Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso RETRIBUCIONES PRESIDENTE CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO. Sentencia num. 292/2021 de 8 abril

RJ\2021\1691

PRESUNCION DE INOCENCIA: Declaraciones de coimputados: valor probatorio: obtenido mediante promesa de reducción de pena: no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno: no excluye el valor de la declaración aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad; Existencia de prueba: coimputado que reconoce los hechos y alcanza un acuerdo de conformidad: existencia de corroboraciones objetivas distintas al contenido del acuerdo. APROPIACION INDEBIDA: DINERO: EXISTENCIA: Entramado realizado por directivos de Caja de Ahorros dirigido a fijar una dieta al presidente bajo la creación de una figura instrumental de un cargo en una empresa perteneciente al grupo donde se fija artificialmente una dieta de 600.000 euros sin dedicación alguna al ejercicio de actividad real para soslayar que como presidente de la entidad bancaria no podía cobrar; Diferencias con otras figuras: delito societario de administración desleal derogado por LO 1/2015: "punto de no retorno": DOCTRINA JURISPRUDENCIAL; Autor: existencia: imputación recíproca: miembros de comité de retribuciones de caja de ahorros que aprueba fijar una dieta al presidente de la entidad de 600.000 euros con conocimiento de que lo era sin dedicación alguna al ejercicio de actividad real para soslayar que no podía cobrar; secretario del consejo de administración de entidad bancaria que redactó el acta ocultando la creación y ejecución de entramado para que el presidente percibiese cantidades en concepto de dietas a las que no tenía derecho; Cooperador: existencia: director General de caja de ahorros que colabora en la ideación, creación y ejecución de entramaddo para que el presidente percibiese cantidades en concepto de dietas a las que no tenía derecho; Dolo-error-relación de causalidad: de prohibición: invencible: inexistencia: miembros de comisión de retribuciones de caja de ahorros que informan favorablemente a un pago por dietas a presidente al que no tenía ningún derecho: la existencia de informe de letrado asesor no conjura la ilicitud evidente del pago. Dilaciones Indebidas (LO 10/1995 reformada por la LO 5/2010): inapreciable: duración de 3 años y seis meses: causa compleja relacionada con cobro indebido de dietas en el seno de la dirección ejecutiva de caja de ahorros y entidades participadas, siendo investigadas y enjuiciadas varias personas. REPARAR EL DAÑO OCASIONADO: inapreciable: extensión a otros acusados: inexistencia de especiales relaciones personales internas entre ellos y pago

no completo. PENALIDAD: Motivación de la individualización de la pena: vulneración: existencia: ausencia de la razón justificativa de la pena impuesta a cada acusado: adecuación del reproche penal a los hechos probados y a las condenas impuestas a coacusado que se conformó: fijación de la pena conveniente por la Sala de casación.

ECLI:ECLI:ES:TS:2021:1301
Jurisdicción: Penal
Recurso de Casación 1286/2019
Ponente: Excmo Sr. Vicente Magro Servet

El Tribunal Supremo dicta Sentencia de fecha 08-04-2021 estimando en parte los recursos de casación interpuestos por los acusados contra la Sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 15-11-2018, en lo atinente a las penas impuestas, casándola y anúlandola y dictando otra imponiendo las penas conforme sus fundamentos jurídicos.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 292/2021

Fecha de sentencia: 08/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1286/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1286/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 292/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de abril de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Felipe, D. Fidel, D. Florian, D. Efrain y D. Fulgencio, contra sentencia (PROV 2018, 312186) dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, que les condenó por delitos de apropiación indebida, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, por el Procurador D. Antonio Albaladejo Martínez y bajo la dirección Letrada de D. Patricio Salvador Navín respecto del acusado Felipe; por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección Letrada de D. Bernardo del Rosal Blasco respecto del acusado D. Fidel; por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla y bajo la dirección Letrada de D. Carlos Gómez-Taylor Corominas respecto del acusado D. Florian; por la Procuradora Dña. Isabel Juliá Corujo y bajo la dirección Letrada de D. Elíseu Frígols Brines respecto del acusado Efrain y por la Procuradora Dña. Mª Marta Sanz Amaro y bajo la dirección Letrada de D. Antonio Martínez Camacho respecto del acusado Fulgencio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Alicante incoó Procedimiento Abreviado con el nº 74 de 2016 contra Felipe, Fidel, Florian, Efrain, Fulgencio y otros, y, una vez concluso,

lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, que con fecha 15 de noviembre de 2018 (PROV 2018, 312186) dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Son HECHOS PROBADOS en esta causa y así se declaran los siguientes: 1°. Son acusados en el presente procedimiento todos los miembros del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante CAM) a fecha 26 de noviembre de 2009: Justino, Leonardo, Florian, Leovigildo, Ignacio, Fidel, Casilda, Felipe, Celia, Mariano, Iván, Martin, Melchor, Delfina, Nazario, Norberto, Encarnacion, Pio, Fulgencio y Primitivo. También es acusado el Director General de la CAM, Efrain. Todos ellos mayores de edad. No constan aportados sus antecedentes penales, salvo los de Pio que tiene antecedentes penales no computables. En atención a sus funciones, respecto del tema objeto de discusión, podemos diferenciar, en primer lugar, al Presidente de la CAM, Justino, y al Secretario del Consejo de Administración, Fidel. En segundo lugar, estarían aquellos consejeros que a su vez formaban parte de la Comisión de Retribuciones, su presidente Florian, y los vocales Felipe y Fulgencio. En último lugar se encuentran el resto de vocales del Consejo de Administración, si bien, Leovigildo, Florian y Leonardo ejercían funciones de Vicepresidentes al tiempo que Presidentes de los respectivos Consejos Territoriales. 2°. Los Estatutos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo preveían en su art. 9, en consonancia con lo que establecía la legislación aplicable en ese momento, que los cargos de los Consejeros Generales (entre los que se encontraba el Presidente de la entidad) tendrían carácter honorífico y gratuito, y no podrían originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento que aprobase la Asamblea General a propuesta del Consejo de Administración, dentro de los limites máximos que en cada momento estableciese la autoridad competente. 3°. En consonancia con dicho principio, el Consejo de Administración de la Caja en su sesión de 16 de septiembre de 1999 estableció que, de acuerdo con su interpretación de los estatutos, el importe de la asistencia a los órganos de Gobierno de las empresas participadas se ajustaría al criterio de que el importe de las mismas en ningún caso superara al de la dieta que, en cada momento, tuviera establecida la Asamblea General. Desde mediado del año 2005, los miembros del Consejo de Administración de la CAM entraron a formar parte a su vez de los consejos de administración de sendas empresas participadas al 100% por la CAM denominadas Gestión Financiera del Mediterráneo SA (en adelante GESFINMED) e Inversiones Cotizadas del Mediterráneo SL (en adelante INCOMED), en las que se establecieron retribuciones en forma de dietas por asistencia, más elevadas que las determinadas por la Asamblea General para los vocales del consejo de administración de la CAM. El 17 de marzo de 2005 el Consejo de Administración

de la CAM autorizó dejar sin efecto el acuerdo adoptado en la sesión celebrada el 16 de septiembre de 1999 en relación con el establecimiento de la percepción de dietas para los representantes de la Entidad en los órganos de gobierno de las empresas mayoritariamente participadas por CAM, previo informe favorable de la Comisión de Retribuciones de la Caja adoptado en su reunión del 14 de marzo de 2005. En la posterior reunión de la Comisión de Retribuciones de fecha 15 de julio de 2005 fue donde el Director General, Efrain, propuso que el importe de las dietas por asistencia en las sociedades GESFINMED e INCOMED fuera de 16.4000€ anuales por cada consejero y del doble (es decir, 32.800€) para el Presidente y, en su caso, Vicepresidente/s, quedando enterados los miembros de la Comisión. El consejo de Administración de la CAM de esa misma fecha aceptó la propuesta retributiva elevada por la Comisión de Retribuciones. Posteriormente, la Comisión de Retribuciones de 13 de marzo de 2008 aprobó que la dieta de los consejeros se elevara a 20.000€ anuales, y la de los presidentes a 80.000€ anuales. Tanto las dietas como sus actualizaciones fueron aprobadas en las juntas de socios de ambas sociedades de fecha 28 de noviembre de 2005 y 16 de marzo de 2008. 4°. Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento. 5°. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche, del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales. En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función

el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación". Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada. 6°. En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2° el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D. Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4° el Director General de Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada. 7°. No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, al carácter retroactivo. Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, Fidel, con el único control del Presidente, indica literalmente, dentro de su apartado 4 (Informaciones y propuestas del Director General): "Oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones, y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera S.L. esté presidido por el Presidente de la Entidad, D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial, se dote de mayor fortaleza a la gestión de la Sociedad y se mejore la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM. La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC". 8°. En cumplimiento del acuerdo reflejado en el acta, la Junta General Universal de Tinser Cartera S.L., que se dice celebrada el 9 de diciembre de 2009, tomó los siguientes acuerdos. modificar sus estatutos sociales; cesar a su administrador único, Abelardo; nombrar un Consejo de Administración compuesto por Justino, Efrain, Alejo, Andrés y Abelardo; y deciden "el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente

año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC". No se acordó pagar ninguna retribución a los restantes miembros del nuevo órgano de administración. En esa primera reunión, el Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L., nombró Presidente del mismo a Justino. 9°. Tinser Cartera S.L., había sido constituida el 20 de diciembre- de 2002, y desde esa fecha D. Abelardo, directivo de la CAM, había sido su, administrador único y el máximo responsable de su gestión. A partir del 9 de diciembre de 2009, el Sr. Abelardo, como vocal del nuevo Consejo de Administración y Consejero delegado con amplios poderes, siguió siendo de hecho el único administrador de Tinser Cartera S.L., ya que los nombramientos de Presidente y de los vocales del nuevo Consejo de Administración fueron meramente formales. También fueron meramente formales las Juntas de dicho Consejo que nunca se reunió físicamente. 10°. Justino no participó en la toma de ninguna decisión relativa a la administración o gestión de Tinser Cartera S.L. A pesar de ello, percibió de esta sociedad, durante el tiempo en que fue nominalmente Presidente del Consejo de Administración, 600.000€ como retribución por una supuesta dedicación que en Tinser Cartera S.L. fue inexistente, y que en la CAM (titular del 100% de su capital) era gratuita por disposición legal. Concretamente se le abonaron: 150.000€ (97.500€ neto) el 18 de diciembre de 2009; 300.000€ (195.000€ netos) en 2010, distribuidos en cuatro pagos de 48.750€ realizados los días 12 de abril, 17 de mayo, 10 de agosto y 15 de noviembre. 150.000€ (97.500€ netos) en 2011, distribuidos en dos pagos de 48.750€ realizados los días 16 de febrero y 16 de mayo. 11°. El 21 de junio de 2011 se elevaron a públicos los acuerdos por los que la CAM segregaba y transmitía a Banco CAM, en bloque y a título de sucesión universal, la totalidad de su patrimonio, con la sola exclusión de los activos y pasivos afectos a su Obra Social, la posición jurídica de la CAM como emisor de las Cuotas Participativas, y las acciones de Banco CAM tituladas por la CAM como accionista único. En virtud de esta transmisión, Banco CAM asumió todas las obligaciones y quedó subrogada en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el patrimonio segregado, que comprendía la totalidad del capital de Tinser Cartera S.L. Una vez cumplidas las condiciones suspensivas contempladas en la escritura de segregación, ésta se hizo efectiva el 23 de julio de 2011, el 1 de junio de 2012 el Fondo de Garantía de Depósitos vendió a Banco Sabadell SA, por el precio simbólico de 1€, el 100% del capital de Banco Cam. El 3 de diciembre de 2012 Banco CAM fue disuelto y absorbido por Banco Sabadell, que quedó subrogado en todos los derechos de la sociedad absorbida. También en diciembre de 2012 la CAM se transformó ope legis (en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio (RCL 2010, 1913, 2019) , de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, en la redacción dada por la Ley 3/2009, de 3 de abril (RCL 2009, 719) , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) en

Fundación de carácter especial, conservando su personalidad jurídica. Esta Fundación de carácter especial es la actual Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social Caja Mediterráneo. En cuanto a Tinser Cartera S.L., fue absorbida el 29 de diciembre de 2014 por Bansabadell inversió Desenvolupament S.A., sociedad filial del Banco Sabadell. 12°. La CAM (incursa ya en su proceso de transformación en Fundación especial) denunció estos hechos ante el Juzgado Central de Instrucción el 3 de septiembre de 2014. El presente procedimiento se incoó por Auto de 29 de septiembre de 2014. De conformidad con lo acordado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, auto de fecha 3 de febrero de 2016, la causa fue inhibida a los juzgados de Alicante. Se aceptó la inhibición y se incoaron diligencias el 10 de marzo 2016. El 28 de abril de 2016 se acordó la incoación de Procedimiento Abreviado. El 17 de junio de 2016 se resuelven los recursos de reforma. El 15 de junio de 2017 se resolvieron los recursos de apelación contra el Auto de acordando la continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado. En el interim se había continuado la tramitación, culminando la fase intermedia, siendo remitida la causa a esta Sección. Por Auto de fecha 9 de septiembre de 2017 se admitió la prueba propuesta, señalándose con esa misma fecha el inicio de las sesiones de juicio para el día. 13°. Justino ha ingresado 200.000€ en la cuenta de consignaciones de esta Sección Décima, y ha aportado un calendario de pago para satisfacer los 400.000 euros restantes en el plazo de tres años".

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento (PROV 2018, 312186) : FALLAMOS:

"1°.- Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a los acusados Leonardo, Leovigildo, Ignacio, Casilda, Celia, Mariano, Iván, Martin, Melchor, Delfina, Nazario, Norberto, Encarnacion, Pio y Primitivo, declarándose de oficio 15/21 partes de las costas procesales causadas. 2°.- Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Justino como autor responsable de un delito de apropiación indebida agravada, ya definido, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante muy cualificada de reparación del daño y la de confesión, a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y CINCO MESES MULTA, con fijación de una cuota diaria de sesenta euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/21 parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular/popular. 3°.- Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Efrain como autor responsable

de un delito de apropiación indebida agravada, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES de PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y OCHO MESES MULTA con fijación de una cuota diaria de doscientos euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP, e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena así como al pago de 1/21 parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular/popular. 4°.- Que debemos condenar y CONDENAMOS a los acusados en esta causa Florian, Felipe, Fulgencio y Fidel como autores de un delito de apropiación indebida agravada, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena, a cada uno de ellos, de UN AÑO y SEIS MESES de PRISIÓN con su accesoria de suspensión, del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y SIETE MESES MULTA, con fijación de una cuota diaria de cien euros con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 CP, e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/21 parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular/popular. Requiérase a los condenados de pago de la multa impuesta. 6°.- En concepto de responsabilidad civil el condenado Justino deberá indemnizar a Bansabadell Inversió Desenvolupament S.A. en la cantidad de 600.000 euros más los intereses legales correspondientes. Hágase entrega al perjudicado de la cantidad consignada. Y requiérase al condenado para que verifique hipoteca voluntaria para garantizar el calendario de pagos propuesto. Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) . Notifiquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el término de CINCO DÍAS ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre (RCL 2003, 3008) , de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo con el artículo 73.3. c) de la misma Ley. Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa".

Con fecha 3 de diciembre de 2018 se dictó Auto de aclaración de la anterior sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"LA SALA ACUERDA: LA ACLARACIÓN de la Sentencia 000350/2018 de fecha 15/11/2018 en el sentido de que: - En la pagina 16, al final del párrafo 3° que donde dice "... yo por lo menos lo oí ...", debe decir "... yo por lo menos no lo oí .... . - En la

página 39, al inicio del primer párrafo, que donde dice "... del consejo dada una opinión y suponía que ...", debe decir "... del consejo daba una opinión y suponía que ...". Y NO HA LUGAR A ACLARAR el contenido de las funciones de los miembros de la Comisión de retribuciones al no existir error, no ser determinante y quedar explicitado en otros apartados de la sentencia. MODO IMPUGNACIÓN: Contra el presente auto no cabe recurso, alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente".

TERCERO.-

Notificada la sentencia (PROV 2018, 312186) a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de los acusados D. Felipe, D. Fidel, D. Florian, D. Efrain y D. Fulgencio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.-

I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Felipe** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 849.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , se considera que el Tribunal de instancia ha errado al no considerar y/o valorar incorrectamente algunos documentos.

Segundo.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , ya que no se ha practicado prueba de cargo alguna que avale la participación de mi representado en los hechos.

Tercero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el principio constitucional de " in dubio pro reo" del artículo 24.2 de la Constitución Española, dado que ante las diversas dudas y/o contradicciones que se recogen en la Sentencia, siempre ha resuelto la cuestión en perjuicio de mi representado.

Cuarto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y articulo

5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el artículo 120 de la Constitución Española en lo referente a la obtención de una resolución motivada, por cuanto que en la Sentencia no se motiva mínimamente la actuación delictiva que se dice de mi representado.

Quinto.- Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que el Tribunal de instancia no expresa cuáles son los hechos que se consideran probados en relación a la participación que se atribuye a mi representado y su alcance.

Sexto.- Recurso de Casación por Infracción de precepto Constitucional, por vía procesal del articulo 852 LECRIM y 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , por vulneración del articulo 25 C.E. respecto del principio de legalidad, vertiente del principio de tipicidad, por falta de adecuación de los hechos probados al delito por el que se condena.

Séptimo.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y articulo 5.4 L.O.P.J. se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el artículo 24, apartados 1 y 2 de la Constitución Española en lo referente a la tutela judicial efectiva y procedimiento con todas las garantías.

Octavo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que el Tribunal de instancia no ha aplicado debidamente el articulo 252 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) en relación con el 250.1 del Código Penal en su redacción vigente en el momento de los hechos -noviembre del año 2009-.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Fidel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de la causa primera de art. 849 L.E.Cr., por infracción de preceptos de carácter sustantivo y otras normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal.

Segundo.- Al amparo de la causa primera del art. 849 L.E.Cr., por infracción de preceptos de carácter sustantivo y otras normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal.

Tercero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L..P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

Cuarto.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por infracción de los derechos fundamentales a

la defensa, conocer la acusación, así como de la garantía constitucional a la imparcialidad judicial (art. 24.2 C.E.).

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Florian** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), en su modalidad del deber de motivación de las sentencias.

Segundo.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 C.E., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio acusatorio en su vertiente de derecho a conocer la acusación.

Tercero.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por vulneración de precepto constitucional, por infracción del art. 9.3 C.E., que proscribe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y del art. 25.1 C.E.

Cuarto.- Al amparo de los arts. 5.4 LOP3 y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE, en relación con el art. 9.3 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a conocer la acusación, al haberse sustentado la condena impuesta a mi mandante en la falsedad de un documento mercantil, cuando se da la circunstancia de que el auto de acomodación al procedimiento abreviado, que constriñe los hechos objeto de enjuiciamiento, en ningún momento aludía a la falsedad o alteración del acta.

Quinto.- Al amparo de los arts. 5.4 LOP.1 y 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE, en relación con el art. 9.3 CE, al haberse sustentado la condena impuesta a mi mandante en la falsedad de un documento mercantil cuya validez no ha sido combatida por el Ministerio Fiscal, esto es, por la única acusación formulada contra mi mandante.

Sexto.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE, por vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado mi representado por un delito de apropiación indebida que se habría cometido por omisión (art. 11 CP), sin que el Ministerio Fiscal, esto es, la única acusación formulada contra mi mandante, así lo hubiera solicitado.

Séptimo.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE, por vulneración del derecho a la defensa, por no haberse sometido a contradicción el perjuicio que se dice producido con la imprescindible declaración de quien se dice perjudicado.

Octavo.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE, por vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado mi representado en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, sin que ninguna de las acusaciones así lo hubiera solicitado.

Noveno.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por infracción de Precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por vulneración de la presunción de inocencia, al haberse infringido la doctrina relativa al valor incriminatorio de la confesión de un coacusado.

Décimo.- Al amparo de los arts. 5.4 L0PJ y 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por vulneración de la presunción de inocencia, en relación con los requisitos de la prueba indiciaria. Se desiste del presente Motivo.

Undécimo.- Al amparo de los arts. 5.4 L0PJ y 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por vulneración de la presunción de inocencia.

Duodécimo.- Al amparo del art. 851.3° LECrim, por quebrantamiento de forma, por no haberse resuelto en la Sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de defensa. Concretamente, la Sentencia nada dice sobre la prescripción invocada por esta parte. Se desiste del presente Motivo.

Décimo tercero.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por no concurrir los elementos típicos del delito de apropiación indebida.

Décimo cuarto.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por no concurrir los elementos típicos del delito de apropiación indebida. Por todos es sabido que uno de los requisitos típicos ineludibles del delito de apropiación indebida es la existencia de perjuicio.

Décimo quinto.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por no concurrir los elementos típicos del delito de apropiación indebida en la modalidad de comisión por omisión en relación con la participación del extraneus en el delito especial de apropiación indebida.

Décimo sexto.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por no aplicar la Sentencia recurrida la doctrina del error invencible y del error de prohibición.

Décimo séptimo.- Al amparo del art. 849.10 LECrim, por infracción de ley, por no apreciar la Sentencia la prescripción del delito por el que ha venido condenado mi mandante.

Décimo octavo.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por la aplicación indebida y errónea de la doctrina del levantamiento del velo.

Décimo noveno.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por contravención de los requisitos exigidos para apreciar la figura del administrador de hecho y su responsabilidad penal. Se desiste del presente Motivo.

Vigésimo.- Al amparo del art. 849.1° LECrim, por infracción de ley, por infracción del principio de intervención mínima del derecho penal.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Efrain** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento los derechos fundamentales de mi mandante a un proceso con todas las garantías, a la defensa, y dentro del derecho de defensa, en su vertiente específica del derecho a ser informado de la acusación, contenidos en el art. 24.2 de la Constitución, y de consuno, el derecho fundamental del mismo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, contenido en el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del principio acusatorio.

Segundo.- Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por cuanto se han vulnerado en el presente procedimiento los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa de mi mandante, contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española, y de consuno, el derecho fundamental del mismo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, contenido en el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del principio acusatorio, al condenarle como coautor material de un delito de apropiación indebida, cuando el mismo solo fue acusado como inductor o cooperador necesario del mismo.

Tercero.- Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento el derecho fundamental a la presunción de inocencia de mi mandante, contenido en el art. 24.2 de la C.E.

Cuarto.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Sexto.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Séptimo.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L..Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Octavo.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por aplicación indebida de los arts. 252, en relación con el art. 250.1.5ª del C. Penal y, del art. 295 del C. Penal, interesado subsidiariamente a aquél por parte de las acusaciones.

Noveno.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por aplicación indebida de los arts. 28 y 29 del C. Penal.

Décimo.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida del apartado tercero del art. 65 del C. Penal, en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Undécimo.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida de la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, del art. 21.6ª del C. Penal, en relación con el art. 66.1.2ª del mismo Código, en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Duodécimo.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida de la atenuante analógica muy cualificada de reparación del daño del art. 21.5ª, en relación con el art. 66.1.2ª, todos del C. Penal, en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Décimo tercero.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 66.1.6º del C. Penal, en su redacción vigente en el momento de los hechos.

V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Fulgencio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Articulado al amparo de lo preceptuado en el art. 849.2 L.E.Cr., alegando error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que acreditan la incorrección de la afirmación fáctica que se pretende modificar.

Segundo.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 851.1º L.E.Cr., al contener la sentencia hechos entre los que resulta manifiesta contradicción.

Tercero.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 851.1º L.E.Cr., al contener la sentencia hechos probados que por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Cuarto.- Por vulneración de derechos fundamentales reconocidos a mi mandante en el art. 25 C.E., respecto al principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, por no ser los hechos declarados probados en la sentencia de carácter típico respecto del delito por el que ha sido condenado, del art. 252 en relación con el art. 250.6 C.P.

Quinto.- Por vulneración de derechos fundamentales reconocidos a mi mandante en el art. 5.4 L.O.P.J. y el art. 24 C.E., respecto al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y vulneración del principio acusatorio en su vertiente al derecho a conocer la acusación que se formula contra el reo.

Sexto.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción del art. 28 C.P., por cuanto que la Comisión de Retribuciones de la CAM y sus miembros no pueden ser autores del delito por el que se les condena, ni tampoco pueden ser condenados como inductores o cooperadores necesarios del mismo.

Séptimo.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1, por infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 249 y 250.6 C.P.

Octavo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y por vulneración del art. 24 C.E., respecto al derecho a un proceso con todas las garantías, a la obtención de la tutela judicial efectiva y por vulneración de la presunción de inocencia, al haberse infringido la doctrina relativa al valor incriminatorio de la confesión de un coacusado.

Noveno.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1, por infracción de ley por indebida aplicación del art. 252 C.P., en relación con el art. 250.6 C.P., al no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del ilícito.

Décimo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y por vulneración del art. 24 C.E., respecto al derecho a un proceso con todas las garantías, y a que no se produzca indefensión.

Undécimo.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1, por infracción de ley por no aplicación del art. 14, apartados 1º y 3º C.P., en relación con el error invencible sobre el derecho constitutivo de la infracción penal o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Subsidiariamente, por no aplicación del último párrafo del punto 3º del citado art. 14 C.P.

Duodécimo.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 por infracción de ley por no aplicación del art. 21.6 en relación al 66.1, ambos del C.P.

Décimo tercero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y por vulneración del art. 24 C.E.,

por infracción del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 , 120.3 y 9.3 C.E.), ante la insuficiente y arbitraria individualización penológica.

Décimo cuarto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y por vulneración del art. 24 C.E., por infracción del respeto a la tutela judicial efectiva, al no haberse individualizado la pena correctamente, y por no aplicación de lo preceptuado en el art. 50.5º C.P.

QUINTO.-

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 7 de abril de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de los acusados Felipe, Efrain, Florian, Fidel y Fulgencio contra la Sentencia Nº 350/2018 de fecha 15 de noviembre de 2018 (PROV 2018, 312186) , dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante, por el delito de apropiación indebida.

En resumen la sentencia fijó como hechos probados los siguientes:

1.- Son acusados en el presente procedimiento todos los miembros del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante CAM) a fecha 26 de noviembre de 2009. También es acusado el Director General de la CAM, Efrain.

2.- En atención a sus funciones, respecto del tema objeto de discusión, podemos diferenciar, en primer lugar, al Presidente de la CAM, Justino, y al Secretario del Consejo de Administración, Fidel.

En segundo lugar, estarían aquellos consejeros que a su vez formaban parte de la Comisión de Retribuciones, su presidente Florian, y los vocales Felipe y Fulgencio.

3.- Los Estatutos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo preveían en su art. 9, en consonancia con lo que establecía la legislación aplicable en ese momento, que los cargos de los Consejeros Generales (entre los que se encontraba el Presidente de la entidad) tendrían carácter honorífico y gratuito, y no podrían originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento que aprobase la

Asamblea General a propuesta del Consejo de Administración, dentro de los límites máximos que en cada momento estableciese la autoridad competente.

4.- En consonancia con dicho principio, el Consejo de Administración de la Caja en su sesión de 16 de septiembre de 1999 estableció que, de acuerdo con su interpretación de los estatutos, el importe de la asistencia a los órganos de Gobierno de las empresas participadas se ajustaría al criterio de que el importe de las mismas en ningún caso superara al de la dieta que, en cada momento, tuviera establecida la Asamblea General.

5.- Desde mediados del año 2005, los miembros del Consejo de Administración de la CAM entraron a formar parte a su vez de los consejos de administración de sendas empresas participadas al 100% por la CAM denominadas Gestión Financiera del Mediterráneo SA (en adelante GESFINMED) e Inversiones Cotizadas del Mediterráneo SL (en adelante INCOMED), en las que se establecieron retribuciones en forma de dietas por asistencia, más elevadas que las determinadas por la Asamblea General para los vocales del consejo de administración de la CAM.

6.- El 17 de marzo de 2005 el Consejo de Administración de la CAM autorizó dejar sin efecto el acuerdo adoptado en la sesión celebrada el 16 de septiembre de 1999 en relación con el establecimiento de la percepción de dietas para los representantes de la Entidad en los órganos de gobierno de las empresas mayoritariamente participadas por CAM, previo informe favorable de la Comisión de Retribuciones de la Caja adoptado en su reunión del 14 de marzo de 2005.

7.- En la posterior reunión de la Comisión de Retribuciones de fecha 15 de julio de 2005 fue donde el Director General, Efrain, propuso que el importe de las dietas por asistencia en las sociedades GESFINMED e INCOMED fuera de 16.400€ anuales por cada consejero y del doble (es decir, 32.800€) para el Presidente y, en su caso, Vicepresidente/s, quedando enterados los miembros de la Comisión. El consejo de Administración de la CAM de esa misma fecha aceptó la propuesta retributiva elevada por la Comisión de Retribuciones.

Posteriormente, la Comisión de Retribuciones de 13 de marzo de 2008 aprobó que la dieta de los consejeros se elevara a 20.000€ anuales, y la de los presidentes a 80.000€ anuales. Tanto las dietas como sus actualizaciones fueron aprobadas en las juntas de socios de ambas sociedades de fecha 28 de noviembre de 2005 y 16 de marzo de 2008.

8.- Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado

Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento.

9.- En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche, del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales.

En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación". Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

10.- En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2° el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D. Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4° el Director General de Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones

defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada.

11.- No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, al carácter retroactivo. Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, Fidel, con el único control del Presidente, indica literalmente, dentro de su apartado 4 (Informaciones y propuestas del Director General): "Oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones, y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera S.L. esté presidido por el Presidente de la Entidad, D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial, se dote de mayor fortaleza a la gestión de la Sociedad y se mejore la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM. La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC".

12.- En cumplimiento del acuerdo reflejado en el acta, la Junta General Universal de Tinser Cartera S.L., que se dice celebrada el 9 de diciembre de 2009, tomó los siguientes acuerdos, modificar sus estatutos sociales; cesar a su administrador único, Abelardo; nombrar un Consejo de Administración compuesto por Justino, Efrain, Alejo, Andrés y Abelardo; y deciden "el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC". No se acordó pagar ninguna retribución a los restantes miembros del nuevo órgano de administración. En esa primera reunión, el Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L., nombró Presidente del mismo a Justino.

13.- Tinser Cartera S.L., había sido constituida el 20 de diciembre de 2002, y desde esa fecha D. Abelardo, directivo de la CAM, había sido su administrador único y el máximo responsable de su gestión. A partir del 9 de diciembre de 2009, el Sr. Abelardo, como vocal del nuevo Consejo de Administración y Consejero delegado con amplios poderes, siguió siendo de hecho el único administrador de Tinser Cartera S.L., ya que los nombramientos de Presidente y de los vocales del nuevo Consejo de Administración fueron meramente formales. También fueron meramente formales las Juntas de dicho Consejo que nunca se reunió físicamente.

14.- Justino no participó en la toma de ninguna decisión relativa a la administración o gestión de Tinser Cartera S.L. A pesar de ello, percibió de esta sociedad, durante el tiempo en que fue nominalmente Presidente del Consejo de Administración, 600.000€ como retribución por una supuesta dedicación que en Tinser Cartera S.L. fue inexistente, y que en la CAM (titular del 100% de su capital) era gratuita por disposición legal. Concretamente se le abonaron: 150.000€ (97.500€ neto) el 18 de diciembre de 2009; 300.000€ (195.000€ netos) en 2010, distribuidos en cuatro pagos de 48.750€ realizados los días 12 de abril, 17 de mayo, 10 de agosto y 15 de noviembre. 150.000€ (97.500€ netos) en 2011, distribuidos en dos pagos de 48.750€ realizados los días 16 de febrero y 16 de mayo.

15.- El 21 de junio de 2011 se elevaron a públicos los acuerdos por los que 'la CAM segregaba y transmitía a Banco CAM, en bloque y a título de sucesión universal, la totalidad de su patrimonio, con la sola exclusión de los activos y pasivos afectos a su Obra Social, la posición jurídica de la CAM como emisor de las Cuotas Participativas, y las acciones de Banco CAM tituladas por la CAM como accionista único. En virtud de esta transmisión, Banco CAM asumió todas las obligaciones y quedó subrogada en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el patrimonio segregado, que comprendía la totalidad del capital de Tinser Cartera S.L. Una vez cumplidas las condiciones suspensivas contempladas en la escritura de segregación, ésta se hizo efectiva el 23 de julio de 2011. El 1 de junio de 2012 el Fondo de Garantía de Depósitos vendió a Banco Sabadell SA, por el precio simbólico de 1€, el 100% del capital de Banco Cam. El 3 de diciembre de 2012. Banco CAM fue disuelto y absorbido por Banco Sabadell, que quedó subrogado en todos los derechos de la sociedad absorbida.

16.- También en diciembre de 2012 la CAM se transformó ope legis (en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio (RCL 2010, 1913, 2019) , de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, en la redacción dada por la Ley 3/2009, de 3 de abril (RCL 2009, 719) , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) en Fundación de carácter especial, conservando su personalidad jurídica. Esta Fundación de carácter especial es la actual Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social Caja Mediterráneo.

17.- En cuanto a Tinser Cartera S.L., fue absorbida el 29 de diciembre de 2014 por Bansabadell inversió Desenvolupament S.A., sociedad filial del Banco Sabadell.

18.- La CAM (incursa ya en su proceso de transformación en Fundación especial) denunció estos hechos ante el Juzgado Central de Instrucción el 3 de septiembre de 2014.

19.- El presente procedimiento se incoó por Auto de 29 de septiembre de 2014. De conformidad con lo acordado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, auto de fecha 3 de febrero de 2016, la causa fue inhibida a los juzgados de Alicante. Se aceptó la inhibición y se incoaron diligencias el 10 de marzo 2016. El 28 de abril de 2016 se acordó la incoación de Procedimiento Abreviado. El 17 de junio de 2016 se resuelven los recursos de reforma. El 15 de junio de 2017 se resolvieron los recursos de apelación contra el Auto de acordando la continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado. En el interin, se había continuado la tramitación, culminando la fase intermedia, siendo remitida la causa a esta Sección. Por Auto de fecha 9 de septiembre de 2017 se admitió la prueba propuesta, señalándose con esa misma fecha el inicio de las sesiones de juicio.

20.- Justino ha ingresado 200.000€ en la cuenta de consignaciones de esta Sección Décima, y ha aportado un calendario de pago para satisfacer los 400.000 euros restantes en el plazo de tres años".

Valoración de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal para la sentencia condenatoria

Se procede a llevar a cabo un resumen sistemático, numerado en orden a los aspectos fijados por el Tribunal y ordenado en orden a determinar el Tribunal las pruebas que ha tenido en cuenta para el dictado de la sentencia.

1.- Prueba documental.

El núcleo de la prueba documental viene conformado por los siguientes documentos entre los que podemos destacar

Seis documentos básicos:

1. El orden del día de la convocatoria del Consejo de Administración para el 27 de noviembre 2009. (f. 468-474 del Tomo II). Nada reflejaba sobre el denominado Proyecto Tinser.

