en el ámbito societario, es a las sentencias y a los autores que defienden la nueva interpretación a quien corresponde fundamentarla y responder a las objeciones y preguntas que se le vienen planteando: ¿En qué se fundamenta la renuncia a la exigencia de apropiación en los supuestos en que el objeto material es el dinero? ¿Por qué los casos de administración desleal de di-

---

<sup>9</sup> Cfr. BACIGALUPO, La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC n.º 69, 1999, 523 s.

<sup>10</sup> Téngase en cuenta que en las dos sentencias del año 1994 y en la de 9 de diciembre de 1997 el magistrado ponente era BACIGALUPO, quien también constituía la Sala del TS en el caso «Argentinia Trust». Insiste en ello también FERNÁNDEZ TERUELO, La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico, La Ley 2000-7, 1380.

<sup>11</sup> La jurisprudencia suele diferenciar dos fases en la mecánica comisiva del delito de apropiación indebida: un primer momento de posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que no transmite la propiedad de la misma y del que deriva la obligación de devolverla, y un segundo momento en el que aquella es transformada en propiedad ilegítima, con abuso de confianza y traición de la lealtad debida. Cfr. amplias referencias jurisprudenciales en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, 1997, 38 n. 88; 41; Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentinia Trust, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 12 y n. 4 y 5.

<sup>12</sup> Insiste de forma muy crítica en este punto FERNÁNDEZ TERUELO, La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico, La Ley 2000-7, 1379 s. afirmando expresamente la «ausencia de precedentes jurisprudenciales en apoyo de la nueva interpretación del delito de apropiación indebida», pues las sentencias que siguen esa línea son «puramente testimoniales» y «como mucho constituirían una excepción».

nero constituyen apropiación indebida y no lo son —y resultan impunes fuera del ámbito societario— las mismas conductas referidas a otras cosas muebles o activos patrimoniales? ¿Por qué ha de recibir el dinero una especial y reforzadísima protección de la que se priva, por ejemplo, a los valores o a cualquier otro activo patrimonial?<sup>13</sup>.

Desde luego ni la sentencia que comentamos ni las precedentes dan respuesta a estas preguntas, pero sí lo intenta BACIGALUPO<sup>14</sup>, en un trabajo doctrinal que tiene especial interés, por tratarse del ponente de muchas de las sentencias que inician esta nueva vía jurisprudencial y de uno de los miembros de la Sala en el «Caso Argentina Trust». La tesis de Bacigalupo pueden resumirse en los siguientes puntos: 1.º Conecta la nueva interpretación del delito de apropiación indebida y la afirmación de que la «distracción de dinero» constituye una hipótesis de administración desleal punible vía 535 con la reforma de la estafa operada en 1983<sup>15</sup>; 2.º Afirma que ya en el anterior art. 535 se incluía un «tipo de la distracción de dinero», que estructuralmente responde al «tipo de la infidelidad», es decir una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal. El fundamento de esa «diversidad de alternativas típicas» ... «se vincula con especial función económica del dinero y su régimen jurídico». En definitiva, se entiende que dado que la entrega del dinero como cosa fungible transmite la propiedad, no puede haber respecto de él auténtica apropiación y, para solucionar este problema, ha de reinterpretarse el delito de apropiación indebida<sup>16</sup>; 3.º Respecto de la introducción del art. 295 CP, afirma que «es evidente que la administración desleal es merecedora de pena inclusive fuera del ámbito societario» y que «el carácter individual o colectivo del sujeto pasivo, por lo demás, no puede ser considerado como un elemento que permita configurar tipos diferentes»<sup>17</sup>; 4.º A partir de una supuesta y falsa tipificación previa de la administración desleal de dinero vía apropiación indebida, se cuestiona nada menos que si a través del 295 se ha producido una desincriminación de la distracción de dinero, si todas las hipótesis de deslealtad del administrador estaban exclusivamente incluidas en el 295 (donde, en su opinión, al no hacerse referencia ex-

---

<sup>13</sup> Estas cuestiones ya las planteé respecto del «Caso Argentina Trust» en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentina Trust*, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 13.

<sup>14</sup> La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC 69, 1999, 521 ss.

<sup>15</sup> BACIGALUPO, *La administración desleal en el nuevo Código penal*, CPC 69, 1999, 523 s.

<sup>16</sup> BACIGALUPO, *La administración desleal en el nuevo Código penal*, CPC 69, 1999, 524 s.

<sup>17</sup> BACIGALUPO, *La administración desleal en el nuevo Código penal*, CPC 69, 1999, 526 s.

presa al dinero, no cabe incluirlo como objeto material de la acción, es decir, la administración desleal de dinero no sería típica conforme al 295, por lo que de no incluirse en el 252 quedaría impune<sup>18</sup>; 5.º Por último, respecto del problema concursal entre la distracción de dinero del art. 252 CP y la administración desleal del art. 295 CP, realiza una nueva propuesta. Frente a la tesis de los círculos secantes defendida por el TS en el «Caso Argentinia Trust» (conforme a la cual los tipos de los arts. 252 y 295 «están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan», produciéndose un concurso de normas, a resolver por la regla de la alternatividad del art. 8.4.º CP), BACIGALUPO propone la tesis de la no superposición típica, según la cual, dado que el art. 295 «no incluye expresamente el dinero entre los objetos sobre los que puede recaer el perjuicio» ... «se elimina la posibilidad de superposición de los arts. 252 y 295 en el caso en que el perjuicio ha sido causado mediante la disposición de sumas de dinero. Por tanto, ... no puede haber un concurso aparente o de normas»<sup>19</sup>. En otro momento afirma que «la única diferencia que existe entre la administración desleal societaria por disposición fraudulenta de los bienes del art. 295 CP y la general prevista en el art. 252 CP está, por tanto, en el objeto de la distracción: en el delito societario (art. 295 CP) se trata de bienes; en el general del art. 252 de dinero»<sup>20</sup>. ¿Cómo explicar entonces el diferente tratamiento penológico? El argumento principal que se ofrece como respuesta es «que en el supuesto de la disposición de dinero tal disposición significa en todo caso la pérdida de la propiedad del mismo y la producción inmediata del perjuicio, mientras que en los supuestos del art. 295 ello no es necesariamente así»<sup>21</sup>.

¿Es correcta esta fundamentación de la nueva línea jurisprudencial? En mi opinión, los argumentos ofrecidos no son convincentes y, en muchos casos, son claramente falsos. Iré contestando a cada uno de los cinco puntos anteriormente reseñados.

1.º En primer lugar, creo que BACIGALUPO no fundamenta en absoluto el pretendido cambio de orientación jurisprudencial que según él se remonta a la reforma de la estafa de 1983. Cita sentencias en las que se

---

<sup>18</sup> BACIGALUPO, La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC 69, 1999, 527, 531.

<sup>19</sup> BACIGALUPO, La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC 69, 1999, 531.

<sup>20</sup> BACIGALUPO, La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC 69, 1999, 536.

<sup>21</sup> BACIGALUPO, La administración desleal en el nuevo Código penal, CPC 69, 1999, 532.

pone de relieve la insuficiencia de la estafa para castigar conductas de administración desleal, pero de ahí no puede deducirse la idoneidad de la apropiación indebida, pues ello sería creación libre de derecho contraria al principio de legalidad.

2.º En cuanto a la explicación ofrecida al diferente tratamiento del dinero, esta no es en absoluto convincente, puesto que resulta inadmisibles la idea de que en todo caso de administración desleal de dinero no quepa apropiación porque se transmite la propiedad, es decir, que todo administrador de dinero se convierta en propietario del mismo. El CC en el art. 1753 afirma que «quien recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad», pero de ahí no puede deducirse que cualquiera que recibe dinero, por cualquier título, se convierta en propietario.

Por otra parte, en ningún caso de apropiación indebida existe una legítima atribución de la propiedad. Como ya he explicado anteriormente, en todos los casos de apropiación indebida se realizan actos dominicales (exclusivos del dueño), pero ilegítimos, a los que no se tiene derecho y de los que no puede derivarse en absoluto la atribución de la propiedad. Es decir, el argumento de que si se adquiere la propiedad no cabe apropiación no es admisible, porque en ningún caso la apropiación indebida da lugar a una adquisición de la propiedad, sino que el propietario de la cosa sigue siendo siempre la víctima<sup>22</sup>.

3.º Las afirmaciones del punto tercero responden a la opinión del autor y de gran parte de la doctrina, pero el legislador ha entendido otra cosa y ha tomado una opción clarísima: tipificar la administración desleal sólo en el ámbito societario, porque entiende que el carácter del sujeto pasivo sí tiene importancia. El que gran parte de la doctrina, entre los que me encuentro<sup>23</sup>, entienda que la tipificación de la administración desleal era necesaria con carácter general y no sólo en el ámbito societario no constituye razón bastante para, contradiciendo la letra de la ley, imponer esta solución por vía interpretativa. Como he señalado ya anteriormente<sup>24</sup>, las lagunas de punición no pueden ser llenadas por el intérprete en contra de la ley, puesto que nos vincula el escrupuloso respecto al principio de legalidad, sino a través de una adecuada actuación legislativa.

4.º En cuanto a la presunta eventual destipificación de la administración desleal de dinero vía art. 295, cabe afirmar que como es falsa la

---

<sup>22</sup> Esta crítica la realiza también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, 104.

<sup>23</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 63, 131 ss.

<sup>24</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 47.

hipótesis de partida, es falsa la conclusión: el 295 no opera ni puede operar desincriminación alguna respecto de tales conductas, puesto que antes no eran típicas; por tanto, el 295 lo que hace es incriminar conducta antes atípicas.

Por lo demás, y en cuanto a la presunta exclusión del dinero del ámbito de aplicación del art. 295, esta es inadmisibile desde todos los puntos de vista interpretativos, como muy certeramente señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>25</sup>: tanto desde la interpretación gramatical (pues en los términos más amplios «bienes» o «capital», mencionados en el artículo, cabe incluir el dinero), como lógico-sistemática (cuando el legislador emplea en otros preceptos como el alzamiento de bienes —art. 257— o el blanqueo —art. 301— la palabra bienes se interpreta de modo casi unánime que se incluye el dinero), como desde consideraciones teleológico-valorativas (no puede explicarse por qué la administración desleal de dinero es siempre más grave que la de otros bienes, pues el argumento de que en los casos de dinero el perjuicio se produce de forma inmediata por la pérdida de la propiedad es incompatible con los propios planteamientos del autor, que anteriormente había afirmado que la pérdida de la propiedad se produce no en el momento de la administración desleal, sino en un momento anterior: el de la entrega, aunque no existe actuación ilegítima alguna. Si esto es así, parece imposible que ese efecto jurídico que se deriva automáticamente de la cualidad jurídica del dinero constituya el perjuicio típico que, además, fundamente la mayor gravedad de la conducta) y político criminales.

