



Roj: **STS 2727/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2727**

Id Cendoj: **28079120012021100582**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2021**

Nº de Recurso: **3983/2019**

Nº de Resolución: **603/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 603/2021

Fecha de sentencia: 07/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3983/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3983/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 603/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 7 de julio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de **don Demetrio, doña Ana y don Eleuterio**, contra la Sentencia núm. 23/2019, dictada el 18 de julio, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera, en el Rollo de Sala 3/2019, por la que se resuelve los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal, PA 3/2018, núm. 3/2019, de 7 de febrero, -aclarada por Auto de 20 de febrero de 2019-, dimanante de las DP 27/2014, por la que se condenó a Higinio como autor responsable de un delito continuado de administración desleal y a los ahora recurrentes como partícipes a título lucrativo. Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento como recurrentes **don Demetrio, doña Ana y don Eleuterio**, representados por el Procurador de los Tribunales don José Ramón Rego Rodríguez y bajo la dirección letrada de don Fermín Rabal Fort.

Han sido partes recurridas la **ABOGADA DEL ESTADO**, en representación del FROB.- Autoridad de Resolución Ejecutiva-, **BANCO DE VALENCIA, S.A.** entidad sucedida universalmente por CAIXABANK, S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María del Mar Torres-Fontes Suárez y bajo la dirección letrada de don Carlos Gómez-Jara Díez y **don Higinio**, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y asistido por el Letrado don Esteban Mestre Delgado y el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Central de Instrucción nº 1 incoó DP núm. 27/2014 por delito de apropiación indebida y administración desleal contra Higinio y contra las personas y entidades mercantiles Pegoliva S.L., don Demetrio, don Eleuterio y doña Ana, Edioliva Promociones, S.L., Mapose, S.L., doña Marcelina y Capital activo S.L.. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento al Juzgado Central de lo Penal de Madrid que incoó Procedimiento Abreviado núm. 3/2018 y con fecha 7 de febrero de 2019 dictó Sentencia núm. 3 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"ÚNICO.- El acusado Higinio, ocupó el cargo de Consejero Delegado de Banco de Valencia, desde el 26 de julio de 1.994 hasta el 7 de octubre de 2.011 en el que fue cesado. Dicha entidad bancaria concedió el 27 de septiembre de 2.007 a la sociedad PEGOLIVA S.L. un préstamo promotor por importe de 4.910.429 €, dirigido a la construcción de 25 viviendas y sus anejos y a posibilitar las ventas, y subrogación de los futuros adquirentes. En el marco de dicho préstamo, y como vamos a describir, Higinio realizó unilateralmente y en perjuicio de los intereses de la entidad bancaria disposiciones de fondos por encima de lo estipulado y en contra de los criterios del Departamento de Riesgos, así como autorizó personalmente un préstamo ICO prescindiendo de las garantías personales exigidas por el citado Departamento que hubieran posibilitado su recobro, en claro detrimento de los intereses del Banco de Valencia. Tanto el préstamo inicial como el préstamo ICO quedaron impagados.

Higinio y su esposa, hoy fallecida Marcelina, estaban vinculados económicamente con las sociedades que finalmente se beneficiaron de los fondos obtenidos mediante este préstamo, EDIOLIVA PROMOCIONES S.L. y MAPOSE S.L. (actualmente en concurso de acreedores, con un pasivo muy superior al activo y dentro de la fase de liquidación) y asimismo mantenían una relación de amistad previa a los hechos de autos con la familia Higinio Ana Eleuterio Demetrio, muy estrecha desde la niñez con los hermanos Demetrio y Eleuterio, y algo más distante con la hermana Ana, propietarios a partes iguales de la sociedad prestataria PEGOLIVA S.L.