2. Acta de la Comisión de Retribuciones celebrada en la tarde del 26 de noviembre de 2009 (folio 320 Tomo I), así como la carta comunicada y leída en la reunión del Consejo de Administración del día siguiente, recogida literalmente en el acta del consejo de administración de fecha 27 de noviembre de 2009.

3. El documento de trabajo denominado preacta, con anotaciones manuscritas del propio Secretario del Consejo de Administración D. Fidel (f. 328 del Tomo I).

4. El correo electrónico y borrador del acta que remitió el 2 de diciembre de 2009 el Secretario de actas y Letrado Asesor al Presidente de la CAM y al Secretario titular

"para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad" (f. 774 Tomo II, doc 19 aportado en su declaración como imputado).

5. El acta del Consejo de Administración de la CAM de fecha 27 de noviembre de 2009, que consta aprobada y validada el día 9 de diciembre siguiente. Aparece a los folios 475- 508 del Tomo II. En el último párrafo del folio 478 vto. está el acuerdo discutido.

6. Acta de la Junta General extraordinaria y universal de la sociedad Tinser Cartera S.L. de nueve de diciembre de 2009 y del Consejo de Administración de Tinser posterior (f. 41-42; 45-48 Tomo I).

Especial mención a los siguientes documentos que acreditan gran parte de los hechos declarados probados:

1.- Como documentos "históricos" se ha hecho especial referencia a las actas de Consejo de Administración de 17 de marzo y 15 de julio 2005, así como las respectivas actas de la Comisión de Retribuciones de 14 de marzo y 15 de julio (Docs. 4 a 7. Rollo prueba defensa Efrain f. 14 y ss) (Hecho 3º).

2.- Certificados de retenciones a efectos de IRPF correspondientes a los ejercicios 2009-2011 practicados por Tinser Cartera S.L. respecto de Justino (F. 1244 y 1245; y 1260-69 Tomo IV). (Hecho 10º).

3.- El correo electrónico aportado por D. Fidel de la mañana del día 10 de diciembre de 2009 (f. 337 Tomo I).

4.- Carta remitida por la dirección Servicios Jurídicos a la Dirección General el 6 de octubre de 2015 sobre dietas en órganos de gobierno y dietas en Consejos de Administración de sociedades participadas (Doc. 8 Rollo prueba RLA. f. 125).

Documentos de contenido no controvertido que permiten tener por acreditados los apartados neutros o no discutidos del relato de hechos probados

1.- Certificación literal de la inscripción registral de la sociedad Tinser Cartera S.L. (f. 1180-1234; Tomo IV). En sus Estatutos se dispone que "El cargo de administrador será retribuido en concepto de dieta de asistencia a las sesiones del órgano de Administración, e igualmente tendrá derecho al reembolso de los gastos que le ocasione el ejercicio de tales cargos, sin perjuicio de las contraprestaciones que le correspondan por servicios de otra índole, de carácter profesional, laboral, etc... El importe de la cantidad a percibir en concepto de dieta de asistencia será establecido por la Junta General".

2.- Los Estatutos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo que aparecen unidos al folio 757 del Tomo III. (Hecho 2º)

3.- La reseña del acta supuestamente leída en el Consejo de diciembre, remitida por el Bando Sabadell (f. 992 del Rollo de Sala, prueba interesada por la defensa de Leovigildo).

4.- Acta del Comité de Dirección del día 24 de noviembre de 2009. (f.323 Tomo I)

5.- Denuncia interpuesta por la CAM el 3 de septiembre de 2014 (f..245-248 Tomo I) (Hecho 12º).

6.- Informe de la Inspección del Banco de España. (f.112-244 Tomo I).

7.- Escritura de segregación de Banco CAM, Protocolo n.º 993 del notario de Madrid D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez, de fecha 21 de junio de 2011 y Escritura de compraventa de acciones de la sociedad mercantil Banco Cam S.A. (Sociedad Unipersonal), otorgada por Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito a favor de Banco Sabadell S.A., con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Protocolo n.º 1576 del notario de Madrid de D. Ignacio Ramos Covarrubias (f. 1510-2079, Tomo V). (Hecho 11º)

8.- La defensa de Efrain hizo también referencia a la escritura de creación de la mercantil Promociones Rurales de Biogás SA (f.63 y ss del Tomo IX) y al acuerdo de inversión (f.220 y ss. Tomo VIII), así como a la agenda personal de Efrain aportada.

9.- Al amparo del art. 729.3º de la LECrim (LEG 1882, 16) . se admitió a la defensa de Fulgencio la aportación de diversos correos electrónicos entre el Director Empresas Participadas y el Director General, para desacreditar alguna de las manifestaciones testificales del propio Sr. Abelardo. Se trata de diversos email fechados a partir de noviembre de 2011, cuyo "Asunto" indica que es "TINSER-Consejo", enviados por D. Abelardo al Director General de la CAM y al Director General de empresas participadas D. Alejo, te traslado las reflexiones que le expuse hace unos días..." (f. 61 y ss Tomo IV, rollo de Sala).

10.- Igualmente, la defensa de Leovigildo aportó un recorte de periódico del diario Información de fecha 7 de octubre de 2005 que daba cuenta de que la CAM iba a comenzar a pagar a sus consejeros a través de la participación en sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, y en la que puede leerse: "la determinación de la CAM para activar esta iniciativa se basa en actuaciones similares probadas por otras cajas de ahorros, que "reparten" a todos sus consejeros por las empresas en que participan o les remuneran en especie, generalmente, a través de la concesión de tarjetas de crédito con un límite de gasto exento de justificación" (F. 36 Tomo IV rollo

de Sala).

2.- Prueba personal.

Declaraciones de los 21 acusados, 2 testigos de la acusación y 5 testigos de la defensa.

A.- ACUSADOS:

El conjunto de los testimonios de los acusados lo podemos desglosar en diferentes grupos. Como se refleja en el relato de hechos probados, son acusados los veinte miembros del Consejo de Administración de la CAM, incluido su Presidente, y el Director General de esa misma entidad, pero, a los efectos de analizar sus distintas declaraciones podemos diferenciar:

PRIMER GRUPO:

Justino y Efrain:

a.-1.- El presidente Justino ha asumido los hechos imputados por el Ministerio Fiscal.

En definitiva, ha reconocido:

1.- Haberse embolsado 600.000 euros como Presidente de Tinser Cartera S.L. sin contraprestación alguna.

2.- Ha reconocido haber percibido tan importantes emolumentos por una función meramente representativa y protocolaria como Presidente de la CAM, pese a que por disposición legal y estatutaria su desempeño tenía que ser gratuito y meramente honorífico.

3.- Es preciso destacar que sí que declaró en el acto del juicio, remitiéndose al contenido íntegro del escrito suscrito junto con las acusaciones, si bien, se acogió a su derecho a no contestar a las preguntas formuladas por el resto de las defensas. Ello es una estrategia perfectamente válida y que no supone merma alguna en las posibilidades de defensa del resto de acusados.

4.- El escrito suscrito por este acusado no puede considerarse como una conformidad estricta, inviable en cuanto el resto de acusados no reconoció hecho delictivo alguno, y es solo la plasmación del acuerdo alcanzado con el Ministerio Fiscal que se formalizó en el momento de elevar las conclusiones a definitivas.

a.-2.- El Director General, Efrain, por el contrario, ha mantenido la legalidad de todo lo actuado.

1.- Desde el mismo momento del nombramiento de Justino como Presidente de la CAM, en junio de 2009, éste le manifestó su voluntad de dedicarse a tiempo completo a la caja, "en cuerpo y alma" y para ello renunció a sus cargos como presidente de Coepa (Confederación de empresarios de la provincia de Alicante), CEOE y del IFA (Institución Ferial Alicantina). Justino se dedicó desde el principio a conocer todas las áreas de la Caja, y surgió el acomodarlo dentro del proyecto Tinser porque era el que más se adecuaba a su perfil comercial y conocimiento del tejido industrial de la provincia. Justino quería "dejar su impronta personal". Ambos proyectos surgieron de forma paralela.

2.- A partir de ese momento Efrain asume que fue él quien se encargó de dar cuerpo a esa idea, junto a su equipo directivo, y él en persona quien defendió el planteamiento en la Comisión de Retribuciones.

3.- El nombramiento de Justino como presidente de TINSER y la fijación de una dieta anual de 300.000 euros, se aprobó por la Comisión de Retribuciones, si bien, reconoce, que por error no se mencionó en la reunión del tarde-noche del día 26 de noviembre el carácter "retroactivo" de la remuneración y por eso no consta en el acta. La remuneración se fijó conforme a parámetros de mercado. Justino dijo que quería trabajar y que se le pagara lo que correspondiera.

4.- En cuanto al desarrollo de la sesión del Consejo de Administración del día siguiente, asume que fueron tres personas distintas las que abordaron el tema en diferentes momentos. Además de la intervención del Director General de Empresas Participadas, D. Alejo, y de la lectura de la carta dirigida por el Presidente de la Comisión de Retribuciones, lectura que efectuó el secretario de dicha comisión, Fulgencio, él mismo, como Director General de la CAM, expuso la conveniencia del nombramiento dentro de un ambicioso proyecto de relanzamiento y potenciación de TINSER que justificaba sobradamente la remuneración que se iba a aprobar.

5.- El elegido tenía un perfil profesional, muy bien relacionado con el tejido industrial y empresarial de una parte de los territorios históricos de la CAM y una marcada vertiente comercial que se ajustaba con la función. Los emolumentos eran acordes con el mercado y la importancia de la empresa. En definitiva, todo fue legal, transparente, aprobado por el consejo de administración, conocido por los órganos supervisores, y la alta retribución respondía a la cualificación y trabajo desempeñado.

6.- Cuando se le solicitaron explicaciones más concretas sobre el importe de la remuneración y el concepto de dieta, efectuó grandes circunloquios y explicaciones genéricas profusas pero sin concretar datos de interés.

a.- Relató el devenir histórico del pago de dietas en las empresas participadas de la

CAM.

b.- Expuso su criterio sobre lo anticuado del concepto "dieta" porque nadie quiere pagar por "calentar la silla", aclarando que la dieta solamente no puede ser una componente de la retribución, "desde 2004 ya no es así, se exige vinculación, implicación responsabilidad y ello justifica una retribución superior".

c.- Contestó que fue él en el punto 8º quien dio cuenta del acuerdo de retribución, aunque ya antes había aclarado que el consejo se celebraba en las dependencias de la obra social, había asamblea posterior e igual algún consejero ya no estaba.

d.- Que el acta no está bien ordenada pero refleja literalmente lo acontecido.

e.- Que las cantidades nunca se habían reflejado por motivos de confidencialidad.

f.- Que Justino desde el principio se dedicó al proyecto Tinser y había que pagarle por el trabajo realizado, aunque no sabe si habló exactamente de retroactividad.

g.- Respetar la antigüedad era la práctica habitual cuando se efectuaba fichaje, y eso es retroactividad, por lo que no le llamó la atención.

h.- Que él intervenía en la Comisión de Retribuciones, con voz pero sin voto, en representación del Presidente que prefería no estar en las Comisiones delegadas para no interferir.

SEGUNDO GRUPO:

Los tres miembros de la Comisión de Retribuciones.

Florian, Fulgencio y Felipe.

Asumen que sí conocían el importe de la remuneración que se iba a fijar porque fue el objeto de la reunión la tarde-noche anterior, el 26 de noviembre, y así se refleja correctamente en el acta de dicha reunión.

Discrepan, sin embargo, sobre lo acontecido en el Consejo de Administración del día siguiente.

Mientras Florian y Fulgencio se remiten al contenido literal del acta por entender que "si así lo dice, así debió acontecer", aunque admiten no tener un recuerdo nítido y exacto de lo sucedido, el tercer componente, Felipe, afirma con rotundidad que en el Consejo de Administración no se mencionó el importe de la remuneración a satisfacer, ni el carácter retroactivo, datos que, en todo caso, tampoco aparecían recogidos en la misiva leída.

1.- Florian:

Se remite a las actas.

Cree que se hicieron las consultas oportunas y el IVF nunca puso pegas o reparos a cobrar en participadas (10:01 sesión 5 junio).

La carta de la Comisión de Retribuciones leída en el consejo la firmó él, pero no sabe quien la redactó, supone que la persona de apoyo de órganos de gobierno.

Que un presidente ejecutivo de una empresa con ese volumen ganaba más que eso.

Que en aquella época había alegría en los fichajes.

Que el planteamiento lo hizo Efrain y le pareció razonado, documentado y convincente.

Preguntado sobre si la remuneración abarcaba toda la actividad como presidente de la CAM, contestó que era solo como Presidente Ejecutivo de Tinser, empresa que representaba ya un volumen de negocio que hacía razonable esa cantidad. El resto de trabajo ya lo tenía pagado con sus dietas.

El Ministerio Fiscal le expuso alguna contradicción con su declaración judicial sobre el alcance de la actividad a retribuir, pero insistió que se trató solo de cobrar como presidente ejecutivo de Tinser y que no hubiera permitido que se fijara un sueldo ficticio. (10:12).

Remarcó que la Comisión de Retribuciones tenía un peso específico: Felipe era un empresario de larga trayectoria, Fulgencio Catedrático y Ex Conseller y él tenía gran experiencia y trabajos en medios de difusión económica especializados.

Con relación al carácter retroactivo, indicó que Tinser ya existía, Justino se implicó desde el primer día, y Efrain indicó que había que pagarle, poniendo el ejemplo de un encargado que contrata a una persona y le dice "trabaja y ya te fijaré emolumentos".

Continuó relatando que la comisión se limitaba a informar sin carácter vinculante y a elevar la cuestión al Consejo de Administración. Que en la misiva no se hacía mención a la retribución, y que supuso que la expondría Efrain en la sesión del consejo.

2.- Fulgencio.

Insistió en acogerse a lo que refleja el acta, sin mayor explicación ni recuerdo, pero asumiendo la plena legalidad de la retribución en una empresa participada.

No puede desconocer el importe de la remuneración pues consta en el acta no

discutida de la comisión de la que era secretario.

Y sobre el carácter retroactivo, fue precisamente Fulgencio quien hizo ver al Director General una discrepancia entre lo acordado en la Comisión de Retribuciones y el Preacta del Consejo de Administración en cuanto al carácter retroactivo de la remuneración, pero asumió las explicaciones que se le ofrecieron: "hay que pagarle por el trabajo que ya ha realizado".

No puso en duda la realidad del acta a la que en todo momento se remitió.

3.- Felipe.

Manifestó que él no escuchó en el Consejo de Administración lo relativo al importe, y mucho menos el carácter retroactivo.

Siempre entendió que la remuneración era en compensación por la plena dedicación a la Caja, y no, específicamente, por ninguna labor especial a desempeñar en TINSER.

Explica en su declaración que le pareció correcta la propuesta de pago de 300.000€, porque estaban en una fase muy convulsa, era el momento de incorporarse a una SIP o transformación en Banco;

En su opinión las Cajas estaban obsoletas, los órganos de gobierno eran los propios de una obra social no de una entidad de crédito mercantil.

Le pareció lógico darle cabida a Justino a través de TINSER con dedicación exclusiva con respecto de la caja, se avecinaban meses complejos, con mucho movimiento la existencia de un presidente ejecutivo a todo tiempo lo vio bien como una opción de futuro interesante.

En su opinión había que desarrollar las cajas, que eran una mera obra social. "Era como si un banco de alimentos quisiera convertirse en una gran superficie" (11:06 sesión 5 de junio).

"No se tocó el tema de la remuneración en el consejo de administración" (11.12) "yo por lo menos no lo oí...".

Ni mucho menos, añadió, el carácter retroactivo.

A preguntas de la defensa de Efrain, le indicó que no oyó la reseña en la que se menciona la dieta anual, "yo no lo oí", y que tampoco recuerda comentarios de pasillo.

TERCER GRUPO:

Secretario del Consejo de Administración, Fidel.

Éste, como no podía ser de otro modo, pues es quien estatutariamente tiene encomendada la redacción y validación del acta, junto con la firma del Presidente, asume la autenticidad del acta, fiel reflejo de lo acontecido y aprobado por el Consejo de Administración del día 27 de noviembre, si bien, cuando se le preguntó (9:55 sesión 6 de junio) como discurrió la sesión, se remitió al acta "había muchos puntos, había Asamblea", de la que tenía que ocuparse, "fueron muchos puntos, 60 folios, no lo sabe exactamente si fue en el 2,4 o 8.."

Añadió que "no era responsable de la redacción definitiva", que intercambiaba opiniones y apreciaciones de estilo con Jose Francisco.

Que éste era muy puntilloso.

"Que nunca, ni él, ni el Secretario de Actas hubieran admitido que se pusiera algo que no había sucedido".

Su testimonio aporta datos del máximo interés, y, pese a su compleja situación en medio de una tensión evidente entre el equipo directivo y el grueso de los consejeros de base, reconoce que discutió la redacción del acta con el Secretario de Actas y letrado asesor, D. Jose Francisco, existiendo discrepancias sobre quién, en qué momento y con qué términos expuso la propuesta concreta de la remuneración a percibir en concepto de dietas por Justino como presidente del Consejo de Administración de TINSER y el reconocimiento de derechos "retroactivos", y en qué apartado concreto del acta reflejarla.

Prueba de ello fueron las conversaciones y email que intercambió con el letrado asesor, y que aportó a su primera declaración.

La explicación de cómo dio el visto bueno final a la redacción del acta (coincidente en este punto con la versión de Jose Francisco) confirma que se produjo, finalmente, mediante una conversación telefónica en la tarde noche del día 9 de diciembre, que le insistió que era el último día y que la confirmó mediante el email aportado, fechado al siguiente día hábil, en el que, curiosamente, todavía da instrucciones sobre el contenido del acta.

Preguntado sobre lo llamativo del importe de la retribución cuando apenas un año antes se había fijado el máximo para los presidentes de participadas en 80.000€, manifestó que la Comisión de Retribuciones aprobó plantear al consejo y no le pareció ni bien ni mal, que aprobó la retribución, lo vio bien "a condición de que iba a desarrollar un trabajo. Debía esforzarse mucho. No tenía por qué dudar de los técnicos ni menos del Director General" (minuto 10:08 sesión 6 de junio).

CUARTO GRUPO:

Resto de vocales del consejo imputados.

Afirman, de manera más o menos rotunda y convincente, que no escucharon en absoluto hablar de cantidad alguna y mucho menos de que tuviera carácter retroactivo.

En realidad Ignacio se acogió a su derecho a no declarar por razones de edad y enfermedad, pero mantuvo esa misma versión en su declaración en periodo instructor.

El Ministerio Fiscal introdujo en su informe una diferenciación entre quienes a su vez eran Vicepresidentes, 1º, 2º, y 3º al tiempo que Presidentes de los respectivos Consejos Territoriales, pero, no parece que ello comportara una especial relevancia o función diferenciada en el seno del Consejo de Administración, sobre todo cuanto se celebraba con la presencia del Presidente.

Tampoco ese matiz figura en el relato fáctico elevado a definitivo ni parece que pueda sustentar una diferente imputación.

Discrepan en cuestiones de matiz sobre el contenido de cada exposición y el concreto momento de la sesión en que se abordó la cuestión, pero coinciden en lo sustancial: fue Efrain quien asumió como propia la propuesta enmarcada en un ambicioso y atractivo proyecto de relanzamiento de TINSER, como forma de potenciar la presencia de la CAM en el tejido industrial de los territorios históricos de la Caja, siendo el nuevo presidente Justino la persona idónea por perfil y cualificación para visibilizar y llevar a adelante el proyecto.

Coinciden en que no se mencionó en ningún caso el importe concreto de la retribución, ni mucho menos su carácter retroactivo, aunque algunos asumen (Iván) que se pudo inferir el carácter retribuido, y que se dio a entender que desempeñaría una labor más allá de la mera representación, no se ponen de acuerdo ni consiguen especificar en qué consistía esa labor.

Nunca antes el Consejo de Administración había conocido el detalle de los importes de las dietas (Leovigildo).

El Presidente de la CAM nunca había cobrado dietas ni en GESFINMED ni en INCOMED por lo que hubiera sido un dato novedoso, que en los momentos que se adoptaba hubiera sido un escándalo (Martin).

Todos ellos exponen de manera similar el proceso de toma de decisiones en el seno del consejo, bajo la forma de "enterado y conforme" y como recordaban que prácticamente nunca hubiera habido votaciones formales y nominales.

B.- TESTIGOS DE LA ACUSACIÓN.

Por parte de las acusaciones solo se propusieron dos testigos: D Jose Francisco, y D. Candido.

1.- Testimonio de D. Abelardo.

Era el Director de Empresas Participadas, dependiendo del Director General de Participaciones empresariales, D. Alejo.

Fue el administrador único de Tinser Cartera S.L. desde su creación en 2002 hasta la modificación del órgano de gobierno objeto de este juicio.

TINSER era una sociedad instrumental que se creó para la tenencia ordenada de participaciones en sociedades de no cotizadas del sector industrial y de servicios.

El proyecto quedó estancado, al existir un proyecto autonómico y debió ser en Julio de 2009 cuando se volvió a hablar por el director de Desarrollo de impulsarlo y dotarle de un consejo, luego se iría elevando a los distintos órganos y comisiones, de inversión, etc, y en octubre se formalizaría ya como proyecto TINSER.

Afirmó desconocer cuál pudo ser la labor Justino en estos meses anteriores, él no tenía trato con el Presidente, se limitaba a reportar con su director, y desconoce cómo le llegaba la información al Presidente. TINSER no tenia empleados ni centro de trabajo diferenciados.

Como sociedad instrumental se encarga solamente de la ordenación formal, presentación de cuentas, declaraciones fiscales, etc.

La función era formalizar aquellas decisiones que se adoptaran en la Caja dentro del ámbito de la gestión de la cartera de empresas no cotizadas.

En definitiva, nos explica, que no tenía autonomía decisoria, limitándose a ejecutar las decisiones se adoptaban por los órganos de dirección de la caja, verificando el cumplimiento de los trámites administrativos y formales propios para el cumplimiento de los requisitos legales.

Indicó a continuación que nada cambió después de diciembre de 2009, que indica que no trató con el presidente en ningún momento durante su labor en TINSER.

Estaba previsto un consejo trimestral, para la llevanza de la documentación administrativa (estados financieros, formalización cuentas, preparar Orden del día) pero no eran consejos físicos sino meramente virtuales, se preparaba y si todos validaban se continuaba. Manifestó, después que la primera reunión la tuvo en octubre de 2010, casi un año después de constituida, y luego recuerda que cree que

en una ocasión lo vio dos minutos en un pasillo. Insiste que él reportaba a su jefe directo.

A la vez que se instituyó el consejo de administración, se nombraron dos consejos delegados que correspondió a los dos directivos de menor rango, uno encargado del soporte administrativo y otro de desarrollo corporativo, ambos dependientes del Director General de Empresas participadas.

Él llevaba el soporte administrativo, no sabe exactamente a lo que se dedicaba desarrollo corporativo, pero no percibió ningún cambio significativo en la gestión.

El impulso correspondía a desarrollo corporativo, que estuvieron un año buscando un gestor, y se llegó a contratar pero no realizó labor alguna, y se le cesó.

En relación a la Junta General Extraordinaria de 9 de diciembre explicó que "al amparo de lo que había dicho el acuerdo del Consejo de Administración", le habían pasado el acta y procedieron a ejecutarlo.

Se limitaron a ejecutar estrictamente el acuerdo del consejo de administración.

Él recibió un correo electrónico de Secretaria de Actas de Gobierno del tenor literal del acta para que lo instrumentara.

Hicieron los trámites previstos con borradores que se ajustaran para así cumplir lo acordado por el Consejo de Administración.

No le comentó Meseguer en ningún momento que Justino viniera trabajando.

El testigo estaba enfocado en el ámbito administrativo y el impulso de la sociedad escapaba a su ámbito de competencias.

Solicitada aclaración sobre el día y hora en que se celebró la Junta General Universal y Extraordinaria manifestó que estuvieron esperando, hubo un retraso para incorporar la retribución, y tras comprobar su documentación confirmó que el correo electrónico lleva fecha de 15 de diciembre.

Su objetividad y contundencia dejan pocas dudas.

Es el elemento corroborador esencial del reconocimiento de hechos efectuado por el propio Justino, junto con la acreditación documental de los pagos efectuados.

Las dos afirmaciones básicas del testigo fueron:

1.- Que la modificación del órgano de gobierno de TINSER no supuso alteración alguna en el discurrir de la entidad, y

2.- Que desconocía en qué pudo consistir el trabajo y aportación del designado como Presidente del nuevo consejo de Consejo de Administración.

De lo que cabe concluir que la modificación de la estructura de gobierno no respondía a necesidad económica alguna.

Él, pese a que era con anterioridad administrador único, y pasó después a ser Consejero Delegado y miembro del nuevo consejo de administración, con amplísimos poderes para la total gestión de la sociedad, no tiene ni la más mínima idea de en qué pudo consistir la labor del presidente.

Afirma no haber reportado más de una vez con el Presidente, en un breve encuentro.

Nos describe que él se sentaba en el Consejo de Administración de alguna de las empresas principales, Terra Mítica y García Carrión, pero nunca mantuvo reunión ni departió con el nuevo Presidente sobre las estrategias o decisiones a adoptar.

Las reuniones del Consejo de Administración eran virtuales, nunca presenciales, y para el puro mantenimiento formal de la sociedad.

En definitiva, la supuesta ingente labor desarrollada por Justino, el trabajo y esfuerzo realizado que pudiera justificar la percepción de tan importantes emolumentos era radicalmente desconocido por el principal gestor y conocedor de la actividad diaria de la entidad.

2.- Jose Francisco.

Es la única persona presente en la sesión del Consejo de Administración de 27 de noviembre 2009 que ha declarado como testigo.

A diferencia con el anterior testigo, sin embargo, sus manifestaciones deben ser valoradas con máxima cautela, pues, su posición como Letrado asesor y Secretario de Actas del Consejo es mucho más comprometida en torno al tema debatido, hasta el punto de que fue en su día imputado/investigado, si bien, la causa fue sobreseída frente a él, al solicitar el archivo el Ministerio Fiscal y no ejercitar acciones penales ninguna de las otras acusaciones personadas en aquel momento.

El escrito del Ministerio Fiscal de fecha 21 de marzo de 2016 (f. 37 Tomo 8), dice así: "Procede, por el contrario, dictar el sobreseimiento provisional del art. 641.2º de Lecrim (LEG 1882, 16) respecto de Jose Francisco, al no haberse acreditado, ni siquiera indiciariamente, que alterara en el acta de la citada reunión del Consejo de Administración de la CAM la realidad de lo acontecido en la misma".

A continuación, por medio de auto de 28 de abril de 2017 se acordó, sin necesidad de mayor motivación, el sobreseimiento parcial respecto de él (f.179 Tomo 8).

Informó, el testigo, que era el Letrado Asesor del Consejo de Administración, desde 1985, Secretario de Actas desde 2007, siendo esta una figura novedosa cuya denominación puede inducir a confusión pero, con referencia al contenido literal del art. 31.2º de los Estatutos, remarcó cómo sus funciones eran de mero auxilio del Secretario titular, sin voz ni voto en el Consejo.

E insistió que, conforme a los estatutos, la responsabilidad en la redacción y aprobación del acta corresponde en exclusiva al Secretario titular del Consejo y al Presidente.

Indicó, a continuación, que por razones personales y de salud ya no ejercía la dirección de la asesoría jurídica, estaba en situación de prejubilación y bastante desentendido de la marcha diaria de la Caja, aunque sí permanecía como letrado asesor del consejo y secretario de actas.

Coincidió con otros muchos testimonios en que fue una mañana complicada. Un Consejo de Administración muy denso, con muchos temas a tratar, precedido de Comité Ejecutivo y seguido, después, por la celebración de la Asamblea General.

Dio una explicación detallada sobre la evolución del asunto del pago de dietas en órganos de gobierno y en empresas participadas.

Reconoció que existieron dudas y discrepancias sobre quién abordó el tema de TINSER, cuándo y con qué contenido.

En el punto 2º se dio lectura a la carta enviada por Comisión de Retribuciones dando cuenta de la aprobación de la propuesta del nombramiento de Justino como presidente de TINSER.

Posteriormente el Director de Sociedades Participadas, D. Alejo, expuso los objetivos que se planteaban para TINSER y el impulso que se pretendía dar a dicha sociedad.

Y también intervino el Director General, no sabe si interrumpió la disertación del Director de Participaciones o advirtió que más adelante se volvería sobre el tema, pero, en todo caso, fue el Director General, Efrain, quien expuso el importe de la remuneración de 300.000 euros al año con efectos retroactivos desde los dos últimos trimestres.

Lo que sí tiene claro, y lo repitió en diversas ocasiones, es que eso se expuso en las postrimerías del consejo, para, sin solución de continuidad, aclarar que otra cosa es

que algunos vocales se hubieran ausentado, o no enteraran.

Que estaba seguro al 100% de que se informó de esas dos cuestiones, aunque la primera vez que se indagó hacía casi cinco años de lo sucedido. "Si consigné [la cantidad] es porque lo oí".

Repreguntado por las defensas aclaró que las discrepancias eran de ubicación del acuerdo, y no de contenido, y que cuando el Secretario titular le dio la confirmación le indicó que situara el acuerdo tras la exposición de Alejo.

Que el email del día siguiente Fidel lo envía porque él se lo ha pedido.

C.- TESTIGOS DE LA DEFENSA:

El elenco de testigos de la defensa está conformado por empresarios que vendrían a acreditar la realidad de trabajos efectuados por Justino.

Han comparecido el Consejero Delegado de Ribera Salud, D. Plácido, el de Terra Mítica, Raúl y el del Grupo Soledad, D. Segismundo.

También han declarado el que fuera chófer de Justino, Valentín y la periodista jefa de la sección de economía del Diario Información Dª Gregoria.

3.- Valoración probatoria:

a.- Conclusiones fácticas:

El relato de hechos probados se articula en torno a las siguientes conclusiones fácticas que destaca el Tribunal en su sentencia:

1.- Justino cobró 600.000€ en concepto de dietas de asistencia como Presidente de Tinser Cartera S.L.;

2.- No se conoce aportación laboral, dedicación, trabajo, servicio o actividad real alguna desplegada por el presidente del nuevo Consejo de Administración de TINSER Cartera S.L., por lo que las dietas eran absolutamente injustificadas en relación con el trabajo realmente realizado que fue inexistente, al margen de las funciones representativas, institucionales y protocolarias inherentes a la condición de presidente de una importante entidad financiera con fuerte arraigo en la Comunidad Valenciana y en Murcia;

3.- La alteración del órgano de gobierno de TINSER Cartera S.L. carecía de justificación económico-mercantil real y no supuso modificación material en el modo de gestionar la entidad. De hecho no hubo ninguna reunión física del consejo;

4.- Las dietas eran además excesivas en tanto superaban, hasta multiplicar por

cuatro, los parámetros establecidos por la Comisión de Retribuciones para la percepción de dietas en las empresas participadas en las que se integraban los restantes miembros del Consejo de Administración, cuantías que se acababan de actualizar con un fuerte incremento en el año 2008;

5.- El nombramiento de Justino como presidente de Tinser Cartera S.L. opera única y exclusivamente como excusa o pantalla para encubrir formalmente la recepción injustificada de cantidades a cargo de la entidad, ocultando lo que en realidad era una apropiación de caudales de la sociedad, que se extraían del patrimonio social para incorporarlo a las cuentas personales de Justino;

6.- Con ese modo de proceder se burlaba la prohibición estatutaria prevista en el art. 9, concreción de la previsión legal, que imponía el carácter honorífico y gratuito del cargo de Presidente de la CAM, como del resto de órganos de gobierno de la Caja.

7.- En definitiva, se crea un órgano de gobierno ad hoc para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM. O, de otra forma, bajo el manto de esa apariencia formal de legalidad se ideó un plan para abonar al Presidente de la CAM una altísima retribución, ilegal, en cuanto prohibida, e injustificable, en tanto no conllevó contraprestación alguna distinta de la mera representación institucional, gratuita y honorifica por definición legal.

b.- Dato determinante de sentencia absolutoria para algunos acusados.

1.- El Consejo de Administración no fue informado, no deliberó y, por tanto, no pudo aprobar de forma unánime el importe de la retribución anual a percibir por Justino como Presidente de Tinser Cartera S.L., ni su carácter retroactivo.

2.- No se adoptó el acuerdo con el tenor literal que aparece en el acta. De facto, está conclusión es compartida por las acusaciones, aunque no conllevó una modificación de sus conclusiones. De forma explícita por la acusación particular/popular que retiró la acusación frente a todos los consejeros, manteniendo la petición de condena sólo respecto del Presidente, Director General y Secretario del Consejo de Administración de la CAM. Y de manera implícita en la postura del Ministerio Fiscal, que, en vía de informe, asumió el carácter formal de su elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, cumplimentando las exigencias del principio acusatorio que habilita la valoración con libertad de criterio por parte de la Sala, pero expresando sus dudas razonadas sobre, al menos, 13 de los acusados, pues, como ya hemos avanzado, en el grueso de los vocales del consejo diferenciaba la posición de los tres vicepresidentes que al tiempo ejercían como presidentes de los

comités territoriales. No obstante, la convicción de la Sala sobre dicho extremo debe seguir siendo objeto de justificación, pues, afecta de forma directa a los argumentos de defensa del resto de acusados.

c.- Reconocimiento del acusado.

El principal acusado, y único beneficiario de la cantidad defraudada, ha reconocido expresamente la totalidad de los hechos imputados.

Esa circunstancia, con ser muy relevante en cuanto a la acreditación de los acontecimientos reflejados en el relato de hechos probados tiene, conforme a constante jurisprudencia, un efecto limitado como prueba de cargo respecto de los demás coimputados.

Ahora bien, dado el amplio soporte documental con que contamos, y con independencia del alcance, enfoque, valoración, interpretación o trascendencia jurídica que se le quiera dar, la sucesión de acontecimientos apenas se cuestiona.

d.- Ejercicio real de Justino como Presidente de TINSER y si el Consejo aprobó la remuneración y su carácter retroactivo.

La discusión se circunscribe básicamente a dos hechos: determinar si Justino desempeñó actividad real como Presidente de Tinser, justificativa de la remuneración percibida y del cambio del órgano de gobierno de la sociedad, y si el Consejo de Administración aprobó en los términos concretos reflejados en el acta el importe de la retribución a percibir y su carácter retroactivo.

La cuestión controvertida es eminentemente jurídica, y la complejidad radica en que tras la respuesta a cada una de los interrogantes planteados se suscitan los problemas jurídicos esenciales referidos al gobierno corporativo de las sociedades mercantiles: composición y funcionamiento de los consejos de administración; remuneración de los consejeros y altos directivos; protocolo adecuado en la toma de decisiones, eficiencia de los mecanismos de control diseñados, funciones del Secretario del Consejo de Administración y validez de las actas, entre otros.

Para añadir dificultad la imputación se verifica respecto de todos los componentes de un órgano colegiado por el acuerdo supuestamente adoptado en el seno de un consejo de administración.