5.º Por último, en cuanto a la cuestión concursal, tampoco puede compartirse la tesis de la no superposición típica basada en el distinto objeto material de ambos delitos, aunque algunos autores la han defendido (negando que exista concurso de normas) sobre la base de la diferente configuración típica, que en el caso de la apropiación indebida exige siempre la apropiación y en el caso de la administración desleal la excluye, por lo que no existiría posibilidad alguna de que ambos delitos entraran en concurso de leyes<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> El delito societario de administración desleal, 2001, 105 s.

<sup>26</sup> Así, NIETO MARTÍN, El delito de administración fraudulenta, 1996, 215 ss.; CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, 1998, 471; MORALES PRATS, Dos cuestiones sobre delitos societarios, en: Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal, 1999, n.º 2, 57; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2.ª ed., 2000, 360 s. Creo que tiene razón MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 113 s., n. 207, cuando incluye también entre los defensores de esta tesis a GÓMEZ BENÍTEZ, La Ley 1997-I, 2053, pues pese a que este autor apela formalmente al principio de especialidad del art. 8.1.º CP, expresamente afirma que son «legalmente conductas de distinta gravedad que, en consecuencia, tienen que excluirse entre sí».

Ciertamente sí, como reiteradamente venimos defendiendo, la delimitación típica entre ambos delitos se basa en la existencia o no de apropiación, parece que se excluyen entre sí. Ahora bien, negar la posibilidad del conflicto de normas supone ignorar el gran paralelismo que existe entre ambas figuras en cuanto a su concreta tipificación y concebirlas como dos cuerpos extraños, lo cual creo que no responde a la realidad y daría lugar a la aparición de lagunas de punición, pues si no existe o no se puede probar la apropiación indebida no podría recurrirse a la administración desleal, que sería un *allius* frente a la apropiación indebida. Frente a ello, creo más correcto afirmar —en la línea apuntada por FERNÁNDEZ TERUELO<sup>27</sup> y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>28</sup>— que estamos ante dos conductas que representan agresiones de distinta intensidad y cualidad al patrimonio ajeno, en relación *minus/maius*<sup>29</sup>. Hace tiempo que apunté la idea de que el eventual concurso de normas debía resolverse con la regla de la subsidiariedad<sup>30 31</sup>, que me parece la solución más convincente<sup>32</sup>: el art. 295 está en relación de subsidiariedad

<sup>27</sup> La Ley 2000, n.º 5177, 7 y 9, n. 68: «Entiendo que estamos ante un supuesto de protección de un mismo bien jurídico en diversos estadios de ataque».

<sup>28</sup> El delito societario de administración desleal, 2001, 114: «ambos delitos representan meramente dos estadios de agresión al mismo bien jurídico, con la única diferencia de que en el art. 252 se contiene la lesión de mayor entidad (la conducta apropiatoria) y en el 295 se incluye la lesión de menor entidad (la conducta de distracción temporal)».

<sup>29</sup> Así lo plantea expresamente en la actualidad MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 112 ss.

<sup>30</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, 1997, 130; Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentia Trust, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 15. A favor de la subsidiariedad también FERNÁNDEZ TERUELO, Los delitos societarios en el CP español, 1998, 350; La Ley 2000-7, 1384; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 114 s.

Acerca del principio de subsidiariedad en el sentido en que aquí se entiende, cfr., por todos, SANZ MORÁN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, 1986, 123 s.; GARCÍA ALBERO, «non bis in idem» material y concurso de leyes penales, 1995, 339 ss.

<sup>31</sup> Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 113, que la doctrina ha recurrido a todas las reglas reguladas en el art. 8 CP. También la sentencia que comentamos alude no sólo a la solución de la alternatividad, sino también a la de la especialidad del art. 8.1.ª, «en cuyo caso, tratándose de distracción de dinero, el art. 252 constituiría regla especial frente a la más general de art. 295 que se refiere genéricamente a bienes de la sociedad». La afirmación de la especialidad del 252 frente al 295, basada en el objeto material resulta inadmisibles por las mismas razones que estamos rechazando al negación del conflicto de leyes que propone BACIGALUPO, porque se rechaza la hipótesis inicial de aquí se contemple un supuesto específico de administración desleal de dinero.

<sup>32</sup> En estos trabajos anteriores, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, 1997, 130s.; Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentia Trust, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 15, proponía también, con carácter general y sin diferenciar grupos de casos, la solución del concurso

dad tácita con el art. 252, que es ley principal, lo cual significa que aquél sólo se aplica en defecto de éste. De modo que si en el marco de la actividad societaria el administrador realiza actos dispositivos que impliquen una apropiación (actos inequívocamente dominicales), con el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, se aplicará el art. 252, que desplaza al 295. Pero si la apropiación no se produce o no puede probarse (y, por tanto, no resulta de aplicación el art. 252) recuperará su vigencia el 295, que resultará aplicable al caso concreto.

En conclusión, la explicaciones aportadas son insatisfactorias y la interpretación ofrecida es difícilmente sostenible desde todos los puntos de vista: gramatical, histórico, lógico-sistemático (la rúbrica del título en el que se ubica el art. 252, como el anterior 535, reza: «De la apropiación indebida», lo que parece dudosamente compatible con tipos que no exijan apropiación)<sup>33</sup> y teleológico-valorativo, y carente de justificación política criminal<sup>34</sup>, especialmente tras la introducción de un delito societario de administración desleal. Mi impresión es que la razón de ser de este cambio de interpretación jurisprudencial es el castigo, a toda costa, en casos como Banesto, anteriores a la entrada en vigor del CP de 1995 y en los que no sería aplicable el art. 295, lo cual supone una intolerable creación jurisprudencial de Derecho en contra del reo.

Además, esa forzada interpretación tal vez era innecesaria en este supuesto concreto (en el que, por lo demás, se acaba absolviendo por prescripción), como desde luego sucedía en el caso «Argentina Trust»<sup>35</sup>, pues podría fundamentarse que nos encontramos ante una conducta de auténtica apropiación indebida y no de mera gestión desleal. El acusado, en su calidad de presidente de Banesto, realiza un acto de disposición con esos 300 millones de pesetas, «para fines ajenos al propio giro

---

de delitos. Tal solución, que inicialmente planteé como una alternativa al concurso de leyes y que permitiría agravar las apropiaciones indebidas cometidas en el ámbito societario por los administradores desleales, me parece hoy poco defendible, con independencia de que puedan existir supuestos de concurso de delitos (real o ideal). Un análisis de diversos supuestos de concurso de delitos puede verse en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DP económico PE, 1999, 282ss.; El delito societario de administración desleal, 2001, 118ss. Cfr. también CASTRO MORENO, El delitos societario de administración desleal, 1998, 471ss., FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2.<sup>a</sup> ed., 2000, 361ss.

<sup>33</sup> Así lo destaca también GÓMEZ BENÍTEZ, La Ley 1998-6, 2175.

<sup>34</sup> Así también, GÓMEZ BENÍTEZ, La Ley 1998-6, 2175; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 103.

<sup>35</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del Caso Argentina Trust, TSJ y AP, 1998 n.º 3, 15 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 111 s. y n.204.

de la empresa» y en perjuicio de la entidad que administra (así consta en los hechos probados), privando definitivamente a la sociedad de los mismos y entregándoselos a un tercero, actuación que excede de su ámbito de poder como administrador, por tratarse de un acto inequívocamente dominical, que compete exclusivamente al dueño, esto es, nos encontramos ante el acto apropiatorio requerido por la apropiación indebida, con independencia de que haya existido o no beneficio personal o ánimo de lucro, pues el tipo de la apropiación indebida no exige ninguno de estos requisitos<sup>36</sup>.

Señala GÓMEZ BENÍTEZ<sup>37</sup>, que «en todo comportamiento ilícito como dueño por parte del administrador hay una incorporación ideal —que no es lo mismo que momentánea, temporal o provisional— del patrimonio social al propio, incluso en los casos en que el administrador actúa en beneficio directo de otro». Esto es así: el que «distrae» los fondos de una Entidad, privando a ésta definitivamente de los mismos y entregándoselos a un tercero, se apropia de tales fondos aunque no se beneficie él personalmente o no ingresen en su patrimonio. Apropiarse no significa «quedarse para sí» y, por tanto, lucrarse o beneficiarse, sino que también se apropia quien dispone de los bienes entregándoselos a un tercero y privando de ellos a su titular anterior, pues esta es una facultad que, conforme al Derecho civil, compete exclusivamente al dueño. Si a esto prefiere llamarsele distraer —como sugiere GÓMEZ BENÍTEZ<sup>38</sup>— y así dotar de contenido a la previsión legal, puede admitirse siempre que quede claro que en estos supuestos existe también apropiación, pero sin beneficio personal, sin *animus rem sibi habiendi* y que ambos supuestos son materialmente equivalentes y encuadrables en el único tipo de apropiación indebida tipificado hoy en el art. 252 CP.

Esta interpretación parte de la base de que es falso que tal disposición se llevara a cabo como retribución a Adolfo Suárez por su mediación ante el Banco de España. Porque si la disposición respondiera al pago de una comisión real, por favores ciertos a la sociedad, sin perjuicio sino en beneficio de ésta, desde luego que el hecho ya no constituiría apropiación indebida (no hay acto apropiatorio, sino actuación en calidad de administrador, dentro del ámbito de su poder jurídico de actuación en nombre de la sociedad) y probablemente tampoco admi-

---

<sup>36</sup> De otra opinión, FERNÁNDEZ TERUELO, La Ley 2000-7, 1382 s., quien entiende que nos encontramos ante un supuesto claro de administración desleal, porque entiende que no ha quedado probada la apropiación.

<sup>37</sup> La Ley 1998-6, 2176.

<sup>38</sup> La Ley 1998-6, 2176. De acuerdo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El delito societario de administración desleal, 2001, 108.

nistración desleal, puesto que se actúa en beneficio de la sociedad, cumpliendo lealmente los deberes del administrador con la sociedad, sin perjuicio de la posible comisión de otros delitos<sup>39</sup>.

c.2. *La cuestión de la codelinuencia.* Aunque la sentencia no se ocupa de la cuestión, ni en este supuesto ni en los restantes, creo interesante hacer unas brevísimas reflexiones al respecto.

En los casos de delincuencia económica empresarial, normalmente alguien (o varios) toman la decisión de ejecutar el hecho delictivo, diseñan la estrategia a través de la cual va a llevarse a cabo e imparten las órdenes oportunas, que serán ejecutadas por los sucesivos eslabones de la cadena delictiva, subordinados jerárquicos en la estructura empresarial, pero nunca por quien toma la decisión. En el caso que nos ocupa, Mario Conde decide que se realice el acto de disposición («decidió unilateralmente disponer de la suma de 300 millones»), pero no lo ejecuta él materialmente, sino que se pone en contacto con Martín Rivas, quien «asumió en encargo de gestionar la ejecución de la orden de disposición», para lo cual se pone en contacto con C.A. Gutiérrez, a quien comunica el modo y el momento en que debe entregar el dinero a «Pol», quien materialmente saca el dinero del banco y se lo entrega a un tercero.