La sociedad PEGOLIVA S.L., beneficiaria del préstamo concedido por Banco de Valencia, comenzó a operar el 14 de noviembre de 1.994, siendo administrador único de la misma Demetrio, y su objeto social la adquisición o arrendamiento de fincas rústicas, su transformación de secano a regadío, su explotación y comercialización de sus productos, si bien la misma carecía de actividad real hasta que, por decisión de Demetrio con la aquiescencia de sus otros 2 hermanos y sus padres, el 30 de julio de 2005 se amplió el objeto social, incluyendo todas las actividades inmobiliarias entendidas en su más amplia acepción técnica y práctica, y se elevó a público el nombramiento de Doña Angustia como administradora única de la misma. Por acuerdo de la Junta General de socios con carácter universal celebrada el 15 de diciembre de 2005 en el domicilio social de Oliva, la totalidad de los socios acordó una ampliación de capital en la cantidad de 2.713.575,10 euros mediante aportación de un solar donde finalmente se construyó la promoción objeto de la presente causa. A tal fecha, el capital social pasaba a estar íntegramente suscrito por Demetrio (450.010 participaciones), Eleuterio (500 participaciones), Demetrio (500 participaciones) e Ana (500 participaciones), habiendo comparecido estos tres últimos en representación de su padre ante el notario D. José-María González Arroyo, a efectos de elevar a público el acuerdo anterior. A partir del 30 de julio de 2.005, pasó a ser administradora única su esposa



Angustia , quien recibió de PEGOLIVA 85.800 euros por orden de su hijo Sabino y apoderado desde el 13 de julio de 2.006 su hijo, Demetrio , quien fue nombrado administrador único a partir del 30 de julio de 2.011 y que recibió 9.200 euros de la citada mercantil, pese a que conforme el artículo 18 primero, y 30 después, de sus Estatutos el cargo no era retribuido. En el impuesto de sociedades de 2.010, aparecen como titulares de la mercantil con un porcentaje del 32'59 % respectivamente, Demetrio , Eleuterio e Ana . Durante toda la fase de la promoción inmobiliaria, PEGOLIVA, S.L fue administrada, de hecho o de derecho, por Sabino con la aquiescencia de sus otros dos hermanos, Eleuterio e Ana , y nunca tuvo trabajadores ni personal administrativo a su cargo, siendo la causa principal de concesión del préstamo la posición que la familia Ana Eleuterio Demetrio tenía en la entidad. Esta fue la única promoción y actividad mercantil que fue desarrollada por la citada mercantil, que logró finalizar las obras, habiéndose emitido el certificado final de obras elevado a escritura notarial el 28 de junio de 2010.

El préstamo de Banco de Valencia, objeto de las presentes actuaciones, fue tramitado por la oficina 0341 de Oliva (Valencia), de la cual era Director Felipe , y fue dirigido a la construcción de 25 viviendas, 21 de las cuales quedarían hipotecadas en garantía. El solar formaba parte del capital de la empresa tras su aportación por Demetrio .

Las características del préstamo promotor fueron las siguientes:

- Importe del préstamo: 4.910.429 C.
- Tasación del suelo: 2.378.903 C. La hipótesis "edificio terminado" fue valorada en 6.231,169'26 C.
- Amortización a 25 años con un interés del primer año del Euribor + 0'85 %. El primer trimestre Euribor + 0'60 %.
- Comisiones: 0'25 % a la apertura. 0'50 % por subrogación del préstamo hipotecario. 1 % en caso de amortización parcial o total anticipada.
- La disposición del capital se haría, conforme la escritura notarial de concesión del préstamo hipotecario núm. 3014 del Notario D. José-María González arroyo, de fecha 27 de septiembre de 2007, en diferentes tramos: en la entrega inicial el 25 % (1.227.607,25 euros), sobre porcentajes de ejecución de la obra el 50 % (2.455.214,50 euros) y sobre porcentajes de ventas, esto es, mediante la previa aportación de copias de los contratos de compraventa de las viviendas que se hipotecaban y previo aceptación de los contratos por el banco, a razón del 10% del principal por el que cada inmueble quedaba respondiendo de la hipoteca, hasta el 10 % (491.042,90 euros), y del restante 15% (736.564,35 euros) en el momento en que se otorgue escritura de compraventa, con subrogación de los compradores en las obligaciones personales y reales que se derivan de la escritura. Esta disposición por tramos aparecía expresamente prevista en el Manual de Banco de Valencia de "Riesgo de Crédito, Tratamiento, Políticas y Procedimientos" en relación a la concesión de préstamos para Promotores de Viviendas.

El Comité de Riesgos de Unidad Hipotecaria de Banco de Valencia, dirigido por el Director General Adjunto del Área de Negocio y compuesto además por el Director Adjunto del Área de Negocio y el Jefe de Riesgos de Unidad Hipotecaria, supervisaba las operaciones de riesgo individual o grupo de riesgo que oscilaba entre tres millones de euros a cinco millones, y todos los concedidos a promotores de vivienda y compra de suelo, otorgando dentro de este marco, la sanción de las operaciones planteadas por los gestores de los distintos ámbitos. En este ámbito de actuación se encontraba el préstamo suscrito por PEGOLIVA SL por lo que fue este Comité el que autorizó el contrato de préstamo en los términos referidos.