Como quiera que las implicaciones personales son diferentes en atención a los distintos ámbitos funcionales de actuación, analizaremos los datos y valoraciones que afectan a cada uno de esos distintos niveles escalonados de imputación en el mismo orden descendente que recogían los escritos de acusación.

1.- Primero el Presidente y el Director General de la CAM, aunque diferenciados habida cuenta sus divergentes posiciones procesales.

2.- A continuación, los miembros de la Comisión de Retribuciones.

3.- Y después el resto de vocales.

Aunque no mencionado de forma diferenciada en los escritos iniciales de calificación, la Acusación Particular en trámite de conclusiones definitivas sí introdujo un matiz importante en cuanto a la posible alteración del acta y consiguiente responsabilidad del Secretario del Consejo, que analizaremos en último lugar.

e.- Responsabilidad del Presidente de la CAM.

Justino percibió 600.000€ como Presidente de TINSER Cartera S.L. en concepto de dieta de asistencia a los Consejos de Administración.

Este dato indubitado aparece refrendado por:

a.- Los adeudos u órdenes bancarias de pago y certificación de retenciones fiscales,

b.- Por el contenido de los Estatutos de la sociedad Tinser Cartera S.L. y

c.- Por lo acordado por los socios en la Junta General Extraordinaria y Universal.

Contenido, funciones y fin de TINSER e intervención de Justino.

1.- Los Estatutos de TINSER Cartera S.L. dicen así:

"El cargo de Administrador será retribuido en concepto de dieta de asistencia a las sesiones del Órgano de Administración, e igualmente tendrá derecho al reembolso de los gastos que le ocasione el ejercicio de tales cargos, sin perjuicio de las contraprestaciones que le correspondan por servicios de otra índole, de carácter profesional, laboral, etc.".

Por su parte el acuerdo de la Junta dice: "Los socios deciden por unanimidad el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente...".

Es necesario recordar que conforme al art 66 de la derogada Ley 2/1995 de 23 de marzo (RCL 1995, 953) de Sociedades de Responsabilidad Limitadas el cargo de administrador era gratuito, a menos que los estatutos establecieran lo contrario, debiendo determinar el sistema de retribución.

El mismo precepto fijaba limitaciones a la retribución cuando consista en

participación en beneficios y especificaba que el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicio o de obra requerirían acuerdo de la Junta General.

Los términos legales son esclarecedores, y en el caso analizado se especificó el concepto exclusivamente como una dieta por asistencia a las sesiones del consejo, se determinó la cuantía y se concretó que correspondería percibirla solo al Presidente, dato que llama la atención pues era antes aún de saber quiénes iban a conformar el consejo, y si eran o no directivos de la entidad.

2.- La dieta por asistencia debería corresponder a todos los miembros del consejo por igual, sin perjuicio de la pauta interna de la Caja para que los directivos no cobrasen por sus funciones en empresas participadas.

El concepto de dieta por asistencia tiene una delimitación perfectamente conocida como demuestra el vigente art. 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) . No es un concepto arcaico y superado como afirmó Efrain. Antes al contrario, lo que era y sigue siendo más que discutible es satisfacer al consejero ejecutivo una retribución adicional a la que le correspondiera estatutariamente como administrador, sin cobertura estatutaria ni aprobación de la junta general y ni siquiera concertar un contrato de servicios profesionales bien definido en razón a las especiales funciones que se le encomienden.

De ahí la incoherencia de fijar una dieta por asistencia y querer justificar labores propias de un consejero ejecutivo.

3.- Tinser Cartera SL era una sociedad instrumental, perteneciente al 100% al grupo de la CAM, cuyo objeto social era, principalmente, según escritura de constitución "la adquisición, tenencia, disfrute, administración y enajenación por cuenta propia de acciones o participaciones representativas del capital social de cualesquiera sociedades mercantiles no cotizadas...".

La empresa TINSER no era más que una empresa instrumental de mera tenencia de participaciones en diversas entidades mercantiles no cotizadas del sector industrial y de servicios arraigadas en los territorios históricos de la CAM, pero que carecía de actividad material real más allá de las simples formalidades administrativas para el mantenimiento de la sociedad.

Según nos explica Efrain fueron criterios sugeridos por la autoridad supervisora los que aconsejaron separar los sectores de actividad no bancarios en mercantiles diferenciadas para evitar la contaminación en la cuenta de resultados. Pero, escindida del organigrama del grupo empresarial de la CAM y de su estructura de

decisión y responsabilidad, carece de autonomía decisoria, su funcionamiento era estrictamente formal. Todas las esenciales decisiones estratégicas y de negocio venían impuestas por el equipo directivo de la CAM. Así lo explicó con claridad el testigo Abelardo.

El cambio de la estructura de gobierno de TINSER Cartera S.L. no supuso alteración material ninguna en el modo de su gestión.

Este dato esencial nos lo aporta el testimonio contundente, documentado y privilegiado de quien fue hasta diciembre de 2009 su administrador único y después miembro del consejo de administración y consejero delegado con amplios poderes de actuación.

Y no conllevó alteración porque el funcionamiento de dicha sociedad era meramente administrativo-contable, para el mantenimiento formal de la sociedad.

No tenía empleados ni actividad, y las decisiones estratégicas de inversión o toma de participaciones en determinadas sociedades no cotizadas del sector servicios o industrial, se adoptaban siempre por parte del equipo directivo de la CAM.

No hubo ni una sola reunión física del Consejo de Administración.

Nunca se reunió ni reportó con el Presidente. Que esta persona reconozca que no reportó ni una sola vez con el presidente del nuevo órgano de gobierno creado, al que se pretende justificar con la realización de actividades ejecutivas y de gestión diaria, o que desconozca absolutamente cuál pudo ser la actividad concreta de Justino en TINSER, es ya más que ilustrativo sobre la absoluta falta de actividad real por parte de Justino como presidente de Tinser. No hace sino confirmar el hecho reconocido y asumido por el propio Justino.

4.- Conviene aclarar que se trataba de una empresa con un volumen de inversión algo superior a los 30 millones y del simple examen de la composición de la estructura de su cartera, que consta en el acta del primer consejo de administración, se observa que se limita a la toma de participación accionarial significativa en cinco sociedades.

Se han reiterado hasta la saciedad las frases explicativas que se repiten en todos los documentos, desde los primeros correos electrónicos, sobre "el nuevo enfoque del Proyecto Tinser pretende consolidar la presencia CAM en el tejido empresarial más relevante de nuestras áreas de actuaciones.

Por ello con el fin de acometer esta nueva etapa de la sociedad con las máximas garantías de éxito, se estima conveniente dotar a Tinser Cartera S.L. de un órgano de administración, presidido por D. Justino, que contribuya a potenciar nuestra

vinculación con el tejido empresarial, que dote de mayor fuerza a la gestión de la sociedad y contribuya a mejorar la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM", pero no se ha podido acreditar, no ya una sola operación concreta en la que interviniera Justino, sino ni un solo documento de trabajo en el que se haga referencia a esa condición.

Era Abelardo quien comparecía normalmente en representación de la sociedad en los consejos de esas cinco entidades.

Nunca reportó, solo tuvo un encuentro de apenas una hora, pasado un año desde el cambio del órgano de gobierno.

El que hubiera junto a él otro consejero delegado de desarrollo corporativo, no afecta en nada a las conclusiones sobre lo prescindible y superfluo del establecimiento de un consejo de administración, que, precisamente por ello, nunca se reunió materialmente pues la actividad de la sociedad era puramente formal-administrativa, y la posible ampliación de las inversiones se decidía en otros ámbitos de la CAM. No se ha practicado prueba alguna que permita contradecir tan razonados argumentos.

5.- Justino no desarrolló actividad alguna que comportara tiempo, dedicación, esfuerzo y responsabilidad en Tinser Cartera S.L. que pudiera amparar el cobro de tan importantes emolumentos.

Este dato esencial lo acepta el propio Justino al asumir su responsabilidad y reconocer en su declaración todos los hechos que constan en el escrito conformado por su defensa y las acusaciones.

Pero, lo confirma y corrobora, una vez más, el testimonio de Abelardo y la inexistencia de reuniones físicas del consejo de administración.

Es absolutamente increíble que se siga manteniendo la realidad de la intensa dedicación de Justino a Tinser y no haya podido aportar ni un solo documento que justifique la realidad del trabajo desarrollado en tal condición.

6.- Se ha argumentado que TINSER era un proyecto ilusionante de futuro y que contaba, ya en diciembre de 2009, con un volumen de inversión y proyecto a desarrollar que justificaba tanto el cambio de su estructura de gobierno, como que la remuneración prevista era proporcionada conforme a criterios de mercado.

Es obvio que la remuneración se fija en función, entre otros, de dos parámetros esenciales, cualidades y perfil profesional de la persona contratada y tarea encomendada a desempeñar, y no por el solo dato del volumen de inversión, que, por

otro lado, era casi insignificante dentro del grupo CAM.

Pero no es el dato cuantitativo asilado el que nos debe importar.

a.- Las claves son que no se ha demostrado operación alguna, ni gestión, reunión, estudio, documentación, evento, participación en foro empresarial que permita establecer, ni de forma indiciaria, una dedicación real que comportara trabajo, esfuerzo o dedicación como Presidente de Tinser.

b.- En segundo lugar, que, con independencia de que pudiera haber alguna operación aislada de incremento de la inversión en sociedades participadas, sin intervención acreditada de Justino, ello no afectó al modo real de gestión y decisión de la compañía que continuó siendo de estricta tenencia formal de las participaciones y subordinado a las instrucciones y acuerdos de la propia estructura directiva de la CAM.

c.- En tercer lugar, que el concepto de la retribución estaba claramente definido como dieta por asistencia que nada tiene que ver con la realización de actividades ejecutivas o de gestión diaria.

d.- Reconocimiento de hechos:

Sin duda, el acuerdo de Justino con la Fiscalía y la asunción íntegra de los hechos imputados, supuso un duro impacto en la estrategia de defensa del resto de coimputados.

El que la percepción de dietas en las participadas pudiera ser legal, o que, cómo sostenían otras defensas, desde un punto de vista de estricta legalidad mercantil el acuerdo del consejo de la CAM fuera inocuo, bastando el informe de la Comisión de Retribuciones y el acuerdo de la Junta General de socios de la participada, chocaban con la tozuda realidad de que seguía siendo necesario acreditar la realidad del trabajo o prestación para que la percepción pudiera considerarse lícita.

Y, sin embargo, nadie sabe indicar en qué consistió dicha actividad. Es más, ni siquiera se ponen de acuerdo sobre en qué debía consistir. Todos coinciden en que no podía ser solo por asistir y presidir las sesiones del consejo, que, en todo caso, tampoco se celebraron más allá de su estricta documentación formal, pero no pueden concretar si era una actividad ejecutiva de gestión diaria. De manera recurrente se alude a tópicos, frases hechas, y sin poder explicar las múltiples contradicciones.

7.- Declaraciones sobre el fin de las retribuciones:

a.- Felipe señala que siempre entendió que se le remuneraba por toda su actividad en la CAM, no solo en TINSER Cartera S.L. Florian especula que era similar a la

actividad de un presidente ejecutivo pero solo de Tinser y que el presidente de una entidad similar cobraba más que eso. Insistido si la remuneración abarcaba toda la actividad desplegada como presidente de la CAM, reitera que era solo por Tinser pues el resto de trabajos ya los tenía pagados con sus dietas y que la presidencia de la CAM era meramente representativa.

b.- Fulgencio.

Que en absoluto era un sueldo para el presidente de la CAM que nunca lo hubiera admitido. Fulgencio, afirmó, que no se le pagaba por hacer nada sino que "se le encomendaron funciones importantes en el relanzamiento de la sociedad, recuperar actividad en el tejido económico de Alicante-Murcia y aportar valor".

Sin embargo, no se explica como el desempeño de esa actividad, propia de labores de gestión diaria, ejecutiva, se articula por medio de una simple dieta de asistencia a los consejos.

c.- Fidel.

Fidel entendía que la condición del pago era que "iba a desarrollar un trabajo importante y necesitaba esforzarse mucho", y que "no tenía por qué dudar de los técnicos ni del Director General. No sabe lo que sucedió en Tinser".

d.- Resto de vocales.

El resto de vocales, incluso los que afirman que no aprobaron el importe de la remuneración ni su carácter retroactivo, hablan de que se iba a poner al frente del Proyecto Tinser a Justino por su experiencia, conocimiento y relación (Leonardo).

Se trataba de ampliar actividad en el tejido industrial fuera del ladrillo, y para ello el conocimiento de Justino era idóneo. No se mencionó para nada la retribución pero si se hubiera dicho, posiblemente, la hubiera aprobado, aunque también reconoció que hubiera provocado un escándalo monumental (Iván).

e.- Efrain hace una brillante exposición teórica del que denomina proyecto TINSER pero se cuida de no mencionar que Justino fuera a percibir una retribución por ejercer funciones ejecutivas.

Y cuando se le indaga sobre el concepto de la dieta, el importe y el carácter retroactivo incurre en contradicciones insalvables.

De hecho, se habla de una simple "dieta" de asistencia.

Esta hace referencia, según el propio Diccionario de la RAE, al "estipendio que se da a quienes ejecutan algunas comisiones o encargos por cada día que se ocupan de

ellos o por el tiempo que emplean en realizarlos".

Una vez más, preguntado al efecto Efrain, vuelve a elucubrar de forma teórica sobre lo obsoleto del concepto dieta como parte de la retribución efectiva de la labor cada vez más exigente y con mayores deberes y obligaciones que legalmente se impone a los miembros de los consejos de administración desde las reformas iniciadas en el año 2003.

"Es un concepto superado, arcaico y obsoleto"; "Nadie está dispuesto a pagar por calentar la silla" indica literalmente, pero podría argüirse que mucho peor es pagar a alguien una remuneración por nada, sin saber porqué o utilizando un burdo subterfugio para eludir una prohibición impuesta en la norma.

Consciente de lo desproporcionado de la cifra con los criterios retributivos de la propia caja, intenta aportar un contenido justificativo, pero, más allá de frases grandilocuentes sobre la "visibilización", "aportar valor" o "captar negocio", no consigue identificar una labor real, ni concretar si eran decisiones ejecutivas, de gestión y control de la actividad diaria de la empresa, o de mera administración.

Y no puede porque fueron inexistentes, y porque el fin de la sociedad las hacía innecesarias al limitarse su objeto a la tenencia ordenada de acciones y participaciones de otras sociedades, y al venir determinadas las decisiones estratégicas de inversión por otros departamentos de la propia CAM.

Por supuesto que la dirección general de la sociedad en defensa del interés social que corresponde a los consejeros, marcando las líneas estratégicas y de negocio esenciales e indelegables, así como la supervisión y control de la gestión, conllevan vinculación, dedicación y compromiso, como afirma Efrain, o esfuerzo, dedicación y, sobre todo, responsabilidad como venimos sosteniendo, pero ello es inapreciable cuando se trata de una empresa instrumental en la que las decisiones estratégicas están predeterminadas por la estructura directiva de la matriz y carece de actividad real que supervisar.

Y conscientes de ello se intenta demostrar una actividad que nos situaría en la función de consejero/ejecutivo pero que hubiera tenido que conllevar otro tipo de concepto retributivo, además de aprobación expresa del Consejo de Administración y Asamblea General.

No da explicación de por qué en TINSER, pese a ser un proyecto tan atractivo, solo se incorpora Justino, cuando instantes había explicado, para justificar el cobro de dietas en relación con las otras participadas, que se estimó muy conveniente que los consejeros se involucraran en la marcha y conocimiento de todas las actividades

abarcadas por la CAM.

Cuando se le preguntó por lo elevado de la cuantía en relación a otras participadas, divaga sobre informes externos, criterios de mercado, actividad que no acaba de definir.

Si se quería un presidente ejecutivo en una sociedad limitada debiera de haberse explicitado, aprobado y concertado la oportuna relación contractual de prestación de servicios profesionales ya fuera laboral, de alta dirección o de otra índole, pero con un marco definido en función de la tarea encomendada, y con un paquete retributivo especificado.

Quizá la quiebra más llamativa de su discurso es cuando se le pregunta por el carácter retroactivo.

Este es el dato clave: ¿cómo se podían pagar con carácter retroactivo seis meses, por desempeñar la presidencia de un órgano de gobierno que ni siquiera existía?.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Es la demostración palpable que lo que se pretendió es fijar directamente al Presidente de la CAM una retribución cuasi salarial desde el momento mismo de su nombramiento utilizando el subterfugio fraudulento de una empresa participada. El establecimiento dé una cláusula de revisión anual así lo delata.

La prueba documental y, sobre todo, testifical aportada, fundamentalmente, por la defensa de Efrain no aclara nada ni desdice la afirmación principal de la declaración de Justino íntegramente corroborada por el testigo Abelardo.

Que acudiera casi a diario a las dependencias de la CAM o a eventos o reuniones vinculadas con la CAM, como testificó la persona que efectuó las labores de conductor asignado a presidencia, o que recibiera a empresarios relacionados con la actividad de la CAM eran actividades protocolarias y de representación en su condición de Presidente de la CAM, gratuito y honorifico por disposición legal y estatutaria.

El Sr. Plácido fue claro y contundente al respecto: su interés estaba en hablar con el presidente de la CAM, no con el de TINSER.

En relación con Terra Mítica ya hemos visto que el interés principal era llevar a cabo de forma ordenada la salida de la CAM del capital, pero, una vez más, el Sr. Abelardo, que era quien personalmente se sentaba como vocal en el consejo de administración de dicha entidad, nos explicó que nunca reportó ni informó de nada al Sr. Justino.

Y sobre otra operación de Ribera Salud, contestó que también la llevó personalmente, si bien era compleja por la necesaria refinanciación de la deuda y pasó a otro departamento.

Otro de los testigos habló, exclusivamente, de un proyecto de posible financiación de una modesta obra en la ciudad de Elche, pero sin poder concretar la relación directa con Tinser, y no con la CAM.

Solo el representante del Grupo Soledad mencionó el nombre de Tinser pero sin mayor explicación, referencia, mención de fechas o actividades concretas.

Únicamente se ha aportado la escritura de constitución de una sociedad en la que Tinser participaba con 30.000€, y en la que no consta intervención directa de Justino.

Se nos dijo que el paso del tiempo había dificultado la prueba, pero se olvida que toda la actividad de la caja ha estado sometida a inspección administrativa e investigación judicial, que existe una amplísima documentación de toda la actividad desarrollada, y sin embargo no se ha podido acreditar actividad real mas allá de unas escuetas notas de reuniones en la agenda personal del Director General que nada pueden indicar sobre si eran específicamente relacionadas con Tinser, o con la frenética actividad institucional de la propia CAM.

En definitiva, no se ha acreditado la intervención directa y personal de Justino más allá, insistimos, una vez más, de algún encuentro, reunión o evento al que pudo asistir como Presidente de la CAM.

Corroboración de la declaración inculpatoria del acusado Justino

La prueba documental y testifical examinada hasta ahora, que corrobora de manera objetiva e imparcial la confesión del único beneficiado, es prueba de cargo más que suficiente para tener por acreditado los hechos nucleares de los escritos de acusación:

1.- Justino recibió en sus cuentas personales 600.000€ procedentes de Tinser Cartera S.L. pese a que su trabajo o dedicación en esa sociedad fue inexistente.

2.- El cambio de la estructura de gobierno de Tinser Cartera S.L. era innecesario, no comportó modificación de la gestión y solo respondió a la voluntad deliberada de ocultar esa distracción del dinero bajo una ficticia cobertura de apariencia legal.

f.- Responsabilidad del Director General de la CAM Efrain.

El Director General de la CAM, Efrain, en su bien articulada y persuasiva exposición en el acto del juicio, anticipo del relato alternativo que introduce en sus conclusiones

definitivas, establece un relato fáctico bastante similar al de las acusaciones, si bien introduce importantes matices de percepción y se remonta en el tiempo para explicar con detalle la evolución del pago de dietas en las participadas, cuestiones sobre las que articula los dos ejes primordiales de su defensa.

En la exposición del cuadro probatorio expusimos resumidamente su explicación de lo sucedido.

Sí conviene añadir ahora, que tras la elocuente exposición tuvo serios problemas a la hora de explicar por qué se utilizó el concepto retributivo de una dieta, por qué era tan desproporcionada con otras participadas, cuál fue la tarea encomendada y desarrollada.

Con independencia de la colaboración de todo su equipo directivo (lo acreditan los correos que se aportaron intentando desacreditar las manifestaciones de Abelardo) es Efrain quien, según su versión, para dar cumplimiento a las indicaciones y deseos del presidente, asume la propuesta de acomodarle en el proyecto TINSER como propia, y la defiende en todos los departamentos y comisiones de la entidad.

Él así lo asume y consta en las respectivas actas.

Defiende de forma personal la propuesta en la Comisión de Retribuciones, parcialmente en el Consejo de Administración y supervisa y conoce todos los avatares posteriores, pues también formaba parte del nuevo, y virtual, consejo de TINSER Cartera S.L.

No existe duda de que fue él quien de mutuo acuerdo con Justino ideó, urdió, dio cuerpo y ejecutó todo lo acontecido.

La línea de defensa es más valorativa, reinterpreta los hechos expuestos para negarles cualquier posible relevancia típica.

No puede negar que Justino haya cobrado esas cantidades de Tinser, lo que sostiene es su perfecta legalidad.

Es decir, de estimar sus tesis no solo tendríamos que absolverle a él, sino también desestimar por atípica la conducta del propio acusado que ha reconocido los hechos y su culpabilidad.

Sus dos argumentos básicos son:

a.- Que él siempre tuvo la percepción, la convicción personal de que Justino sí desempeñó una labor importante al frente de Tinser.

b.- Y, en segundo lugar, que no existía limitación legal al cobro de retribuciones en

forma de dietas en las empresas participadas.

c.- Argumentos básicos a los que añade que todo se verificó con transparencia, con aprobación dentro de los correspondientes órganos de decisión, y que su labor habría sido de mero ejecutor subalterno a las órdenes del presidente.

Hay que tener cuidado en no desenfocar la cuestión debatida. Nadie ha puesto en duda que Justino invirtió muchas horas de dedicación y trabajo.

PRIMER ARGUMENTO:

Desempeño de actividad al frente de TINSER.

Diferencia entre la actividad de Justino como Presidente de CAM y su actividad en TINSER

Lo que sucede es que esa intensa actividad, acudiendo a reuniones, convenciones, congresos, eventos, actos sociales o protocolarios, era la actividad propia e inherente a la presidencia de la CAM, gratuita y honorífica por disposición legal y voluntad de la Asamblea General de la CAM.

Y, lo que no se ha acreditado es actividad o decisión específica en relación a TINSER.

Y la función en TINSER, pese a lo que ahora se pretende hacer ver, era, conforme las disposiciones estatutarias, meramente deliberativa por la asistencia y dirección de los consejos de administración.

Lo que sucede es que, cómo su cuantía es tan llamativa y desproporcionada con la retribución establecida para presidentes de otras participadas, y cómo ahora sabemos que ni siquiera esos consejos tuvieron lugar, lógicamente, se necesita buscar un relato justificativo.

Pero esa actividad representativo-institucional no se puede confundir con TINSER, ni justifica la percepción de unos emolumentos de 300.000€ anuales. Ahora nos detendremos con detalle.

SEGUNDO ARGUMENTO:

Legalidad de la percepción de esa dieta.

En cuanto al segundo de los argumentos, la hipotética legalidad de la percepción de dietas ilimitadas en una empresa participada, no contradice las conclusiones expuestas en el anterior fundamento.

El objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento no es valorar la legalidad y

legitimidad del cobro de dietas por los vocales del consejo de administración en el resto de empresas participadas de la CAM, Gestimed e Incomed.

En consecuencia, tampoco se ha practicado, prueba para que podamos determinar si conllevó esfuerzo, tiempo, dedicación y responsabilidad que justificara la retribución.

Otra cuestión es que alguna de nuestras consideraciones pudiera ser en parte intercambiable.

Lo que sostenemos es que la remuneración que se confirió al Presidente de la CAM vulneraba una clara prohibición normativa, y para ocultarlo se utilizó el subterfugio de un órgano de gobierno inútil e innecesario.

No existió prestación que conllevara esfuerzo, tiempo, dedicación y responsabilidad, al margen de su condición de Presidente de la CAM, que pudiera justificar su percepción, y, además, bajo una apariencia formal y simulada de transparencia, se quebró de forma abrupta e injustificada la política general de retribuciones de los consejeros por su intervención en empresas participadas del grupo.

Ello denota a las claras que se trató de pagar algo más que la simple asistencia y dirección de un órgano de gobierno de una participada. Y, siendo eso así, su única explicación y finalidad era burlar la inequívoca prohibición estatutaria de que el Presidente de la CAM cobrara por el desempeño de su labor.

CONCLUSIÓN TRAS LO EXPUESTO:

a.- No se ha acreditado el desempeño por Justino de actividad alguna diferenciada de la labor institucional y protocolaria intrínsecamente inherente a su condición de Presidente de la CAM.

b.- Y la inexistencia conocida de actividad en favor de TINSER, arrastra la ilegalidad de la percepción que se oculta como dietas en una participada para burlar la prohibición estatutaria.

c.- Si no existía actividad real alguna y las únicas justificaciones hacen mención a labores consustanciales a su condición de presidente de la CAM, se comprenderá que se le estaba fijando de forma encubierta al Presidente de la CAM una retribución pese a la prohibición expresa contenida en los Estatutos y la inexistencia de actividad profesional que lo justificase por encima de lo previsto estatutariamente.

d.- La dieta era por tanto ilícita. "Se dedicó en cuerpo y alma". "Acudía a diario", fueron algunas de las explicaciones utilizadas para justificar su actividad.

Pero, como también se indicó, la simple agenda protocolaria y de relación institucional de la CAM, incluida la Obra Social, daba por sí sola para llenar tres veces la agenda diaria. Por tanto, esa simple dedicación protocolaria no puede amparar la vulneración frontal de la norma estatutaria que prohibía la remuneración del cargo de Presidente y establecía su carácter honorífico y gratuito.

Alcance de las limitaciones legales y estatutarias a las empresas participadas

Conscientes de que las labores ejercidas de ninguna manera podían considerarse las de un presidente/consejero ejecutivo, y que nunca fue designado como tal en la CAM, el argumento básico de la defensa de Efrain, al que se acogieron otros muchos de los acusados, y que coincide, de forma casi lineal, con las argumentaciones del Letrado asesor Sr. Jose Francisco, es que las limitaciones legales y estatutarias no regían en las empresas participadas en las que, además, desde 2005 se había superado también la limitación de equipararlas a las dietas por asistencia aprobadas por la Asamblea General. Que ello era "consentido" por el Instituto Valenciano de Finanzas hasta el año 2011 en el que se cambió la normativa. Y que dichas retribuciones constaban en los informes anuales de Gobierno Corporativo.

1.- Marco normativo:

a.- Examinaremos, en primer lugar, el marco normativo. La Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951) , de Regulación de Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, dispuso en su artículo veinticinco que "En el ejercicio de las funciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, con excepción del Presidente del Consejo de Administración, no se podrán originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y desplazamiento".

La ley impedía por lo tanto cualquier percepción distinta a las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento, por parte de los miembros de los órganos de gobierno, esto es, de los miembros del Consejo de Administración Asamblea General y de la Comisión de Control.

El art. 27 establecía que en caso de habérsele fijado sueldo al Presidente del Consejo de Administración, quedaba asimilado al Director General en cuanto a requerir "dedicación exclusiva y será, por tanto, incompatible con cualquier actividad retribuida tanto de carácter público como privado, salvo la administración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la Caja. En este último caso los ingresos que obtengan, distintos a dietas de asistencia a Consejos de Administración o similares, deberán cederse a la Caja por cuya cuenta realiza dicha actividad o representación".

b.- A su vez, el Decreto Legislativo 1/1997, de 23 de julio (LCV 1997, 225) , del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros, de aplicación a las cajas de ahorros con domicilio social en la Comunidad Valenciana (art.1) establecía en relación a las dietas y retribuciones en su artículo 17 que "El cargo de miembro de cualquiera de los órganos de gobierno tendrá carácter honorífico y gratuito, no pudiendo originar percepciones distintas de las dietas por asistencia a reuniones y desplazamiento, las cuales no excederán de los límites máximos autorizados, con carácter general, por el Instituto Valenciano de Finanzas. No obstante lo anterior, el Consejo de Administración podrá asignar retribución a su Presidente, debiendo éste, en ese caso, ejercer sus funciones con dedicación exclusiva, estando sometido al mismo régimen de incompatibilidades que el director general".

Es importante resaltar la especificidad del cargo de presidente, para el que la prohibición legal no era absoluta, siempre y cuando comportara labores ejecutivas y dedicación exclusiva, y, obvio es decirlo, estuviera previsto estatutariamente. Lógicamente nunca se hubiera retribuido simplemente con una dieta por asistencia.

c.- La norma estatal suprimió la prohibición en julio de 2010, dando nueva redacción al mencionado art. 25 en la reforma operada por R.D. Ley 11/2010, de 9 de julio (RCL 2010, 1913) , de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

El nuevo precepto rezaba así: "El ejercicio de las funciones de los miembros de los Órganos de Gobierno de las cajas de ahorros diferentes de las de consejeros generales de la Asamblea podrá ser retribuido. Corresponderá a la Asamblea General la determinación de dicha remuneración".

Por su parte, el referido artículo 17 de la normativa comunitaria fue modificado en el año 2011, especificando el último inciso que "Por otro lado, el importe de las dietas de asistencia a consejos de administración de otras sociedades participadas, directa o indirectamente, por la caja, cuando el cargo se ostente en representación o promovido por ésta, no podrán exceder del importe fijado por la asamblea de la caja para la asistencia a su propio consejo de administración, por lo que tal exceso, en el caso de que lo hubiera, deberá cederse a la caja".

Es cierto, que la prohibición legal no era absoluta al admitir la excepción para el caso de los presidentes del Consejo de Administración, pero ello, siempre quedaba condicionado al carácter ejecutivo, dedicación exclusiva y régimen de incompatibilidades por asimilación al Director General, con aprobación expresa del Consejo de Administración.

Y, obvio es decirlo, siempre que así se hubiera recogido en los Estatutos de la Caja. Pero, a mayor abundamiento, el que la ley estableciera una posible excepción a la prohibición de remuneración para los presidentes, resta toda posibilidad de equiparar la situación debatida con la del resto de vocales del consejo.

Dato de relevancia valorado por el Tribunal:

A diferencia de éstos, legalmente existía esa posibilidad, pero sometida a unas condiciones rigurosas, que pasaban por la modificación de estatutos. Como se era consciente que Justino no tenía la experiencia ni el conocimiento específico de la actividad bancaria para ser presidente ejecutivo, ni tampoco el momento que atravesaba la Caja lo aconsejaba, se optó por buscar un subterfugio fraudulento que sorteara la prohibición legal.

Normas de carácter interno en materia de retribuciones

1.- La primera y esencial norma de carácter interno que se establece en materia de política retributiva de los miembros de los órganos de gobierno de la caja es el carácter honorífico y gratuito reflejado en el Art. 9 de los Estatutos, cuya literalidad consta en el relato de hechos probados, y que, es necesario destacar, no excepciona al Presidente.

2.- Existe una segunda regla de control interno establecida por los Estatutos que complementa la anterior y es que será la Asamblea General la que apruebe la cuantía de las dietas a percibir por asistencia y gastos de desplazamiento.

3.- Y, en tercer lugar, se cuenta con una Comisión de Retribuciones cuya función esencial es la "de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo **"** , conforme a lo dispuesto en el art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985) , (LORCA) en la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/2003, de 17 de julio (RCL 2003, 1817) , por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644y RCL 1989, 1149, 1781) , del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

No existía una prohibición legal absoluta para que el presidente de la caja pudiera cobrar una remuneración, siempre que:

a.- Fuera una labor ejecutiva y con dedicación absoluta, y,

b.- En segundo lugar, fuera aprobada de forma expresa por Consejo de

Administración.

c.- Lógicamente, siempre que los Estatutos previeran esa posibilidad.

Nadie, en ningún momento, ha sostenido que se quisiera nombrar a Justino Presidente ejecutivo de la CAM.

Inmersa en un complejo proceso de reestructuración del sector financiero y concentración de Cajas, el Director General deslizó que no tenía preparación técnica y experiencia bancaria suficiente para desarrollar labores ejecutivas en la CAM, y de ahí que se le buscara otra ubicación más adecuada a su perfil comercial y de conocimiento del tejido industrial y empresarial de la provincia de Alicante.

El problema es que:

a.- Nunca se modificaron los estatutos.

b.- Ni se aprobó su nombramiento como presidente ejecutivo de la CAM.

Dietas por asistencia CAM y dietas por TINSER

Es indiscutible que desde mediados de 2005 todos los vocales del consejo de administración de la CAM formaban a su vez parte de consejos de empresas participadas y percibían dietas de asistencia por encima de las fijadas por la Asamblea.

El discurrir histórico de la cuestión está reflejado en el apartado 3º de los hechos probados, en forma muy similar a como lo sostiene el relato de hechos de la defensa de Efrain, y, aun no siendo objeto propiamente de enjuiciamiento, sí contextualiza y permite conocer el estado de la cuestión.

Desde la última revisión de marzo de 2008 eran 80.000€ para los presidentes, la mitad para vicepresidentes y secretario, y 20.000€ para los simple vocales.

En el caso de Tinser se fijó en 300.000€ anuales.

En una primera aproximación parece que chirría que por presidir una empresa de carácter instrumental se pueda cobrar casi 40 veces más que por presidir la matriz, e iría en contra del espíritu que impregnaba la regulación histórica de las cajas.

Es un hecho indiscutible que a partir del año 2003 se intensifican los deberes y obligaciones que recaen sobre los administradores sociales y, en consecuencia, su responsabilidad.

Esa expansión tuvo lugar en paralelo al enorme crecimiento de las cajas de ahorro.

Debió existir un cierto agravio comparativo y malestar por comparación contra entidades bancarias y financieras lo que llevó a que se articularan diversas modalidades de compensación como la que nos ocupa.

El problema esencial que lastra la idea que subyace a esa justificación es que falta el requisito esencial, la ineludible, en palabras de la STS 841/2006 (RJ 2006, 7697) , aprobación por la Asamblea General como máximo órgano de gobierno de la Caja.

Eso ya impide hablar de transparencia.

El informe emitido por el, entonces sí, jefe del Departamento de Servicios Jurídicos Sr. Jose Francisco el 6 de octubre de 2005 establecía que dada la derogación de la normativa autonómica que con anterioridad había fijado máximo a las dietas no existía techo legal, teniendo libertad de actuación la Asamblea, añadiendo que "si bien, si en algún momento se pretendiera llevar a la asamblea la ampliación de las dietas para los miembros de los OO.GG de la Caja, sería prudente consultar antes al IVF" (doc. 8 aportado por la defensa Efrain).