La Sentencia, en este y en los demás supuestos, da por hecho —aunque sin fundamentarlo— que la responsabilidad de quien está al frente y toma la decisión (Mario Conde en este caso) es a título de autor. Y creo que esto es correcto, pero merece una mínima reflexión.

La forma más clásica de imputar responsabilidad a título de autor es la atribución de tal condición al ejecutor material más próximo al hecho, siempre que actúa con dominio o determinación objetiva del hecho. El operador más próximo al hecho en este caso es «Pol», pero parece evidente que él no domina el hecho, algo absolutamente frecuente en los supuestos de delincuencia empresarial y en estructuras organizadas jerárquicamente en general. Ante lo cual, se ha consolidado una tendencia jurisprudencial y doctrinal que tiende a invertir el sentido de asignación de la responsabilidad, dirigiéndose hacia arriba, hacia quien(es) toma(n) las decisiones, y considerando autor(es) a éste(os).

---

<sup>39</sup> Cfr., en el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, *La Ley 1997-I*, 2056; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, 326 ss., distinguiendo ambos entre supuestos en que la comisión carece de contraprestación (en los que la conducta es claramente apropiatoria) y aquellos en que sí existe la contraprestación, en los que puede haber casos de apropiación indebida (si la contraprestación está incluida en las funciones del cargo o existe una gran desproporción con el precio de mercado), de administración desleal o de atipicidad (si se trata del precio de mercado).

Este cambio de orientación es, en principio, correcto, pero no puede operar automáticamente ni admitirse a costa de forzar, desnaturalizar y dejar sin contenido las estructuras clásicas de imputación. ¿Por qué puede suceder esto? Porque la conducta de quien toma la decisión no encaja directamente en el tipo, porque él en ningún caso ejecuta y esto plantea problemas para la afirmación de la (co)autoría. En muchos de estos casos es imprescindible acudir a la figura de la autoría mediata o del autor tras el autor.

Sin embargo, las dificultades son menores en muchos supuestos de delitos socioeconómicos (apropiación indebida y administración desleal son dos casos paradigmáticos) en los que el tipo aparece configurado en torno a la idea de la infracción de un deber. En estos supuestos la asignación de la condición de autor a quien tiene el poder y la capacidad de decisión, que nunca ejecuta materialmente, que está lejos del hecho, encaja bien en las estructuras de imputación penal, no las fuerza, responde a la propia naturaleza de las cosas, porque la conducta encaja en la descripción típica (por ejemplo, las órdenes que imparte Mario Conde podrían encajar en la conducta apropiarse o distraer y las conductas de los demás, en algunos casos constituirán conductas de autoría actuando a distintos niveles y en otros, especialmente de los subordinados de menor rango, serán conductas claramente de participación, contribución accesoria al hecho de otro). En definitiva, en muchos de estos supuestos se podrá afirmar directamente la autoría del de arriba, sin necesidad de acudir a la figura de la autoría mediata o a construcciones próximas.

En otros casos, nos encontraremos ante supuestos de autoría mediata/autor tras el autor, que puede fundamentarse bien en el error del subordinados (en el caso que nos ocupa, por ejemplo, Mario Conde engaña a Martín Rivas, al hacerle creer que el pago de 300 millones era una contraprestación a los servicios prestados por Adolfo Suárez al Banco y que iban destinados a éste) y si no existiera error, podría fundamentarse en el mejor conocimiento de la situación global y en el dominio y control de la organización, de la estructura empresarial o societaria, a través de su poder legal de mando<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. Sobre esta construcción, SILVA SÁNCHEZ, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: SILVA FIGUEIREDO/SCHÜNEMANN (COORD.), Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, 1995, 370 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría mediata, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, 1996, 30; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, RDPCrim, 2.ª época, n.º extraordinario 1, 2000, 196 s.

## 2.º *Cementeras*

a) *Los hechos probados*: Con ocasión de la escisión del «Grupo Valenciana» (grupo de empresas que operaban en el sector cementero y en el que participaban, entre otros accionistas, Banesto y la familia S.), Mario Conde y Arturo Romaní «con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las hormigoneras para hacer llegar determinados fondos, que de no intervenir los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito, a las sociedades Gay Gordon y Data Transmission System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con ese fin». El total de fondos detraídos y desviados a sociedades controladas por los acusados asciende a 1556 millones de pesetas.

Para materializar el acuerdo de escisión, Arturo Romaní asume la representación de Banesto y acuerda con el representante de la familia S. «asignar a las empresas que componían el grupo cementero, con excepción de aquellas que cotizaban en bolsa ... unos valores muy por debajo de su precio real, con la finalidad fundamental de evitar costes fiscales derivados de la afloración de plusvalías, pero tratando de guardar la proporción entre los valores convenidos y los valores reales de forma tal que los valores netos resultante fueran equivalentes para ambas partes». Además, como parte del acuerdo de escisión, Banesto adquiere, a través de la sociedad Beta Cero, acciones de cuatro sociedades hormigoneras (Hormifasa, Prebetong Aragon, Ariforsa y Prebetong del Este), a las que se asigna un valor inferior al real (por cuestiones fiscales), pero con la finalidad de que Banesto recibiera su valor real, a través de la venta de las citadas sociedades. Sin embargo, dicha plusvalía no es percibida finalmente por Banesto, sino por sociedades controladas por Conde y Romaní.

El mismo día en que se realiza la adquisición, Beta Cero concede a una de las empresas del grupo Valenciana una opción de compra de las acciones de las sociedades Ariforsa y Prebetong del Este, por un precio muy superior al de adquisición, lo que genera una plusvalía de 332.252.500 pts. Pero esta plusvalía no la percibe Banesto, pues antes de que se materializara la recompra, Beta Cero vendió a la sociedad Gay Gordon la totalidad de las acciones de las cuatro hormigoneras por el mismo precio de compra, por lo que cuando se materializa la opción de compra de las acciones de Ariforsa y Prebetong del este, quien vende es Gay Gordon. Posteriormente, Gay Gordon vende, por el mismo precio de adquisición, las acciones de Hormifasa y Prebetong de Aragón a la sociedad Data Trasmisión System, que a su vez las vende a

Portland Iberia (sociedad del grupo Banesto), por un precio muy superior, generándose un beneficio neto de 1.224.000.000 pts. Como destaca la sentencia, «El hecho penalmente relevante se encuentra entonces no en la venta a Portland, sino en la transmisión de las sociedades hormigoneras citadas de Beta Cero a Gay Gordon por el mismo precio de adquisición»..., «aunque la adquisición por Portland se hiciese a valores de mercado, el perjuicio a Banesto consiste en no haber recibido el importe de la plusvalía como le correspondía».

El Tribunal considera probado que las sociedades Gay Gordon y Data Transmisión System pertenecían a sociedades interpuestas controladas por Mario Conde y Arturo Romaní y que fueron constituidas o adquiridas para ser las receptoras de los fondos resultantes de la operación de las hormigoneras. Asimismo, considera probado que ambos acusados «se aprovecharon en beneficio propio de fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmisión System y Gay Gordon», en ocasiones en forma de préstamos y en otras mediante la aplicación directa de los fondos en la adquisición de bienes.

*b) Calificación Jurídica* «Los hechos que se declaran probados son constitutivos del delito de apropiación indebida tipificado en el art. 535, en relación con los arts. 528 y 529.7.<sup>a</sup> del Cp vigente al tiempo de los hechos, más favorable para los acusados que el vigente art. 252 CP... no resulta de aplicación el más favorable tipo del art. 295 del Cp vigente, porque de calificarse el hecho conforme al nuevo Código, el art. 252 desplazaría por su especialidad al art. 295 CP. Los acusados Mario C. y Arturo R., con ocasión de la celebración de un negocio jurídico en uso de sus facultades de administración, detrajeron de la sociedad administrada la suma de 1.556 millones de pesetas. La sociedad Beta Cero fue una sociedad utilizada para recibir los fondos y desde ella transferirlos posteriormente a empresas residenciadas en su ámbito de dominio. En ese momento en el que se sustrae de la esfera de Banesto la referida suma y se coloca en sociedades controladas por los acusados, se ha consumado un delito de apropiación indebida. En cuanto a las sociedades Ariforsa y Prebetong Este, de forma directa, haciendo suyos los acusados el importe de la plusvalía como consecuencia de la operación de recompra; en el caso de las sociedades Hormifasa y Prebetong Aragón, realizando la plusvalía por la ulterior venta de las sociedades a Portland Iberia, pero, como hemos dicho, esta transmisión pertenece ya a la fase de agotamiento del delito».

Por lo demás, la sentencia rechaza la calificación de los hechos como delito continuado, (afirmando que se trata de «un solo hecho en sentido jurídico, a pesar de que naturalísticamente puedan constarse

dos acciones. Hay una sola decisión de voluntad, formando las operaciones de las distintas hormigoneras únicamente acciones de ejecución fragmentada de un solo hecho en sentido jurídico»), la cantidad de 1.556 millones de pesetas la considera de importante cuantía a los efectos de la circunstancia agravante del art. 529.7.<sup>a</sup> CP y rechaza la subsunción del hecho en el delito de estafa, por entender que no está probado el engaño y que no es posible apreciar un perjuicio para Portland que derive de un comportamiento engañoso.

c) *Valoración crítica*: En este supuesto la cuestión más discutible es decidir ante qué tipo delictivo nos encontramos.

c.1. En primer lugar, podría plantearse la existencia de un delito de estafa. Algunas acusaciones afirman la estafa invocando la existencia de engaño en el Consejo de Administración de Portland cuando tomó la decisión de invertir en las sociedades hormigoneras. El engaño se articularía a través de una omisión: silenciar el dato de que el beneficiario de la plusvalía era precisamente un miembro del Consejo de Administración. Pero, como señala acertadamente la sentencia, «no se ha demostrado qué importancia puede haber tenido el silenciar la vinculación de Data Transmision con los acusados por este hecho en orden a la decisión de inversión, cuando ésta es adoptada sobre la base de concurrir razones económicas que aconsejan la toma de capital de las sociedades hormigoneras y ello se hace a precio de mercado».