El 27 de septiembre de 2007 se otorgó escritura pública de concesión del préstamo, compareciendo por Banco de Valencia Felipe e Ana , vinculada en esa fecha con la prestataria PEGOLIVA S.L por lazos familiares y por ser socia de la misma. Las disposiciones de este préstamo se realizaron en la cuenta de préstamo hipotecario n° NUM000 y las disposiciones por parte de PEGOLIVA S.L se realizaron en la cuenta en Banco de Valencia titularidad de PEGOLIVA n° NUM001 .

El 2 de octubre de 2009, la oficina de Oliva, a través de su director y a instancias del administrador único de PEGOLIVA, SL, Demetrio , solicitó la ampliación del plazo de carencia por 2 años con la finalidad de dar margen para acometer las ventas, y la modificación de las cantidades a disponer en el apartado de contratos en su totalidad (491.042 €). La Dirección de Riesgos de Unidad Hipotecaria, mediante escrito del 16 de octubre de 2009 autorizó únicamente la modificación del plazo de carencia con ciertos condicionantes.

El 2 de marzo de 2.010, la oficina de Oliva, en tanto no se había formalizado la anterior modificación y nuevamente a instancias de su cliente, solicitó la ampliación del plazo de carencia y la modificación de las cantidades a disponer en el apartado de contratos en su totalidad (491.042 €). La Dirección de Riesgos de Unidad Hipotecaria autorizó la ampliación del periodo de carencia e introdujo una serie de condiciones financieras para ello: comisión de ampliación del 0'10 % e incremento del interés a Euribor + 2 %. En relación a



la disposición plena del tramo de contratos, el Comité de Riesgos requirió garantías adicionales que no fueron otorgadas por lo que no fue autorizada dicha disposición.

El 9 de septiembre de 2.010 se otorgó escritura pública de novación del contrato de préstamo ampliándose el plazo de carencia y modificándose las condiciones financieras incrementándose el tipo de interés, compareciendo nuevamente Felipe e Ana en representación de Banco de Valencia, permaneciendo como en la inicial escritura las condiciones de disponibilidad por tramos.

Entre los años 2007 y febrero de 2.011 PEGOLIVA S.L dispuso de 4.428.241'99 € del préstamo promotor. En un primer momento, las disposiciones se realizaron conforme a lo estipulado y autorizado por el Comité de Riesgos, solventándose los problemas derivados de la falta de liquidez de PEGOLIVA S.L como consecuencia de la ausencia de ventas de la promoción conforme a los cauces normales de contratación bancaria, sin que conste actuación unilateral de ningún directivo del Banco al respecto. Por el contrario, a partir de noviembre de 2.010, Higinio , utilizando para ello los poderes de los que disponía como Consejero Delegado de Banco de Valencia, de forma unilateral, contraviniendo los criterios de Riesgo de los Departamentos correspondientes, en contra de los intereses de la entidad bancaria y en beneficio tanto de la empresa prestataria a la que le unían intereses económicos y de amistad, como de sí mismo y de su esposa, realizó las siguientes actuaciones:

I. El 10 de noviembre de 2.010 se solicitó autorización por la oficina de Oliva a la Unidad Hipotecaria para la disposición de 25.000 € a cuenta de la parte de contratos, para el pago de una serie de gastos de la promoción justificados mediante los correspondientes pagarés. Sin embargo, Higinio ordenó expresamente que se procediese a realizar un abono en la cuenta de PEGOLIVA S.L por importe de 360.000 €, cantidad que carecía de justificación conforme a la documentación de gastos aportada, y que era además improcedente al estar en ese momento superados los límites de disposición del préstamo referidos.

Los 360.000 € autorizados por el Consejero Delegado fueron ingresados en la cuenta de préstamo hipotecario n° NUM000 el 10 de noviembre de 2.010 que, en dicha fecha y con anterioridad a este ingreso, presentaba un saldo negativo de 8.807 €. Contra la cuenta referida en párrafo previo, con la que los responsables de PEGOLIVA SL disponían de los importes del préstamo, n° NUM001 , y por decisión expresa de Sabino se cargaron, con fecha 25 de noviembre de 2.010, 330.000 € con destino MAPOSE, y que posteriormente ésta, por decisión de la misma persona, transfirió a EDIOLIVA PROMOCIONES S.L, sociedad vinculada a Higinio (en esa fecha era titular de 2.433 participaciones de la misma) y a su esposa Marcelina (ostentaba importantes derechos de crédito contra la citada mercantil).