Entendía el letrado informante, y esta es la base legal de argumentación de todas las defensas, que esa restricción legal no tenía porqué operar en la fijación de las dietas a los componentes de los consejos de administración de sociedades participadas.

Y apoya su consideración en dos ideas: la ley, proclive a extender en numerosos aspectos su regulación a "las sociedades del Grupo", se refiere en exclusiva a los miembros de los órganos de gobierno de las cajas. Y el argumento esencial entendía "que la dieta regulada por la ley para los OO.GG de las Cajas, lo es en función del trabajo, y también de la responsabilidad específica que supone pertenecer a dichos OO.GG.

Pero cuando un miembro de estos OO.GG se integra en un Consejo de Administración de otra sociedad, asume un nuevo y distinto trabajo, y sobre todo, una nueva y distinta responsabilidad, que incluso puede llegar ser mayor, por lo que no hay razón para que una y otra dieta se equipare".

Sin entrar a debatir si otros criterios hermenéuticos (teleológicos, sistemáticos o sociológicos) posibilitaban una conclusión en sentido contrario, lo cierto es que la razón esencial coincide con nuestro razonamiento :

"Solo la existencia de un trabajo, esfuerzo, dedicación y responsabilidad diferenciada pueden justificar esa percepción".

Una cosa es que alguno de los vocales del consejo pase, en representación de la

CAM, a formar parte del órgano de gobierno de alguna otra sociedad -se mencionaron por ejemplo importantes empresas del sector eléctrico, energético o turístico-, en cuyo consejo de administración se perciban remuneraciones en atención a la dedicación, esfuerzo y responsabilidad consustanciales al cargo de administrador social, ciertamente incrementados desde las reformas del año 2003, y otra muy distinta, que en una sociedad meramente instrumental, 100% capital de la matriz, sin autonomía decisoria, empleados, ni actividad real, se cree un consejo de administración virtual, carente de todo contenido material, para burlar la disposición legal y estatutaria dando aparente cobertura de legalidad a la percepción de una remuneración, ya veremos si aprobada por el Consejo de Administración, pero en todo caso desconocida por la Junta General (Asamblea General).

Estamos ante una pantalla de aparente legalidad que pretende encubrir una realidad económica subyacente, como es el cobro ilícito de una cuantiosa remuneración por no prestar servicio, trabajo, ni dedicación alguna.

Que el administrador de una sociedad pueda burlar la prohibición de que el cargo sea remunerado, mediante el simple procedimiento de crear un nueva sociedad instrumental parece algo a todas luces inasumible.

Si además no realiza actividad alguna causando un perjuicio la relevancia típica es indudable.

Desde la antigua STS 867/2002, de 29 de julio (RJ 2002, 6357) , Caso Banesto, el TS tiene dicho que cuando el tráfico económico trata de presentarnos una fachada o apariencia de legalidad formal, es necesario profundizar en la verdadera situación de la entidad societaria, para hacer aflorar y sacar a la luz la realidad subyacente.

En la Sentencia 274/96, de 20 de mayo (RJ 1996, 3838) , se declara que la jurisprudencia ha venido reconociendo que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad.

La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del Derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal.

Que el beneficiario de dicha dieta fuera el Presidente de la caja no es baladí. Su posición no era exactamente la misma que la de cualquier otro vocal.

Los requisitos de la viabilidad legal de su percepción, en su caso.

En su caso existía la posibilidad legal de aprobar una retribución, siempre y cuando:

a.- Se modificaran los Estatutos.

b.- Se acordara expresamente por el Consejo de Administración y

c.- Conllevara dedicación exclusiva y régimen de incompatibilidades idéntico al del Director General.

Es decir, ejerciera actividad ejecutiva, fuera aprobado de manera expresa por el Consejo de Administración, y previamente autorizado por la Asamblea General.

Nada de eso se hizo.

No puede hablarse en ningún caso de transparencia.

Conclusión clave para el Tribunal:

" Se articuló una artimaña de ingeniería societaria o abuso de la persona jurídica para burlar la clara prohibición estatutaria, para cobrar un dinero en contraprestación a un labor meramente representativa que era por definición gratuita y honorífica".

No nos corresponde valorar la legalidad y legitimidad del cobro de dietas por los vocales del consejo de administración en el resto de empresas participadas de la CAM, pues no es objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento.

Lo que sostenemos es que:

1.- La remuneración que se confirió al Presidente de la CAM vulneraba una clara prohibición normativa, y para ocultarlo se utilizó el subterfugio de un órgano de gobierno absurdo, inútil e innecesario.

2.- No existió prestación de servicio que conllevara tiempo, dedicación y responsabilidad, al margen de su condición de Presidente de la CAM que pudiera justificar su percepción, y, además, bajo una apariencia formal y simulada de transparencia, se quebró de forma abrupta e injustificada la ya generosa política general de retribuciones de los consejeros por su intervención en empresas participadas del grupo.

3.- Ello denota a las claras que se trató de pagar algo más que la simple asistencia y dirección de un órgano de gobierno, a sabiendas que ello excedía de forma notoria los poderes de administración encomendados delimitados en los Estatutos de la Caja.

Ideación criminal concertada del Presidente de la CAM y Director General.

La puesta en marcha solo pudo llevarse a efecto mediante una acción concertada del Presidente y del Director General de la CAM, personas físicas sobre las que recaía el efectivo control social de la entidad.

Una, centrada en el férreo liderazgo del equipo directivo, y otra, avezada en los entresijos de los órganos administrativos de gobierno de la CAM.

Si algo ha quedado meridianamente acreditado es que el Director General, Efrain, desempeñaba un control férreo y efectivo sobre toda la actividad de la Caja.

Muchos de los acusados han destacado su marcado liderazgo personal, su capacidad de trabajo, la brillantez, concisión y preparación de sus intervenciones.

Dicha forma de dirección no pasó desapercibida, tampoco, a los técnicos del Banco de España, como luego veremos.

Por otro lado, Justino no era tampoco un advenedizo o recién llegado, sino que durante los ocho años anteriores a su nombramiento como presidente había ejercido como vicepresidente y como Secretario del Consejo, siendo por tanto, perfecto conocedor de los entresijos procedimentales y forma de actuación de los órganos de gobierno de la caja.

La explicación del por qué se llevó aparentemente a deliberación, o más correctamente, por qué se quiso que figuraran los detalles concretos de cuantía y retroactividad en el acta era para evitar que fuera el propio Presidente actuando en representación de la CAM quien se fijara a sí mismo la remuneración en el nuevo órgano ficticio ideado, lo que hubiera sido más escandaloso, aunque formalmente delegara la representación en una directiva subordinada del equipo de empresas participadas, Modesta, y para que no pudiera haber reticencias por parte de los directivos que iban a conformar el nuevo Consejo de Administración de Tinser.

En este punto, una vez más, las declaraciones del testigo Abelardo fueron concluyentes.

Se limitaron a dar estricto cumplimiento y ejecutar las órdenes supuestamente emanadas del Consejo de Administración de la CAM, y no procedieron hasta que tuvieron en su poder copia del acta del Consejo de la CAM de 27 de noviembre.

Tras consultar el email que le enviaron confirma que fue en la mañana del día 15, pese a que el acta lleva fecha del día 9, recordando que se tuvo que retrasar por un problema con la remuneración.

Los email aportados por la defensa de Fulgencio, supuestamente para desacreditar las manifestaciones del Sr. Abelardo, no tienen el alcance que se pretende, ni ponen en entredicho la credibilidad y coherencia de las informaciones aportadas por el testigo.

Los correos están fechados entre el 11 y de 17 de noviembre, lo que nos indica que

en apenas quince días se articuló formalmente la propuesta.

Es el propio Efrain el que nos indica que desde el momento mismo de la incorporación se buscó acomodo a Justino, y ello fraguó en el proyecto Tinser.

Es Efrain quien se ocupa de manera directa y personal en que apareciera como una atractiva oportunidad de negocio y creación de valor para la CAM, lo que no ocultaba sino la forma de encubrir un pago injustificado al nuevo presidente, algo que habían hablado y llevaban articulando desde el mismo momento en que Justino fue nombrado presidente en el mes de junio.

No es casualidad que provenga del ámbito de inversión donde ya había desempeñado su labor Justino.

Es evidente que es el equipo directivo el que fragua el proyecto, da cuerpo a la modificación del órgano de gobierno siguiendo las indicaciones de sus superiores y con el Director General al frente, quien se ocupa de forma personal en sacar adelante la propuesta, supervisando todos los detalles.

No lo ha negado en ningún momento Efrain.

Por ello sorprende, una vez más, la forma alambicada en la que se reflejaban documentalmente los acuerdos.

Es muy curiosa la misiva de la Comisión de Retribuciones que se leyó en el Consejo de Administración.

En ella se habla de "informar favorablemente el nombramiento" y la redacción final del acuerdo reflejada en el acta indica que la iniciativa se adopta "a su propuesta con el visto bueno del Comité de Dirección".

Es obvio, que ni la idea surgió de la Comisión de Retribuciones ni la reorganización de la estructura corporativa de una participada entra dentro de sus funciones, ni la idoneidad de los nombramientos era su función esencial.

Prueba de ello para el Tribunal:

1.- Como bien refleja el acta de la reunión del Comité de Retribuciones.

2.- Como se desprende de sus intervenciones personales en la reunión del consejo de administración, y

3.- Como expusieron la mayoría de los asistentes.

Fue Efrain quien abanderó y defendió la propuesta.

g.- Responsabilidad de los miembros de la comisión de retribuciones.

LA COMISIÓN DE RETRIBUCIONES.

De los escritos de acusación, pública y privada, se infería una responsabilidad escalonada en tres ámbitos de actuación funcionalmente diferenciados:

1.- Presidente y Director General,

2.- Comisión de Retribuciones, y

3.- Resto de los vocales del consejo.

Corresponde analizar con detenimiento el papel de la Comisión de Retribuciones.

Su función esencial, como indicamos al examinar la regulación normativa es la de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo (art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985)).

Estaba compuesta de tres consejeros, de especial relevancia, según indicó el propio presidente Florian, en consonancia con su reglamento (obrante al f. 980 Tomo e del Rollo Sala) que menciona la "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional".

Sus componentes eran los mismos desde su creación en 2005, habían, pues, supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de retribución en participadas reflejada en el Hecho 3º del relato fáctico, y habían contando con asesoramiento externo, aunque éste parece iba más encaminado a la determinación del paquete retributivo más complejo del equipo directivo.

Que se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara.

Se podrá discutir y valorar el alcance jurídico de su intervención, su naturaleza asesora y no vinculante, su imposibilidad de control posterior, junto con las demás explicaciones justificativas expuestas por las defensas, pero la determinación de los hechos no admite discusión.

Consta literalmente en los hechos probados:

"1.- El Director General propone que por el desempeño de esta función de Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€ anuales.

2.- La Comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación (f. 320 Tomo I)". Igual que el contenido de la enigmática misiva leída al día siguiente en la sesión del consejo de administración.

Responsabilidad de la comisión de retribuciones:

La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible.

1.- En primer lugar, afectaba directamente al Presidente de la entidad, lo que no pudo pasárseles por alto.

La propuesta suponía romper con una tradición instaurada de que nunca antes el Presidente había cobrado dieta alguna en empresa participada del grupo.

Tenía por ello especial trascendencia.

2.- En segundo lugar, el presidente tenía un régimen legal y estatutario diferenciado, se le podría haber fijado una remuneración dotándole de carácter ejecutivo y dedicación exclusiva, a diferencia de lo que sucedía con el resto de los componentes de los órganos de gobierno, si bien previo cumplimiento de unos criterios rigurosos, al margen que, como dejó entrever Efrain, parece no tenía el perfil técnico y experiencia bancaria.

No eran aplicables, por tanto, los argumentos que habían llevado a establecer la remuneración del resto de vocales en otras participadas. Era una medida excepcional.

3.- En tercer lugar, contradecía la política de nombramientos de consejeros en empresas participadas expuesta por el Director General, y que respondía a la conveniencia de que los consejeros conocieran y participaran activamente en todas las áreas de negocio.

4.- En cuarto lugar, cuadruplica el importe de la dieta por asistencia de los presidentes de otras empresas participadas, importe que acababa de ser actualizado por Consejo el año anterior previo informe de esta misma comisión.

5.- En quinto lugar, admitía una absoluta indefinición en la actividad a desarrollar y en el sistema de retribución.

6.- En sexto lugar, se contradecía con el acuerdo 1º adoptado en esa misma sesión

en relación con la congelación de remuneraciones del equipo directivo. Eran momentos difíciles y convulsos no solo para la entidad, inmersa en un proceso de reestructuración del sector, sino para los directivos, como demuestra el punto primero del acta de la sesión del 26 de noviembre donde habían acordado mantener la congelación de la retribución fija "dada la actual situación del mercado, y las recomendaciones de moderación".

En definitiva, se conformaron con una información concisa solo referida al montante global de la retribución sin que ni siquiera se especificara con claridad su concepto, naturaleza y modo de retribución.

Asumen, sin embargo, que se trataba de una dieta por asistencia al consejo, pero sin poder dar explicación razonable a qué respondía la inusitada diferencia para cobrar cuatro veces más que los presidentes de otras participadas.

Cuando se les preguntó, claramente Felipe asumió que se le pagaba por toda su actividad en la CAM, y luego aclaró que él como miembro de la comisión o del consejo daba una opinión y suponía que asesoría jurídica y los encargados de llevarla a efecto adoptarían las medidas oportunas para asegurar la legalidad.

Florian también indicó eso mismo en periodo instructor, si bien en el juicio precisó que era solo actividad como presidente ejecutivo, pero de TINSER.

Y Fulgencio indicó se le pagaba por realizar una ingente labor.

Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración.

Si no se concreta ni especifica la tarea encomendada ni el concepto de la retribución, ¿cómo se puede afirmar que es proporcionada conforme a criterios de mercado?

Los datos agregados y globales de otras cajas utilizados por Efrain nada permitían aclarar.

Unas veces se nos indica que tenía que trabajar mucho, que no era solo por asistir a los consejos de administración, pero la retribución que se fija en forma de dieta por asistencia.

Tratándose de una dieta por asistencia, es decir, funciones deliberativas, se incumplía los propios criterios internos de la CAM para la retribución en otras empresas participadas.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

Con ser todo ello determinante de que fueron conscientes de los detalles que convertían la propuesta en extraordinaria, indeterminada, excesiva, desproporcionada, injustificada e ilícita, asumieron que se silenciaran esos pormenores de la propuesta al grueso de los vocales del consejo, elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

En definitiva, lo único que hicieron fue asumir como válido sin cortapisa ni control de legalidad ni estudio de proporcionalidad a mercado, la cuantía de 300.000 euros anuales.

Ello se acredita porque la propuesta que ya estaba predeterminada y reflejada en la preacta hablaba de una retribución en forma de dieta anual, pagadera trimestralmente e incluso establecía una llamativa cláusula de actualización conforme a IPC.

Nada de ello se correspondía con lo acordado en la Comisión de Retribuciones.

Precisamente el único apartado que se dejaba en blanco en el escrito de preacta era el importe de la remuneración. Es decir, lo único que determinó la Comisión de Retribuciones, pero suficiente para conocer su ilegalidad.

La propuesta también hablaba del carácter retroactivo de la retribución, otra cuestión que se había silenciado en la reunión de la noche antes.

Fulgencio solicitó aclaraciones y se dio por satisfecho.

Florian también la da por buena y aportó la explicación facilitada por el Director General.

La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas.

Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba.

h.- Absolución de los miembros del Consejo de Administración. 27 de noviembre de 2009.

La siguiente fase de la justificación probatoria está referida a la actuación del resto de vocales del consejo de administración.

Existían dos hechos controvertidos.

Analizado el cobro indebido, injustificado e ilícito de la remuneración por parte del Presidente, nos corresponde ahora plantearnos si ese comportamiento estuvo amparado y tuvo su origen en un acuerdo adoptado por el consejo de administración de la compañía el 27 de noviembre de 2009, en el que se habría aprobado, por tanto, el pago una elevada retribución en favor del Presidente en contra de las previsiones legales y estatutarias.

El supuesto es paradigmático.

Se plantea respecto de todos los componentes del consejo y por la adopción de un acuerdo que sería abiertamente contrario a una prohibición legal y estatutaria.

En los delitos cometidos en un órgano colegiado suele ser más habitual la imputación por omisión.

El consejo no podrá ser imputado por la adopción de un acuerdo en que se le haya ocultado, negado o silenciado información relevante, pero sí podría ser inculpado por no haber solicitado más información y por no haber contrastado y entendido la información recibida.

En todo caso la imputación penal tiene que ser individualizada, a diferencia de la responsabilidad solidaria establecida en la normativa mercantil, y por ello habrá de constar que actuaron libre y voluntariamente con conocimiento de la ilicitud de la decisión, lo que nos exige además de contrastar la veracidad de lo reflejado en el acta analizar los procedimientos de toma de decisión. Y tampoco es posible obviar que todo ello acontece en el seno de una Caja de Ahorros, entidades con naturaleza jurídica atípica y compleja, donde los mecanismos de control y equilibrio propios de la

tensión propiedad-gestión de las sociedades mercantiles no siempre eran equiparables habida cuenta las peculiaridades propias de sus órganos de gobierno y su doble naturaleza como entidades de crédito y entes de naturaleza fundacional y fin social.

En el análisis del funcionamiento real del consejo de administración en el proceso de toma de decisiones en el caso concreto analizado habremos de valorar aspectos como la convocatoria, confección del orden día, información previa disponible por los vocales, el modo de dirigir las sesiones, observación de reglas de deliberación que permitan el enriquecedor intercambio de pareceres, los métodos de votación y, por último, el debido reflejo documental de los acuerdos. Todo ello encaminado a determinar de forma fehaciente qué aprobaron, o qué creyeron aprobar los miembros del consejo de administración en la sesión del consejo de administración del 27 de noviembre de 2009 en relación con el proyecto TINSER.

Para esa tarea, lo indicado sería acudir al contenido del acta levantada por el secretario que debe ser fiel reflejo de los acuerdos adoptados.

Existe, sin embargo, una total contradicción entre lo que recoge literalmente el acta del 27 de noviembre de 2009 y el recuerdo de la inmensa mayoría de los vocales, que niegan con rotundidad que los detalles referidos al importe de la dieta a percibir por el Presidente de Tinser S.L. y su carácter retroactivo fueran expuestos, debatidos y asumidos en el transcurso de la reunión.

A priori parece claro que entre un acta validada sin impugnación y el simple recuerdo exculpatorio de parte de los coimputados debiera prevalecer aquél.

El acta sólo hace fe de los acuerdos y demás extremos que ella se contengan, en tanto en cuanto no se pruebe su inexactitud o falsedad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la trascendencia de la cuestión y que la presunción de veracidad es limitada, susceptible de prueba en contrario, la decisión a adoptar nos obliga a reparar, siquiera de forma sucinta, en la composición y funcionamiento del Consejo, en el procedimiento de toma de decisiones en su seno, con especial atención a su debido reflejo documental, y el análisis contradictorio de las distintas versiones personales de lo sucedido.

Composición de los órganos de gobierno.

Es un lugar común señalar que, en el caso de España, los específicos perfiles de la profunda crisis económica internacional vivida desde 2008 tienen mucho que ver con la denominada burbuja inmobiliaria y con la peculiar fisonomía y funcionamiento de parte de nuestro sistema financiero integrado por las Cajas de Ahorro.

En la búsqueda de causas remotas muchos fijan su mirada en la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (LORCA), cuya exposición de motivos, manifestaba tres objetivos: democratizar los órganos de gobierno de las cajas, que los mismos se ajustaran a la nueva estructura territorial del Estado y garantizar una gestión profesional.

Como ha tenido ocasión de manifestar un destacado catedrático en la Comisión de Investigación sobre la Crisis Financiera de España y el Programa de Asistencia Financiera (comparecencia del académico Sr. Juan Pedro; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 19 octubre de 2017, Sesión 12ª) "El articulado de la ley, el desarrollo de la misma y la actuación posterior de las comunidades autónomas hicieron que la democratización se transformase en politización, la distribución territorial en creación de reinos de taifas financieros y la gestión profesional en una quimera".

Ese diagnóstico de lo sucedido, en términos más asépticos, aparece reflejado también en el Preámbulo numerosos textos legales, posteriores a la explosión de la crisis, como la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) , por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en cuyo Preámbulo, se lee: "tanto entidades financieras como empresas de carácter no financiero se han visto afectadas por la asunción imprudente de riesgos, por el diseño de sistemas de retribución inapropiados, así como por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración".

Y la Ley 26/2013, de 27 de diciembre (RCL 2013, 1864y RCL 2014, 339) , de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, también abogaba en su Preámbulo por realizar "un importante ejercicio de profesionalización de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros, aspecto cuya necesidad ha sido puesta de relevancia tanto a nivel internacional como nacional".

Y en el ámbito internacional la Directiva 2013/36 EU (LCEur 2013, 928) , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, que dio origen a la antes mencionada Ley 10/2014 (RCL 2014, 884) , identifica en su considerando 53 los siguientes motivos de asunción excesiva e imprudente de riesgos: (i) debilidad del gobierno corporativo; (ii) carácter sumamente general de las disposiciones en materia de gobierno corporativo y la falta de carácter vinculante de los códigos de conducta, (iii) ineficacia de mecanismos eficaces de control interno, lo que dio lugar a una falta de vigilancia efectiva del proceso decisorio de la dirección, (iv) indefinición e insuficiencia de las funciones de las autoridades competentes en al vigilancia de los sistemas de gobierno.

Toda esta larga digresión viene justificada para contextualizar el entorno corporativo en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados, así como las posibilidades reales de actuación con plena independencia y libertad de criterio por parte de los vocales del consejo de administración.

Nada de todo ello es ajeno al caso ahora debatido.

Tanto el Director General Efrain como el Letrado asesor Sr. Jose Francisco se refirieron a la problemática generada por la heterogénea composición de los órganos de gobierno motivada por la LORCA, incidiendo el segundo de ellos, también, en la influencia del poder político.

El Letrado Asesor Sr. Jose Francisco se refirió, a preguntas de la Acusación Popular, a las consecuencias de la LORCA, y en un tono desabrido afirmó que "a algunos consejeros el cargo les venía grande", "que no se enteraban de nada" e incluso mencionó la falta de atención durante las sesiones, o que había que pedirles que bajaran la voz, o cómo otros se marchaban antes de tiempo al refrigerio. No obstante, hemos de señalar, que hizo tales comentarios como justificación explicativa a su relato principal abiertamente enfrentado con el de la mayoría de los vocales (11:00 horas grabación sesión día 12 de junio).

Ya antes, en respuesta al Ministerio Fiscal, había destacado los destacados apoyos políticos del nuevo presidente de la CAM, y el poder de influencia directo de la Generalitat.

También el Director General Efrain hizo mención incidental a los problemas generados por la ley en cuanto a la composición del consejo, y nos indicó cómo se tuvo que articular un método para formar a los vocales sobre el funcionamiento real de la entidad y mostrarles los múltiples y diversificados sectores de actividad, mediante unas jornadas de inmersión tras cada renovación de cargos, y como, al amparo de la correspondiente previsión estatutaria, era práctica habitual que a las sesiones del consejo acudieran todos los directores generales para poder detallar y asesorar sobre las decisiones y propuestas elevadas al consejo de administración. En todas las actas del consejo consta que además del Director General y del Letrado-Asesor y Secretario de Actas del Consejo, a requerimiento del Presidente, y con apoyo en el artículo 32 de los Estatutos, comparecían, la Directora General Adjunta, el DG-Secretario General, DG de Recursos Humanos, DG de Participaciones Empresariales, DG de Inversiones y Riesgos y DG de Planificación y Control. Es decir, el equipo directivo al completo. Todos los vocales manifestaron también su confianza en el control de legalidad previo que suponían se verificaba por la asesoría jurídica, el letrado asesor, o mediante asesoramiento experto externo.

No se trata de disculpar la actuación de los vocales desde un punto de vista mercantil, juicio que no nos corresponde, sino de resaltar que el sistema diseñado dificultaba de forma interesada su actuación independiente. No se trata de minusvalorar sus conocimientos y aptitudes, pues, unos eran avezados empresarios o emprendedores con éxito, otros representantes sindicales o impositores elegidos al azar, sino de poner de manifiesto que su perfil no siempre era, por experiencia, conocimientos técnicos específicos y posibilidades de dedicación, el idóneo para una actividad financiera altamente especializada. En definitiva, se trata de estar alerta para no caer en la fácil solución de responsabilizar de forma directa e indiferenciada a todos los vocales del Consejo de lo que eran las consecuencias de un diseño legal inadecuado y unas prácticas orientadas a propiciar el control político de las cajas y el manejo sin contrapesos ni equilibrios por parte de su cúpula directiva.

Ello no es óbice para exigir individualmente a cada consejero la responsabilidad que asumió en tal condición desde el mismo momento de su aceptación del cargo, y, entre ellas, además, las derivadas de las decisiones adoptadas en el seno del Consejo de Administración con su voto y consentimiento. No debemos olvidar la función esencial de velar por el interés social, los estrictos deberes de vigilancia y la obligación exigible de solicitar cuanta completa información precise, su contraste y entendimiento antes de adoptar una decisión. Pero, al mismo tiempo, hemos de huir de aplicar obligaciones y deberes más estrictos y exigentes que no estaban aún imperativamente vigentes, ni podemos obviar, de cuanto venimos exponiendo respecto a la composición de los órganos de gobierno de las Cajas, el alto riesgo de captura del control del consejo de administración por parte del equipo directivo, subvirtiendo una de las funciones primordiales de los órganos gobierno de las entidades mercantiles. Sólo en la medida que se acredite que todos y cada uno de los vocales del consejo fueron conscientes de los perfiles ilícitos del acuerdo y, pese a ello, optaron voluntariamente por contribuir a su consecución, podrán ser declarados penalmente responsables.

Procedimiento de toma de decisiones.

El procedimiento teórico de toma de decisiones por parte del Consejo de Administración podemos recomponerlo, a la vista de la prueba documental y testifical practicada, del modo siguiente.

A partir de las reuniones del Comité de Dirección, integrado por todos los Directores Generales, o de cualesquiera de las Comisiones Delegadas del Consejo (Comisión de Riesgos, Comisión de Inversiones, Comisión de Retribuciones, Comisión de Empresas Participadas), se preparaban y acordaban los temas que se tenían o querían elevar para su aprobación al Consejo de Administración.

El Presidente y la Dirección General, con el asesoramiento legal pertinente, tenían la decisión final sobre los temas a incluir en el orden del día, encomendando materialmente a la Secretaria General, órgano del que dependía la Secretaria de los órganos de Gobierno, la recopilación de la documentación necesaria y la confección de un documento de trabajo que se denominaba preacta.

El orden del día se conformaba en la Secretaria General, si bien, era un documento muy esquemático y abierto hasta el último instante.

Se confeccionaba al tiempo un documento de trabajo, preparado por los órganos administrativos adjuntos a la Presidencia, denominado preacta y que a su vez servía como documento de trabajo al Secretario y al Presidente en el desarrollo de la Sesión.

Teóricamente, toda dicha documentación, los expedientes que sustentaban cada una de las propuestas y el preacta, estaba a disposición de los consejeros para que, con antelación a la celebración de la sesión, pudieran consultarla e informarse de forma diligente antes de las deliberaciones.

Finalmente, con el asesoramiento del Secretario de Actas se procedía a la redacción del acta que únicamente validaban el Secretario y el Presidente. En la siguiente sesión del consejo se efectuaba una breve reseña verbal. Existía también una Comisión de Control. Desde un punto de vista formal el procedimiento era aparentemente correcto.

Veamos, sin embargo, en detalle la realidad de lo acontecido en la reunión del 27 de noviembre de 2009 con la propuesta de nombramiento y remuneración del presidente del nuevo Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L.:

1.- El orden del día (f. 468-474 Tomo II) no mencionaba el denominado proyecto TINSER, ni tampoco la extraordinaria y simbólica propuesta de asignar por primera vez una remuneración, directa o indirecta, al Presidente de la CAM.

2.- Tras la enumeración en la entradilla de los 12 posibles apartados genéricos a tratar -"1. Reseña del acta de la sesión anterior. 2. Informaciones y Propuestas del Presidente. 3. Informaciones y propuestas sobre nombramientos y delegación de facultades. 4. Información y propuestas del Director General ... 8. Informaciones y propuestas en materia de Tesorería e inversiones institucionales ...12, y último, ruegos y Preguntas"-, especificaba, en algunos de ellos, de forma sucinta y genérica, los temas o propuestas a tomar en consideración.

La mayoría de los supuestos relacionados eran cuestiones de puro trámite o protocolarias, salvo la propuesta de presupuestos para el ejercicio siguiente, 2010, que se limitaba a enunciar. Nadie pudo conocer con anticipación el tema debatido

salvo quienes desde el principio lo manejaron son sigilo y discreción.

Que la convocatoria de la reunión se haga con antelación suficiente e indicación expresa de los asuntos a tratar parece una norma básica de cualquier órgano colegiado.

Que el dinamismo y agilidad permitan una flexibilidad en la fijación del orden del día nunca debe ir en detrimento de la información disponible, sin perjuicio de aquellas materias sin trascendencia decisoria o que estando todos los miembros presentes, acepten expresa y claramente debatir.

3.- Con relación al nombramiento del Presidente de TINSER no existió expediente documental.

En todo caso, ya hemos indicado que hasta última hora de la noche anterior en que tuvo lugar la reunión de la Comisión de Retribuciones nadie conocía el importe y naturaleza de la remuneración.

El Comité de Dirección se había reunido dos días antes, pero valoró sólo el relanzamiento del proyecto Tinser, nada referido al posible paquete retributivo del presidente, y la Comisión Ejecutiva tuvo lugar minutos antes de comenzar el consejo de administración ocupándose solo de materias relativas a la Obra Social.

4.- No consta que respecto de la cuestión que nos ocupa hubiera ningún expediente ni documentación adjunta más allá de la misiva de la Comisión de Retribuciones leída por su Secretario y reflejada en el acta.

Se nos indica la existencia de una preacta, pero éste es un documento de trabajo interno de Secretaria de Órganos de Gobierno que se preparaba ya como borrador del acta, para facilitar el seguimiento de la reunión al Presidente, Secretario del Consejo y Secretario de Actas.

Ninguno de los vocales consultaba dicho documento, salvo Fulgencio, pero no olvidemos que éste era a su vez el Secretario de la Comisión de Retribuciones y quien iba a leer la misiva, habiéndose establecido ya esa previsión en la preacta, por lo que es lógico que tuviera acceso a la misma.

También, lógicamente, Fidel en su condición de secretario tuvo acceso.

Por otra parte, no tiene sentido recabar información sobre un tema que se desconoce vaya a ser tratado si no aparece en el orden del día.

La consulta posterior de las actas era muy excepcional salvo para algún tema puntual de la Obra social.

El testigo Sr. Jose Francisco confirmó este dato.

En sus muchos años de experiencia fueron contadas las ocasiones en las que un vocal consultó las actas del consejo, y solo algún asiduo la preacta.

Dadas las circunstancias expuestas, introduciéndose la proposición de forma verbal por primera vez en la reunión, parece lógico que se hubiera puesto especial énfasis en remarcar el carácter simbólico y la trascendencia de la propuesta.

Nada de eso sucedió. Todos los testimonios coinciden en calificar la reunión de densa y abigarrada.

Era de las últimas del año, conllevaba aprobación de presupuesto para el ejercicio siguiente, y, además, coincidía con Asamblea General posterior para renovación de cargos.

Aunque puede que aún no se fuera consciente de la gravedad y profundidad de la crisis, la entidad estaba ya en una fase delicada, en búsqueda de posibles fusiones y alianzas con otras cajas.

La propuesta fue segmentada y parcialmente introducida en la sesión. Si nos atenemos al contenido del acta, inexplicablemente, la propuesta aparece disgregada en tres apartados y momentos diferentes de la reunión.

En este punto coincide el recuerdo de los presentes con el contenido del acta.

Hasta tres personas distintas y en tres momentos diferentes hicieron mención parcial a algunos de los aspectos de la propuesta de nombrar a Justino presidente de Tinser Cartera S.L.

Todo parece dar a entender que hubo un manifiesto interés en retrasar el conocimiento de la propuesta hasta el último momento, dosificar la información que fue expuesta de forma parcial por varias personas en momentos distintos de la reunión, darle un perfil bajo como para que pasara desapercibida entre los más de 60 puntos a tratar, entre ellos la larga y prolija presentación de presupuestos, no mencionar con claridad los datos cualitativos ni cuantitativos determinantes.

De hecho Efrain asume que quizá no se utilizó el término pago retroactivo, e incluso de su exposición cabe dudar si mencionó expresamente la cantidad.

Según indican la mayoría de los testimonios ese era el procedimiento habitual en el desarrollo de las sesiones del consejo.

La labor de los vocales era de simple asentimiento, limitándose a darse por enterados y conformes en la mayoría de los casos.

Hubo quien indicó que se parecía más a una ONG que a una entidad bancaria, pues eran los proyectos de la Obra Social los que atraían mayor atención de los vocales.

En las deliberaciones del Consejo la inmensa mayoría de las cuestiones aprobaban por asentimiento, sin necesidad de votación, e incluso en la mayoría de los supuestos se utilizaba "el termino oído cuanto antecede... se dan por enterados y aceptan", si bien el letrado asesor matizó que ello comportaba la adopción previa del acuerdo por la Comisión competente, en tanto que cuando era objeto de aprobación se utilizaba la expresión "acuerdan por unanimidad" o con la expresión de los votos favorables.

En cualquier caso, reconoce que en pocas ocasiones había votación nominal propiamente dicha.

En relación al desarrollo en sí de las sesiones se han utilizado las calificaciones más variopintas, aunque sí ha traslucido una manifiesta influencia e impronta personal del liderazgo del Director General y la confianza de los vocales en los controles de legalidad y examen previo de las propuestas por las diferentes direcciones generales o comisiones delegadas.

Se aprecia nuevamente una confusión.

Una cosa es la confianza entre los distintos miembros del consejo que se reparten el trabajo de forma especializada en comisiones, y otra muy distinta el necesario control y supervisión de la actuación del equipo directivo encargado de la ejecución.

En definitiva, no existían unos mínimos estándares de diligencia en la actuación del Consejo de Administración.

Esa labor esencial compete, sin duda, a los órganos de la Presidencia, incluido el Secretario del Consejo, y al máximo responsable del equipo directivo que asume y presenta las propuestas para su aprobación, sin olvidar el necesario control de legalidad previo que debe salvaguardar la actuación del Consejo. Todas esas deficiencias y malas prácticas, redundan en una ausencia de control real de la cúpula directiva.

En el caso concreto no existió información previa, no consta con claridad cuando y en qué términos se sometieron a consideración los aspectos conflictivos -importe de la remuneración y carácter retroactivo- y ni siquiera consta si el afectado participó en la decisión.