A lo que se puede añadir otro argumento: el engaño, en todo caso, no es a Portland (que decide la inversión sobre la base de razones económicas y adquiere a precio de mercado), sino a Banesto cuando vende a un precio muy inferior al de mercado las hormigoneras a Gay Gordon. Pero la mera existencia de un genérico «engaño» a la sociedad no puede determinar por sí sola la aplicación del delito de estafa, cuya mecánica comisiva exige que ese engaño produzca un error en otro (que puede ser el perjudicado o un tercero, pero nunca el propio artífice del engaño) y que ese otro (el engañado) sea quien realice el acto de disposición patrimonial causante del perjuicio. Pero en este caso la sociedad «engañada» no puede disponer por sí misma, sino a través de sus administradores, actuando en nombre y representación de la misma. Y ahí surge la imposibilidad para construir la estafa, pues esos administradores son los mismos que articulan la maniobra engañosa, de forma que ocupan la doble posición de autores y víctimas del engaño. Como ya he expuesto más ampliamente en otras ocasiones, la configuración típica del delito de estafa exige de forma necesaria una dualidad de personalidades entre el autor del engaño y la víctima del mismo, que es quien realiza el acto de

disposición, determinado por el error que sufre. Cuando esto no es así, sino que quien realiza el acto de disposición en nombre de la sociedad es el propio administrador artífice del engaño, no puede apreciarse el delito de estafa porque no se produce la mecánica comisiva del mismo <sup>41</sup>.

c.2. Descartada la calificación como estafa, surge la posibilidad de calificar el hecho como delito de apropiación indebida o como delito de administración desleal (atípico en el momento en que se cometieron los hechos, conforme a la interpretación aquí defendida).

Como ya se ha analizado anteriormente el criterio diferenciador propuesto es el de la existencia o no de acto apropiatorio, esto es, una indebida atribución de dominio por parte del administrador más allá de la esfera de su poder jurídico (en la apropiación indebida) o una mera actuación desleal sin indebida atribución de dominio y dentro del ámbito del poder jurídico, aunque infringiendo los fidelidad o lealtad propios del administrador, respecto del titular del patrimonio administrado.

La Sentencia, de forma un tanto simplista y poco precisa, afirma que los acusados detraen de la esfera de Banesto una cantidad de dinero y lo colocan en sociedades controladas por ello, consumando así el delito de apropiación indebida. Si ello fuera así de sencillo, parece clara la calificación. Pero la propia sentencia reconoce que esto se produce con ocasión de la celebración de un negocio jurídico «en uso de sus facultades de administración» y que el perjuicio a Banesto se produce por no haber recibido el importe de la plusvalía.

Lo que sucede en realidad es que, en el curso de una compleja operación, se venden determinados bienes de la sociedad administrada a otra, a precio inferior a su valor real, bienes que finalmente acaban siendo recomprados por la sociedad administrada a un precio muy superior a aquel por el que fueron vendidos. Todo ello constituye indiscutiblemente una actuación que viola los deberes de lealtad del administrador y que causa un grave perjuicio patrimonial a la sociedad, pero de lo que no puede afirmarse la existencia de un acto apropiatorio que exceda del ámbito del poder jurídico del administrador. Por lo que probablemente, desde la concepción aquí defendida, habría que calificarlo como administración desleal <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. más ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 32 ss.

<sup>42</sup> A favor de la consideración como administración desleal, considerando que se trata de uno de los «supuestos modelo» de ésta, FERNÁNDEZ TERUELO, *La Ley 2000-7*, 1385 n. 2.

### **3.º Centro comercial Concha Espina**

a) *Los hechos*: Los acusados, Mario C., Arturo R., Rafael P.E. y Fernando G., a través de diversas sociedades interpuestas (Motilsa, Cienfuegos 2000, San Antón del Espino, Ely Sipe) adquirieron porcentajes de las cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina (cuyo objetivo era la construcción y explotación de un centro comercial en el lugar llamado Esquina del Bernabeu) sin contraprestación, «es decir, que todos ellos participan en un negocio ajeno sin aportación de capital, a pesar de que la asociación de cuentas en participación, en la forma que se caracteriza por el Código de Comercio, conlleva esencialmente una aportación de capital». «En tal situación ... los acusados decidieron, con la finalidad de obtener beneficio patrimonial, vender a la corporación industrial sus respectivas participaciones, que habían recibido gratuitamente sin contraprestación. El asunto fue llevado a la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto del día 26 de septiembre de 1991», de la que eran miembros tres de los acusados: Mario C., Arturo R. y Rafael P.E. «En esta reunión no fueron informados los demás miembros de la Comisión Ejecutiva del interés personal que en el negocio tenían los citados acusados», quienes tampoco advirtieron «que la inversión se haría adquiriendo cuentas en participación, y no mediante la forma acostumbrada de adquisición de acciones de la sociedad titular del negocio. De este modo, los acusados obtuvieron de la Comisión Ejecutiva un acuerdo favorable a sus pretensiones». La Comisión Ejecutiva autoriza la inversión y faculta al Consejero Delegado (Arturo R.) para negociar en las condiciones más favorables la entrada de la Corporación Banesto en la «estructura accionarial» del Centro Comercial Concha Espina.

Arturo R., haciendo uso de sus facultades como Consejero Delegado, acordó la compra de cuentas en participación del citado negocio, a través de la sociedad interpuesta «Dorna SA», a la que se abona por anticipado la totalidad del precio estipulado el mismo día del acuerdo (25 de octubre de 1991), que ascendía a 1.776 millones de pesetas, pese a que Dorna no disponía en ese momento del porcentaje convenido, sino sólo de un pequeño porcentaje que le había vendido Rafael P.E. Posteriormente Mario C., Arturo R. Y Fernando G., a través de las sociedades controladas por ellos y que figuraban como titulares de las cuentas en participación, venden a Dorna porcentajes de las cuentas de participación, que Dorna abona con el dinero anticipado por la Corporación.

En diciembre de 1994, ante las deudas que Centro Comercial Concha Espina mantenía con Banesto (dado que el Banco había financia-

do el desarrollo del negocio) se firma un contrato entre ambos en virtud del cual, para saldar la deuda, se adjudica al Banco el único activo de la sociedad (un contrato suscrito con el Real Madrid CF), por lo que las cuentas en participación quedan sin valor alguno. A consecuencia de todo lo cual se produce un perjuicio patrimonial para la Corporación Banesto de 1.776 millones de pesetas.

*b) Calificación jurídica:* La Audiencia Nacional entiende que los citados hechos son constitutivos de un delito de estafa, del que considera coautores a Mario C., Arturo R. y Rafael P., pero no a Fernando G., quien no se ha demostrado que participase en el comportamiento engañoso ni cooperase en la producción del perjuicio patrimonial, sino que sólo se benefició económicamente del hecho y podría haber sido castigado como autor del delito de receptación, si las acusaciones lo hubieran solicitado.

A continuación, analizaré resumidamente las afirmaciones de la sentencia respecto de la concurrencia en el caso de los distintos elementos del delito de estafa:

1.º *Engaño.* La sentencia entiende que los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P.E. **engañan a los otros miembros de la Comisión Ejecutiva** («Los miembros de la Comisión Ejecutiva fueron los sujetos pasivos del engaño de los acusados»), ocultándoles datos relevantes (el interés personal de los acusados en la operación; que no se trataba de adquirir acciones, sino cuentas en participación; el alto riesgo de la operación, que no pudo ser valorado correctamente al basarse la valoración del negocio en datos incorrectos; la ausencia de poder de gestión) que hubieran evitado «con alto grado de certeza» la adopción de un acuerdo favorable a la operación. Ello es interpretado por el Tribunal como «un comportamiento activo, al menos en la forma de **acto concluyente**», lo que le permite obviar la calificación de estafa por omisión y entender que «las omisiones, sin duda relevantes a efectos de engaño, forman parte de un comportamiento complejo que puede ser calificado como activo». «El engaño puede considerarse **bastante**» ... «la cautela observada por los miembros de la Comisión ejecutiva era la ordinaria y exigible en situaciones normales de desenvolvimiento de una sociedad, pues cuando existe una especial relación de confianza derivada de relaciones anteriores como las que resultan del propio funcionamiento de la Comisión Ejecutiva, los deberes de autotutela de los miembros de esa comisión se reducen a un nivel mínimo de exigencia; no es razonable dudar de la lealtad de un Presidente del grupo empresarial, ni del Consejero delegado, ni de un consejero de prestigio formalmente reconocido».

2.º *Error*: «El acuerdo de inversión sólo es explicable racionalmente, fuera de los casos en que hubiera habido una actuación dolosa de todos los miembros de la Comisión, que no se ha acreditado, cuando aquella decisión se tomó sobre la base de un error inducido por la actuación engañosa de los acusados» ... «Como la comisión ejecutiva no pudo conocer el alto riesgo y la ausencia de poder de gestión, al margen del interés directo de los acusados, la disposición patrimonial realizada fue fruto de un engaño suficiente».

3.º *Acto de disposición patrimonial*: La sentencia trata de fundamentar el delito de estafa afirmando que es el engañado (la Comisión Ejecutiva) quien realiza el acto de disposición, lo cual es imprescindible para que se cumpla la mecánica comisiva de la estafa, pero resulta dudoso es el caso, dado que fue Arturo Román, como Consejero delegado, el que llevó a cabo las negociaciones, acordó la compra de las cuentas en participación y abonó el precio estipulado. ¿Cómo salva esa dificultad la sentencia? La argumentación es la siguiente: «A pesar de que *de facto* se confirieron amplios poderes de gestión a Arturo R., como la inversión debía ser decidida por la Comisión Ejecutiva, en cuanto unilateralmente no tenía Arturo R. delegadas las facultades para obligar a la sociedad en la adquisición de participaciones en negocios que requerían importante inversión, debe entenderse que, a pesar de aquella circunstancia, cuando la autorización para continuar con la conclusión del negocio ha sido obtenida por engaño —como si de un documento en blanco se tratara— **puede entenderse que la disposición patrimonial la realiza la propia Comisión Ejecutiva**. Por ello, en la medida en que los miembros que asistieron a la Comisión y que adoptaron la decisión eran mayoría, al margen de los acusados, la posibilidad del engaño no está excluida, pues en los órganos colegiados de administración puede ser apreciado el delito de estafa cuando la decisión deba adoptarse colegiadamente y uno o varios de sus miembros engañen a los demás, siempre que los engañados hayan sumado la mayoría necesaria para la adopción válida del acuerdo».

4.º *Perjuicio patrimonial*: «Hay perjuicio patrimonial cuando el fin pretendido por la disposición patrimonial se frustra como consecuencia del comportamiento engañoso. El perjuicio no puede dudarse en este caso cuando la sociedad decide invertir en una sociedad, adquiriendo sus acciones ... y en su lugar lo que recibe es una participación en el negocio mismo que no permite a la Corporación, a pesar de adquirir un porcentaje del 48%, el ejercicio de derecho político alguno ni, en consecuencia, la participación en la gestión. El producto recibido como contraprestación es sustancialmente diferente del que se pretendía recibir. Tanto se conciba el perjuicio en el delito de estafa en el sentido

económico, o de acuerdo con el más moderno concepto personal, no proporciona la misma utilidad a la sociedad inversora ka adquisición de unas acciones que la de una cuenta en participación. Ello sería suficiente para afirmar el perjuicio patrimonial».