II. El 20 de diciembre de 2.010, Higinio , autorizó personalmente la disposición de 60.000 € de forma unilateral y contraria a lo estipulado. Asimismo, avanzó que esta anómala sobredisposición se normalizaría con el préstamo ICO que se iba a concertar en fechas próximas. El abono de la citada cantidad se realizó en el mismo día para atender un pagaré por 32.000 € y evitar el descubierto en la cuenta.

En esas fechas, los límites de disposición del préstamo estaban superados y se estaba negociando la aportación de garantías adicionales para poder realizar tales disposiciones. Tales garantías no fueron aportadas y las negociaciones quedaron sin efecto como consecuencia de la autorización directa del Consejero Delegado a la disposición del préstamo por encima de los criterios exigidos por Riesgos.

III. El 24 de marzo de 2.011 se otorgó escritura pública donde se formalizó la concesión de un préstamo ICO liquidez por Banco de Valencia a PEGOLIVA SL por importe de 384.000 €. Tales préstamos están dirigidos a empresas solventes con necesidades transitorias de liquidez. Para su concesión se presentaron como garantías adicionales, hipotecas sobre dos viviendas y dos plazas de garajes de entre las 4 viviendas inicialmente no hipotecadas de la promoción para la que se había concedido el préstamo a promotor, y garantías pignoraticias sobre una imposición a plazo fijo. A tal fecha, 24 de marzo de 2011, se había vendido únicamente 5 de las 21 Viviendas hipotecadas, así como 5 de los 21 garajes.

En el análisis de dicha concesión, el Comité de Riesgos de Unidad Hipotecaria exigió la aportación de garantías personales adicionales y que se destinase parte del importe obtenido a rebajar el exceso de lo dispuesto en el préstamo promotor, conforme se ha reseñado en los previos apartados I y II. Finalmente, y por orden expresa y unilateral de Higinio , se autorizó la concesión de dicho crédito sin las garantías personales exigidas por el Departamento de Riesgos competente para dicha sanción, estipulándose asimismo que su finalidad sería la de atender los pagos de los proveedores y los intereses hasta el año 2.012 del préstamo promotor.

De los 360.000 € cuya disposición autorizó Higinio contraviniendo los criterios de funcionamiento del banco, 330.000 fueron destinados a EDIOLIVA PROMOCIONES S.L. Previamente, y procedente del préstamo promotor, se habían producido salidas desde la cuenta de PEGOLIVA SL referida con destino a las sociedades EDIOLIVA PROMOCIONES S.L y MAPOSE S.L, sin que esté justificado que tales cantidades se destinasen a los fines de la promoción. Son las siguientes:



1. Con fecha 20 de mayo de 2.008 se reintegran 20.638 € a MAPOSE SL. Como concepto pagos por Impuesto de Contribución.
2. Con fecha 8 de noviembre de 2.008 se abonó un pagaré a nombre de EDIOLIVA PROMOCIONES SL por 120.000 €. Este cargo se hizo sobre una disposición del préstamo promotor, por importe de 100.000 e efectuada dos días antes.
- 3.- Con fecha 20 de febrero de 2.009, se emitió un pagaré por 100.000 € a nombre de MAPOSE SL, inmediatamente después de que Higinio realizase el ingreso correspondiente a la compra de su vivienda a PEGOLIVA SL por el mismo importe.

EDIOLIVA PROMOCIONES SL, sociedad de la familia Ana Eleuterio Sabino dedicada a la promoción inmobiliaria, estuvo administrada desde su constitución el 3 de enero de 2.003 por Sabino . Se declaró, junto con la mercantil MAPOSE, SL, en concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia del 13 de julio de 2012, habiéndose dictado, el 30 de julio de 2013, la apertura de la fase de liquidación, y aprobado el plan de liquidación el 10 de febrero de 2014, en cuyos trámites se encuentra en la actualidad. Su capital social estuvo repartido entre las mercantiles MAPOSE SL (que pasó de ostentar un porcentaje del 39'96 % hasta 2.006, al 45'97 % hasta 2.010, y finalmente el 99'95 % en 2011), CAPITAL ACTIVO SL (con un porcentaje del 27 % hasta su venta el 16 de septiembre de 2.011) y Marcelina , esposa de Higinio (Titular del 10 % hasta 2.004, del 20 % hasta 2.006 y del 27 % hasta 2.010). Higinio a su vez, era titular de 2.430 participaciones sociales que vendió a MAPOSE SL por un euro el 19 de diciembre de 2.011.