Las deficiencias y malas prácticas en el funcionamiento del consejo y en el procedimiento de toma de decisiones nos permite afirmar que los mecanismos de

control eran puramente formales, estéticos o aparentes, sin contenido material real ninguno, lo que imposibilitaba que el Consejo de Administración pudiera verificar una de sus labores esenciales.

Redacción del acta.

La certificación de los acuerdos y la redacción del acta es competencia del Secretario del Consejo de Administración, conforme disposición del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) .

La figura del secretario del consejo es preceptiva cuando se opta por la existencia de un consejo de administración como órgano de gobierno, si bien había recibido escasa atención del legislador hasta fechas recientes, siendo su desarrollo más especifico en el ámbito de las sociedades cotizadas a partir de las reformas incorporadas en el año 2014 en la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792) con ocasión de la reforma que busca reforzar nuestra legislación en materia de gobierno corporativo.

No obstante, siempre desempeñó la esencial función de certificación de los acuerdos del consejo.

Baste aquí recordar lo dicho por el informe Olivencia, publicado el 26 de febrero de 1998, que, dentro del denominado movimiento de soft law , solo propone recomendaciones de buen gobierno de las que no dimanan obligaciones ni deberes, destacaba ya la importancia de la figura del secretario del Consejo de Administración, enumeraba sus funciones características y se hacía eco de la escasa regulación de la misma:

«Otra pieza de notable importancia dentro de la estructura del Consejo de Administración es la Secretaría, sobre la que recae buena parte de las responsabilidades de intendencia y orden. El secretario, en efecto, debe facilitar el buen desarrollo de las sesiones del Consejo, ocupándose muy especialmente de prestar a los consejeros el asesoramiento y la información necesarios, de conservar la documentación, de dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones, y de dar fe de sus resoluciones. Al propio tiempo, debe velar especialmente por la legalidad formal y material de las actuaciones del Consejo y garantizar que sus procedimientos y reglas de gobierno son respetados y regularmente revisados. Siendo ello así, parece aconsejable dar mayor relieve a la figura del secretario en el seno del Consejo y dotarla de ciertas garantías de independencia y estabilidad».

En parecidos términos se pronunció el informe Aldama, de fecha 8 de enero de 2003, y también el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

del año 2006, años antes de que sucedieran los hechos que estamos enjuiciando, y actualizado en 2013.

De la anterior exposición parece claro que no es válido afirmar, como pretende la defensa de Fidel, que la imputación a este acusado es como a cualquier otro consejero, pues es evidente que ejerce una funcionalidad propia y diferenciada dentro del consejo que le sitúa en posición de garante de la legalidad formal y regularidad procedimental de los acuerdos.

En el desempeño de su cargo de Vocal y Secretario del consejo le incumbía el deber de actuar conforme a "la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal", cuyo contenido y alcance cabe inferir no solo de normas imperativas sino de valores culturalmente reconocidos, como las modernas exigencias del derecho mercantil y recomendaciones establecidas en los referidos códigos de conducta o de buen gobierno corporativo reflejo de unos nuevos valores de la cultura empresarial.

Sin duda, ello conlleva el riesgo de una aplicación retroactiva desfavorable de un tipo penal materialmente más amplio por incorporación de valores de esa cultura empresarial que no estuvieran generalizados o asumidos en la época de comisión, pero que, en todo caso, nada tienen que ver con la función de reflejar con fidelidad los detalles de los acuerdos alcanzados que es un deber genérico del secretario, fedatario o redactor del acta de cualquier reunión, y que sí estaba ya recogido en el reglamento del registro mercantil (RCL 1996, 2112) .

Una vez más, en el caso analizado, la figura viene reforzada, amparada o auxiliada por la labor del Letrado Asesor y Secretario de Actas que recogen los Estatutos lo que podía permitir una cierta relajación en sus funciones.

Contamos hasta con cuatro documentos diferentes que aportan información sobre cómo se gestó, redactó, discutió y quedó plasmado en el Libro de actas el acuerdo de remuneración al presidente de Tinser.

1.- En primer lugar, tenemos la preacta, que dentro del apartado 8º (Información y propuestas en materia de Tesorería) recogía el pago de una dieta si bien dejaba en blanco el importe de la remuneración.

2.- En segundo lugar, contamos con el borrador del acta que remite junto a otros documentos el Letrado Asesor el día 2 de diciembre al Presidente y Secretario del Consejo "para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad".

Ello nos indica con claridad como la labor material de redacción recaía en los

servicios administrativos de la Secretaria General adscritos a órganos de gobierno, con la directa supervisión del Secretario de Actas.

De hecho, el testigo Jose Francisco reconoció que en un 90% de su contenido el acta era idéntica al borrador inicial.

En este documento se contienen diversas menciones a la retribución a apercibir, exclusivamente por el Presidente, y ya aparece la cuantía.

Todo ello sigue estando en el apartado 8ª. Y se hace mención de la actualización conforme a los incrementos del IPC, dato no reflejado en la Comisión de Retribuciones.

3.- A continuación, tenemos el acta firmada y validada por el Presidente y Secretario del Consejo que aparece en el libro de actas.

Lleva fecha 9 de diciembre, aunque en realidad sabemos que hasta última hora de la tarde de ese día 9, mediante conversación telefónica, no dio su conformidad el Secretario.

Se ha suprimido la mención a retribución y la indicación que solo la percibirá el Presidente.

La aprobación del acuerdo aparece reflejado ahora en el apartado 4º (Información y Propuestas del Director General).

4.- Por último, tenemos un documento más que es la reseña del acta supuestamente leída en la siguiente sesión del consejo de administración, que curiosamente, vuelve a reubicar la cuestión en el apartado 8º.

Una vez más aparecen demasiadas divergencias o versiones de un mismo hecho.

Conviene no olvidar que se trataba de una cuestión de trascendencia, suponía romper la tradición de que el Presidente no cobrara percepción en las participadas, se adoptaba en un momento de congelación salarial para el equipo directivo, y, sin embargo, nadie se pone de acuerdo sobre en qué momento de la sesión y con qué términos se sometió a debate la cuestión de la remuneración, ni qué concreta información se dio.

Si era uno de los pocos puntos "a rellenar" sorprende esa dificultad para ubicar el acuerdo y a quien asignarle su defensa.

Pero si ya son sospechosos tantos cambios de redacción y ubicación, más llamativo aún es que todavía el día 10 de diciembre se continúen haciendo indicaciones para rehacer el acta, indicaciones efectuadas por el propio Secretario

del Consejo, que, por lo que sabemos, no tuvieron reflejo final en el acta aprobada.

Explica Jose Francisco que eso debió ser un error, pues el Secretario siempre le indicó que ubicara el acuerdo tras la intervención del Director General, y que el email lo envía porque él se lo solicita para que quedara constancia de su conformidad con el acta.

Otra incidencia más la pone de manifiesto el Sr. Abelardo que nos indica que toda la documentación la tenían preparada con anticipación, que era importante pues suponía la intervención directa del presidente, pero que se hubo de retrasar hasta que recibieron instrucciones estrictas y concretas sobre lo reflejado en el acta.

Que cree que había un problema con la remuneración, y en cuanto a las fechas, dado que supuestamente las juntas universal y extraordinaria de Tinser y el consiguiente consejo administración tuvo lugar el 9 de diciembre por la mañana, cuando aún no se había validado el acta, tras consultar sus datos confirmó que el fax recibido fue el 15 de diciembre.

El cúmulo de irregularidades puede hacer dudar sobre los acuerdos que consideró la Comisión de Control del día 2 de diciembre 2009, o cómo fue posible que la Junta General de Tinser se constituyera a primera hora de la mañana del día 9 de diciembre dando cumplimiento a unos acuerdos que aún no habían sido validados y cuya redacción era discutida aún días después.

Conviene que nos detengamos en este punto.

La importancia de que el acuerdo de remuneración y el carácter retroactivo constara de forma expresa y determinante en el acta del Consejo de Administración de CAM era la única manera que pudiera ser considerado como un mandato de obligada ejecución aceptable por los directivos de inferior rango que iban conformar el nuevo consejo de TINSER y no pareciera una simple y burda manifestación de la sola voluntad del propio Justino que era quien, como representante de la CAM ostentaba en esa nueva entidad la voluntad del 100% del capital social, por más que actuara por delegación Dª Modesta, empleada de la Caja subordinada del Sr. Abelardo.

La propuesta de retribución al Presidente de CAM por medio de TINSER no fue informada

Numéricamente ha sido abrumadora la mayoría de vocales del consejo de administración que afirman que en el transcurso de las deliberaciones de la propuesta no se informó, no se mencionó, y por tanto su aprobación no pudo alcanzar esos extremos, ni el importe de la remuneración ni mucho menos el carácter retroactivo a los dos anteriores trimestres, es decir, desde que accedió en junio de 2009 a la

presidencia de la CAM, pero mucho antes de que se transformara el órgano de gobierno de TINSER que amparaba la percepción de tan elevada dieta.

La idea básica es no se adoptó el acuerdo con el tenor literal que consta en el acta.

No obstante, es sabido que la valoración de la prueba personal no siempre es una cuestión numérica, y que la prueba personal es escasamente fiable.

Cuando proviene de los propios acusados, aún menos.

Cuando las primeras manifestaciones se aportan cinco años después de sucedidos los hechos, y dentro de una pieza separada de una causa principal que investiga numerosas irregularidades en el seno de la CAM, a consecuencia de la crisis económica sufrida desde el 2008 hasta nuestros días, cuya profundidad y trascendencia social es de todos conocida, se comprenderá, aún más, las cautelas a la hora de analizar las explicaciones auto exculpatorias por parte de todos los intervinientes.

En ese contexto de elevada crispación social se comprenderán, aún más, los intentos de alejarse de cualquier responsabilidad en la toma de las decisiones adoptadas, por escasa que fuera su relación con la crisis de la Entidad. No puede bastarnos, pues, comprobar que 15 personas afirmen que no se discutió ni el importe de la retribución ni el carácter retroactivo, pues dicha manifestación contradice la versión expuesta por, al menos, otras seis personas así como lo reflejado en el acta levantada por el Secretario del Consejo. Hemos de conseguir alcanzar una conclusión motivada, tras el debate contradictorio de cada prueba, de manera que pueda ser no solo una convicción interna sino intersubjetivamente aceptable.

En este bloque de testimonios sí que adquieren especial relevancia las manifestaciones de Felipe, único miembro de la Comisión de Retribuciones, que, uniéndose al grupo de los otros 15 consejeros, niega con rotundidad que en el transcurso de la sesión del consejo de administración se tratara el tema del montante de la retribución y el carácter retroactivo.

1.- Quienes afirman que sí fueron informados de la remuneración.

Lo más llamativo en el caso que analizamos es que nadie, ni siquiera quienes defienden la correcta adopción del acuerdo en los términos reflejados en el acta, se pone de acuerdo sobre cuándo y cómo se expuso la cuestión, qué justificación se aportó, y en qué punto del orden del día se sometió a votación/consideración o se acordó la aprobación por asentimiento.

Es chocante, sobre todo, valorando que era un tema que no podía pasar

desapercibido por lo que suponía de romper con la tradición de que el Presidente nunca hubiera cobrado dieta alguna de las participadas, por la propia cuantía que superaba en más de cuatro veces a la percibida en el resto de participadas y por la repercusión socio-mediática.

De hecho, una de las testigos que declaró fue precisamente la periodista del Diario Información que cubría las noticias de la CAM y mostró su sorpresa porque un acuerdo de esa envergadura no hubiera trascendido.

Respecto de estos otros cinco acusados, Justino ha asumido los hechos imputados, pero no ha dado una versión detallada del desarrollo de la sesión del consejo.

Fulgencio se remitió al contenido del acta, reconoce que le sorprendió al ver el preacta que se hablara del carácter retroactivo, si bien asumió las explicaciones del Director General en el sentido de que "había que pagar el trabajo realizado".

No impugnó el acta ni efectuó manifestación al respecto durante la sesión más allá de la lectura de la carta, pero de su relato se deja traslucir que sin haber examinado la documentación adjunta, según el preacta y acta de la comisión de retribuciones, quizá no se podía entender el alcance de los acuerdos.

Florian, menciona problemas de memoria y narcolepsia para recordar lo sucedido.

El Secretario del Consejo, señor Fidel mantuvo, lógicamente, que sí se acordó en los términos reflejados en el acta, pero también se remite al contenido del documento, aunque justificando que fueron muchos puntos en el orden del día, tenía que atender también a la posterior Asamblea y que era auxiliado por Letrado Asesor.

De las explicaciones no se acaba de comprender si se remite al acta porque es fiel reflejo de lo sucedido y contiene los detalles necesariamente más precisos que el recuerdo que pueda tener años después, o si prefiere remitirse al acta porque hubo algún momento que ni siquiera pudo atender el desarrollo de la sesión. Los problemas de ubicación ya los hemos mencionado.

Efrain aunque mantiene la plena legalidad del acuerdo y que fue él directamente quien expuso el detalle de los términos, no aportó una explicación razonable sobre la forma compartimentada de aportar la información, asumió que igual no utilizó el término retroactivo pero insistió en que sí manifestó que se le tenía que remunerar de manera proporcionada al trabajo realizado.

En definitiva, no solo contamos con una versión abrumadoramente mayoritaria, sino que la versión de la minoría está plagada de lagunas, incoherencias y olvidos

llamativos, y contamos con el testimonio discrepante de uno de los miembros de la comisión de retribuciones, y en parte disculpante de otro.

2.- Quienes afirman que no fueron informados de la remuneración.

Las debilidades de esta versión refuerzan la contraria, mantenida de manera persistente por los otros 16 acusados que niegan la aprobación de la retribución de 300.000€ anuales y el carácter retroactivo.

Las deficiencias en el procedimiento de toma de decisiones, en, cuanto menos, confuso reflejo documental, y el análisis de la prueba personal parecen sustentar la consistencia y coherencia de la versión de la mayoría de los vocales del consejo acusados sobre lo sucedido en la sesión del consejo de administración.

Declaración del Secretario de actas y Letrado Asesor.

En este punto adquieren importancia las declaraciones de la única persona que, sin estar acusada, presenció el desarrollo del consejo y ha declarado como testigo, el Letrado Asesor Sr. Jose Francisco.

Hemos de aclarar que no era la única persona, no vocal, presente en la reunión.

Ya hemos mencionado como todo el equipo directivo estaba presente, pero, de manera sorpresiva, en la sesión del acto del juicio del 12 de junio 2018 las defensas renunciaron a sus testimonios.

Sin embargo, su testimonio es claramente interesado.

Su declaración fue evasiva, poco convincente en los dos temas clave, y rezumó cierto resentimiento contra algunos vocales del consejo, sin duda, por haberse visto imputado en su día antes las sospechas de tergiversación de los contenidos del acuerdo reflejado en el acta.

Expuso con firmeza que la propuesta se planteó en las postrimerías de la reunión y que fue Efrain quién la defendió, si bien añadió que otra cosa es que algunos ya hubieran abandonado la sala, en términos parecidos a lo expuesto por Efrain.

Es necesario hacer dos consideraciones a la hora de valorar la información aportada por este testigo:

1.- La atribución al acuerdo reflejado en el acta de aspectos diferentes o añadidos a los realmente considerados y aceptados por los vocales fue el motivo de su imputación, archivada provisionalmente, por lo que su posición no es del todo imparcial. De ella dependía la posible imputación frente el propio testigo.

2.- Y, en segundo lugar, destaca ese nítido recuerdo frente a las continuas lagunas y respuestas evasivas ("se escapa de mi conocimiento"; "tengo que suponer que si"; estaba en situación de prejubilación"; ""estaba al margen de la vida diaria") en todo lo relativo al importe, por qué solo cobraba el Presidente, y la diferencia con otras participadas.

En todo caso siempre insistió en la subordinación de su actuación en todo momento a los designios del Secretario titular.

Dicha aprobación definitiva se nos dice que ocurre en la tarde noche del día 9, cuando, sin embargo, la reunión de la Junta Universal de Tinser y del nuevo Consejo se dice efectuada en la mañana del día 9, y el testigo Sr. Abelardo fue expreso al afirmar que se limitaron a trasladar el acuerdo del consejo de administración para el diseño del nuevo órgano de gobierno de TINSER. Por último, sorprende que el acta final validada no recoge la posición de ninguno de los dos Secretarios, ni el del Consejo ni del de Actas, tal y como se desprende el email del día 10, supuestamente ya validada el acta.

Conclusión de relevancia del Tribunal:

Todo vuelve a indicar que desde los órganos administrativos de Presidencia y bajo supervisión de la Dirección General se llevaba el control de la redacción y existía el claro designio predeterminado que el acta dijera indefectiblemente lo que se quería que dijera, y no exactamente lo que aprobaron los vocales.

Informe de la Inspección del Banco de España.

Llegados a este punto es conveniente detenernos en alguna de las apreciaciones contempladas en el Informe de la Inspección del Banco de España, que, si bien referidas en su mayoría a problemas con el manejo de los riesgos de crédito y liquidez, esenciales de la actividad bancaria, nos permite conocer un panorama general del sistema de gestión de la entidad.

Dice así el informe que la inspección ha puesto de manifiesto:

1.- "Una falta de control de ambos riesgos, fundamentalmente el de crédito cuya gestión presentaba deficiencias críticas...";

2.- Que la gestión del riesgo de crédito "ha sido paradigmática en cuanto a malas prácticas bancarias",

3.- Que la gestión ha sido personalista a cargo de Rodolfo y Efrain "mientras el resto de la estructura de la caja se inhibía o tenía una actitud puramente formal".

4.- "Formalmente la entidad recoge en los manuales los estándares de buenas practicas, pero no existen procedimiento a emplear para evaluar con suficiente anticipación...".

5.- Siendo muy destacable la apreciación que hace sobre el ingente gasto en consultores en que incurrió la CAM (37 millones de euros en el periodo de 2005 a 2010), cuando asevera que si bien esto "en sí mismo no es criticable, sino que permite acercarse al conocimiento y buenas prácticas existentes en la industria," acaba reconociendo que, en el caso analizado, más bien indica "una falta de entendimiento por parte de los gestores del negocio bancario que gestionaban, dado que en casos significativos las herramientas y procedimientos diseñados no se ponían en práctica", y termina concluyendo "Esta falta de compromiso posterior de la entidad en la puesta en marcha de las recomendaciones de los consultores ha convertido muchos de los trabajaos encargados en una mera apariencia de sistemas de control".

A la vista de las deficiencias, ya detectadas, en el procedimiento previo de información y documentación, en el modo de desarrollo, deliberación y votación de los acuerdos, y, por último, las divergencias en la redacción, elaboración y certificación de las actas del Consejo de Administración, muchas de las conclusiones alcanzadas por la Inspección del Banco de España podrían trasladarse sin problemas al proceso de funcionamiento y toma de decisiones en el seno del Consejo de Administración, que, cabe concluir, presentaba deficiencias críticas, malas prácticas y estaba claramente dominado por la personalísima gestión del Director General, Efrain, en este caso, en clara connivencia con los intereses personales del nuevo Presidente.

Conclusión de relevancia del Tribunal:

De cuanto venimos exponiendo, se desprende que:

1.- El consejo aprobó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de TINSER con la creación de un Consejo de Administración al frente del cual se situaría como Presidente Justino, pero no fue debidamente informado, no deliberó y, por tanto, no pudo aprobar, ni el importe de la remuneración ni su carácter retroactivo.

2.- Los consejeros debieron ser conscientes, y así lo asume una parte, de que la decisión que adoptaban comportaría una retribución para el presidente Justino. De no ser así, no tendría sentido la previa intervención y consideración remitida por la Comisión de Retribuciones. Pero dada la falta de detalles aportados, dado que el cobro de dietas en las participadas GESTIMED e INCOMED, que todos ellos percibían, en mayor o menor medida, estaba generalizado e informado como legal, y

que existía un informe favorable de la Comisión de Retribución no contaron con elementos de sospecha que les hubieran obligado a una mayor indagación o conocimiento.

Podrá decirse que los vocales hicieron dejación de sus funciones de control, que no extremaron su diligencia para estar debidamente informados, que no prestaron cuidado en la necesaria comprobación del fiel reflejo de los acuerdos del consejo en las respectivas actas, y que tampoco verificaron un efectivo seguimiento de la ejecución de sus decisiones, pero no puede imputárseles responsabilidad penal alguna sobre la base de un acuerdo que no adoptaron de forma voluntaria, deliberada y consciente, única hipótesis sobre la que se articulan las acusaciones.

Al delimitar el alcance de los deberes de vigilancia inherentes a la diligencia debida de un ordenado empresario, concepto normativo de carácter empírico-cultural que se puede inferir atendiendo a los valores de la cultura empresarial vigente, es frecuente acudir a lo reflejado en el voto particular del Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater en la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) cuando indica lo siguiente con referencia a diversas aportaciones doctrinales: "los administradores deben ser capaces de identificar los asuntos clave que afectan a la entidad; deben ser capaces de plantear las preguntas necesarias para salvaguardar el interés de los propietarios y, obtenidas las respuestas, evaluarlas y actuar en consecuencia; deben asegurar que la compañía permanece leal a los objetivos corporativos; deben emitir prudentes juicios sobre la actuación de los ejecutivos; y deben demostrar valentía moral para llevar a cabo estas responsabilidades". Otro alto responsable de la actividad financiera española afirma que "ser miembro de un consejo de administración es un asunto serio" y sostiene respecto de un conocido caso de defraudación que "no se trata de rellenar el consejo con personas dispuestas a ser plegables instrumentos en manos de ejecutivos".

En su haber puede añadirse que el Consejo de Administración nunca había entrado a conocer el detalle cuantitativo de las dietas o remuneraciones, limitándose a darse por enterado y conforme con el preceptivo informe favorable de la Comisión de Retribuciones, siendo las juntas generales de las respectivas empresas participadas las que formalmente fijaban el importe.

De ahí, la posición crítica que ejercían los miembros de la Comisión de Retribuciones.

Cabría argumentar, tal y como expuso el Sr. Jose Francisco, que los miembros del consejo no tenían propiamente un derecho/facultad de información, sino un deber/obligación de estar informado ("deberá informarse diligentemente sobre la

marcha de la sociedad" decía el art. 167 de la Ley de Sociedades Anónimas al tiempo de los hechos) lo que, en la actualidad se ha transformado en un categórico "deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones" como reza el vigente artículo 225 redactado por el apartado trece del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) , por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, pero nunca se les podrá exigir responsabilidad penal por un acuerdo de noviembre de 2009 cuyos detalles específicos manifiestamente ilícitos les fueron ocultados, y no tuvieron sospecha ante el informe favorable de la especializada Comisión de Retribuciones.

Ese elemento normativo que delimita el alcance de deber de actuar, la posición de garante del administrador social se ha visto intensificado y ampliado de forma exponencial en todas las reformas de la legislación mercantil posteriores a los hechos enjuiciados, por lo que, aun cuando no se haya modificado el tipo penal, si se ha ensanchado su ámbito material de aplicación cuanto se refiere al administrador de una sociedad mercantil en correlación al incremento de los deberes de diligencia y vigilancia especialmente reforzados, pero hemos de evitar un juicio retrospectivo, debiendo estar a los deberes vigentes e interpretación generalizada a aquella fecha, y en el concreto contexto corporativo de la CAM que hemos expuesto.

La verificación como cierto del hecho sustentado por gran parte de las defensas supone una importante modificación en la hipótesis acusatoria.

Los vocales de base, distintos del Presidente y miembros de la Comisión de Retribuciones, respecto de los que sí se describía un comportamiento añadido y diferenciado funcionalmente, venían acusados por haber adoptado un acuerdo palmariamente contrario a las previsiones legales y estatutarias, permitiendo con ello la percepción indebida de una importante remuneración, por una tarea que resultó inexistente y que acabó causando un indudable perjuicio al patrimonio de la sociedad cuya administración tenían encomendada.

Como quiera que se ha demostrado que se silenciaron, se ocultaron, precisamente, los específicos detalles que permitían conocer el verdadero alcance y la ilicitud de la propuesta, procederá su absolución.

Las circunstancias ya expuestas sobre el modo de presentar la propuesta y la deliberación que comportó, unido al informe favorable de la Comisión de Retribuciones, no les permitió sospechar de la posible ilegalidad.

Conviene recordar en este punto, como indicamos en el FD Segundo, que ambas acusaciones compartían esta conclusión, lo que les llevó a retirar la acusación contra

la mayoría de los vocales de forma explícita o implícita. Ambas acusaciones compartieron la idea de que en el caso del grueso de los vocales, descartado que se les facilitara la información sobre el montante y el carácter retroactivo, no había elementos suficientes para sostener la acusación. En todo caso, si cabe decir en su descargo, vistas las dinámicas reales de funcionamiento del consejo y la división especializada de las tareas, que actuaron en la confianza de la legalidad del simple nombramiento, en tanto venía previamente informado por la comisión delegada especializada y era practica asumida la percepción de dietas en empresas participadas.

Posición del Secretario del Consejo

La única modificación que se introdujo por parte de la acusación popular/particular, en un párrafo algo confuso, menciona, no obstante, la posición del Secretario del Consejo que si tuvo conocimiento previo del carácter retroactivo y el importe de la retribución, guardó silencio durante las deliberaciones, al igual que los componentes de la Comisión de Retribuciones, y, además, permitió que esos dos detalles aparecieran en el acta como efectivamente abarcados por el acuerdo adoptado, cuando ello no fue así.

Es necesario aclarar que dicha precisión factual de la acusación popular/particular no comportó modificación de la calificación jurídica.

El objeto del proceso no alcanza a pronunciarse sobre la posible alteración del acta, sino determinar si dicho comportamiento justifica la imputación del resultado a título de coautor o cooperador necesario.

Aun sosteniendo que no se trató de una simple inexactitud, sino de una alteración intencionada, no cabe realizar pronunciamiento respecto del investigado al que se sobreseyó la causa pues cuando fue imputado habían transcurrido más de cinco años que era el plazo de prescripción.

Hemos analizado con detalle, incluso en exceso, la cuestión del acuerdo y su plasmación en el acta.

Sí conviene hacer alguna última precisión individualizada en la persona del Secretario del Consejo.

Nos indicó en su declaración, con lógico orgullo, que era una persona hecha a sí misma, que empezó en puestos subalternos consiguiendo ascender con mucho esfuerzo y dedicación hasta el consejo de la entidad.

Su labor como secretario la inició, justamente, con el nombramiento de Justino al

que sustituía en esa labor.

Siempre confió en los técnicos y en el letrado asesor.

Es posible incluso que ni siquiera estuviera presente durante toda la reunión, no parece que tuviera muy claro en qué momento se debatió y aprobó, pudo actuar en la confianza de que la cuantía sí aparecía en el acta de la Comisión de Retribuciones, pero es indudable que validó un acta en los términos que indefectiblemente se había predeterminado desde los servicios administrativos de órganos de gobierno siguiendo las instrucciones del Presidente amparado en todo momento por el Dirección General.

i.- Responsabilidad del delito de apropiación indebida los actuales recurrentes y de Justino reflejada por el Tribunal.

Tras la valoración de la prueba el Tribunal fija la responsabilidad penal en:

Justino, Presidente de la CAM,

Efrain, Director General de la entidad,

Florian, Fulgencio y Felipe, miembros de la Comisión de Retribuciones y,

Fidel, Secretario del Consejo.

La condición de administradores no admite duda respecto del Presidente, Secretario y miembros de la Comisión de Retribuciones, pues todos eran vocales del consejo de administración.

En cuanto al Director General, aunque dados sus amplios poderes autónomos de gestión y decisión independiente, mantenidos de forma sistemática y continuada y con respaldo de la sociedad, permitiría considerarle administrador de hecho, pudiera argumentarse que en materia de retribución de los consejeros carecía de esas facultades y por tanto no debiera ser considerado como autor o coautor, pero nunca impediría considerarle como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva.

No cabe duda que sus poderes reales de control y ejecución dentro de la entidad era omnímodos, y sin su aportación personal el éxito hubiera sido inviable.

Autoría de Justino:

La calificación de autor de Justino, artífice y destinatario de la cantidad defraudada, no ofrece dificultad.

Era administrador, incumplió los deberes inherentes al cargo, excedió los poderes

conferidos al vulnerar una disposición legal y estatutaria y fue el destinatario final de una remuneración por un trabajo inexistente. Poco más hay que añadir al haberse reconocido expresamente autor del delito, y haber sido el destinatario de los 600.000 € que no se correspondían con prestación laboral o de servicio alguna.

Autoría de Efrain:

La colaboración inestimable e imprescindible de Efrain tampoco plantea especiales dudas.

Desde el momento mismo del nombramiento de Justino, y durante todo el proceso para dar cuerpo a la idea de pagar una remuneración al Presidente de CAM, pese a la prohibición estatutaria, ha quedado acreditada su contribución personal con pleno conocimiento de la ilicitud de la prestación e inexistencia de trabajo.

Efrain no es solo quien acuerda con Justino la idea de remunerarle al margen de la legalidad, sino que:

1.- Es quien define, articula, da cuerpo y lleva adelante la propuesta para que parezca una brillante idea del equipo directivo

2.- Encaminada a impulsar, visibilizar y relanzar el "nuevo" proyecto TINSER,

3.- Se involucra personalmente en su aprobación por los miembros de la Comisión de Retribuciones, y

4.- Consigue finalmente que aparezca reflejada como acuerdo del consejo en el acta, pese a haberle hurtado los detalles específicos que dotaban de flagrante ilegalidad la decisión.

A partir de ese momento, ya no podía haber oposición alguna a su ejecución por parte de los directivos de la entidad que, junto a él mismo, iban a conformar el nuevo consejo de administración de Tinser Cartera S.L. presidido por Justino.

Parece que la idea criminal surge del Presidente si bien el Director General se solidariza, la aprueba y hace suya.

a.- Habida cuenta sus amplios poderes de gestión y representación, con independencia de que no fuera formalmente consejero, aunque sí podía acudir al consejo con voz pero sin voto, permite afirmar que tiene un codominio funcional de la acción y puede ser considerado coautor.

b.- Está presente en todo el proceso, desde la reunión de la Comisión de Retribuciones, el posterior el Consejo de Administración de la CAM del día siguiente, como en los posteriores acontecimientos en TINSER en los que más allá de

formalidades jurídico mercantiles se limitan a ejecutar materialmente lo supuestamente acordado por el Consejo de la CAM con el informe preceptivo de la Comisión de Retribuciones.

Autoría de los miembros de la comisión de retribuciones.

Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

Participación de los miembros de la comisión de retribuciones.

La participación del resto de administradores en el delito protagonizado por Presidente y Director General, presentaba un evidente problema de prueba. Era necesario constatar si objetivamente habían participado, por acción o por omisión, en su realización y, una vez constatada su contribución personal comprobar si fueron conscientes de que estaban favoreciendo, colaborando en la comisión de ese delito, bien porque conocieron tanto los hechos como su carácter antijurídico, o conociendo que tales hechos comportaban un riesgo cierto de lesión, en el caso analizado para el patrimonio social cuya administración tenían encomendado, lo aceptaron sin proceder a su anulación, mediante una acción que lo evitara o neutralizara. Dado que en todos ellos concurre la condición de administradores especialmente encargados de velar porque nadie disponga ilícitamente del patrimonio social, y todos ellos violan personal e individualmente un deber de fidelidad inherentes a su status, siendo conocedores del riesgo evidente de que la acción aprobada, aceptada o favorecida tenía de acabar causando un perjuicio patrimonial, no debe existir problema en

considerarles autores, dado que en la modalidad de apropiación por gestión desleal es indiferente que el no exista animus rem sibi habendi y por tanto el beneficio sea para un tercero.

Con independencia de las irregularidades en la plasmación documental de los acuerdos, la responsabilidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones también es clara:

1.- A ellos les incumbía una posición de garantía reforzada por sus conocimientos y facultades específicas como miembros cualificados de esa comisión especializada que durante años había supervisado e informado al consejo de administración sobre la política retributiva general de la Caja, y

2.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

3.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

4.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

5.- La fundamentación de la calificación de autoría en tales supuestos se centra en lo que se ha denominado imputación recíproca entre los partícipes que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho (STS 787/2016 de 20 de octubre (RJ 2016, 4946) y 12/2014 de 24 de enero (RJ 2014, 1606)).

Se parte de que el dolo de cada uno de ellos abarca el resultado, al menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto que genera, junto con las aportaciones de los demás. Ciertamente tal reciprocidad en la imputación se rompe si las acciones de cada interviniente suponen un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos (SSTS 141/2016 (RJ 2016, 916) y 603/2015 (RJ 2015, 5772)). Es decir, todos ellos se sitúan en posición de garante respecto de los riesgos creados con la conducta de cada uno, siempre que, como aquí ocurre, conozcan la existencia del hecho y puedan evitar la concreción lesiva de aquel.

6.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

Y aunque la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) estableció que la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan", ello no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en atención a su especial preparación.

Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como unas dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta, reflejo de la cual es la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 897) de la Sala 1ª del TS y la polémica doctrinal que suscita la discusión entre las denominadas teorías del doble vinculo y de la compatibilidad.

Autoría de Fidel.

Secretario del Consejo que conoció con antelación a la sesión el contenido del acuerdo que supuestamente se pretendía aprobar, discutiendo con el Director General la cuestión de la retroactividad, igual que Fulgencio, y validó un acta que reflejaba expresamente datos específicos de la propuesta no informados, deliberados ni conocidos por los vocales, solidarizándose en ese momento con la ideación criminal, y, por consiguiente, contribuyendo de forma personal a facilitar el éxito final del ilícito propósito buscado.

Para que no quedara duda del carácter meramente ejecutivo-formal de los actos en TINSER Cartera SL se diseñó la idea de que constara expresamente la cantidad en el acta del consejo de la CAM, cuantía que si había aprobado la Comisión de Retribuciones.

Idénticos argumentos respecto de los miembros de la comisión de retribuciones son sostenibles respecto Fidel en relación con la redacción y validación del acta.

Sin duda, es quien levantó y certificó, junto con el visto bueno del presidente, el acta de la sesión del consejo de administración permitiendo que constaran datos que no se ha acreditado fueran abordados y acordados con el detalle cuantitativo y cualitativo que permitía conocer su absoluta improcedencia, al ocultar una remuneración que excedía de los poderes estatutariamente conferidos.

El que la posible falsedad del acta fuera excluida del objeto del procedimiento, no impide apreciar en ese hecho su contribución personal al plan delictivo, faltando igualmente a los deberes inherentes de su cargo y función, conociendo que con ello se ponía en claro riesgo el patrimonio social y solo se beneficiaba a Justino.

Como ya señalamos en la intervención de los miembros de la Comisión de Retribuciones y del Secretario existe un doble comportamiento activo y omisivo.

En la actualidad no existe duda en la posibilidad de admitir la figura del coautor o cooperador en comisión por omisión cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la omisión sea conditio sine qua non del resultado.

2. Que se encuentre el partícipe en posición de garante.

3. Conocimiento y voluntad de omisión.

La STS 1058/2010 de 13 de diciembre (RJ 2011, 2370) resume y establece como requisitos de la participación en régimen de comisión por omisión los siguientes: a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice), b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante".