Además del dato fundamental de que se adquieren cuentas en participación y no acciones, la sentencia tiene en cuenta otros datos, como que la decisión de invertir en el negocio no se adopta por razones de racionalidad económica, sino que es el instrumento para procurar un beneficio personal a los acusados; que el negocio era altamente inseguro e implicaba un riesgo excesivo, lo que mermaba el posible valor atribuido desde una perspectiva estática; que la valoración que sirve de base a la toma de la decisión se basó en datos incompletos, al valorarse la posible expectativa económica de un negocio, pero no el valor real de las cuentas en participación realmente adquiridas.

5.º *Ánimo de lucro*: «que los acusados obraron motivados por su lucro personal no puede dudarse» ... «Esa toma de posición en un negocio ajeno por los administradores de la sociedad que luego lo va a adquirir sólo se explica razonablemente cuando está motivada por la idea de obtener un lucro ilícito a costa de la sociedad administrada. Por ello, ... los administradores adquieren cuentas en participación gratuitamente, sin coste alguno, por cesión del dueño del negocio, para su posterior venta a la sociedad administrada por un precio de extraordinario valor».

6.º *Consumación*: El Tribunal entiende consumado el delito con la adquisición por la Corporación de las cuentas en participación del Centro Comercial Concha Espina, momento en que se produce el pago de los 17776 millones de pesetas. Ello se puede deducir de la siguiente frase: «El beneficio se consume con la adquisición por la Corporación», si bien la misma no es muy afortunada, pues la consumación de la estafa no exige la producción de un beneficio, sino de un perjuicio patrimonial propio o ajeno.

7.º *Coautoría*: «No es obstáculo para apreciar la coautoría de la estafa de los acusados Mario C., Arturo R. y Rafael P. E., el hecho de que sólo alguno de ellos haya asumido el protagonismo de la operación, pues como es sabido, el delito de estafa no es delito de propia mano, por lo que basta con que se haya participado conjuntamente en la maniobra engañosa, sin necesidad de ejecución personal del engaño».

c) *Valoración de la calificación*: En este caso, como puede apreciarse, la Sentencia realiza un importante esfuerzo por fundamentar la calificación de los hechos como estafa. Pese a todo, en mi opinión tal calificación es discutible.

No cuestiono la presencia de engaño, su calificación como acto concluyente y su consideración de bastante, que es correcta y detallada, pero sí me parece dudoso que a partir de esta afirmación y de la constatación del perjuicio patrimonial se afirme la existencia de la estafa. De nuevo, como sucedía en el supuesto anterior, puede afirmarse que quien realiza el acto de disposición en nombre de la Corporación, delegado por la Comisión Ejecutiva es Arturo R., precisamente uno de los artífices del engaño. Este sujeto actúa deslealmente, abusa del poder que le confiere su delegación, pero es él y no la Corporación quien realiza el acto de disposición patrimonial requerido por el tipo. Conforme a los hechos probados, la Comisión, en su reunión de 26 de septiembre de 1991, adopta un acuerdo por el cual se aprueba «autorizar la inversión en Centro Comercial Concha Espina SA... y a tal fin facultar al Consejero Delegado para que proceda a negociar, en los términos más convenientes, con Centro Comercial Concha Espina la entrada de Corporación Banesto en su estructura accionarial». Y ese acuerdo de autorizar la inversión no constituye todavía el acto de disposición exigido por el delito de estafa, que sólo se produce en un momento posterior, cuando el Consejero Delegado en nombre de la Corporación acuerda con Dorna la compra de las cuentas en participación. Y ese Consejero Delegado, al ser uno de los artífices del engaño no puede ser a su vez el engañado, rompiéndose así la cadena de conexiones exigida por el tipo de estafa (engaño, que determina error, que determina la realización de un acto de disposición patrimonial por el engañado) por la inexistencia de la dualidad de personas físicas engañante/engañado.

Afirmar, como hace la sentencia, que, al ser necesaria la autorización y haberse obtenido ésta mediante engaño «puede entenderse que la disposición patrimonial la realiza la propia Comisión Ejecutiva» significa, por un lado, reconocer que no es ella quien dispone y, por otro, violar las exigencias del principio de legalidad, aplicando la norma penal a supuestos distintos de los en ella contenidos (analogía *contra reo* prohibida en Derecho penal).

En mi opinión, nos encontramos de nuevo ante una conducta de administración desleal, atípica en el momento de comisión de los hechos, conforme a la interpretación de este tipo y de la apropiación indebida aquí defendida.

#### **4.º Oil Dor**

a) *Los hechos*: En marzo de 1991 se constituyó la sociedad Oil Dor, cuyo objeto social era «la explotación comercial de instalaciones de lavado y mantenimiento de los mismos y la venta de lubricantes y acce-

sorios para automóviles; la explotación de gasolineras y derivados del petróleo ... así como la adquisición y compra de terrenos e instalaciones propias para el desarrollo de la actividad». En octubre de ese mismo año Rafael P.E. , a través de la sociedad Cifuentes 2000, suscribe 2000 acciones de la sociedad, al precio de 10. 000 pts por acción, cuando ya se habían iniciado conversaciones entre Oil Dor y la Corporación Industrial y Financiera de Banesto.

En abril de 1992, Mario C., Arturo R. y Rafael P. E. presentaron ante la Comisión Ejecutiva de la Corporación la propuesta de invertir en Oil Dor, presentando un informe en el que el negocio aparecía muy sobrevalorado y ocultando la deficiente evolución del mismo y el incumplimiento de los objetivos marcados en el Plan de desarrollo, así como su interés personal en el citado negocio. «De este modo, confiados los miembros de la Comisión Ejecutiva en la bonanza del negocio presentado por los acusados....se acordó facultar al Presidente para negociar en los términos más convenientes la incorporación de la Corporación a la estructura accionarial de Oil Dor, SA».

Al día siguiente de la aprobación de la inversión por la Comisión Ejecutiva, los acusados planearon y participaron en «una ampliación de capital en Oil Dor; a la par, al precio de 10.000 pts por acción, a pesar de conocerse que la Corporación había autorizado una inversión valorando el negocio en 12.000 millones de pesetas a 300.000 pts por acción».

El día 12 de mayo Arturo R., Consejero delegado de la Corporación, «informó a la Comisión ejecutiva del acuerdo alcanzado con los accionistas para adquirir el 50% de la sociedad, al precio de 300.000 pts por acción, lo que suponía un desembolso por parte de la Corporación de 6.000 millones de ptas.». En esa reunión se acordó pagar al contado 3.000 millones de pesetas al formalizar la operación y aplazar el resto del precio en atención a la consecución de objetivos identificados en el plan estratégico de Oil Dor. Pero, en contra de lo acordado, la segunda mitad del precio no se aplazó, sino que se abonó en acciones de Banesto.

Ante las pérdidas del negocio, el escaso valor patrimonial de la sociedad y el fuerte endeudamiento, se diseñó un plan de viabilidad, que comprendía una ampliación de capital de 7.000 millones de pesetas, que tuvo lugar en 1993, asumida en su mayor parte por la Corporación. En dicha ampliación de capital las acciones vuelven a pagarse a 10.000 pts. Según las cuentas anuales aprobadas el 31 de diciembre de 1993, «la sociedad Oil Dor tenía un valor de 5.600 millones de pesetas, por lo que la Corporación había perdido al menos la diferencia de valor hasta el importe total de la inversión, cifrada en 11.795 millones de pesetas, tras las sucesivas ampliaciones de capital».

b) *Calificación Jurídica*: La sentencia califica los hechos como constitutivos de un delito de estafa tipificado en el art. 528 en relación con el art. 529.7 CP, en la redacción vigente al tiempo de comisión del delito. Lo más interesante de la argumentación jurídica en este supuesto es la fundamentación de la existencia del engaño y de la mecánica comisiva propia de la estafa.

Comienza destacando, muy acertadamente la sentencia que «debe tenerse en cuenta que el tipo de estafa resulta inadecuado en los casos en que concurren en una misma persona el sujeto del engaño y el de la disposición patrimonial. ... Por ello, se excluye la estafa cuando el que engaña es la misma persona que realiza el desplazamiento patrimonial, por no haber sido viciada su voluntad por el engaño, sino dentro de sus facultades de administración. En esta situación se llega a la reforma de 1995 que pretende cubrir las detectadas lagunas de punibilidad mediante la tipificación de un delito de administración desleal». A reglón seguido argumenta que los acusados engañaron a la Comisión Ejecutiva y que fue ésta (engañado) quien realizó la disposición patrimonial: «En este caso han resultado engañados los miembros de la Comisión Ejecutiva de Corporación. Aunque los acusados representaban la mitad de la composición de la Comisión que autorizó la inversión, sin embargo el acuerdo sólo pudo ser adoptado por el concurso de todos ellos, pues los acusados no constituían la mayoría suficiente para la adopción válido del acuerdo. Por ello no estamos ante un supuesto de autoengaño, que excluiría la posible calificación como estafa, sino que los acusados desplegaron el ardid suficiente para mover la voluntad de los demás miembros de la Comisión Ejecutiva hacia su plan delictivo».

A continuación se afirma que «el engaño es bastante ... pues resultaba legítima la confianza de los miembros de la Comisión en la lealtad de los acusados y la relajación de sus deberes de autoprotección» y que «el perjuicio patrimonial existe, toda vez que la Corporación pagó a 300.000 pesetas la acción, cuando su valor al menos no era superior a las 10.000 ptas. en que se estableció el valor de la acción en las sucesivas fases de capitalización de la sociedad».

Finalmente la sentencia afirma la relación de continuidad entre las acciones relativas al Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, apreciando delito continuado, por entender que existe «homogeneidad objetiva en cuanto a la acción, al bien jurídico atacado y al tipo penal realizado», aprovechamiento de la misma ocasión y proximidad temporal. «Todo ello permite valorar unitariamente, en el plano normativo, las plurales acciones de estafa realizadas, apareciendo la una como continuación de la otra».

c) *Valoración:* En este caso, en mi opinión, el planteamiento de la Sentencia y el resultado al que llega son correctos. A diferencia del anterior, aquí puede afirmarse no sólo que el engaño bastante existe y recae sobre la Comisión Ejecutiva —no se trata de un supuesto de autoengaño que excluiría la estafa—, sino también que es el engañado quien realiza el acto de disposición, generador del perjuicio patrimonial y con ánimo de lucro, concurriendo todos los elementos del delito de estafa. En efecto, la Comisión Ejecutiva interviene inicialmente autorizando la negociación y posteriormente es informada del estado de la misma y en la reunión de 12 de mayo se aceptan las condiciones del negocio y se acuerda el pago. Por tanto, en este supuesto sí podría afirmarse que es la Comisión quien realiza el acto de disposición y que se cumplen los requisitos del delito de estafa.