En el informe emitido por la Administración concursal y con datos referidos a la fecha del auto de declaración de concurso, 13 de julio de 2.012, los partícipes a dicha fecha eran:

- Alejandro . Con 3 participaciones
- Marcelina . Con 2.430 participaciones. (Si bien, desde el 23 de marzo de 2010, por capitulaciones matrimoniales, las mismas pertenecían al acusado Higinio).
- MAPOSE SL titular de 4.137 participaciones.

Entre PEGOLIVA SL y EDIOLIVA PROMOCIONES SL se celebró un contrato de arrendamiento de servicios el 12 de septiembre de 2.008, por el que la primera abonaría a la segunda 112.500 € como contraprestación por los servicios de administración y comercialización de las viviendas que PEGOLIVA estaba construyendo el OLIVA NOVA. En ejecución de este contrato se facturaron a PEGOLIVA SL 6.000 € en el ejercicio 2.008, 65.250 € en el 2.009, 36.625 € en el ejercicio 2.010 y 14.750 € en el ejercicio 2.011.

En las cuentas anuales de EDIOLIVA de los siguientes ejercicios figuran como préstamos de sus accionistas las siguientes cantidades: 220.000 € en 2009 de PEGOLIVA, 550.000 € en 2010 y 559.776 € en 2.011 de MAPOSE SL, 140.000 € en 2.010 de CAPITAL ACTIVO y finalmente 350.000 € en 2010 y 353.962 € en 2011 de Marcelina .

Asimismo, con fecha 30 de abril de 2.011 se suscribió un préstamo participativo entre EDIOLIVA PROMOCIONES SL y Marcelina , por el que se reconocían los préstamos previos otorgados por la Sra. Marcelina a la sociedad por importe de 350.000 € concedidos en dos fases: 19 de febrero por importe de 140.000 € y 25 de noviembre de 2.010 por importe de 210.000 €, más intereses devengados por 3.962 C. Estas cantidades se reconvierten en un Préstamo Participativo con las condiciones que allí se exponen.

El destino total de los fondos recibidos por. EDIOLIVA PROMOCIONES S.L de PEGOLIVA SL, directamente o a través de MAPOSE SL, se dirigió a cubrir los descubiertos en sus cuentas de BBVA, especialmente por amortizaciones de préstamos, gastos de su actividad, créditos con Caja Madrid, pago de nóminas y gastos diversos.

MAPOSE S.L, actualmente en el mismo estado concursal que EDIOLIVA, al haberse tramitado los concursos de forma conjunta, desde su constitución en 1978 estaba participada en un 40 % por Demetrio , siendo administrada hasta el 27 de enero de 2.011 por Alejandro . A partir de esa fecha pasó a ser administrador Eleuterio . La titularidad de las participaciones de MAPOSE S.L desde el año 2.006 corresponde a Eleuterio , Sabino e Ana , habiendo sido utilizada como sociedad patrimonial de los mismos. Estos datos se confirman en el informe emitido por la Administración concursal y con datos referidos a la fecha del auto de declaración de concurso, 13 de julio de 2.012.

Las cantidades correspondientes a las amortizaciones del préstamo promotor y del préstamo ICO no fueron reintegradas por PEGOLIVA SL a Banco de Valencia. A fecha 4 de octubre de 2.012, la entidad bancaria tuvo que calificar como moroso subjetivo el préstamo promotor lo que generó una provisión contable de 992.011'57 C. En el mismo sentido el préstamo ICO exigió una dotación de 118.431'13 C.



A fecha 31 de diciembre de 2.012 el saldo pendiente de devolución del préstamo promotor era de 3.304.590 € el cual fue cedido a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) por 1.431.791 €. En relación al préstamo ICO, a 31 de diciembre de 2.012 el saldo pendiente de devolución era de 202.082 € el cual fue cedido a la SAREB por 87.557 €. El quebranto ocasionado fue asumido y saneado por el FROB.