Estas son las conclusiones reflejadas por el Tribunal que reflejan de forma clara y manifiesta, expuesta de forma sistemática, la responsabilidad penal de los condenados ahora recurrentes.

RECURSO DE Efrain.

SEGUNDO.-

1.- Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y del art. 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16), por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento los derechos fundamentales de mi mandante a un proceso con todas las garantías, a la defensa, y dentro del derecho de defensa, en su vertiente específica del derecho a ser informado de la acusación, contenidos en el art. 24.2 de la Constitución (RCL

1978, 2836) , y de consuno, el derecho fundamental del mismo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, contenido en el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del principio acusatorio.

Se considera por el recurrente en esencia que "ha habido una ampliación del objeto del procedimiento por parte de las conclusiones definitivas, y que se produce un cambio sustancial de la acusación, porque se pasa de discutir el contenido material de la decisión -si lo aprobado por el Consejo de Administración podía ser constitutivo de delito- a discutir la forma de lo aprobado -si lo que consta en acta fue o no aprobado por el Consejo de Administración-, lo que tiene una relevancia fundamental incluso sobre el delito por el que se acusa, vulnerándose también el principio de acusación por cuanto supone una modificación sustancial de lo que es objeto de acusación. Y que el relato de hechos recoge las modificaciones realizadas por el escrito de conclusiones definitivas de la acusación popular y particular de D. Florencio, con vulneración del objeto del procedimiento establecido en el Auto de incoación de Procedimiento Abreviado, de 28 de abril de 2016, que sobreseyó expresamente a D. Jose Francisco, por considerar que el acta recogía lo acaecido en la reunión del Consejo de Administración, y no lo establecido en las conclusiones provisionales de esa misma parte, ni lo firmado por esa misma parte en las conclusiones definitivas relativas a D. Justino, ni tampoco lo establecido en las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal.

Añade que no se pueden transgredir los límites del objeto del procedimiento, puesto que esto supone una vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa. Y la ausencia de justificación de ampliación del objeto del procedimiento supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, también en su aspecto de ausencia de motivación, concluyendo que puso de manifiesto al Tribunal, nada más tuvo conocimiento de la modificación de los hechos que consideraba una vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, a la defensa, y a la tutela judicial efectiva la existencia de ese quebrantamiento de los derechos de mi mandante, de forma razonada, poniendo de manifiesto en qué consistía la misma, a qué derechos de mi mandante se afectaba, y cuál era la petición de esta parte para evitar dicha vulneración, consistente en que esos hechos quedasen excluidos del objeto del procedimiento por no haber formado nunca parte del mismo. Incluso puso de manifiesto al Tribunal, a efectos de su consideración por el mismo, la consecuencia jurídica que consideraba que podía tener esa vulneración, para que la misma fuese adecuadamente valorada antes de tomarse una decisión respecto de la misma".

Se añade que "concurre la existencia de acusación sorpresiva, por la acusación de hechos que fueron expresamente sobreseídos y, en consecuencia, expresamente excluidos por el auto de incoación de procedimiento abreviado. Sin embargo, también habría existido una vulneración del principio acusatorio, no sólo por lo anteriormente expuesto, sino también porque la modificación de las conclusiones provisionales realizadas por la acusación popular y particular de D. Florencio supone una modificación esencial de dichas conclusiones que resulta incompatible con los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Al relatar el desarrollo procesal se ha puesto de manifiesto, también, que la modificación de las conclusiones definitivas tenía un carácter sustancial, y que no se trataba de una modificación de aspectos meramente accesorios o periféricos, y que incidía de forma sustantiva en el sentido de la imputación de hechos que se realizaba, es decir, sobre el ámbito objetivo de lo que era objeto de acusación, pero también y de forma patente en el sentido subjetivo de la misma".

Refleja el propio recurrente en su recurso que:

"El Juzgado de Instrucción n.º CINCO de Alicante dictó Auto de incoación de Procedimiento Abreviado, de fecha 28 de abril de 2016, en el que se contenía el siguiente relato de hechos:

"La sociedad "Tinser Cartera S.L. 11 tenía como único accionista la Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante, CAM) y el artículo 9 de los Estatutos de la CAM disponía que los cargos de los Consejeros Generales (entre los que se encontraría el Presidente), tendrían carácter honorífico y gratuito, y no podrían originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento que aprobase la Asamblea General a propuesta del Consejo de Administración, dentro de los límites máximos que en cada momento estableciese la autoridad competente.

Los miembros de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) aprobaron el 27 de noviembre 2009 el nombramiento del Presidente de la CAM, Don Justino, como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad participada "Tinser Cartera S.L." y el pago al Sr. Justino, en dicha condición, de una dieta única anual" de 300.000€, que tendría carácter retroactivo para el último semestre del año 2009.

El acuerdo se adoptó por unanimidad de todos los miembros incluido el propio Sr. Justino así como el Director General Don Efrain siendo éste autor de la propuesta.

... Don Justino recibió, al menos, 600.000€ por el desempeño de unas funciones de presidencia de un órgano de administración, que en "Tinser Cartera S. L." carecían de

dedicación de tiempo, esfuerzo o responsabilidad, y en la CAM eran gratuitas por disposición legal.

...

Al inicio del Juicio Oral no se produjo modificación alguna de las conclusiones provisionales por parte de las acusaciones, aunque se anunció la conformidad de D. Justino con la acusación del Ministerio Fiscal. El escrito de acusación de conformidad firmado por el citado acusado con el Ministerio Fiscal y la acusación popular y particular, firmado el 14 de mayo de 2018, recoge en relación con esta cuestión:

"El Consejo de Administración de la CAM, en la reunión celebrada al día siguiente, el 27 de noviembre de 2009, acordó que el Consejo de Administración de la empresa del grupo Tinser Cartera, S.L., estuviese presidido por Justino, y que la "dieta" anual a percibir por este fuese de 300.000 €, mediante cuatro abonos trimestrales y con carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del ario 2009".

Pues bien, centrado el objeto del motivo es preciso exponer los siguientes extremos:

1.- Alcance del auto de procedimiento abreviado y no exigencia de exhaustividad.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 798/2017 de 11 Dic. 2017 (RJ 2017, 6004) , Rec. 1674/2016 que: "La descripción de los hechos que debe contener el auto de transformación, si bien debe incluir los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de imputación, no requiere que sea exhaustiva, esto es, que incorpore un relato minucioso y detallado, por así decirlo, pormenorizado, ni la incorporación al texto de la resolución de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a las que el auto se refiera con claridad suficiente".

Los hechos nucleares son los definidos en los hechos probados en cuanto a la ideación criminal para nutrir al Presidente de la CAM de una dieta ilegal, constituyendo la referencia al acta un elemento fáctico que surge en el debate y desarrollo de la práctica de la prueba en cuanto a su convicción, tal y como habían alegado las defensas de los consejeros acusados y absueltos por el Tribunal y motiva la modificación de las acusaciones particular y popular a lo que tiene perfecto derecho conforme al art. 788.3 LECRIM, y aunque la postura de la fiscalía se mantenga el Tribunal puede acoger la formulación del resto de acusaciones que, además, se cohonesta con el alegato de aquellas defensas y que motiva su absolución.

Ello no puede ser nunca determinante de indefensión, porque este extremo se conocía, era un dato que, también se debate en el plenario y sobre el que las defensas recurrentes pudieron hacer uso del art. 788.4 LECRIM, lo que no constituye

en modo alguno acusación sorpresiva.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha sostenido que «Constituye doctrina consolidada de esta Sala 2.ª, como nos recuerda el Fiscal, que al escrito de conclusiones definitivas debe ir referida la relación o juicio de congruencia del fallo (SSTS 26 de julio de 1988 (RJ 1988, 6674) , STC 16/1987, de 12 de febrero (RTC 1987, 16)), en cuanto el proceso se orienta y prepara por los escritos de calificaciones provisionales primero, y se consolida y concreta, a la vista de la resultancia del plenario, por las definitivas. Teniendo el instructor la facultad de denegar la apertura del juicio oral, conforme al art. 790.6 (actualmente 783) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta Sala ha declarado que tal apertura "en modo alguno viene a condicionar los delitos concretos objeto de enjuiciamiento", llegando así a la conclusión de que: "el principio acusatorio que constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental no ha resultado vulnerado ni se ha producido indefensión en cuanto ha existido una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia, sin que pueda cumplir ese cometido delimitador el auto de apertura del juicio oral" (STS 488/2000 de 20 de marzo (RJ 2000, 1200)).

2.- El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas.

Pues bien, planteada la vulneración del principio acusatorio hay que recordar, en primer lugar, que como señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 14 May. 1999 (RJ 1999, 5395) , Rec. 1101/1998:

"El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación, primero provisional y después definitiva, es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar. (RTC 1997, 43) , del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb. (RTC 1988, 17) , del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso.

El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas pues de otro modo, dice la sentencia del TS de 8 Mar. 1994 (RJ 1994, 1828) , se haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Lo que ocurre es que esa «imputación tardía», a que alude la S 9 Jun. 1993 (RJ 1993, 4862) , es asumible si, como se viene diciendo, no se altera el objeto del proceso y especialmente se tiene en cuenta el cambio operado para suspender si es necesario la vista oral con objeto de facilitar la adecuada defensa. Y es que, siguiendo a la TC S 29 Oct. 1986 (RTC 1986, 134) , el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un

hecho individualizado como delito. Solo si los hechos acogidos en las conclusiones definitivas son nuevos, es cuando cabe hablar de indefensión (ver la TC S 19 Feb. 1987 (RTC 1987, 20))".

Con ello, los hechos por los que se mantiene la acusación y su calificación jurídica se fijan exclusivamente en los escritos de conclusiones definitivas, no en la imputación judicial inicial, y ni siquiera necesariamente en el Auto de transformación del procedimiento. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir por las partes las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 227/2011 de 30 Mar. 2011 (RJ 2011, 3041) , Rec. 2209/2010 se añade que:

"El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación.

Tales aspectos quedan provisionalmente delimitados por los escritos de conclusiones provisionales. Conforme a ellos se acuerda la apertura del juicio oral, que puede ser denegada respecto de determinados hechos, por las razones señaladas en la ley. No obstante, la apertura del juicio oral se acuerda respecto de hechos y no de calificaciones jurídicas, de manera que la calificación mencionada en el correspondiente auto no vincula al que debe juzgar, salvo que, por su contenido, implique la denegación a que antes se hizo referencia. Es claro que, tras la práctica de la prueba, las acusaciones pueden modificar su calificación jurídica de los hechos, e incluso modificar aspectos fácticos, siempre que se mantenga inalterado el hecho en sus aspectos sustanciales. Y son los escritos de conclusiones definitivas los que señalan los límites al tribunal derivados del principio acusatorio".

La vía por la que se dirige la acusación es la centrada en la "orquestación" organizada de adjudicar una dieta al Presidente de la CAM bajo el subterfugio de la empresa TINSER mediante la atribución de una dieta desproporcionada para burlar la fijación del carácter gratuito del cargo en la CAM, y mediante ello producir una apropiación indebida de la suma fijada en los hechos probados y de la que se consideró responsable a los condenados.

Fue durante el desarrollo del juicio cuando el Tribunal, en base a la prueba practicada llega a la convicción de la inocencia de los miembros del Consejo de

Administración concluyendo que el acta no se correspondía con lo debatido en la sesión, pero esto es un elemento fáctico modificable con respecto al auto de procedimiento abreviado, donde el elemento nuclear de los hechos estaba perfectamente fijado respecto a la maniobra orquestada para lograr este fin.

Este debate sobre la incorrección del acta fue debatido en el plenario y objeto de práctica de prueba; además, no puede traerse al alegato de indefensión que personas imputadas inicialmente fuera sobreseída la causa respecto de ellas, ya que es la práctica de la prueba en el plenario la que determina la viabilidad del uso del art. 788.4 LECRIM si las acusaciones modifican sus conclusiones iniciales, que debemos recordar que tienen el carácter de "provisionales". Y la LECRIM quiso dotarles de este carácter para permitir que si tras el desarrollo del juicio las partes quieren modificar las mismas puedan hacerlo sin alterar los elementos sustanciales, a fin de fijar las definitivas que es sobre lo que girará la acusación base para tenerla en cuenta en el dictado de la sentencia.

Para que se hubiera producido indefensión hubiera sido preciso la omisión por la acusación de este extremo acerca de la alteración del acta, pero ello no ocurre, por cuanto tal modificación se produce formalmente por las acusaciones particular y popular, y fue objeto de debate en el acto del juicio, por lo que no existe "acusación sorpresiva", ya que, además, fue el alegato de las defensas para sostener su absolución, como así se declaró finalmente.

Lo que hace el Tribunal es mantener lo recogido por las tesis manejadas por parte de las acusaciones y por las defensas de los acusados, en cuanto al acta de la sesión, siendo irrelevante procesalmente que este extremo no se haya recogido por el Ministerio Fiscal en esa alteración, porque estimaba que no se había alterado el acta y por eso solicitaba pena para todos los componentes del Consejo. Pero sí se recogió por el resto de acusaciones en sus escritos de modificaciones provisionales, por lo que quedó cubierto el aspecto formal que evita la causación de indefensión al que apela la parte.

3.- La vía del art. 788.4 LECRIM permite a las partes solicitar un aplazamiento si en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena.

Esta expresa petición es preceptiva si se pretende hacer valer la vía del cambio en las conclusiones para poder debatirlo y efectuar alegaciones al respecto.

4.- La alteración del acta del Consejo se fijó en las conclusiones definitivas de las acusaciones particular y popular y fue objeto de debate en el acto del juicio. No hay

indefensión.

No hay condena por falsedad documental, y el hecho de que se sobreseyera la causa respecto al letrado asesor no impide debatir en el juicio, como así ocurrió, este extremo, dado que era el alegato de las defensas, en cuanto a la alteración del acta, y era extremo conocido que su debate se iba a producir, y, por ello, fue objeto de práctica de prueba en el plenario, que determina la convicción del Tribunal sobre la absolución del resto de consejeros. La modificación de conclusiones provisionales a definitivas de la acusación no supone indefensión alguna, al quedar expedita la vía del art. 788.4 LECRIM para su uso en su caso.

5.- La relevancia lo es respecto al hecho nuclear base de la tipificación del hecho tenido por delictivo y que se describe en el auto de PA.

Lo importante, y a lo que debe ajustarse la sentencia, es a los hechos nucleares básicos descritos por las acusaciones, -y además este extremo se adiciona en las conclusiones definitivas, como se ha explicado- y estos hechos son los fijados con claridad, y a los que se refiere la fiscalía en cuanto a que se define un plan delictivo ideado entre el Presidente de la CAM y el Director General de CAM, para que en la sociedad Tinser Cartera SL, se constituyese un consejo de administración, nombrándose presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con 300.000 euros anuales, plan al que se adhirieron los tres componentes de la Comisión de Retribuciones de la CAM, y el Secretario del Consejo de Administración aceptando la proposición que a tal efecto les hizo el Director General, a sabiendas que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos de la entidad. Que, además, se hubiese alterado el acta del Consejo de Administración de la CAM, es una cuestión que no afectaba en esencia al contenido de la calificación con respecto al Director General (recurrente) e irrelevante jurídicamente con respecto al mismo, ya que nadie le acusó por el delito de falsedad, ni se le condenó por el mismo. Sólo en relación a los vocales básicos del Consejo de Administración que resultaron absueltos, dicha alteración sí resultaba esencial, pues alegaron que desconocían el plan delictivo al no haberse puesto de manifiesto en la reunión del Consejo de Administración a la que asistieron (a pesar de haberse recogido en el acta), y así lo consideró probado el Tribunal de instancia absolviéndoles.

Pero el hecho nuclear se circunscribe a esa operación orquestada en la que interviene de modo relevante el recurrente en cuanto a la ideación criminal de la dotación de la dieta de modo irregular, que es el hecho base de la determinación del delito por el que es condenado, con independencia de que el desarrollo del acta fuera el elemento final del plan ya diseñado y llevado a cabo que acaban avalando con la redacción del acta. Y esta alteración que fue debatida en el desarrollo de las sesiones

fue objeto de modificación en las conclusiones definitivas, por lo que no hay vulneración del acusatorio, ya que mientras que las defensas de los miembros del Consejo era lo que sostenían en su defensa y descargo, ello es aceptado por las acusaciones particular y popular y les lleva a modificar sus conclusiones, pero el elemento base de la acusación estaba sostenido en la "orquestación" de la ideación de proveer la adjudicación de la dieta ilegal al Presidente de la CAM, mediante este subterfugio que es fijado en los hechos probados. Que la Fiscalía mantuviera que no hay tal alteración no es base de vulneración alguna, siempre que el resto de acusaciones mantuvieran que sí lo hubo, y esto es lo que ejecutan en el trámite que la LECRIM les permite.

En el auto de procedimiento abreviado los hechos básicos del plan diseñado para la adjudicación de la dieta estaban perfectamente diseñados. Otra cuestión es que a lo largo del procedimiento, y, evidentemente, tras la práctica de la prueba en el juicio oral puedan diseñarse modificaciones de extremos relacionados con este operativo, y ser matizados en el sentido que se desprenda de la práctica de la prueba, que es lo que en este caso ocurrió, por lo que la indefensión no se produjo. Y en esencia, la conformidad del acusado, Presidente de la CAM, gira sobre este plan orquestado del que él era el beneficiado principal y único, pero dejando el resto del procedimiento, tras su aceptación de responsabilidades, para determinar si existía responsabilidad en el resto de acusados, entre ellos, los miembros del Consejo de Administración, fijándose que no la tenían por las razones ahora debatidas, pero que, respecto a la alteración del acta, fue objeto de debate en el juicio. No es preciso, pues, que el reconocimiento de la responsabilidad penal de uno de los coacusados se extienda con respecto a cada uno de los extremos que, en lo que afecta al resto de acusados, va a ser objeto de la sentencia.

No hubo indefensión alguna, por cuanto el recurrente conocía que era una postura adoptada por gran parte de las defensas en sus escritos de conclusiones provisionales y por las acusaciones particular y popular en sus escritos de conclusiones definitivas.

6.- Este extremo no afecta al recurrente, para quien se declara probado haber participado de forma directa en la ideación criminal y ejecución.

En cualquier caso, y pese al alegato del recurrente, además, se hubiese alterado el acta del Consejo de Administración de la CAM, es una cuestión que no afectaba en esencia al contenido de la calificación con respecto al Director General (recurrente) e irrelevante jurídicamente con respecto al mismo, ya que nadie le acusó por el delito de falsedad, ni se le condenó por el mismo.

Debemos recordar que en el relato de hechos probados se fija que: Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento.

5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales. En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación". Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

Es decir, los elementos básicos de la intervención del recurrente ya se habían producido, con independencia de la forma de acceso al acta del Consejo de administración, por lo que estaban ya definidos y diseñados los elementos fácticos tenidos en cuenta para la condena, siendo la alteración del acta un elemento que era objeto de alegación por las defensas de los consejeros y que fue aceptada por las acusaciones popular y particular, aunque no por la fiscalía, y que motiva la modificación de las conclusiones provisionales al elevarlas a definitivas.

Que ello beneficiara a las defensas de los miembros del consejo no conlleva indefensión al recurrente, ya que fue un elemento sometido a prueba y debate en el juicio, lo que pudo llevar a la vía, en su caso, del art. 788.4 LECRIM por las defensas de los recurrentes ante esta modificación, y sin que la forma en la que se aceptó la conformidad de Justino, o que la fiscalía mantuviera otra tesis cause indefensión alguna por los motivos ya indicados. Y sin que tampoco tenga incidencia el archivo de la causa con respecto al Sr. Jose Francisco, ya que esto queda en la fase de instrucción, y la sentencia solo afecta a los que son objeto de acusación en el plenario y respecto a las conclusiones definitivas, que es lo que constituye el objeto de la acusación, no las provisionales. No hay, con ello, una transgresión de los límites del procedimiento, como se alega en la pág. 48 del recurso, ya que el letrado asesor de la CAM compareció como testigo, y su posición procesal previa y decisiones respecto del mismo no pueden tener la influencia que postula el recurrente en su propio beneficio, ya que existe en este caso una desconexión de la práctica de la prueba del plenario con lo practicado en la fase de instrucción, sobre lo que lo que la desconexión procesal y material es un elemento que se debe tener en cuenta.

Así pues, el alegato respecto a la indefensión y vulneración del principio acusatorio supone una especie de alegación defensiva de desviación respecto a lo que constituye el hecho nuclear sobre el que ha girado la acusación, que es objeto de matiz en la fase del plenario en el trámite de modificación de conclusiones provisionales a definitivas en los términos ya indicados.

No existe, pues, una modificación sustancial de los hechos que sea determinante de la calificación jurídica, por cuanto esta está diseñada sobre la orquestación del plan diseñado, en el que tienen participación decisiva el recurrente, para dotar a Justino de la dieta ilegal que se acordó, por lo que los elementos que determinan la exoneración de responsabilidad a los miembros del consejo de administración no puede ser utilizado para reclamar indefensión cuando sus elementos de base de la acusación ya eran conocidos por él en cuanto a la orquestación de la ideación criminal.

En el Fundamento jurídico 1º de la presente resolución se ha llevado a cabo una relación sistemática de la valoración probatoria, y en la letra f bajo la rúbrica de "Responsabilidad del Director General de la CAM Efrain" se relaciona la del recurrente en cuanto al proceso llevado a cabo con carácter previo a esa junta, y se hace constar que:

"Es Efrain quien, según su versión, para dar cumplimiento a las indicaciones y deseos del presidente, asume la propuesta de acomodarle en el proyecto TINSER como propia, y la defiende en todos los departamentos y comisiones de la entidad.

Él así lo asume y consta en las respectivas actas.

Defiende de forma personal la propuesta en la Comisión de Retribuciones, parcialmente en el Consejo de Administración y supervisa y conoce todos los avatares posteriores, pues también formaba parte del nuevo, y virtual, consejo de TINSER Cartera S.L.

No existe duda de que fue él quien de mutuo acuerdo con Justino ideó, urdió, dio cuerpo y ejecutó todo lo acontecido.

...

Es el propio Efrain el que nos indica que desde el momento mismo de la incorporación se buscó acomodo a Justino, y ello fraguó en el proyecto Tinser.

Es Efrain quien se ocupa de manera directa y personal en que apareciera como una atractiva oportunidad de negocio y creación de valor para la CAM, lo que no ocultaba sino la forma de encubrir un pago injustificado al nuevo presidente, algo que habían hablado y llevaban articulando desde el mismo momento en que Justino fue nombrado presidente en el mes de junio.

No es casualidad que provenga del ámbito de inversión donde ya había desempeñado su labor Justino.

Es evidente que es el equipo directivo el que fragua el proyecto, da cuerpo a la modificación del órgano de gobierno siguiendo las indicaciones de sus superiores y con el Director General al frente, quien se ocupa de forma personal en sacar adelante la propuesta, supervisando todos los detalles.

No lo ha negado en ningún momento Efrain".

Este es el hecho esencial al descartar la legalidad del operativo diseñado por el recurrente.

El motivo se desestima.

TERCERO.-

2.- Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y del art. 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por cuanto se han vulnerado en el presente procedimiento los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa de mi mandante, contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , y de consuno, el derecho fundamental del mismo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, contenido en el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del principio acusatorio, al condenarle como coautor material de un delito de apropiación indebida,

cuando el mismo solo fue acusado como inductor o cooperador necesario del mismo.

Señala el recurrente que se le ha condenado como autor cuando fue acusado como inductor o cooperador necesario. Pero, sin embargo, hay que señalar que tanto el cooperador necesario como el inductor son considerados como autores en el artículo 28 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , y así consta literalmente en el art. 28 CP al fijar que: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Por ello, pueden ser sancionados con la misma pena que los autores directos, por lo que dicha cuestión no modificaría el fallo de la sentencia. Se considere al acusado autor directo, cooperador necesario o inductor, podría ser sancionado con la misma pena y no tendría relevancia para alterar el fallo de la sentencia. La pena que solicitaban para él las acusaciones era la que correspondía al autor directo (en ningún momento se ha solicitado la pena rebajada en un grado, en base a lo dispuesto en el artículo 65.3 CP).

Hay que recordar que esta Sala señaló en su sentencia 798/2017 de 11 Dic. 2017 (RJ 2017, 6004) , Rec. 1674/2016 que El principio acusatorio -decíamos en la STS 683/2016 de 26 julio (RJ 2016, 3830) con citación de otras- se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o introducidos por la defensa. Lo esencial es que el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria y obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por acusación y defensa. Ello implica que debe existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia.

Esa correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de aquella, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso. A los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada. Y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo

con el contenido en la acusación.

El principio acusatorio que informa nuestro proceso penal particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, es una consecuencia más del sistema constitucional de garantías procesales y exige una debida correlación entre la acusación y la sentencia. Lo esencial es que la defensa del acusado tenga conocimiento con antelación suficiente de lo que se atribuye y la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates del juicio, sin que la sentencia pueda condenar de modo sorpresivo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articular su estrategia defensiva. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir elementos nuevos respecto de los cuales no haya existido antes posibilidad de defenderse.

Por otro lado, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala - STS 639/2017 de 28 septiembre (RJ 2017, 4590) , entre otras muchas- el principio acusatorio no exige una transcripción mimética y literal de la acusación si no que se mantenga la identidad de la esencialidad del hecho".

No existe indefensión alguna en la delimitación final del tipo de autoría, cuando el recurrente ha tenido ocasión de defenderse de los hechos. No se trata en este caso de que se le haya acusado como cómplice o encubridor, sino que es la delimitación del tipo de autoría del art. 28 CP y su fijación final por el Tribunal por lo que la indefensión es inexistente.

En cualquier caso se ha hecho constar en la sentencia que respecto del recurrente:

"En cuanto al Director General, aunque dados sus amplios poderes autónomos de gestión y decisión independiente, mantenidos de forma sistemática y continuada y con respaldo de la sociedad, permitiría considerarle administrador de hecho, pudiera argumentarse que en materia de retribución de los consejeros carecía de esas facultades y por tanto no debiera ser considerado como autor o coautor, pero nunca impediría considerarle como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva.

No cabe duda que sus poderes reales de control y ejecución dentro de la entidad era omnímodos, y sin su aportación personal el éxito hubiera sido inviable".

Aunque más tarde señala que "Parece que la idea criminal surge del Presidente si bien el Director General se solidariza, la aprueba y hace suya.

a.- Habida cuenta sus amplios poderes de gestión y representación, con independencia de que no fuera formalmente consejero, aunque sí podía acudir al

consejo con voz pero sin voto, permite afirmar que tiene un codominio funcional de la acción y puede ser considerado coautor".

Sea como fuere en el fallo de la sentencia se le condena como autor al recurrente, lo que no provoca indefensión, ya que no se trata, como se fija en el recurso en varios ejemplos de condenar como cooperador necesario a quien se acusa como cómplice, o de acusar como encubridor y se condena como autor de un delito, sino fijar la determinación de la responsabilidad en una de las vías que permite el art. 28 CP entre las variantes de la autoría, y ello al desprenderse así de la prueba practicada.

Cuestión distinta es que el grado de la relevancia de la participación tenga incidencia en la pena a imponer, a lo que luego nos referiremos. Pero circunscrito a la existencia de indefensión o vulneración del principio acusatorio no existe, ya que los hechos sobre los que se sustenta la acusación lo son dentro de las modalidades de la autoría, y es la determinación de la misma en la sentencia, aunque el Tribunal no descarta su " consideración como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva", no obstante fijar más tarde la relevancia de su contribución a los hechos por su dominio funcional a los hechos. Pero estos estaban perfectamente definidos en las acusaciones, y sobre ello era conocido por la defensa del recurrente, por lo que no existe ni indefensión ni vulneración del principio acusatorio, al no existir una alteración relevante del título de imputación, como lo sería ser acusado como cómplice y condenar como autor.

En cualquier caso, ello no impide la calificación alternativa de la defensa por la vía del art. 65.3 CP, como propone, en alternancia a la petición de condena de la acusación, pero la fijación de la pena determina que no es aceptada en orden a señalar el Tribunal en el FD nº 11 que: deberán diferenciarse las contribuciones personales de los distintos partícipes, en la que destaca la posición predominante del Director General, al que se impondrá pena superior.

Además, como sostiene la fiscalía, ello no supone un agravamiento de la acusación, como sostiene el recurrente, al ser los títulos de imputación homogéneos. No se da, por tanto, ninguna vulneración del principio acusatorio, pues no cabe considerar que la sentencia haya variado el título de imputación (es homogéneo) y no ha impuesto penas superiores a las solicitadas por la acusación.

La clave de la inexistencia de la indefensión es que aunque en la vía de la cooperación podría serle de aplicación el art. 65.3 CP, ello siempre es opcional atendiendo a la gravedad de los hechos, pero el Tribunal dentro del concepto de autoría del art. 28 CP lo enmarca como autor, al igual que el resto de condenados. Pero no existe imposición de pena superior y el concepto de coautoría viene fijado en

el título del art. 28 CP, que es el que utiliza la acusación.

Esta Sala en la sentencia del Tribunal Supremo 677/2003 de 7 May. 2003 (RJ 2003, 4054) , Rec. 434/2002 señaló que "en la Sentencia de esta Sala 221/2001, de 19 Feb (RJ 2001, 2306) , se dice, entre otros extremos, que el contenido de la acusación en cuanto a los hechos y en cuanto a su calificación jurídica determina los límites del proceso, de tal modo que, por respeto al llamado principio acusatorio, no se le podrá condenar por hechos no incluidos en la acusación, ni por delito alguno distinto al que es objeto de acusación a no ser que los elementos jurídicos del delito distinto sean los mismos hasta el punto de poderse afirmar su homogeneidad con el de acusación, ni podrá tampoco el Tribunal estimar circunstancias agravantes no incluidas en la acusación, ni apreciar un grado de perfección o de participación más grave que los utilizados en las conclusiones definitivas, ni imponer pena más grave que la solicitada para el delito".

Se continúa añadiendo que el límite está en que "no se adopten en la resolución hechos distintos a los incluidos en las conclusiones de las partes acusadoras y que la sanción que se imponga no sea superior o por delito distinto que no fuere homogéneo todo con el fin de no dejar indefenso al acusado ante hechos o peticiones de pena que no hubiera conocido con tiempo para defenderse adecuadamente".

La pena impuesta no es mayor que la solicitada, el título de imputación está incluido en la autoría del art. 28 CP, así como el de coautoría impuesto en sentencia. La pena en ambos casos es la misma, con la diferencia de la opción del art. 65.3 CP para el cooperador necesario. Pero la determinación de la conducta concreta desplegada por el recurrente y su grado de influencia en la consecución final de los hechos descarta esta opción al ubicarlo en su dominio del hecho que le lleva a la coautoría, y que no llevaría, en cualquier caso, a la rebaja de pena de la cooperación del art. 65.3 CP, que insistimos, es opcional en atención a la gravedad del hecho y del grado de participación del responsable, aunque en la determinación de la pena nos referiremos posteriormente. Lo importante es reflejar que la homogeneidad en la imputación ubicada en el art. 28 CP, la no modificación de los hechos, y la no imposición de pena superior a la pedida determina que no hay indefensión ni vulneración del principio acusatorio.

A estos efectos, recuerda esta Sala en la sentencia 37/2006 de 25 Ene. 2006 (RJ 2006, 3331) , Rec. 2072/2004 que "Los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria- se equiparan a la autoría a los efectos penales".

Esta cuestión ya se planteó en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 438/2018 de 3 Oct. 2018 (RJ 2018, 4189) , Rec. 772/2017, donde se recogió que:

"En cuanto a la participación de los recurrentes, consistente en la concreta ejecución de todos los actos de disposición por los importes reseñados, es cierto que después de calificarla como cooperación necesaria, en el fallo se les condena como autores. La cuestión carece de trascendencia en la pena, y ya se ha explicado cómo debe entenderse".

El principio acusatorio no supone que el órgano enjuiciador quede vinculado por las calificaciones jurídicas de la acusación. El tribunal, determinados los hechos probados, tendrá que valorar si las imputaciones realizadas por la acusación deben apreciarse o no. Y en dicho margen puede considerar calificaciones jurídicas distintas de la condena «pedida» por las acusaciones o de la absolución. La condena está en el marco del juego del art. 28 CP que era objeto de acusación, no hay alteración de los hechos de la acusación, ni de la pena. No hay indefensión por ello, sino determinación concreta del grado de intervención del recurrente en los hechos probados, sin que el alegato del recurrente de una menor participación tuviera el efecto reclamado en la pena, aunque a este punto nos referimos más adelante.

En cualquier caso es preciso recordar la cita de la sentencia en cuanto a que se apunta a que "En cuanto al Director General, aunque dados sus amplios poderes autónomos de gestión y decisión independiente, mantenidos de forma sistemática y continuada y con respaldo de la sociedad, permitiría considerarle administrador de hecho, pudiera argumentarse que en materia de retribución de los consejeros carecía de esas facultades y por tanto no debiera ser considerado como autor o coautor, pero nunca impediría considerarle como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva." Sea como fuere, la cita en la parte dispositiva de la sentencia de la autoría lo refiere a la vía del art. 28 CP en la que se integran las diversas modalidades, entre las que el Tribunal ha expuesto que nunca impediría considerarle como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva, por lo que en cualquier caso no existe la vulneración pretendida o causación de indefensión.

El motivo se desestima.

CUARTO

3.- Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y del art. 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento el derecho fundamental a la presunción de inocencia de mi mandante, contenido en el art. 24.2 de la C.E. (RCL 1978, 2836)

Se sostiene el alegato de la presunción de inocencia sobre la base de que se denuncia la infracción del derecho fundamental porque la prueba practicada en el

Plenario no tiene aptitud para considerarse prueba de cargo, es decir, no se sostiene que no existan pruebas, sino que lo que se manifiesta es que la prueba practicada no lo es de cargo, y que sólo se puede llegar a dicha conclusión con un análisis irracional del acervo probatorio.

Entiende que "nos hallamos ante una valoración ilógica y falta de racionalidad de la prueba practicada".

Y sostiene su alegato en cinco extremos, a saber:

1.- La vulneración de la presunción de inocencia por fundamentar la prueba en declaraciones de coacusados que carecen de los requisitos jurisprudenciales para corroborar su validez. Considera que tanto las declaraciones del acusado D. Justino que se conformó con los hechos, como de los miembros del Consejo de Administración de la CAM no deben ser tenidos en cuenta ya que tenía motivos espurios.

2.- Denuncia la vulneración de la presunción de inocencia en relación con los hechos probados relativos a lo acaecido en la sesión del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009.

3.- La legalidad de la retribución de D. Justino en Tinser Cartera.

4.- La acreditación del trabajo desempeñado por D. Justino, al frente de TINSER CARTERA S.L.

5.- El origen de la propuesta de D. Justino como Presidente de Tinser y la ausencia de plan alguno para retribuirle indebidamente.