## 5.º *Carburos metálicos*

a) *Los hechos:* En 1989, Banesto tenía el 24,8 % del capital social de la sociedad Carburos Metálicos SA. En 1990, la sociedad Air Products muestra su interés por ampliar su participación en Carburos mediante la compra de acciones de la sociedad a Banesto y el día 4 de abril de ese año se firma un contrato definitivo por el que Air Products adquiriría el derecho a comprar 672.000 acciones de Carburos, estipulándose como precio por unidad de opción 2.000 ptas, de donde resulta que el precio total de la opción de compra era de 1.344 millones de pesetas. A la firma del citado contrato asisten, por parte de Banesto Arturo R. y Rafael P.E.

«Los acusados, Arturo R. y Rafael P.E. habían planificado que la cantidad convenida como precio de las opciones, que ascendía a 1.344 millones de pesetas no debía ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza» ... «Conforme a lo planificado, Arturo R. y Rafael P.E. se pusieron en contacto con el también acusado Jacques H., a fin de que éste recibiera el pago de Air Products en Suiza a través de una sociedad de H. Con la intención de que no quedase rastro documental del pago que debía hacer Air Products, y no pudiera ser detectado en el banco al registrar el documento, Arturo R., invocando razones de confidencialidad, logró que los representantes de Air Products presentes en la firma del contrato accediesen a suprimir la referencia a las 2.000 ptas por opción.... Al mismo tiempo, ... éste (Arturo R.) indicó a los representantes de Air Products que el pago debía hacerse a la cuenta del NMBank de Ginebra (Suiza)». Desde esa cuenta bancaria el dinero fue transferido por un bufete de abogados a una cuenta de la sociedad de

Jaques H. en Liechtenstein, reteniendo una parte como compensación por su participación y entregando el resto a un tercero, quien a su vez lo entregó a otra persona en dos cheques, que fueron depositados en una cuenta bancaria en Liechtenstein.

*b) Calificación jurídica:* «Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida tipificado en el art. 535, en relación con los artículos 528 y 529.7.<sup>a</sup> del Código penal vigente al tiempo de los hechos. Como hemos declarado en fundamentos precedentes no resulta de aplicación el más benigno delito de administración desleal tipificado en el art. 295 del CP vigente. Ha quedado acreditado que el acusado Arturo R., abusando de las facultades de administración que tenía conferidas, con la colaboración de los también acusados Rafael P. E. y Jacques H., impidieron con su comportamiento que ingresase en el patrimonio de Banesto la suma debida de 1.344 millones de pesetas, precio de las opciones de compra concedidas a Air Products. Queda acreditada plenamente la conducta de distracción ... en cuanto se sustrajo al Banco de la disponibilidad de dichas sumas, con la consiguiente producción dolosa de un perjuicio por parte de Arturo R., con la colaboración de Rafael P.E. y Jacques H.».

Arturo R. es condenado como autor del delito y Rafael P. E. como cómplice, «en cuanto su actuación consistió en favorecer la distracción de fondos que principalmente, en el sentido del art. 28 CP, realizó el administrador Arturo R. ... La condición de cómplice no requiere como es lógico dominio del hecho, sino comprobar sólo que se ha favorecido el mismo con un aporte objetivo no esencial cuando se interviene en la fase de ejecución del delito, como aquí acontece».

Respecto de Jacques H., la sentencia entiende prescrito el delito en virtud del art. 113 CP 1973 (más favorable que el de 1995), por haber transcurrido más de cinco años entre la comisión de los hechos (6 de abril de 1990, fecha del pago por Air Products) hasta el 30 de noviembre de 1995, fecha en que el procedimiento se dirige por vez primera contra este sujeto en calidad de imputado.

*c) Valoración:* En mi opinión, en este caso parece clara la existencia de apropiación, pero no en el sentido de la nueva interpretación jurisprudencial, sino en el sentido clásico<sup>43</sup>. Convencer, mediante una serie

---

<sup>43</sup> En contra, sin embargo, FERNÁNDEZ TERUELO, La Ley 2000-7, 1385 n. 2, que califica este supuesto como administración desleal, entendiendo que se trata de un supuesto de compra directa o indirecta de un bien para su posterior venta a la sociedad a un precio muy superior. Si esto fuera así, tal vez su calificación fuera correcta, pero a la vista del relato de hechos probados de la sentencia, creo que esta simplificación del supuesto es incorrecta.

de maniobras engañosas, al comprador de unas acciones, de que ingrese el importe de las mismas en una cuenta a través de la cual el dinero se desvía a las cuentas bancarias de los administradores y no en las de la sociedad administrada, es clarísimamente algo más que una mera administración desleal. Los acusados realizan un acto apropiatorio de una suma de dinero que pertenecía a la sociedad que administraban, acto que —además de desleal— excede absolutamente la esfera de su poder jurídico como administradores.

## **6.º Locales comerciales**

a) *Los hechos*: «El acusado Fernando G.C. ... ocupaba desde 1989 el cargo de Director general del Banco español de Crédito. En función de los cometidos que le fueron asignados, estaba autorizado por el banco para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes. Aprovechando tales facultades, planeó obtener un beneficio económico con ocasión de determinadas adquisiciones de locales para uso comercial y naves para almacén ...resultante del mayor precio contabilizado en el banco, que no se correspondía con el realmente estipulado en cada compraventa, notablemente inferior. De este modo, el acusado ocultaba al banco que el coste de adquisición de los locales había sido en realidad inferior a los pagos ordenados, obteniendo así el acusado la disposición del sobrante, que no se reintegró al patrimonio del banco. A tal fin, Fernando G. autorizó cada una de las compraventas y ordenó a los apoderados correspondientes la emisión de cheques al portador con la finalidad de ocultar la finalidad del receptor y el destino último de los fondos» ... «Se efectuaron un total de seis operaciones de adquisición de locales, que discurrieron entre los meses de febrero de 1989 y diciembre de 1990» ... «Al menos la cantidad de 1.550 millones de pesetas no fue recibida por los vendedores de los locales y aquella suma quedó a disposición del acusado Fernando G.».

b) *Calificación jurídica*: «Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida tipificado en el art. 252 CP vigente, en relación con con el 250.6 y 74 del mismo cuerpo legal. Esta calificación resulta más favorable al acusado que la aplicación del Código vigente al tiempo de comisión del delito».

La única fundamentación es la siguiente: «El acusado Fernando G., abusando de las funciones propias de su cargo, y aprovechando que éste le permitía realizar determinadas operaciones inmobiliarias, realizó una pluralidad de acciones, teniendo las unas como continuación de las otras, hasta conseguir el lucro total perseguido por el acusado. Las plu-

rales acciones ... llenan en su individualidad los requisitos del tipo objetivo y subjetivo del delito de apropiación indebida, pero pueden ser valoradas unitariamente en el plano normativo por la teoría del delito continuado». Frente a la alegación de falta de título, requisito exigido por el delito de apropiación indebida, la sentencia afirma que se declara «probado que Fernando G. tenía poder de disposición del dinero de Banesto, en cuanto pudo autorizar la compra de locales y ordenar sus pagos, luego administraba fondos en el sentido del delito de apropiación indebida. La jurisprudencia es abundante a la hora de definir los casos en que puede apreciarse una administración como título susceptible de dar lugar a este delito, ofreciendo un concepto muy amplio hasta comprender todo supuesto en que alguien, aun careciendo de poderes formales para ello, se ha encargado de hecho de la gestión de fondos ajenos (encargados de la caja de caudales, cobradores de facturas, administrador de una comunidad de propietarios, etc).».

*c) Valoración:* De nuevo nos encontramos ante un claro supuesto de apropiación indebida. El acusado, en virtud de las facultades de su cargo, tiene a su disposición fondos del banco para adquirir locales y se apropia de parte de los mismos, en vez de darles el destino para el que le son confiados.

El único problema con cierta trascendencia jurídica planteado es el del título, problema que la Audiencia resuelve de forma en mi opinión muy correcta, realizando una interpretación material y no puramente formal del título: como afirma la sentencia, el acusado tenía poderes de disposición para actuar en nombre de Banesto, luego puede afirmarse que administraba fondos de esta Entidad. En realidad, lo que creo que sostiene la Sentencia es que administrador en el sentido del delito de apropiación indebida no es sólo quien formalmente tiene esa condición en el sentido jurídico mercantil (que, en este caso, lo serían exclusivamente los miembros del Consejo de administración), sino todo aquel que goza de facultades para disponer de fondos de la sociedad y que, por tanto, en el ejercicio de sus facultades, puede apropiarse de bienes que, en ese ámbito de sus facultades, administra. Esta interpretación es perfectamente compatible con el tenor literal del art. 252 CP y la más correcta desde consideraciones valorativas y teleológicas<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Respecto del concepto de administrador de hecho en el art. 295 CP he defendido también que el Derecho penal debe desvincularse de las categorías mercantiles y de las calificaciones puramente formales y atender a la funcionalidad de los órganos: administrador es quien tiene facultades autónomas de gestión y representación, que debe ejercer con diligencia y lealtad, esto es, en interés de la sociedad. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, 1997, 115 ss. Acerca de la responsabilidad penal del administrador de hecho,

## 7.º *Isolux*

a) *Los hechos*: En 1988 Isolux era una sociedad perteneciente a Banesto que atravesaba una profunda crisis económica, agravada a lo largo de 1989. Al final de este ejercicio, «ante la disyuntiva de liquidar la sociedad o sanearla, Banesto decidió llevar a cabo el saneamiento de Isolux buscando nuevos inversores». Es así como aparece en escena la sociedad Valyser, que compra en julio de 1990 un 40 % de las acciones de Isolux, por un precio de 600 millones de pesetas. A lo largo de 1990 se obtienen buenos resultados económicos. Posteriormente se realizan operaciones de fusión por absorción entre Isolux y Watt (perteneciente también mayoritariamente al grupo Banesto), ampliaciones de capital y finalmente Valyser acaba vendiendo su participación en Isolux-Watt a la Corporación, tras operaciones de compraventa intermedias a través de sociedades instrumentales, lo cual genera importantes plusvalías para Valyser. El precio final abonado por la Corporación por el 40% de Isolux-Watt ascendió a 4.314 millones de pesetas. Por tanto, existe una diferencia de 3.714 millones de pesetas entre el precio abonado por Valyser en el momento de la adquisición de su participación en Isolux (600 millones pts) y el precio de su venta a la corporación en 1993.