Con fecha 30 de enero de 2019, Higinio , procedió a ingresar en la cuenta bancaria del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional la cantidad de 330.000 euros, en concepto de pago parcial de su responsabilidad civil, tras haber acordado todas las partes la suspensión de la vista ante la voluntad inesperada de retractación de su inicial declaración, para reconocer expresamente los presentes hechos".

SEGUNDO.- El Juzgado Central de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a Higinio , como responsable criminalmente en concepto de AUTOR, de un delito continuado de ADMINISTRACIÓN DESLEAL con la concurrencia de las atenuantes por analogía de reparación del daño y confesión de la infracción a la pena de UN AÑO Y SIETE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para desempeñar cualquier profesión, oficio, puesto ó cargo relacionado con la actividad bancaria por el mismo tiempo.

Asimismo, indemnizará al FROB y en su defecto a CAIXABANK (sucesor del Banco de Valencia) en forma conjunta y solidaria con los responsables a título lucrativo hasta el límite máximo para ellos establecido que luego se determina, en la sumad de 395.000 euros, para reparación del daño derivado del exceso de disposición' de los tramos 'establecidos en el préstamo al promotor, más otros 114.525 euros como cantidad que resta por recuperarse del préstamo ICO. En total 509.525 euros a los que se añadirán los intereses legales desde la fecha de las respectivas disposiciones y del préstamo ICO y

Debo de condenar y condeno en condición de terceros a título lucrativo a la SOCIEDAD PEGOLIVA S.L, 1 y subsidiariamente a Sabino , Eleuterio E Ana , con responsabilidad solidaria entre ellos, y por parte iguales (1/3 cada uno) a que paguen al FROB o defectivamente a CAIXABANK la referida suma de 509.525 euros más los intereses que se establecen de igual forma que en el apartado anterior.

De la suma resarcitoria se deducirá la cantidad de 330.000 euros ya satisfecha por Higinio , por tanto, la cantidad a satisfacer, antes de liquidar intereses, de forma solidaria entre Higinio y los responsables a título lucrativo indicados anteriormente es de 179.525 euros.

Esta Sentencia, no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación, que habrá de prepararse, en la forma prevista en el artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los diez días siguientes a su última notificación escrita.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, a las demás partes procesales y a los perjudicados.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

El 20 de febrero de 2019 este mismo Juzgado dictó Auto de Aclaración:

"QUE DEBÍA SUPLIR LA OMISIÓN contenida en el fallo de la Sentencia de este Juzgado 3/2019 de fecha 7 de febrero de 2.019 en los exclusivos extremos siguientes:

Que debo condenar y condeno a Higinio , así como a la SOCIEDAD PEGOLIVA S.L., y subsidiariamente a Sabino , Eleuterio E Ana , al pago de las costas causadas, incluidas las de la Abogacía del. Estado, Y la acusación particular, que serán por partes iguales.

Asimismo, debo ABSOLVER Y ABSUELVO expresamente a MAPOSE en su condición de partícipe a título lucrativo.

Procede suplir dicha omisión conforme al art. 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Notifíquese esta Resolución al Ministerio Fiscal y demás partes procesales".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación procesal de Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, la Abogada del Estado (ambas acusaciones particulares) y los hermanos don Sabino , doña Ana y don Eleuterio (terceros partícipes a título lucrativo), interponen recursos de apelación con base en los motivos expuestos en sus escritos ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera, formándose el rollo de apelación 3/2019. En fecha 18 de julio de 2019 el citado Tribunal dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:



"1. DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por las defensas de D. Sabino , D. Eleuterio y D^a. Ana contra la sentencia dictada en este proceso por el Magistrado-juez Central de lo Penal de fecha 7 febrero 2019, en relación a su condena como responsables civiles a título lucrativo.

2.- ESTIMAMOS parcialmente el recurso planteado por la representación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y la Abogada del Estado, para elevar la cuantía de la indemnización que el condenado D. Higinio deberá afrontar a 538.431,13 euros Cantidad de la que responderán en calidad de terceros partícipes a título lucrativo Pegoliva SL y, subsidiariamente, D. Sabino , D. Eleuterio y D^a. Ana .

3. CONFIRMAMOS la sentencia en todos los demás pronunciamientos.

4. La mitad de las costas del recurso se imponen a los partícipes a título lucrativo, incluidas las de las acusaciones particulares.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por infracción de precepto penal.