Pues bien, sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5 (RJ 2010, 5798) , 84/2010 de 18.2 (RJ 2010, 3500) , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 (RJ 2010, 2282) , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011 (RJ 2011, 1942)) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 (RTC 2006, 136) ; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 (RTC 2008, 60)).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 (RTC 2002, 70) y 116/2006 de 29.4 (RTC 2006, 116)).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.11 (RJ 2006, 8088) , 742/2007 de 26.9 (RJ 2007, 7298) y 52/2008 de 5.2 (RJ 2008, 1925) cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7 (RJ 2001, 7719)).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la

suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3 (RJ 2004, 1458)). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10 (RJ 2006, 6678)).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 (RTC 2006, 123) de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 (RTC 2005, 300) , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, sí explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 (RJ 2006, 3300) :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".

b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible

y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -SSTC 68/98 (RTC 1998, 68), 85/99, 117/2000 (RTC 2000, 117), 4 de Junio de 2001 o 28 de Enero de 2002 (RJ 2002, 1855), o de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005 (RJ 2005, 5525), 476/2006, 528/2007 (RJ 2007, 4738) entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 (RJ 2007, 625), que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9- 3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).

2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.

3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.

4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.

5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente

6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005 (RJ 2006, 1418)).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio (RTC 1990, 127) ; 87/2001, de 2 de abril (RTC 2001, 87) ; 233/2005, de 26 de septiembre (RTC 2005, 233) ; 267/2005, de 24 de octubre (RTC 2005, 267) ; 8/2006, de 16 de enero (RTC 2006, 8) ; y 92/2006, de 27 de marzo (RTC 2006, 92)).

En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:

1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabolica de los hechos negativos (STC 140/1991, de 20 de junio (RTC 1991, 140));

2.ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;

3.ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (SSTC 82/1992, de 28 de mayo (RTC 1992, 82) ; y 138/1992, de 13 de octubre (RTC 1992, 138)); y

4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

Cuestionándose la prueba tenida en cuenta por el Tribunal debemos destacar la que ha sido tenida en cuenta por el mismo para tener por enervada la presunción de inocencia en cada uno de los extremos citados que se alegan por el recurrente para ir dando respuesta detallada a cada uno de ellos, a saber:

1.- La vulneración de la presunción de inocencia por fundamentar la prueba en declaraciones de coacusados que carecen de los requisitos jurisprudenciales para corroborar su validez. Considera que tanto las declaraciones del acusado D. Justino que se conformó con los hechos, como de los miembros del Consejo de Administración de la CAM no deben ser tenidos en cuenta ya que tenía motivos espurios.

La negativa de Justino y de los miembros del Consejo de Administración a contestar preguntas no provoca una vulneración de la presunción de inocencia, porque supone un derecho del acusado, y ello no comporta vulneración alguna.

Con respecto al derecho a negarse a declarar de un acusado en el juicio a preguntas de determinadas partes ya hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 480/2009 de 22 May. 2009 (RJ 2010, 662) , Rec. 10084/2008 que:

"Quien ejercita su derecho a no declarar desde el amparo que le concede la presunción de inocencia está sencillamente ejercitando su derecho constitucional, sin que ello suponga, como dice la STS. 20.7.2001 (RJ 2001, 4945) una valoración negativa del ejercicio del derecho al silencio. En este sentido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17.7.98, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas ratificado por España, en el art. 67.1 g) y respecto del acusado entre sus derechos expresamente le reconoce "a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia". Otra cosa es que su negativa a declarar haga entrar en juego la opción de la lectura de sus declaraciones sumariales, pero este uso del acusado en el juicio es legítimo y constitucional y no provoca una indefensión en otros coacusados.

Pero, además, sustentándose que se haya tenido en cuenta las declaraciones de coimputados debemos recordar que sobre la declaración del coimputado hay que destacar que esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 241/2019 de 9 May. 2019 (RJ 2019, 1948) , Rec. 10455/2018 ha señalado que:

Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal

" Esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia 472/2016 de 1 Jun. 2016 (RJ 2016, 2724) , Rec. 1245/2015) ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones prestadas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre (RJ 2010, 708) ; 84/2010 de 18 de febrero (RJ 2010, 3500) ; 60/2012 de 8 de febrero (RJ 2012, 10144) ; 129/2014 de 26 de febrero (RJ 2014, 1574) o 622/2015 de 23 de octubre (RJ 2015, 4780)).

Hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la

valoración de esa declaración como prueba de cargo.

En definitiva, nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.

En orden a superar las reticencias que derivan de la especial posición del coimputado, esta Sala ha establecido una serie de pautas de valoración que se mueven en cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque, en palabras, entre otras, de la STS 513/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4342) , en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Entre ellas y de manera especial la existencia de motivaciones espurias, lo que enlaza con las ventajas derivadas de la heteroimputación.

Como recuerda la STS 258/2015, de 8 de mayo (RJ 2015, 1732) , existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento.

El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo (RJ 2000, 1112)). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.

En la STC 233/2002, de 9 de diciembre (RTC 2002, 233) , se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas:

1.- Que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada tanto al Tribunal Constitucional como a esta propia Sala Casacional, sino mínima; y

2.- Que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son:

a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;

b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;

c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;

d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y

e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Destaca en este punto la doctrina que se considera que existe corroboración objetiva cuando junto a las declaraciones de los coimputados existe un conjunto de hechos o indicios convergentes externos o periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad (Sentencias del TC 68/2001 (RTC 2001, 68) y 69/2001 (RTC 2001, 69) , ambas de 17 de marzo), es decir, que doten de verosimilitud bastante dicha declaración para hacer razonable su prudencial valoración. Y una vez comprobados estos factores, debe examinarse, desde el punto de vista subjetivo, la ausencia de elementos de incredibilidad en el coimputado-declarante.

Tales elementos son los siguientes:

a) La personalidad del delincuente delator, entendiendo la doctrina, que como de lo que se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, las características de la personalidad del coimputado, sirven para elaborar una imagen de quien declara: rasgos de su carácter, patologías psíquicas, antecedentes penales, habitualidad delictiva, edad, formación, propensión a la delincuencia, etc.; convirtiéndose en un

factor que apoya la credibilidad de las manifestaciones el hecho de que el coimputado haya tenido, hasta el momento de comisión del delito, una buena conducta personal y profesional (ejemplo citado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2052)).

b) Relaciones que, precedentemente, mantuviese el delator con el coacusado al que incrimina, que pueden ser de carácter contractual, financiero u obligacional, ya que estas relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional, como sintetiza Hugo, pueden motivar reacciones opuestas como la exculpación o la inculpación, y de ellas pueden deducirse "datos de interés que arrojen cierta luz sobre la motivación que debe ser apreciable en el sentido de la declaración".

c) Declaraciones precisas, claras y contundentes, de modo que una descripción minuciosa de los hechos, la coherencia con otros datos que arrojen las actuaciones y el mantenimiento de una misma línea de manifestaciones desde la instrucción hasta el Juicio Oral, son elementos que conducen al Tribunal de instancia a valorar, de un modo positivo, la credibilidad de la declaración incriminatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2865) , 14 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3917) , 24 de septiembre, 19 de octubre (RJ 1996, 7419) y 7 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8925)).

d) El examen riguroso de la existencia de móviles turbios o inconfesables, que, impulsando la acusación de un inocente, pudieran tildar el testimonio como de falso o espurio o, al menos, restarle credibilidad, tales como el odio personal, la venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos, animadversión, etc. (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 7017)). Se trata, en definitiva, de juicios de intención, que deben ser valorados por el Tribunal sentenciador que tuvo la inmediación de juzgar de forma extremadamente cuidadosa, pudiendo ser inferidos de la conducta del coimputado mediante el contraste de los diferentes datos que obren en la causa. Pero lo decisivo para considerar o no esa credibilidad es que no aparezcan en las actuaciones extremos, datos o circunstancias que lleven a la conclusión de que dichos móviles existen, siendo el encargado de valorarlos el Tribunal Sentenciador (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7610)).

e) Y el ánimo de buscar la propia exculpación, que no debe conducir a una pérdida de credibilidad por sí de la declaración incriminatoria del coimputado, configurándose éste como un dato más para valorar la credibilidad de ese testimonio. Si bien no existen apenas dudas de la veracidad de las manifestaciones del coimputado cuando él mismo asume su participación en los hechos al mismo tiempo que incrimina a los

demás partícipes (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7954) , 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 2803) , 24 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6749) y 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 2012)), éstas sí pueden plantearse cuando inculpa al coacusado mientras el delator se exculpa, debiendo entonces, en este último caso, acudirse a otras pruebas que obren en las actuaciones para confirmar o negar la culpabilidad de los acusados.

Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende auto exculparse, sino que reconoce su culpa".

En cualquier caso, tampoco ha llegado a producirse una delación, sino una autoinculpación de Justino, que viene cotejado en otros términos concomitantes con las de los consejeros, cuyo resultado absolutorio no tiene por qué comprometer la veracidad de lo que declararon y llega a convencimiento del Tribunal.

Así, en este supuesto lo que ha ocurrido es que en la declaración tanto de Justino como del resto de consejeros se han fijado los hechos concomitantes que en todas estas declaraciones se corresponden, y que el propio Justino lo que hace es reconocer los hechos tal cual permiten su condena, pero que ello arrastre la del resto de recurrentes es una consecuencia, precisamente, del resto de las pruebas que se han practicado, y que los consejeros aludieran a que no recuerdan haberse tratado el tema en la junta, lejos de ser un alegato exculpatorio, es una realidad que el Tribunal declara probado en la libre convicción de la valoración probatoria. Y ello, porque la orquestación del delito ya venía de antes, siendo en la junta cuando se materializa la forma en la que se plasma en el acta, pero la ideación del delito y su plasmación venía de antes a este desarrollo de la junta, siendo ésta el cauce instrumental de su conformación delictiva.

La sentencia mantiene que el acusado Justino ha reconocido haber percibido tan importantes emolumentos por una función meramente representativa y protocolaria como Presidente de la CAM, pese a que por disposición legal y estatutaria su desempeño tenía que ser gratuito y meramente honorífico. "Es preciso destacar -dice- que sí que declaró en el acto del juicio, remitiéndose al contenido íntegro del escrito suscrito junto con las acusaciones, si bien, se acogió a su derecho a no contestar a las preguntas formuladas por el resto de las defensas. Ello es una estrategia perfectamente válida y que no supone merma alguna en las posibilidades de defensa del resto de acusados. El escrito suscrito por este acusado no puede considerarse como una conformidad estricta, inviable en cuanto el resto de acusados

no reconoció hecho delictivo alguno, y es solo la plasmación del acuerdo alcanzado con el Ministerio Fiscal que se formalizó en el momento de elevar las conclusiones a definitivas".

Así, ya hemos especificado en el FD 1º de la presente resolución la referencia a la valoración probatoria que conduce a la condena. Y en este caso las declaraciones de Justino y los consejeros absueltos se cohonestan con los siguientes extremos de prueba que es valorada por el Tribunal como de cargo para el dictado de la sentencia condenatoria, pese al distinto criterio del recurrente. Y así:

1.- Documental:

El núcleo de la prueba documental viene conformado por los siguientes documentos entre los que podemos destacar

Seis documentos básicos:

1. El orden del día de la convocatoria del Consejo de Administración para el 27 de noviembre 2009 (f. 468-474 del Tomo II). Nada reflejaba sobre el denominado Proyecto Tinser.

2. Acta de la Comisión de Retribuciones celebrada en la tarde del 26 de noviembre de 2009 (folio 320 Tomo I), así como la carta comunicada y leída en la reunión del Consejo de Administración del día siguiente, recogida literalmente en el acta del consejo de administración de fecha 27 de noviembre de 2009.

3. El documento de trabajo denominado preacta, con anotaciones manuscritas del propio Secretario del Consejo de Administración D. Fidel. (f. 328 del Tomo I).

4. El correo electrónico y borrador del acta que remitió el 2 de diciembre de 2009 el Secretario de actas y Letrado Asesor al Presidente de la CAM y al Secretario titular "para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad". (f. 774 Tomo II, doc 19 aportado en su declaración como imputado).

5. El acta del Consejo de Administración de la CAM de fecha 27 de noviembre de 2009, que consta aprobada y validada el día 9 de diciembre siguiente. Aparece a los folios 475- 508 del Tomo II. En el último párrafo del folio 478 vto. está el acuerdo discutido.

6. Acta de la Junta General extraordinaria y universal de la sociedad Tinser Cartera S.L. de nueve de diciembre de 2009 y del Consejo de Administración de Tinser posterior (f. 41-42; 45-48 Tomo I).

Especial mención a los siguientes documentos que acreditan gran parte de los hechos declarados probados:

1.- Como documentos "históricos" se ha hecho especial referencia a las actas de Consejo de Administración de 17 de marzo y 15 de julio 2005, así como las respectivas actas de la Comisión de Retribuciones de 14 de marzo y 15 de julio (Docs. 4 a 7. Rollo prueba defensa Efrain f. 14 y ss) (Hecho 3º).

2.- Certificados de retenciones a efectos de IRPF correspondientes a los ejercicios 2009-2011 practicados por Tinser Cartera S.L. respecto de Justino (F. 1244 y 1245; y 1260-69 Tomo IV). (Hecho 10º).

3.- El correo electrónico aportado por D. Fidel de la mañana del día 10 de diciembre de 2009 (f. 337 Tomo I).

4.- Carta remitida por la dirección Servicios Jurídicos a la Dirección General el 6 de octubre de 2015 sobre dietas en órganos de gobierno y dietas en Consejos de Administración de sociedades participadas (Doc. 8 Rollo prueba RLA. f. 125).

Documentos de contenido no controvertido que permiten tener por acreditados los apartados neutros o no discutidos del relato de hechos probados

1.- Certificación literal de la inscripción registral de la sociedad Tinser Cartera S.L. (f. 1180-1234; Tomo IV). En sus Estatutos se dispone que "El cargo de administrador será retribuido en concepto de dieta de asistencia a las sesiones del órgano de Administración, e igualmente tendrá derecho al reembolso de los gastos que le ocasione el ejercicio de tales cargos, sin perjuicio de las contraprestaciones que le correspondan por servicios de otra índole, de carácter profesional, laboral, etc... El importe de la cantidad a percibir en concepto de dieta de asistencia será establecido por la Junta General".

2.- Los Estatutos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo que aparecen unidos al folio 757 del Tomo III. (Hecho 2º).

3.- La reseña del acta supuestamente leída en el Consejo de diciembre, remitida por el Bando Sabadell (f. 992 del Rollo de Sala, prueba interesada por la defensa de Leovigildo).

4.- Acta del Comité de Dirección del día 24 de noviembre de 2009 (f.323 Tomo I).

5.- Denuncia interpuesta por la CAM el 3 de septiembre de 2014 (f.245-248 Tomo I) (Hecho 12º).

6.- Informe de la Inspección del Banco de España (f.112-244 Tomo I).

7.- Escritura de segregación de Banco CAM, Protocolo n.º 993 del notario de Madrid D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez, de fecha 21 de junio de 2011 y Escritura de compraventa de acciones de la sociedad mercantil Banco Cam S.A. (Sociedad Unipersonal), otorgada por Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito a favor de Banco Sabadell S.A., con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Protocolo n.º 1576 del notario de Madrid de D. Ignacio Ramos Covarrubias (f. 1510-2079, Tomo V). (Hecho 11º)

2.- Declaración de Justino:

El presidente Justino ha asumido los hechos imputados por el Ministerio Fiscal.

En definitiva, ha reconocido:

1.- Haberse embolsado 600.000 euros como Presidente de Tinser Cartera S.L. sin contraprestación alguna.

2.- Ha reconocido haber percibido tan importantes emolumentos por una función meramente representativa y protocolaria como Presidente de la CAM, pese a que por disposición legal y estatutaria su desempeño tenía que ser gratuito y meramente honorífico.

3.- Es preciso destacar que sí que declaró en el acto del juicio, remitiéndose al contenido íntegro del escrito suscrito junto con las acusaciones, si bien, se acogió a su derecho a no contestar a las preguntas formuladas por el resto de las defensas. Ello es una estrategia perfectamente válida y que no supone merma alguna en las posibilidades de defensa del resto de acusados.

4.- El escrito suscrito por este acusado no puede considerarse como una conformidad estricta, inviable en cuanto el resto de acusados no reconoció hecho delictivo alguno, y es solo la plasmación del acuerdo alcanzado con el Ministerio Fiscal que se formalizó en el momento de elevar las conclusiones a definitivas.

3.- Vocales del consejo imputados.

Coinciden en lo sustancial: fue Efrain quien asumió como propia la propuesta enmarcada en un ambicioso y atractivo proyecto de relanzamiento de TINSER, como forma de potenciar la presencia de la CAM en el tejido industrial de los territorios históricos de la Caja, siendo el nuevo presidente Justino la persona idónea por perfil y cualificación para visibilizar y llevar a adelante el proyecto.

Coinciden en que no se mencionó en ningún caso el importe concreto de la retribución, ni mucho menos su carácter retroactivo.

4.-Testimonio de D. Abelardo.

Fue el administrador único de Tinser Cartera S.L. desde su creación en 2002 hasta la modificación del órgano de gobierno objeto de este juicio.

Es el elemento corroborador esencial del reconocimiento de hechos efectuado por el propio Justino, junto con la acreditación documental de los pagos efectuados.

Las dos afirmaciones básicas del testigo fueron:

1.- Que la modificación del órgano de gobierno de TINSER no supuso alteración alguna en el discurrir de la entidad, y

2.- Que desconocía en qué pudo consistir el trabajo y aportación del designado como Presidente del nuevo consejo de Consejo de Administración.

De lo que cabe concluir que la modificación de la estructura de gobierno no respondía a necesidad económica alguna.

Él, pese a que era con anterioridad administrador único, y pasó después a ser Consejero Delegado y miembro del nuevo consejo de administración, con amplísimos poderes para la total gestión de la sociedad, no tiene ni la más mínima idea de en qué pudo consistir la labor del presidente.

Afirma no haber reportado más de una vez con el Presidente, en un breve encuentro.

Nos describe que él se sentaba en el Consejo de Administración de alguna de las empresas principales, Terra Mítica y García Carrión, pero nunca mantuvo reunión ni departió con el nuevo Presidente sobre las estrategias o decisiones a adoptar.

Las reuniones del Consejo de Administración eran virtuales, nunca presenciales, y para el puro mantenimiento formal de la sociedad.

En definitiva, la supuesta ingente labor desarrollada por Justino, el trabajo y esfuerzo realizado que pudiera justificar la percepción de tan importantes emolumentos era radicalmente desconocido por el principal gestor y conocedor de la actividad diaria de la entidad.

5.- Jose Francisco.

Fue el Director General, Efrain, quien expuso el importe de la remuneración de 300.000 euros al año con efectos retroactivos desde los dos últimos trimestres.

Lo que sí tiene claro, y lo repitió en diversas ocasiones, es que eso se expuso en las postrimerías del consejo, para, sin solución de continuidad, aclarar que otra cosa es

que algunos vocales se hubieran ausentado, o no enteraran.

En base a la prueba practicada el Tribunal llega, pues, a las siguientes conclusiones fácticas, que determinan la condena. Es decir, que la prueba de cargo, pese a las quejas del recurrente, existieron. Cuestión distinta es que el recurrente las valore de manera distinta, pero ello no constituye vulneración de la presunción de inocencia. Así, se recogen las siguientes conclusiones:

El relato de hechos probados se articula en torno a las siguientes conclusiones fácticas que destaca el Tribunal en su sentencia:

1.- Justino cobró 600.000€ en concepto de dietas de asistencia como Presidente de Tinser Cartera S.L.;

2.- No se conoce aportación laboral, dedicación, trabajo, servicio o actividad real alguna desplegada por el presidente del nuevo Consejo de Administración de TINSER Cartera S.L., por lo que las dietas eran absolutamente injustificadas en relación con el trabajo realmente realizado que fue inexistente, al margen de las funciones representativas, institucionales y protocolarias inherentes a la condición de presidente de una importante entidad financiera con fuerte arraigo en la Comunidad Valenciana y en Murcia;

3.- La alteración del órgano de gobierno de TINSER Cartera S.L. carecía de justificación económico-mercantil real y no supuso modificación material en el modo de gestionar la entidad. De hecho no hubo ningún reunión física del consejo;

4.- Las dietas eran además excesivas en tanto superaban, hasta multiplicar por cuatro, los parámetros establecidos por la Comisión de Retribuciones para la percepción de dietas en las empresas participadas en las que se integraban los restantes miembros del Consejo de Administración, cuantías que se acababan de actualizar con un fuerte incremento en el año 2008;

5.- El nombramiento de Justino como presidente de Tinser Cartera S.L. opera única y exclusivamente como excusa o pantalla para encubrir formalmente la recepción injustificada de cantidades a cargo de la entidad, ocultando lo que en realidad era una apropiación de caudales de la sociedad, que se extraían del patrimonio social para incorporarlo a las cuentas personales de Justino;

6.- Con ese modo de proceder se burlaba la prohibición estatutaria prevista en el art. 9, concreción de la previsión legal, que imponía el carácter honorífico y gratuito del cargo de Presidente de la CAM, como del resto de órganos de gobierno de la Caja.

7.- En definitiva, se crea un órgano de gobierno ad hoc para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM. O, de otra forma, bajo el manto de esa apariencia formal de legalidad se ideó un plan para abonar al Presidente de la CAM una altísima retribución, ilegal, en cuanto prohibida, e injustificable, en tanto no conllevó contraprestación alguna distinta de la mera representación institucional, gratuita y honorifica por definición legal.

Corroboración de la declaración inculpatoria del acusado Justino

La prueba documental y testifical examinada hasta ahora, que corrobora de manera objetiva e imparcial la confesión del único beneficiado, es prueba de cargo más que suficiente para tener por acreditado los hechos nucleares de los escritos de acusación:

1.- Justino recibió en sus cuentas personales 600.000€ procedentes de Tinser Cartera S.L. pese a que su trabajo o dedicación en esa sociedad fue inexistente.

2.- El cambio de la estructura de gobierno de Tinser Cartera S.L. era innecesario, no comportó modificación de la gestión y solo respondió a la voluntad deliberada de ocultar esa distracción del dinero bajo una ficticia cobertura de apariencia legal.

Cita la sentencia que:

Es Efrain quien, según su versión, para dar cumplimiento a las indicaciones y deseos del presidente, asume la propuesta de acomodarle en el proyecto TINSER como propia, y la defiende en todos los departamentos y comisiones de la entidad.

Él así lo asume y consta en las respectivas actas.

Defiende de forma personal la propuesta en la Comisión de Retribuciones, parcialmente en el Consejo de Administración y supervisa y conoce todos los avatares posteriores, pues también formaba parte del nuevo, y virtual, consejo de TINSER Cartera S.L.

No existe duda de que fue él quien de mutuo acuerdo con Justino ideó, urdió, dio cuerpo y ejecutó todo lo acontecido.

a.- No se ha acreditado el desempeño por Justino de actividad alguna diferenciada de la labor institucional y protocolaria intrínsecamente inherente a su condición de Presidente de la CAM.

b.- Y la inexistencia conocida de actividad en favor de TINSER, arrastra la ilegalidad de la percepción que se oculta como dietas en una participada para burlar

la prohibición estatutaria.

c.- Si no existía actividad real alguna y las únicas justificaciones hacen mención a labores consustanciales a su condición de presidente de la CAM, se comprenderá que se le estaba fijando de forma encubierta al Presidente de la CAM una retribución pese a la prohibición expresa contenida en los Estatutos y la inexistencia de actividad profesional que lo justificase por encima de lo previsto estatutariamente.

d.- La dieta era por tanto ilícita. "Se dedicó en cuerpo y alma". "Acudía a diario", fueron algunas de las explicaciones utilizadas para justificar su actividad.

Pero, como también se indicó, la simple agenda protocolaria y de relación institucional de la CAM, incluida la Obra Social, daba por si sola para llenar tres veces la agenda diaria. Por tanto, esa simple dedicación protocolaria no puede amparar la vulneración frontal de la norma estatutaria que prohibía la remuneración del cargo de Presidente y establecía su carácter honorífico y gratuito.

Si algo ha quedado meridianamente acreditado es que el Director General, Efrain, desempeñaba un control férreo y efectivo sobre toda la actividad de la Caja.

Muchos de los acusados han destacado su marcado liderazgo personal, su capacidad de trabajo, la brillantez, concisión y preparación de sus intervenciones.

Es evidente que es el equipo directivo el que fragua el proyecto, da cuerpo a la modificación del órgano de gobierno siguiendo las indicaciones de sus superiores y con el Director General al frente, quien se ocupa de forma personal en sacar adelante la propuesta, supervisando todos los detalles.

No lo ha negado en ningún momento Efrain.

Por ello sorprende, una vez más, la forma alambicada en la que se reflejaban documentalmente los acuerdos.

Es muy curiosa la misiva de la Comisión de Retribuciones que se leyó en el Consejo de Administración.

En ella se habla de "informar favorablemente el nombramiento" y la redacción final del acuerdo reflejada en el acta indica que la iniciativa se adopta "a su propuesta con el visto bueno del Comité de Dirección".

Es obvio, que ni la idea surgió de la Comisión de Retribuciones ni la reorganización de la estructura corporativa de una participada entra dentro de sus funciones, ni la idoneidad de los nombramientos era su función esencial.

Prueba de ello para el Tribunal:

1.- Como bien refleja el acta de la reunión del Comité de Retribuciones,

2.- Como se desprende de sus intervenciones personales en la reunión del consejo de administración, y

3.- Como expusieron la mayoría de los asistentes

Fue Efrain quien abanderó y defendió la propuesta.

Con todo ello, como hemos precisado en el FD nº 1 de la presente resolución, el Tribunal ha diseñado con detalle la valoración de la prueba en base a la llevada a la práctica en el plenario, y aunque el recurrente considere que toda la expuesta no es de cargo debemos considerar que el examen llevado a cabo por el Tribunal y su desarrollo en la sentencia reúne los elementos esenciales y suficientes para otorgarle el valor de "suficiencia" a la prueba tenida en cuenta y el proceso de motivación de la sentencia.

2.- Denuncia la vulneración de la presunción de inocencia en relación con los hechos probados relativos a lo acaecido en la sesión del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009.

Respecto al desarrollo de la sesión del Consejo de administración ya hemos precisado que el Tribunal ha otorgado credibilidad a los acusados miembros del consejo que relataron no recordar la mención expresa, explicativa y desarrollado del objeto de lo que constituye el objeto del procedimiento en cuanto a la aprobación de la dieta a Justino y su carácter retroactivo. Y no lo lleva a cabo solo en estas declaraciones, sobre las que ya hemos referenciado en el FD 1º de la presente resolución cómo lo motiva el Tribunal, sino que lo sustenta en la documental que se cita.

Y ello no supone, tampoco, vulneración de la presunción de inocencia, sino valoración de la prueba practicada en el plenario y fijación de cuál es la de cargo que el Tribunal ha tenido en cuenta, con lo que dista de entenderse que se vulnera tal principio si se explicita debidamente la prueba de cargo, dentro del proceso valorativo y de motivación de la sentencia, como acertadamente se ha llevado a cabo.

Así, de la prueba que se practicó se concluye que:

a.- Hubo manifiesto interés en retrasar el conocimiento de la propuesta hasta el último momento.

b.- Dosificar la información que fue expuesta de forma parcial por varias personas en momentos distintos de la reunión.

c.- Darle un perfil bajo, como para que pasara desapercibida entre los 60 puntos a tratar y sin mencionar con claridad los datos cualitativos y cuantitativos determinantes.

d.- No se informó previamente el importe de la retribución y su carácter retroactivo, y ello se obtiene en la sentencia de la prueba practicada (documental y personal). Entre la prueba personal destaca la declaración en tal sentido de Felipe, único miembro de la Comisión de retribuciones, que unido a otros 15 consejeros, niega con rotundidad que el transcurso de la sesión del consejo de administración se tratara el tema.

e.- Con respecto a otras declaraciones que sostienen que sí se mencionó, entre ellos la declaración del Letrado Asesor Jose Francisco, la sentencia califica su testimonio de claramente interesado, ya que estuvo imputado por estos hechos.

f.- En cualquier caso, como ya se ha expuesto, al recurrente no le afectaba como sostiene, este extremo, ya que lo que se le imputa es haber concertado con el Presidente de la CAM el plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente los 300.000 euros anuales, no una falsedad del acta de lo que no hay acusación ni condena. Pero sí un dato relevante de la prueba practicada del interés en hacer pasar desapercibido el tema para lograr su validación en el Consejo, que es un dato adicional a toda la prueba referida por el Tribunal y a la que hemos hecho mención en el FD 1º de esta resolución.

Centra el motivo el recurrente en plantear la escasez de la relevancia probatoria de las declaraciones de los acusados que declararon con móvil espurio en sus manifestaciones y en su interés propio defensivo.

Pero hay que recordar e insistir en que la negativa a contestar preguntas de las defensas por otros coacusados no invade o produce efectos ni en afectación a la vulneración de la presunción de inocencia, ni en indefensión. Se trata de un derecho del acusado no cuestionable por el resto de las defensas. Por otro lado, no existe una presunción de móvil espurio por los acusados que en líneas generales, o en su mayoría declaran en el mismo sentido. Pero el Tribunal valora todos los extremos y declaraciones en cuanto se puntualiza que entre la prueba personal destaca la declaración en tal sentido de Felipe, único miembro de la Comisión de retribuciones, que unido a otros 15 consejeros, niega con rotundidad que el transcurso de la sesión del consejo de administración se tratara el tema. Es cierto, que existieron otros acusados o testigos (en franca minoría) que sostuvieron que sí se informó del tema (entre ellos la declaración del Letrado Asesor Jose Francisco, aunque la sentencia califica su testimonio de claramente interesado, ya que estuvo imputado por estos

hechos).

Pero el Tribunal ha valorado entre otros extremos los siguientes que numeramos en los siete extremos que se relacionan :

"1.- El orden del día de la convocatoria del Consejo de Administración para el 27 de noviembre 2009 (f. 468-474 del Tomo II). Nada reflejaba sobre el denominado Proyecto Tinser.

2.- Los tres miembros de la Comisión de Retribuciones

Florian, Fulgencio y Felipe.

Asumen que sí conocían el importe de la remuneración que se iba a fijar porque fue el objeto de la reunión la tarde-noche anterior, el 26 de noviembre, y así se refleja correctamente en el acta de dicha reunión.

Discrepan, sin embargo, sobre lo acontecido en el Consejo de Administración del día siguiente.

Mientras Florian y Fulgencio se remiten al contenido literal del acta por entender que "si así lo dice, así debió acontecer", aunque admiten no tener un recuerdo nítido y exacto de lo sucedido, el tercer componente, Felipe, afirma con rotundidad que en el Consejo de Administración no se mencionó el importe de la remuneración a satisfacer, ni el carácter retroactivo, datos que, en todo caso, tampoco aparecían recogidos en la misiva leída.

Felipe.

Manifestó que él no escuchó en el Consejo de Administración lo relativo al importe, y mucho menos el carácter retroactivo.

"No se tocó el tema de la remuneración en el consejo de administración" (11.12) "yo por lo menos no lo oí...".

Ni mucho menos, añadió, el carácter retroactivo.

A preguntas de la defensa de Efrain, le indicó que no oyó la reseña en la que se menciona la dieta anual, "yo no lo oí", y que tampoco recuerda comentarios de pasillo.

3.- Resto de vocales del consejo imputados

Afirman, de manera más o menos rotunda y convincente, que no escucharon en absoluto hablar de cantidad alguna y mucho menos de que tuviera carácter retroactivo.

Discrepan en cuestiones de matiz sobre el contenido de cada exposición y el concreto momento de la sesión en que se abordó la cuestión, pero coinciden en lo sustancial: fue Efrain quien asumió como propia la propuesta enmarcada en un ambicioso y atractivo proyecto de relanzamiento de TINSER, como forma de potenciar la presencia de la CAM en el tejido industrial de los territorios históricos de la Caja, siendo el nuevo presidente Justino la persona idónea por perfil y cualificación para visibilizar y llevar a adelante el proyecto.

Coinciden en que no se mencionó en ningún caso el importe concreto de la retribución, ni mucho menos su carácter retroactivo, aunque algunos asumen (Iván) que se pudo inferir el carácter retribuido, y que se dio a entender que desempeñaría una labor más allá de la mera representación, no se ponen de acuerdo ni consiguen especificar en qué consistía esa labor.

Nunca antes el Consejo de Administración había conocido el detalle de los importes de las dietas (Leovigildo).

El Presidente de la CAM nunca había cobrado dietas ni en GESFINMED ni en INCOMED por lo que hubiera sido un dato novedoso, que en los momentos que se adoptaba hubiera sido un escándalo (Martin).

Todos ellos exponen de manera similar el proceso de toma de decisiones en el seno del consejo, bajo la forma de "enterado y conforme" y como recordaban que prácticamente nunca hubiera habido votaciones formales y nominales.

4.- Convicción del Tribunal de la alteración.

1.- El Consejo de Administración no fue informado, no deliberó y, por tanto, no pudo aprobar de forma unánime el importe de la retribución anual a percibir por Justino como Presidente de Tinser Cartera S.L., ni su carácter retroactivo.

2.- No se adoptó el acuerdo con el tenor literal que aparece en el acta. De facto, está conclusión es compartida por las acusaciones, aunque no conllevó una modificación de sus conclusiones. De forma explícita por la acusación particular/popular que retiró la acusación frente a todos los consejeros, manteniendo la petición de condena sólo respecto del Presidente, Director General y Secretario del Consejo de Administración de la CAM. Y de manera implícita en la postura del Ministerio Fiscal, que, en vía de informe, asumió el carácter formal de su elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, cumplimentando las exigencias del principio acusatorio que habilita la valoración con libertad de criterio por parte de la Sala, pero expresando sus dudas razonadas sobre, al menos, 13 de los acusados, pues, como ya hemos avanzado, en el grueso de los vocales del consejo diferenciaba

la posición de los tres vicepresidentes que al tiempo ejercían como presidentes de los comités territoriales. No obstante, la convicción de la Sala sobre dicho extremo debe seguir siendo objeto de justificación, pues, afecta de forma directa a los argumentos de defensa del resto de acusados.

5.- La realidad de lo acontecido en la reunión del 27 de noviembre de 2009 con la propuesta de nombramiento y remuneración del presidente del nuevo Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L.:

1.- El orden del día (f. 468-474 Tomo II) no mencionaba el denominado proyecto TINSER, ni tampoco la extraordinaria y simbólica propuesta de asignar por primera vez una remuneración, directa o indirecta, al Presidente de la CAM.

2.- Tras la enumeración en la entradilla de los 12 posibles apartados genéricos a tratar -"1. Reseña del acta de la sesión anterior. 2. Informaciones y Propuestas del Presidente. 3. Informaciones y propuestas sobre nombramientos y delegación de facultades. 4. Información y propuestas del Director General ... 8. Informaciones y propuestas en materia de Tesorería e inversiones institucionales ...12, y último, ruegos y Preguntas"-, especificaba, en algunos de ellos, de forma sucinta y genérica, los temas o propuestas a tomar en consideración.