No obstante, el Tribunal afirma que Banesto no sufrió perjuicio alguno, ni en el momento de la entrada de Valyser en el capital social de Isolux (puesto que el precio no era distinto al valor real de mercado de una sociedad que arrojaba cuantiosas pérdidas), ni en el momento de la fusión entre Isoluz y Watt, ni en el momento de la adquisición por la Corporación del porcentaje de Valyser en Isolux-Watt, ya que «la compañía Isolux en cuyo capital invierte Valyser en 1990 es muy distinta en el aspecto económico de la Isolux-Watt que deja en 1992-1993 al vender su participación» y los peritos consideran «razonable tanto el precio pagado por Valyser en la adquisición como el precio percibido por la venta» ... «Además, ofrecieron explicación razonable sobre las motivaciones que pudieron haber animado a la Corporación a retomar su participación en Isolux» ... «De todo ello resulta que no existe prueba que permita entender que la contraprestación recibida por la inversión de la Corporación no tenga el valor del precio pagado por ella, ni que la participación recibida no satisfaga o reporte a la Corporación la utilidad pretendida con tal inversión».

Sí resulta probado que los acusados (Mario C., Arturo R., Mariano G. L. y Francisco Javier S. M.) mantuvieron relaciones financieras y/o

---

con carácter general, cfr. GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, 1999, *passim*.

comerciales con la sociedad Valyser, de las que obtuvieron importantes beneficios económicos, pero no ha podido demostrarse la conexión entre las mismas y la venta de Isolux.

*b) Calificación jurídica:* En este caso se absuelve a todos los acusados, por considerarse la conducta atípica. «El Tribunal entiende que no ha quedado acreditado un perjuicio patrimonial y, en consecuencia, no concurren los elementos del tipo objetivo de los delitos de apropiación indebida y estafa» ... «La prueba del enriquecimiento de los acusados, de la posible participación en las plusvalías obtenidas por Valyser en sus transacciones con la Corporación, aun cuando hubieran sido favorecidas por los administradores de Banesto con base en un interés económico personal, no constituyen sin más un delito patrimonial cuando la contraprestación recibida por la sociedad se corresponde económicamente con la prestación realizada y aquella le proporciona una utilidad equivalente a la que reporta el importe de la inversión... La autocontratación, el percibo de comisiones, el favorecimiento a familiares o amigos, conductas similares de las que obtienen beneficio los administradores de una empresa, directa o indirectamente, que pueden suponer comportamientos de deslealtad para con la sociedad, son impunes en la medida en que no se traduzca en un perjuicio al menos potencial (puesta en peligro) para la sociedad. El propio legislador penal ha reconocido en el delito societario del art. 291 CP que el ánimo de lucro de los miembros de un Consejo de Administración no es incompatible con el beneficio de la sociedad .... Incluso el delito societario del art. 295 no se realiza simplemente por una conducta de administración fraudulenta, sino que requiere, además, que se cause directamente un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad, sus socios o terceros». «Ni siquiera se ha demostrado la puesta en peligro dolosa de ese patrimonio, por lo que tampoco cabe deducir responsabilidad a título de tentativa».

*c) Valoración:* Este supuesto resulta muy interesante a la hora de delimitar los límites de lo punible (vía estafa, apropiación indebida o administración desleal) y de las conductas inadecuadas desde puntos de vista éticos o incluso de Derecho mercantil, pero impunes. La Audiencia hace especial hincapié en la importancia del perjuicio patrimonial y lo pone en relación con la tentativa: si la acción es idónea para causar perjuicio y este no se produce estaríamos ante una tentativa punible del delito; por el contrario, si la acción ni siquiera aparece como idónea o adecuada (imputación objetiva) para causar el perjuicio patrimonial, sino que es neutra o incluso beneficiosa para la sociedad, no podremos afirmar la existencia de un delito patrimonial o societario, aunque exista deslealtad y lucro personal por parte de los administradores.

Estas afirmaciones pueden suscribirse, siempre que se realice un entendimiento correcto del concepto de perjuicio patrimonial, desvinculándolo del criterio del saldo contable y dando prioridad a la idea de vinculación del patrimonio al individuo titular del mismo y a su carácter instrumental respecto de la satisfacción de las necesidades humanas (concepto personal o funcional de patrimonio). El perjuicio patrimonial se produce no tanto por la pérdida de la titularidad formal de derechos o de valor económico (saldo contable negativo), como por el menoscabo de la potencia económica del titular del patrimonio. Así pues, 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 fines. Lo relevante a efectos del perjuicio es la pérdida de la funcionalidad económica que los bienes tienen para el titular <sup>45</sup>.

### **8.º Promociones Hoteleras**

a) *Los hechos*: Promociones Hoteleras SA era una sociedad cuyo único activo estaba constituido por un inmueble sito en la C/Fernando el Santo de Madrid, compuesto por un palacete principal, un edificio anejo, jardín y sótano con plazas de garaje. En 1990, el acusado Mariano G.L., la sociedad suiza ASNI Investment y la sociedad Valyser compran las acciones de Promociones Hoteleras, adquiriendo de este modo la titularidad del edificio. La financiación necesaria para el pago del precio de la adquisición fue gestionada para los tres inversores por el acusado Mariano G.L. ante el Banco Urquijo.

«Como la Corporación buscaba un edificio representativo para instalar allí su sede, Arturo R. llevó a la Comisión Ejecutiva de la Corporación, de la que era Consejero delegado, que se celebró el día 18 de septiembre de 1990, la propuesta de arrendamiento del inmueble de la C/Fernando el Santo ... así como la obtención de una opción de compra sobre el referido inmueble en favor de la Corporación, ocultando que la sociedad pertenecía a Mariano G. L. y las otras dos sociedades. Esta

---

<sup>45</sup> Acerca de la nueva concepción personal o funcional cfr., por todos, OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, 26 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 57 ss.; PJ 34 (1994), 295 ss.; HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, 1994, 115 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial*, PJ 39 (1995), 533 ss.; *La responsabilidad penal del administrador desleal desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 139 ss.

propuesta obtuvo el respaldo unánime de los miembros de la Comisión Ejecutiva. La instalación en esa sede de la Corporación requería acometer obras de adaptación, que fueron contratadas con Isolux-Watt por importe de 1.132 millones de pesetas».

El día 1 de octubre se celebran los contratos de arrendamiento y de opción de compra entre la Corporación, representada por Arturo R., y Promociones Hoteleras. En ejecución de esa opción de compra y sin que la Corporación hubiera efectivamente ocupado el inmueble arrendado, no obstante haber abonado la renta, se vendieron el día 15 de abril de 1991 las acciones de Promociones Hoteleras SA a una sociedad del grupo. «El precio pagado por la adquisición ascendió a 2.567 millones de pesetas, precio inferior al establecido en el contrato de opción, y normal en el mercado, no habiéndose acreditado que el inmueble valiera menos de lo pagado por su adquisición».

*b) Calificación jurídica:* Al igual que en el supuesto anterior, el Tribunal entiende que de la prueba practicada no puede apreciarse perjuicio patrimonial para la sociedad administrada («Si el precio pagado por el grupo Banesto se corresponde con el valor del inmueble no hay perjuicio en el sentido económico de este concepto para los delitos contra el patrimonio. Tampoco desde una concepción personal del mismo porque ... proporcionaba adicionalmente una utilidad»), pese a la eventual existencia de importantes beneficios económicos para los administradores, generados en el marco de su actuación como tales. Por tanto, concluye que la conducta es atípica desde el punto de vista de los delitos de apropiación indebida y estafa y absuelve a los acusados.

*c) Valoración crítica:* En este supuesto, la absolución era procedente porque, conforme a la tesis aquí sostenida, en el momento de la comisión de los hechos la conducta era atípica, al no poder calificarse ni como estafa, ni como apropiación indebida y no existir un delito de administración desleal.

Lo que ya no puede compartirse es que la razón de la atipicidad sea la inexistencia del perjuicio patrimonial (que, en mi opinión, existió, pues aunque el edificio se vendiera finalmente al precio de mercado, las obras de adaptación y el precio del arrendamiento supusieron un importante desembolso económico para Banesto, absolutamente injustificado y perjudicial desde el punto de vista de una gestión leal de sus intereses, pues —contra lo que dice la sentencia— no le reportó utilidad alguna), sino exclusivamente que la administración desleal (en cuyo tipo actual hubiera encajado esta conducta) no era punible en el momento de comisión de los hechos.

## 9.º Falsedades contables

a) *Los hechos*: Sin entrar en la descripción de cada una de las operaciones particulares, la sentencia afirma que «de la prueba practicada ha resultado ... que las Cuentas del Banco español de crédito no expresaban la verdadera situación económica de la empresa y que se habían vulnerado determinados principios contables —en particular el de prudencia contable— en la contabilización de algunas operaciones particulares descritas en el relato fáctico y, en general, como consecuencia de un deficiente sistema de contabilización de las provisiones por créditos de dudoso cobro. Todo ello produjo, como resultado, que la información societaria dada a través de los documentos contables era inexacta de cara a terceros». No obstante, a la vista de las opiniones periciales discrepantes en cuanto a la forma en que se contabilizaron ciertas operaciones, el Tribunal estima que no puede considerar probado que efectivamente esas operaciones constituyan en realidad artificios contables. Por lo demás, la sentencia afirma que tampoco puede considerarse probado que la discrepancia entre la situación real de la entidad y la que resultaba de sus cuentas pueda ser imputada a la actuación dolosa de los acusados, que no ha sido probada de manera suficiente en el juicio. Dato fundamental a tal efecto es el que «ninguna de las personas encargadas de servicios relacionados con la contabilización declaró haber recibido instrucción específica sobre la forma de contabilizar determinada operación».

b) *Calificación jurídica*: Ante la falta de elementos probatorios, la sentencia absuelve a los acusados Mario C., Arturo R., Juan B., Enrique L., Rafael P. E. y Ramiro N. por estos hechos, pero la valoración de la prueba y la calificación jurídica en este último supuesto contiene afirmaciones especialmente interesantes (y discutibles algunas de ellas), tanto de carácter general, como acerca de las falsedades documentales y del delito societario del art. 290.

b.1. Se realizan, en primer lugar, algunas reflexiones acerca de la teoría de la imputación en estructuras complejas: «Las acusaciones no han particularizado cuál fue la contribución al hecho de los acusados, deduciendo una responsabilidad penal en función de la posición que ocupaban en el organigrama del banco. Pero siendo cierto que la formulación de las cuentas es responsabilidad de los administradores según la Ley de Sociedades Anónimas y que esta responsabilidad es indelegable, ello no quiere decir que la responsabilidad penal pueda exigirse a todos aquellos que formalmente tienen responsabilidades según la Ley mercantil en la formulación de las cuentas. La responsabilidad penal es una responsabilidad individual y no puede responderse por un

hecho ajeno. Por ello debe concretarse suficientemente, al margen de la posición de cada acusado en la estructura orgánica del Banco cuál fue su particular aporte a la deformación de la verdad que se le imputa» ... «La teoría de la imputación en caso de estructuras complejas que se rigen por el principio de división del trabajo ha puesto de manifiesto como las facultades originariamente atribuidas por la ley a las personas situadas en los niveles superiores de la empresa pueden ser delegadas en otros siempre que gocen de la suficiente cualificación para el desempeño de la función delegada y cuente con los medios suficientes para realizar adecuadamente el cometido. En ese caso, cuando no ha sido probada la actuación dolosa del delegante, a lo sumo cabe exigir responsabilidad por la omisión de los correspondientes deberes de vigilancia, pero esta omisión negligente no es punible de acuerdo con los tipos en que las acusaciones subsumen el hecho».