Sentencia que pronuncian y firman los Magistrados que formaron el Tribunal, de lo que doy fe".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de don Sabino , doña Ana y don Eleuterio anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por los recurrentes más arriba mencionados se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, al haberse vulnerado el artículo 24 de la CE, infracción de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim., al haberse infringido el artículo 122 del Código Penal y los artículos 787, 784.1, 781, 783 y 784 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 17 de octubre de 2019 siguiente se tiene por incorporado el anterior escrito y se da traslado a los Procuradores personados de las partes recurridas, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado por plazo de diez días. La representación de Banco Valencia y la Abogado del Estado se oponen al recurso planteado de contrario en sendos escritos de 4 y 5 de noviembre de 2019. Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesa la no admisión a trámite del mismo por tratarse de una sentencia contra la que no cabe recurso de casación.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 11 de noviembre siguiente se tienen por incorporados los anteriores escritos y de traslado a la representación de los recurrentes, quienes en escrito de 15 de noviembre presentan sus alegaciones.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de junio de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 6 de julio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa del Banco de Valencia, S.A. y el Ministerio Fiscal, al tiempo de oponerse al recurso de casación aquí interpuesto por quienes resultaron condenados como partícipes a título lucrativo, explican que, a su parecer, dicho recurso no debió tenerse por preparado, ni después por admitido, en la medida en que tiene por objeto una resolución no susceptible de ser impugnada a través de este recurso extraordinario. Causa de inadmisión que solo puede ahora tornarse en motivo bastante para desestimar el recurso.

Los recurrentes, por su parte, advertidos explícitamente de esta objeción, y por el cauce que contempla el párrafo segundo del artículo 882 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vinieron a insistir en la admisibilidad y procedencia del recurso interpuesto, arguyendo que la disposición transitoria de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, resulta equívoca por lo que respecta a los procedimientos a los que deviene aplicable; así como que



la propia Sala de lo Penal (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional, en la sentencia ahora impugnada, proclamaba la posibilidad de interponer contra la misma recurso de casación; y que, en definitiva, la referida resolución fue dictada, como es obvio, con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

1.- Es verdad, desde luego, que la sentencia dictada por la Sala de lo Penal (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de julio de 2.019, erróneamente, informaba a las partes de la posibilidad de interponer frente a ella recurso de casación por infracción de precepto penal. Erróneamente porque, frente a lo que sostienen los recurrentes, la Disposición Transitoria única de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que inauguró en nuestro ordenamiento la posibilidad de recurrir en casación (únicamente por la vía contemplada en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales o por la Audiencia Nacional, se expresa con suficiente claridad cuando señala, en su número 1: *"Esta Ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor"*, con las solas excepciones que después establece en sus números 2 y 3 (excepciones ajenas enteramente a la cuestión que ahora nos convoca).

Así las cosas, y habiéndose iniciado el presente procedimiento por auto de fecha 4 de abril de 2.014, es claro que teniendo por objeto la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la resolución de un recurso de apelación frente a sentencia que pronunció el Juzgado Central de lo Penal, aquella resolución, conforme a las normas procesales que resultan aplicables, no era susceptible de ser recurrida en casación. Precisamente, el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue modificado por la referida Ley 41/2015, de 5 de octubre, para permitir, con respecto a los procedimientos que se hubieran iniciado después de su entrada en vigor (6 de diciembre de 2015) que pudieran ser recurridas en casación, aunque únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849, las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resoluciones que, hasta entonces, no eran susceptibles de ser atacadas a través de este recurso extraordinario.

2.- No debió, en consecuencia, tenerse por preparado el recurso de casación, ni debió ser admitido tampoco, lo que se erige ahora en motivo de desestimación. Cierto que la errónea indicación por el órgano jurisdiccional de los recursos que cabe interponer contra la resolución que ha dictado, ha dado pie a sugerentes comentarios doctrinales y a no pocas resoluciones del Tribunal Constitucional, de este mismo Tribunal Supremo, y de otros órganos jurisdiccionales, respecto de los efectos que hayan de ser asociados a la misma cuando, por su causa, se genera una confusión en alguna de las partes. Sin embargo, dichos comentarios y resoluciones aluden, naturalmente, a aquellos casos, especialmente sensibles, en los que la parte, siguiendo la errónea pista que el órgano jurisdiccional le proporcionó, opta por la interposición de un recurso inadecuado, perdiendo con ello la posibilidad de interponer en plazo el que verdaderamente procedía. Y ese supuesto, evidentemente, está muy lejos de ser el caso del que ahora nos ocupa. Aquí, la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conforme a la legislación procesal aplicable, era firme, en tanto resolvía un recurso de apelación (contra la dictada por el Juzgado Central de lo Penal), pronunciada en el marco de un procedimiento iniciado con anterioridad al día 6 de diciembre de 2.015. No cabía interponer contra ella recurso ordinario ni extraordinario alguno. Por eso, la errónea indicación proporcionada, fácilmente advertible además, ninguna pérdida de oportunidad supuso para la parte que, sin embargo, como ya se ha señalado, por la vía prevenida en el párrafo segundo del artículo 882 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resolvió insistir, ya de forma claramente indebida, en la procedencia del recurso interpuesto.