b.2. En segundo lugar, se afirma la atipicidad de la conducta en el momento de los hechos: «La Sala considera que los hechos que se recogen dentro de la operación denominada “artificios contables” no eran punibles en la fecha de los hechos, aunque pudieran ser hoy subsumidos, según el relato acusatorio, en el delito societario del art. 290 CP, de imposible aplicación dada la vigencia del principio de legalidad y, en particular, la garantía de irretroactividad de las normas penales desfavorables» ... «Cuando en la reforma penal de 1995 se introduce el delito societario del art. 290 CP —falsedad en las cuentas anuales u otros documentos contables— se pretende cubrir un espacio de impunidad intolerable de acuerdo con las valoraciones político criminales del legislador, al que se había llegado como consecuencia de una evolutiva interpretación jurisprudencial del delito de falsedad documental». Se cita en este sentido la STS de 12 de marzo de 1999. Según tal interpretación «la mentira documentada ... sólo es típica si el documento se ve afectado en alguna de sus funciones esenciales, en concreto la función de servir como medio de prueba. Esta idea es la que llevó a la jurisprudencia a restringir el alcance del delito de falsedad documental de acuerdo con una interpretación del tipo en función del fin de protección de la norma». «Lo relevante es si la conducta inveraz determina que se altere esa función probatoria, porque la falsedad ideológica va indisolublemente unida a esa concreta eficacia que el ordenamiento atribuye a los documentos», función probatoria que entiende como «capacidad del documento para ser utilizado como prueba en un eventual procedimiento judicial». A reglón seguido analiza el valor de los libros de comercio, negándosele: «El deber de veracidad del comerciante sin duda tiene efectos jurídicos .... Ahora bien, no en todo caso el deber de veracidad del particular tiene que ver con la eficacia probatoria de los documentos y desde luego no conduce a que los documentos suscritos

adquieran fuerza probatoria por la circunstancia de que quien los suscribe deba hacerlo en la forma más ajustada a la realidad». Del análisis de los arts. 34 CCo y 1228 CC resulta, según la sentencia, que «el documento contable no prueba la situación económica de la empresa, que deberá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, sino sólo prueba que el empresario ha emitido una declaración sobre la situación de la sociedad bajo su deber de veracidad». Negada la eficacia probatoria del documento contable, de ello se deduce su atipicidad conforme a la legislación anterior.

b.3. Por último, se realiza una interpretación del art. 290 CP, negándole la naturaleza falsaria. La Sala entiende que el actual art. 290 CP «no protege la fe pública asociada a las funciones de un documento, sino que —como delito societario— tutela que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros ... que operan en el sector económico amparados en la confianza que resulta de las cuentas de una empresa. Desde este punto de vista, es indiferente que los libros de comercio hagan o no fe de su contenido porque como delito societario, no como delito de falsedad documental, es indiferente que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento. Por esta razón ... es claro que la falsedad documental en su modalidad de falsedad ideológica, tampoco es punible tras la reforma penal de 1995. Como conclusión de lo anterior, la Sala considera que los hechos ... son adecuadamente subsumibles en el vigente art. 290 CP, porque la alteración de la debida transparencia de la información societaria puede producir perjuicio a la sociedad (que no puede adoptar en tiempo oportuno medidas que corrijan el deterioro de la situación económica de la empresa) a los accionistas (que suscriben una ampliación de capital de acuerdo con una información contable inexacta) o a inversores ajenos a la propia sociedad. Pero precisamente este espacio de impunidad es el que ha corregido el Código de 1995, y por ello mismo las conductas que se imputan a los acusados no eran típicas en el tiempo de comisión de los hechos desde la perspectiva de la falsedad».

c) *Valoración:* Plantea la Sentencia dos cuestiones de gran trascendencia respecto de la anterior y la actual tipificación de la falsedades de documentos contables, que analizaré brevemente.

c.1. En primer lugar, se afirma de forma sorprendente que la falsificación de las cuentas anuales en la anterior regulación era atípica. Especialmente sorprendente es la afirmación: «antes del CP 1995 el tipo de falsedad documental no servía para sancionar conductas de falsedad ideológica realizadas por un particular en documento mercantil». Pues bien, tal afirmación es claramente incorrecta. La falsificación del balan-

ce y de los demás documentos integrantes de las cuentas anuales eran punibles como falsedad en documento mercantil (antiguo art. 303 CP), y así se ha venido sosteniendo por la doctrina y la jurisprudencia<sup>46</sup>. Ciertamente, la jurisprudencia había restringido mucho por vía interpretativa el alcance de la falsedad ideológica genérica, al exigir que la alteración tuviera carácter esencial y afectase al bien jurídico protegido, a lo que se une la existencia de una línea jurisprudencial en los últimos años que —siguiendo a la doctrina mayoritaria— propone una interpretación restrictiva del amplísimo concepto de documento mercantil que había manejado anteriormente, limitando la protección a aquellos dotados de una especial eficacia jurídica y fuerza probatoria que los haga potencialmente más peligrosos para el tráfico mercantil<sup>47</sup>. No obstante, no se había avanzado tanto como para poder afirmar que se había producido una despenalización de la falsedad ideológica de particular en documento mercantil por vía interpretativa<sup>48</sup>. Por ello, creo que se puede seguir afirmando que una de las principales novedades del CP de 1995 en la regulación de las falsedades documentales es la despenalización de la falsedad ideológica genérica cometida por particular<sup>49</sup>.

c.2. Esa destipificación de carácter general se ha visto compensada por la creación de tipos especiales de falsedad documental, entre otros, en el ámbito societario a través del art. 290 CP. Ciertamente, el art. 290 no es una mera modalidad de falsedad en documento mercantil en el ámbito societario, sino que su objeto de protección específico es la transparencia y veracidad de la información social, lo cual tiene una importancia esencial para garantizar una adecuada gestión de la socie-

---

<sup>46</sup> Por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 18 ss.

<sup>47</sup> En este sentido, entre otras, SSTs 3 de febrero 1989 (A 1422); 17 de abril de 1989 (A 3362); 1 de abril de 1991 (2543) y, especialmente, 31 de mayo de 1991 (A 4022). Cfr., más ampliamente, acerca de la evolución jurisprudencial del concepto de documento mercantil, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, 265 ss.

<sup>48</sup> Así lo defendí ya anteriormente, respecto de la STS de 26 de febrero de 1998, en el caso «Argentia Trust». Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Algunas reflexiones acerca de la sentencia del «Caso Argentia Trust»*, TSJ y AP n.º 3, 1998, 18. De la misma opinión, GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, La Ley 1997-4, 1268.

<sup>49</sup> Así, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, *La Ley 1997-4*, 1268; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, 23. De otra opinión, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, La Ley 1996-1, 1670, que considera innecesaria la reforma que excluye la falsedad ideológica del particular. Cfr., también, respecto de la nueva regulación de las falsedades documentales, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales* (en el CP 1995), 1997, *passim*; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, 1999, *passim*; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, *passim*.

dad y es un instrumento fundamental de control, tanto para acreedores y terceros como, fundamentalmente para los socios. No se castiga, por tanto, cualquier falsedad material o ideológica en el ámbito societario, cualquier irregularidad o inexactitud, sino el falseamiento de la información societaria, que debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, en la medida en que ello es relevante para la protección de los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros. De hecho, el tipo básico del art. 290 párrafo primero se articula como un delito de peligro (abstracto de aptitud, en mi opinión), que exige la idoneidad de la falsificación para causar un perjuicio económico<sup>50</sup>. Todo esto es cierto, pero lo que no puede compartirse con la Audiencia Nacional es que de ello se desprenda la negación de la naturaleza falsaria del precepto: nos encontramos esencialmente ante un delito de falsedad de documentos societarios, cuyo alcance se restringe a los ámbitos en que la falsificación es idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad o lo causa. Y tampoco puede compartirse la afirmación de que con este precepto se tipifica lo que antes era impune. El sentido de la reforma es absolutamente el contrario: desincriminar con carácter general la falsedad ideológica de particular y crear tipos específicos en aquellos ámbitos que, como el societario, necesitan una especial protección, por cuanto los documentos mercantiles en ellos pueden tener una especial trascendencia para la vida económica de la sociedad y, por la importancia de las sociedades mercantiles en el orden socioeconómico, para éste mediatamente.

### III. Consideraciones finales

Sin pretender compendiar todo lo ya expuesto, quisiera destacar al final de este extenso análisis dos cuestiones: En primer lugar, que la delimitación de los delitos de apropiación indebida y administración desleal debe hacerse sobre la base de la existencia o no de acto apropiatorio, lo que determina una relación de subsidiariedad del art. 295 respecto de 252 CP y el rechazo de la interpretación de cierta jurisprudencia reciente. En el 252 no se contienen (ni se han contenido nunca) supuestos de administración desleal de dinero ajeno, sino exclusivamente supuestos de apropiación indebida; todas las modalidades típicas requieren apropiación (acto apropiatorio, uso ilícito dominical ...), que implique el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Ahora bien, la apropiación no implica que exista un benefi-

---

<sup>50</sup> Cfr., más ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, 1997, 25 ss., con múltiples citas.

cio personal para el administrador, pues éste no es un requisito del tipo, sino exclusivamente que se realicen actos ilícitos de carácter inequívocamente dominical (reservados al dueño y cuya realización pone de manifiesto la voluntad de comportarse como tal) y que, en esa medida, exceden de las facultades del administrador, de su poder jurídico. En el art. 295, por el contrario, se tipifican otras conductas del administrador lesiva para los intereses patrimoniales de la sociedad administrada, con violación de los deberes de lealtad propios del administrador, pero sin apropiación.

En segundo lugar, insistir en que el nuevo CP de 1995 ha llevado a cabo una despenalización de la falsedad ideológica genérica cometida por particular y que el nuevo art. 290 CP no viene a llenar vacíos punitivos anteriores, sino a dar un nuevo tratamiento más específico a ciertas falsificaciones de documentos societarios (antes punibles como falsedad en documento mercantil), conectadas con la lesividad para los intereses patrimoniales de la sociedad.