3.- Finalmente, la imposibilidad de interponer en este caso recurso de casación y, en coherencia con ello, la ineludible necesidad de desestimarlo ahora, en modo alguno lesiona o menoscaba el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, que se contempla en el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Repetidamente ha señalado el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales que el derecho a recurrir solo forma parte de aquél, cuando la ley lo haya previsto. Cierto que en el orden jurisdiccional penal determinados textos internacionales (singularmente el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos) exigen la posibilidad de revisión por un órgano funcionalmente superior de las sentencias condenatorias, exigencia que viene a integrarse así, sin necesidad de un respaldo explícito por la ley nacional, en el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero este derecho a la revisión judicial de las sentencias condenatorias, en cualquier caso, resultó aquí plenamente satisfecho a través del recurso de apelación.

Nos hallamos, pues, frente a una resolución, la dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no susceptible de ser recurrida en casación, lo que obliga ahora, sin necesidad de mayores explicaciones complementarias, a su íntegra desestimación.

SEGUNDO.- A mayor abundamiento, incluso en el caso de que se hubieran iniciado las actuaciones con posterioridad al día 6 de diciembre de 2.015, --lo que, con toda evidencia no sucede aquí--, ya vigente la nueva regulación que resulta de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, el artículo 847.1. b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo autoriza a interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las



Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849.

1.- En el marco de la recta interpretación de este precepto, por todas y últimamente en nuestra sentencia número 46/2021, de 21 de enero, hemos tenido oportunidad de señalar: <<Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional...

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la pronunciada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización...

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"A) El artículo 847 1º letra b) de la LECRIM debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)">>.

2.- En el caso, lo cierto es que tres son los motivos de casación invocados por la recurrente. El primero y el tercero llanamente extravasan los límites que se acaban de dejar expuestos, en cuanto uno se refiere, por la vía prevenida en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva; y, el otro, se vehicula por el cauce, obturado aquí, que se contempla en el artículo 849.2 del mismo texto legal.

El segundo, en cambio, aparentemente sí se sujetaría a la regla, en tanto, sobre la base de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretende que la resolución que se quiso impugnar habría vulnerado lo establecido en el artículo 122 del Código Penal (aunque se refiera también, desatendiendo nuevamente los límites, a los artículos 787, 784.1, 781, 783 y 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, como es obvio, no contienen preceptos penales de carácter sustantivo ni normas jurídicas del mismo carácter,



frente a lo que impone el referido artículo 849.1). Sin embargo, sujetándose aquí formalmente, aunque fuera de un modo parcial, a las exigencias legales, pronto se ve frustrado dicho prometedor comienzo en el desarrollo de este motivo del recurso, al desligarse la parte por entero del relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada, para poner en cuestión, en sustancia, que los condenados como partícipes a título lucrativo obtuvieran ninguna clase de beneficio económico con las operaciones efectuadas por acusado. Es sabido, y lo recuerda, por todas, últimamente nuestra sentencia número 368/2021, de 30 de abril, que se trata, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo es dable plantear y discutir problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación, el contemplado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes, cuando ello es posible, su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2.º de la LECrim.) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

TERCERO.- De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde imponer las costas a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Sabino , Ana y Eleuterio , contra la sentencia número 23/2019, de 18 de julio, dictada por la Sala de lo Penal (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional, por cuya virtud se resolvían los recursos de apelación previamente interpuestos contra la sentencia número 3/2019, de 7 de febrero, dictada por el Juzgado Central de lo Penal.

2.- Se imponen las costas a los recurrentes.

Póngase en conocimiento de los órganos jurisdiccionales de los que proceden las actuaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes . Póngase en conocimiento de los órganos jurisdiccionales de los que proceden las actuaciones; e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.