La mayoría de los supuestos relacionados eran cuestiones de puro trámite o protocolarias, salvo la propuesta de presupuestos para el ejercicio siguiente, 2010, que se limitaba a enunciar. Nadie pudo conocer con anticipación el tema debatido salvo quienes desde el principio lo manejaron son sigilo y discreción.

Que la convocatoria de la reunión se haga con antelación suficiente e indicación expresa de los asuntos a tratar parece una norma básica de cualquier órgano colegiado.

Que el dinamismo y agilidad permitan una flexibilidad en la fijación del orden del día nunca debe ir en detrimento de la información disponible, sin perjuicio de aquellas materias sin trascendencia decisoria o que estando todos los miembros presentes, acepten expresa y claramente debatir.

3.- Con relación al nombramiento del Presidente de TINSER no existió expediente documental.

En todo caso, ya hemos indicado que hasta última hora de la noche anterior en que tuvo lugar la reunión de la Comisión de Retribuciones nadie conocía el importe y naturaleza de la remuneración.

El Comité de Dirección se había reunido dos días antes, pero valoró sólo el

relanzamiento del proyecto Tinser, nada referido al posible paquete retributivo del presidente, y la Comisión Ejecutiva tuvo lugar minutos antes de comenzar el consejo de administración ocupándose solo de materias relativas a la Obra Social.

4.- No consta que respecto de la cuestión que nos ocupa hubiera ningún expediente ni documentación adjunta más allá de la misiva de la Comisión de Retribuciones leída por su Secretario y reflejada en el acta.

Se nos indica la existencia de una preacta, pero éste es un documento de trabajo interno de Secretaria de Órganos de Gobierno que se preparaba ya como borrador del acta, para facilitar el seguimiento de la reunión al Presidente, Secretario del Consejo y Secretario de Actas.

Ninguno de los vocales consultaba dicho documento, salvo Fulgencio, pero no olvidemos que éste era a su vez el Secretario de la Comisión de Retribuciones y quien iba a leer la misiva, habiéndose establecido ya esa previsión en la preacta, por lo que es lógico que tuviera acceso a la misma.

También, lógicamente, Fidel en su condición de secretario tuvo acceso.

Por otra parte, no tiene sentido recabar información sobre un tema que se desconoce vaya a ser tratado si no aparece en el orden del día.

La consulta posterior de las actas era muy excepcional salvo para algún tema puntual de la Obra social.

El testigo Sr. Jose Francisco confirmó este dato.

En sus muchos años de experiencia fueron contadas las ocasiones en las que un vocal consultó las actas del consejo, y solo algún asiduo la preacta.

Dadas las circunstancias expuestas, introduciéndose la proposición de forma verbal por primera vez en la reunión, parece lógico que se hubiera puesto especial énfasis en remarcar el carácter simbólico y la trascendencia de la propuesta.

Nada de eso sucedió. Todos los testimonios coinciden en calificar la reunión de densa y abigarrada.

Era de las últimas del año, conllevaba aprobación de presupuesto para el ejercicio siguiente, y, además, coincidía con Asamblea General posterior para renovación de cargos.

Aunque puede que aún no se fuera consciente de la gravedad y profundidad de la crisis, la entidad estaba ya en una fase delicada, en búsqueda de posibles fusiones y alianzas con otras cajas.

La propuesta fue segmentada y parcialmente introducida en la sesión.

Si nos atenemos al contenido del acta, inexplicablemente, la propuesta aparece disgregada en tres apartados y momentos diferentes de la reunión.

En este punto coincide el recuerdo de los presentes con el contenido del acta.

Hasta tres personas distintas y en tres momentos diferentes hicieron mención parcial a algunos de los aspectos de la propuesta de nombrar a Justino presidente de Tinser Cartera S.L.

Todo parece dar a entender que hubo un manifiesto interés en retrasar el conocimiento de la propuesta hasta el último momento, dosificar la información que fue expuesta de forma parcial por varias personas en momentos distintos de la reunión, darle un perfil bajo como para que pasara desapercibida entre los más de 60 puntos a tratar, entre ellos la larga y prolija presentación de presupuestos, no mencionar con claridad los datos cualitativos ni cuantitativos determinantes.

De hecho Efrain asume que quizá no se utilizó el término pago retroactivo, e incluso de su exposición cabe dudar si mencionó expresamente la cantidad.

Según indican la mayoría de los testimonios ese era el procedimiento habitual en el desarrollo de las sesiones del consejo.

La labor de los vocales era de simple asentimiento, limitándose a darse por enterados y conformes en la mayoría de los casos.

Hubo quien indicó que se parecía más a una ONG que a una entidad bancaria, pues eran los proyectos de la Obra Social los que atraían mayor atención de los vocales.

En las deliberaciones del Consejo la inmensa mayoría de las cuestiones aprobaban por asentimiento, sin necesidad de votación, e incluso en la mayoría de los supuestos se utilizaba "el termino oído cuanto antecede... se dan por enterados y aceptan", si bien el letrado asesor matizó que ello comportaba la adopción previa del acuerdo por la Comisión competente, en tanto que cuando era objeto de aprobación se utilizaba la expresión "acuerdan por unanimidad" o con la expresión de los votos favorables.

En cualquier caso, reconoce que en pocas ocasiones había votación nominal propiamente dicha.

En relación al desarrollo en sí de las sesiones se han utilizado las calificaciones más variopintas, aunque sí ha traslucido una manifiesta influencia e impronta personal del liderazgo del Director General y la confianza de los vocales en los

controles de legalidad y examen previo de las propuestas por las diferentes direcciones generales o comisiones delegadas.

Se aprecia nuevamente una confusión.

Una cosa es la confianza entre los distintos miembros del consejo que se reparten el trabajo de forma especializada en comisiones, y otra muy distinta el necesario control y supervisión de la actuación del equipo directivo encargado de la ejecución.

En definitiva, no existían unos mínimos estándares de diligencia en la actuación del Consejo de Administración.

Esa labor esencial compete, sin duda, a los órganos de la Presidencia, incluido el Secretario del Consejo, y al máximo responsable del equipo directivo que asume y presenta las propuestas para su aprobación, sin olvidar el necesario control de legalidad previo que debe salvaguardar la actuación del Consejo. Todas esas deficiencias y malas prácticas, redundan en una ausencia de control real de la cúpula directiva.

En el caso concreto no existió información previa, no consta con claridad cuando y en qué términos se sometieron a consideración los aspectos conflictivos -importe de la remuneración y carácter retroactivo- y ni siquiera consta si el afectado participó en la decisión.

Las deficiencias y malas prácticas en el funcionamiento del consejo y en el procedimiento de toma de decisiones nos permite afirmar que los mecanismos de control eran puramente formales, estéticos o aparentes, sin contenido material real ninguno, lo que imposibilitaba que el Consejo de Administración pudiera verificar una de sus labores esenciales.

6.- Cuatro documentos diferentes que aportan información sobre cómo se gestó, redactó, discutió y quedó plasmado en el Libro de actas el acuerdo de remuneración al presidente de Tinser.

1.- En primer lugar, tenemos la preacta, que dentro del apartado 8º (Información y propuestas en materia de Tesorería) recogía el pago de una dieta si bien dejaba en blanco el importe de la remuneración.

2.- En segundo lugar, contamos con el borrador del acta que remite junto a otros documentos el Letrado Asesor el día 2 de diciembre al Presidente y Secretario del Consejo "para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad".

Ello nos indica con claridad como la labor material de redacción recaía en los

servicios administrativos de la Secretaria General adscritos a órganos de gobierno, con la directa supervisión del Secretario de Actas.

De hecho, el testigo Jose Francisco reconoció que en un 90% de su contenido el acta era idéntica al borrador inicial.

En este documento se contienen diversas menciones a la retribución a apercibir, exclusivamente por el Presidente, y ya aparece la cuantía.

Todo ello sigue estando en el apartado 8ª. Y se hace mención de la actualización conforme a los incrementos del IPC, dato no reflejado en la Comisión de Retribuciones.

3.- A continuación, tenemos el acta firmada y validada por el Presidente y Secretario del Consejo que aparece en el libro de actas.

Lleva fecha 9 de diciembre, aunque en realidad sabemos que hasta última hora de la tarde de ese día 9, mediante conversación telefónica, no dio su conformidad el Secretario.

Se ha suprimido la mención a retribución y la indicación que solo la percibirá el Presidente.

La aprobación del acuerdo aparece reflejado ahora en el apartado 4º (Información y Propuestas del Director General).

4.- Por último, tenemos un documento más que es la reseña del acta supuestamente leída en la siguiente sesión del consejo de administración, que curiosamente, vuelve a reubicar la cuestión en el apartado 8º.

Una vez más aparecen demasiadas divergencias o versiones de un mismo hecho.

Conviene no olvidar que se trataba de una cuestión de trascendencia, suponía romper la tradición de que el Presidente no cobrara percepción en las participadas, se adoptaba en un momento de congelación salarial para el equipo directivo, y, sin embargo, nadie se pone de acuerdo sobre en qué momento de la sesión y con qué términos se sometió a debate la cuestión de la remuneración, ni qué concreta información se dio.

Si era uno de los pocos puntos "a rellenar" sorprende esa dificultad para ubicar el acuerdo y a quien asignarle su defensa.

Pero si ya son sospechosos tantos cambios de redacción y ubicación, más llamativo aún es que todavía el día 10 de diciembre se continúen haciendo indicaciones para rehacer el acta, indicaciones efectuadas por el propio Secretario

del Consejo, que, por lo que sabemos, no tuvieron reflejo final en el acta aprobada.

Explica Jose Francisco que eso debió ser un error, pues el Secretario siempre le indicó que ubicara el acuerdo tras la intervención del Director General, y que el email lo envía porque él se lo solicita para que quedara constancia de su conformidad con el acta.

Otra incidencia más la pone de manifiesto el Sr. Abelardo que nos indica que toda la documentación la tenían preparada con anticipación, que era importante pues suponía la intervención directa del presidente, pero que se hubo de retrasar hasta que recibieron instrucciones estrictas y concretas sobre lo reflejado en el acta.

Que cree que había un problema con la remuneración, y en cuanto a las fechas, dado que supuestamente las juntas universal y extraordinaria de Tinser y el consiguiente consejo administración tuvo lugar el 9 de diciembre por la mañana, cuando aún no se había validado el acta, tras consultar sus datos confirmó que el fax recibido fue el 15 de diciembre.

El cúmulo de irregularidades puede hacer dudar sobre los acuerdos que consideró la Comisión de Control del día 2 de diciembre 2009, o cómo fue posible que la Junta General de Tinser se constituyera a primera hora de la mañana del día 9 de diciembre dando cumplimiento a unos acuerdos que aún no habían sido validados y cuya redacción era discutida aún días después.

Conviene que nos detengamos en este punto.

La importancia de que el acuerdo de remuneración y el carácter retroactivo constara de forma expresa y determinante en el acta del Consejo de Administración de CAM era la única manera que pudiera ser considerado como un mandato de obligada ejecución aceptable por los directivos de inferior rango que iban conformar el nuevo consejo de TINSER y no pareciera una simple y burda manifestación de la sola voluntad del propio Justino que era quien, como representante de la CAM ostentaba en esa nueva entidad la voluntad del 100% del capital social, por más que actuara por delegación Dª Modesta, empleada de la Caja subordinada del Sr. Abelardo.

La propuesta de retribución al Presidente de CAM por medio de TINSER no fue informada

Numéricamente ha sido abrumadora la mayoría de vocales del consejo de administración que afirman que en el transcurso de las deliberaciones de la propuesta no se informó, no se mencionó, y por tanto su aprobación no pudo alcanzar esos extremos, ni el importe de la remuneración ni mucho menos el carácter retroactivo a los dos anteriores trimestres, es decir, desde que accedió en junio de 2009 a la

presidencia de la CAM, pero mucho antes de que se transformara el órgano de gobierno de TINSER que amparaba la percepción de tan elevada dieta.

La idea básica es no se adoptó el acuerdo con el tenor literal que consta en el acta.

No obstante, es sabido que la valoración de la prueba personal no siempre es una cuestión numérica, y que la prueba personal es escasamente fiable.

Cuando proviene de los propios acusados, aún menos.

Cuando las primeras manifestaciones se aportan cinco años después de sucedidos los hechos, y dentro de una pieza separada de una causa principal que investiga numerosas irregularidades en el seno de la CAM, a consecuencia de la crisis económica sufrida desde el 2008 hasta nuestros días, cuya profundidad y trascendencia social es de todos conocida, se comprenderá, aún más, las cautelas a la hora de analizar las explicaciones autoexculpatorias por parte de todos los intervinientes.

En ese contexto de elevada crispación social se comprenderán, aún más, los intentos de alejarse de cualquier responsabilidad en la toma de las decisiones adoptadas, por escasa que fuera su relación con la crisis de la Entidad. No puede bastarnos, pues, comprobar que 15 personas afirmen que no se discutió ni el importe de la retribución ni el carácter retroactivo, pues dicha manifestación contradice la versión expuesta por, al menos, otras seis personas así como lo reflejado en el acta levantada por el Secretario del Consejo. Hemos de conseguir alcanzar una conclusión motivada, tras el debate contradictorio de cada de prueba, de manera que pueda ser no solo una convicción interna sino intersubjetivamente aceptable.

En este bloque de testimonios sí que adquieren especial relevancia las manifestaciones de Felipe, único miembro de la Comisión de Retribuciones, que, uniéndose al grupo de los otros 15 consejeros, niega con rotundidad que en el transcurso de la sesión del consejo de administración se tratara el tema del montante de la retribución y el carácter retroactivo.

1.- Quienes afirman que sí fueron informados de la remuneración.

Lo más llamativo en el caso que analizamos es que nadie, ni siquiera quienes defienden la correcta adopción del acuerdo en los términos reflejados en el acta, se pone de acuerdo sobre cuándo y cómo se expuso la cuestión, qué justificación se aportó, y en qué punto del orden del día se sometió a votación/consideración o se acordó la aprobación por asentimiento.

Es chocante, sobre todo, valorando que era un tema que no podía pasar

desapercibido por lo que suponía de romper con la tradición de que el Presidente nunca hubiera cobrado dieta alguna de las participadas, por la propia cuantía que superaba en más de cuatro veces a la percibida en el resto de participadas y por la repercusión socio-mediática.

De hecho, una de las testigos que declaró fue precisamente la periodista del Diario Información que cubría las noticias de la CAM y mostró su sorpresa porque un acuerdo de esa envergadura no hubiera trascendido.

Respecto de estos otros cinco acusados, Justino ha asumido los hechos imputados, pero no ha dado una versión detallada del desarrollo de la sesión del consejo.

Fulgencio se remitió al contenido del acta, reconoce que le sorprendió al ver el preacta que se hablara del carácter retroactivo, si bien asumió las explicaciones del Director General en el sentido de que "había que pagar el trabajo realizado".

No impugnó el acta ni efectuó manifestación al respecto durante la sesión más allá de la lectura de la carta, pero de su relato se deja traslucir que sin haber examinado la documentación adjunta, según él preacta y acta de la comisión de retribuciones, quizá no se podía entender el alcance de los acuerdos.

Florian, menciona problemas de memoria y narcolepsia para recordar lo sucedido.

El Secretario del Consejo, señor Fidel mantuvo, lógicamente, que sí se acordó en los términos reflejados en el acta, pero también se remite al contenido del documento, aunque justificando que fueron muchos puntos en el orden del día, tenía que atender también a la posterior Asamblea y que era auxiliado por Letrado Asesor.

De las explicaciones no se acaba de comprender si se remite al acta porque es fiel reflejo de lo sucedido y contiene los detalles necesariamente más precisos que el recuerdo que pueda tener años después, o si prefiere remitirse al acta porque hubo algún momento que ni siquiera pudo atender el desarrollo de la sesión. Los problemas de ubicación ya los hemos mencionado.

Efrain aunque mantiene la plena legalidad del acuerdo y que fue él directamente quien expuso el detalle de los términos, no aportó una explicación razonable sobre la forma compartimentada de aportar la información, asumió que igual no utilizó el término retroactivo pero insistió en que sí manifestó que se le tenía que remunerar de manera proporcionada al trabajo realizado.

En definitiva, no solo contamos con una versión abrumadoramente mayoritaria, sino que la versión de la minoría está plagada de lagunas, incoherencias y olvidos

llamativos, y contamos con el testimonio discrepante de uno de los miembros de la comisión de retribuciones, y en parte disculpante de otro.

2.- Quienes afirman que no fueron informados de la remuneración.

Las debilidades de esta versión refuerzan la contraria, mantenida de manera persistente por los otros 16 acusados que niegan la aprobación de la retribución de 300.000€ anuales y el carácter retroactivo.

Las deficiencias en el procedimiento de toma de decisiones, el, cuanto menos, confuso reflejo documental, y el análisis de la prueba personal parecen sustentar la consistencia y coherencia de la versión de la mayoría de los vocales del consejo acusados sobre lo sucedido en la sesión del consejo de administración.

Declaración del Secretario de actas y Letrado Asesor.

En este punto adquieren importancia las declaraciones de la única persona que, sin estar acusada, presenció el desarrollo del consejo y ha declarado como testigo, el Letrado Asesor Sr. Jose Francisco.

Hemos de aclarar que no era la única persona, no vocal, presente en la reunión.

Ya hemos mencionado como todo el equipo directivo estaba presente, pero, de manera sorpresiva, en la sesión del acto del juicio del 12 de junio 2018 las defensas renunciaron a sus testimonios.

Sin embargo, su testimonio es claramente interesado.

Su declaración fue evasiva, poco convincente en los dos temas clave, y rezumó cierto resentimiento contra algunos vocales del consejo, sin duda, por haberse visto imputado en su día ante las sospechas de tergiversación de los contenidos del acuerdo reflejado en el acta.

Expuso con firmeza que la propuesta se planteó en las postrimerías de la reunión y que fue Efrain quién la defendió, si bien añadió que otra cosa es que algunos ya hubieran abandonado la sala, en términos parecidos a lo expuesto por Efrain.

Es necesario hacer dos consideraciones a la hora de valorar la información aportada por este testigo:

1.- La atribución al acuerdo reflejado en el acta de aspectos diferentes o añadidos a los realmente considerados y aceptados por los vocales fue el motivo de su imputación, archivada provisionalmente, por lo que su posición no es del todo imparcial. De ella dependía la posible imputación frente el propio testigo.

2.- Y, en segundo lugar, destaca ese nítido recuerdo frente a las continúas lagunas y respuestas evasivas ("se escapa de mi conocimiento"; "tengo que suponer que si"; estaba en situación de prejubilación"; ""estaba al margen de la vida diaria") en todo lo relativo al importe, por qué solo cobraba el Presidente, y la diferencia con otras participadas.

En todo caso siempre insistió en la subordinación de su actuación en todo momento a los designios del Secretario titular.

Dicha aprobación definitiva se nos dice que ocurre en la tarde noche del día 9, cuando, sin embargo, la reunión de la Junta Universal de Tinser y del nuevo Consejo se dice efectuada en la mañana del día 9, y el testigo Sr. Abelardo fue expreso al afirmar que se limitaron a trasladar el acuerdo del consejo de administración para el diseño del nuevo órgano de gobierno de TINSER. Por último, sorprende que el acta final validada no recoge la posición de ninguno de los dos Secretarios, ni el del Consejo ni del de Actas, tal y como se desprende el email del día 10, supuestamente ya validada el acta.

7.- Conclusión de relevancia del Tribunal:

Todo vuelve a indicar que desde los órganos administrativos de Presidencia y bajo supervisión de la Dirección General se llevaba el control de la redacción y existía el claro designio predeterminado que el acta dijera indefectiblemente lo que se quería que dijera, y no exactamente lo que aprobaron los vocales.

A la vista de las deficiencias, ya detectadas, en el procedimiento previo de información y documentación, en el modo de desarrollo, deliberación y votación de los acuerdos, y, por último, las divergencias en la redacción, elaboración y certificación de las actas del Consejo de Administración, muchas de las conclusiones alcanzadas por la Inspección del Banco de España podrían trasladarse sin problemas al proceso de funcionamiento y toma de decisiones en el seno del Consejo de Administración, que, cabe concluir, presentaba deficiencias críticas, malas prácticas y estaba claramente dominado por la personalísima gestión del Director General, Efrain, en este caso, en clara connivencia con los intereses personales del nuevo Presidente.

Conclusión de relevancia del Tribunal:

De cuanto venimos exponiendo, se desprende que:

1.- El consejo aprobó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de TINSER con la creación de un Consejo de Administración al frente del cual se situaría como Presidente Justino, pero no fue debidamente informado, no deliberó y, por

tanto, no pudo aprobar, ni el importe de la remuneración ni su carácter retroactivo.

2.- Los consejeros debieron ser conscientes, y así lo asume una parte, de que la decisión que adoptaban comportaría una retribución para el presidente Justino. De no ser así, no tendría sentido la previa intervención y consideración remitida por la Comisión de Retribuciones. Pero dada la falta de detalles aportados, dado que el cobro de dietas en las participadas GESTIMED e INCOMED, que todos ellos percibían, en mayor o menor medida, estaba generalizado e informado como legal, y que existía una informe favorable de la Comisión de Retribución no contaron con elementos de sospecha que les hubieran obligado a una mayor indagación o conocimiento.

Podrá decirse que los vocales hicieron dejación de sus funciones de control, que no extremaron su diligencia para estar debidamente informados, que no prestaron cuidado en la necesaria comprobación del fiel reflejo de los acuerdos del consejo en las respectivas actas, y que tampoco verificaron un efectivo seguimiento de la ejecución de sus decisiones, pero no puede imputárseles responsabilidad penal alguna sobre la base de un acuerdo que no adoptaron de forma voluntaria, deliberada y consciente, única hipótesis sobre la que se articulan las acusaciones".

Con ello, se destaca el proceso motivador del Tribunal acerca de sus conclusiones sobre lo ocurrido en esta sesión del Consejo y la ocultación real de lo ocurrido a los vocales para conseguir el fin pretendido de adjudicar esa dieta ilegal al Presidente de la CAM mediante el subterfugio ya indicado, fijando en el acta esos extremos para darle viabilidad legal y permitir su pago aunque de forma fraudulenta. Y se insiste en que la condena no es por falsedad, sino por la instrumentalización de un proceso llevado a cabo para el fin apropiativo del importe de la dieta satisfecha, y organizado de una forma que comportaba un auténtico fraude de ley y abuso de derecho para conseguir el fin pretendido, y burlando la gratuidad del cargo mediante una maniobra falaz descrita con detalle por el Tribunal.

Lo que el recurrente cuestiona como pruebas endebles y sin valor probatorio debe descartarse al admitirse su corrección de valoración y de suficiente motivación.

3.- La legalidad de la retribución de D. Justino en Tinser Cartera.

Con respecto a la legalidad de la dieta aprobada para el Presidente de la CAM no puede estimarse por las siguientes razones:

1.- El propio perceptor ha reconocido su ilegalidad y ha confesado los hechos. No puede estimarse la legalidad del proceso llevado a cabo cuando su máximo responsable reconoce la autoría, y no a modo de delación, no lo olvidemos, sino a

modo de autoinculpación, lo que hace más creible su versión. No traslada su responsabilidad a terceros, sino que la asume él mismo.

2.- El objeto de enjuiciamiento, no es valorar y legitimidad del cobro de dietas por los vocales del consejo de administración en el resto de empresas participadas de la CAM (el recurrente alude a los acuerdos relativos a INCOMED y GESFINMED de 17 de marzo de 2005 y 15 de julio de 2005, que fueron examinados por el Banco de España y nada se dijo...) (...). Lo que sostenemos es que la remuneración que se confirió al Presidente de la CAM vulneraba una clara prohibición normativa, y para ocultarlo se utilizó el subterfugio de un órgano de gobierno inútil e innecesario.

3.- La sentencia destaca el marco normativo para sostener la ilegalidad de la dieta y señala que:."La Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951) , de Regulación de Normas Básicas de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, dispuso en su artículo 25 que "en el ejercicio de las funciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, con excepción del Presidente del Consejo de Administración, no se podrá originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y desplazamiento".

La ley impedía por lo tanto cualquier percepción distinta a las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento, por parte de los miembros de los órganos de gobierno, esto es, de los miembros del Consejo de Administración, Asamblea General y de la Comisión de Control. El art. 27 establecía que en caso de habérsele fijado sueldo al Presidente del Consejo de Administración quedaba asimilado al Director General en cuanto a requerir dedicación exclusiva y será, por tanto, incompatible con cualquier actividad retribuida tanto de carácter público como privado, salvo la administración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la Caja. En este último caso los ingresos que obtengan, distintos a dietas de asistencia a Consejos de Administración o similares, deberán cederse a la Caja por cuya cuenta realiza dicha actividad o representación.

A su vez el Decreto Legislativo 1/1997, de 23 de julio (LCV 1997, 225) , del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros, de aplicación a las cajas de ahorros con domicilio social en la Comunidad Valenciana (art. 1) establecía en relación a las dietas y retribuciones en su artículo 17 que: "el cargo de miembro de cualquiera de los órganos de gobierno tendrá carácter honorífico y gratuito, no pudiendo originar percepciones distintas de las dietas por asistencia a reuniones y desplazamiento, las cuales no excederán de los límites máximos autorizados, con carácter general, por el Instituto Valenciano de Finanzas. No obstante, lo anterior, el Consejo de Administración podrá asignar retribución a su Presidente, debiendo éste, es ese caso, ejercer sus funciones con dedicación

exclusiva, estando sometido al mismo régimen de incompatibilidades que el director general".

Es importante resaltar la especificidad del cargo de presidente, para el que la prohibición legal no era absoluta, siempre y cuando comportara labores ejecutivas y dedicación exclusiva, y, obvio es decirlo, estuviera previsto estatutariamente. Lógicamente nunca se hubiera retribuido simplemente con una dieta de asistencia.

La norma estatal suprimió la prohibición en julio de 2010, dando nueva redacción al mencionado artículo 25 en la reforma operada por el R.D. Ley 11/2010, de 9 de julio (RCL 2010, 1913) , de órganos de gobierno y otros aspectos de régimen jurídico de las Cajas de Ahorro (...).

Es cierto que la prohibición legal no era absoluta al admitir la excepción para el caso de los presidentes del Consejo de Administración, pero ello, siempre quedaba condicionado al carácter ejecutivo, dedicación exclusiva y régimen de incompatibilidades por asimilación al Director General, con aprobación expresa del Consejo de Administración. Y obvio es decirlo, siempre que así se hubiera recogido en los Estatutos de la Caja (...). Legalmente existía esa posibilidad, pero sometida a unas condiciones rigurosas que pasaban por la modificación de los estatutos. Como se era consciente de que Justino no tenía la experiencia ni el conocimiento específico de la actividad bancaria para ser presidente ejecutivo, ni tampoco el momento que atravesaba la Caja lo aconsejaba, se optó por buscar un subterfugio fraudulento que sorteara la prohibición legal.

La primera y esencial norma de carácter interno que se establece en materia de política retributiva de los miembros de los órganos de gobierno de la caja es el de carácter honorífico y gratuito reflejado en el artículo 9 de los Estatutos, cuya literalidad consta en el relato de hechos probados, y que, es necesario destacar, no excepciona al Presidente.

Existe una segunda regla de control interno establecida por los Estatutos que complementa la anterior y es que será la Asamblea General la que apruebe la cuantía de las dietas a percibir por asistencia y gastos de desplazamiento.

Y, en tercer lugar, se cuenta con una Comisión de Retribuciones cuya función esencial es la de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo, conforme a lo dispuesto en el art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985) (LORCA), en la redacción dada por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/2003, de 17 de julio (RCL 2003, 1817) (...).

... "no existía una prohibición legal absoluta para que el presidente de la caja pudiera cobrar una remuneración, siempre que fuera una labor ejecutiva y con dedicación absoluta, y, en segundo lugar, fuera aprobada de forma expresa por el Consejo de Administración.

Lógicamente, siempre que los Estatutos previeran esa posibilidad. Nadie, en ningún momento, ha sostenido que se quisiera nombrar a Justino Presidente ejecutivo de la CAM. Inmersa en un complejo proceso de restructuración del sector financiero y concentración de Cajas, el Director General deslizó que no tenía preparación técnica y experiencia bancaria suficiente para desarrollar labores ejecutivas en la CAM, y de ahí que se le buscara otra ubicación más adecuada a su perfil comercial y de conocimiento del tejido industrial y empresarial de la provincia de Alicante. El problema es que nunca se modificaron los estatutos, ni se aprobó su nombramiento como presidente ejecutivo de la CAM".

4.- Percepción de dietas **:** Una cosa es que alguno de los vocales del consejo pase, en representación de la CAM, a formar parte del órgano de gobierno de alguna otra sociedad -se mencionaron por ejemplo importantes empresas del sector eléctrico, energético o turístico-, en cuyo consejo de administración se perciban remuneraciones en atención a la dedicación, esfuerzo y responsabilidad consustanciales al cargo de administrador social, ciertamente incrementados desde las reformas del año 2003, y otra muy distinta, que en una sociedad meramente instrumental, 100% capital de la matriz, sin autonomía decisoria, empleados, ni actividad real, se cree un consejo de administración virtual, carente de todo contenido material, para burlar la disposición legal y estatutaria dando aparente cobertura de legalidad a la percepción de una remuneración (...), en todo caso desconocida para la Junta General (Asamblea General)".

5.- No aplicación retroactiva de normas.

En ningún momento se aplican en la sentencia normas retroactivamente en perjuicio del acusado, como se recoge en el recurso. La sentencia siempre aplica normas vigentes en el momento de la comisión del hecho delictivo. Por. Ejemplo, véase pág. 53 de la sentencia donde se menciona el artículo 167 de la Ley de sociedades anónimas (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) vigente al tiempo de los hechos, o la página 43 donde se afirma que "hemos de huir de aplicar obligaciones y deberes más estrictos y exigentes que no estaban aún imperativamente vigentes", o las normas que se mencionan vigentes sobre la regulación de las Cajas de Ahorros (pags 32 y ss).

6.- Las conclusiones del Tribunal acerca de la ilegalidad de la percepción de las

dietas son evidentes, como se corresponde con estos extremos que se resumen de la sentencia del Tribunal y que avalan la ilegalidad de la dieta frente a la defensa que se hace de ella por el recurrente, y así, del relato de hechos probados se articula en torno a las siguientes conclusiones fácticas que destaca el Tribunal en su sentencia:

a.- Justino cobró 600.000€ en concepto de dietas de asistencia como Presidente de Tinser Cartera S.L.;

b.- No se conoce aportación laboral, dedicación, trabajo, servicio o actividad real alguna desplegada por el presidente del nuevo Consejo de Administración de TINSER Cartera S.L., por lo que las dietas eran absolutamente injustificadas en relación con el trabajo realmente realizado que fue inexistente, al margen de las funciones representativas, institucionales y protocolarias inherentes a la condición de presidente de una importante entidad financiera con fuerte arraigo en la Comunidad Valenciana y en Murcia;

c.- La alteración del órgano de gobierno de TINSER Cartera S.L. carecía de justificación económico-mercantil real y no supuso modificación material en el modo de gestionar la entidad. De hecho no hubo ningún reunión física del consejo;

d.- Las dietas eran además excesivas en tanto superaban, hasta multiplicar por cuatro, los parámetros establecidos por la Comisión de Retribuciones para la percepción de dietas en las empresas participadas en las que se integraban los restantes miembros del Consejo de Administración, cuantías que se acababan de actualizar con un fuerte incremento en el año 2008;

e.- El nombramiento de Justino como presidente de Tinser Cartera S.L. opera única y exclusivamente como excusa o pantalla para encubrir formalmente la recepción injustificada de cantidades a cargo de la entidad, ocultando lo que en realidad era una apropiación de caudales de la sociedad, que se extraían del patrimonio social para incorporarlo a las cuentas personales de Justino;

f.- Con ese modo de proceder se burlaba la prohibición estatutaria prevista en el art. 9, concreción de la previsión legal, que imponía el carácter honorífico y gratuito del cargo de Presidente de la CAM, como del resto de órganos de gobierno de la Caja.

g.- En definitiva, se crea un órgano de gobierno ad hoc para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM. O, de otra forma, bajo el manto de esa apariencia formal de legalidad se ideó un plan para abonar al Presidente de la CAM una altísima retribución, ilegal, en cuanto prohibida, e injustificable, en tanto no conllevó contraprestación alguna distinta de la mera representación institucional,

gratuita y honorifica por definición legal.

h.- Contenido, funciones y fin de TINSER e intervención de Justino.

1.- Los Estatutos de TINSER Cartera S.L. dicen así:

"El cargo de Administrador será retribuido en concepto de dieta de asistencia a las sesiones del Órgano de Administración, e igualmente tendrá derecho al reembolso de los gastos que le ocasione el ejercicio de tales cargos, sin perjuicio de las contraprestaciones que le correspondan por servicios de otra índole, de carácter profesional, laboral, etc.".

Por su parte el acuerdo de la Junta dice: "Los socios deciden por unanimidad el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente...".

Es necesario recordar que conforme al art 66 de la derogada Ley 2/1995 de 23 de marzo (RCL 1995, 953) de Sociedades de Responsabilidad Limitadas el cargo de administrador era gratuito, a menos que los estatutos establecieran lo contrario, debiendo determinar el sistema de retribución.

El mismo precepto fijaba limitaciones a la retribución cuando consista en participación en beneficios y especificaba que el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicio o de obra requerirían acuerdo de la Junta General.

Los términos legales son esclarecedores, y en el caso analizado se especificó el concepto exclusivamente como una dieta por asistencia a las sesiones del consejo, se determinó la cuantía y se concretó que correspondería percibirla solo al Presidente, dato que llama la atención pues era antes aún de saber quiénes iban a conformar el consejo, y si eran o no directivos de la entidad.

2.- La dieta por asistencia debería corresponder a todos los miembros del consejo por igual, sin perjuicio de la pauta interna de la Caja para que los directivos no cobrasen por sus funciones en empresas participadas.

El concepto de dieta por asistencia tiene una delimitación perfectamente conocida como demuestra el vigente art. 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) . No es un concepto arcaico y superado como afirmó Efrain. Antes al contrario, lo que era y sigue siendo más que discutible es satisfacer al consejero ejecutivo una retribución adicional a la que le correspondiera estatutariamente como administrador, sin cobertura estatutaria ni aprobación de la junta general y ni siquiera concertar un contrato de servicios profesionales bien definido en razón a las

especiales funciones que se le encomienden.

De ahí la incoherencia de fijar una dieta por asistencia y querer justificar labores propias de un consejero ejecutivo.

3.- Tinser Cartera SL era una sociedad instrumental, perteneciente al 100% al grupo de la CAM, cuyo objeto social era, principalmente, según escritura de constitución "la adquisición, tenencia, disfrute, administración y enajenación por cuenta propia de acciones o participaciones representativas del capital social de cualesquiera sociedades mercantiles no cotizadas...".

La empresa TINSER no era más que una empresa instrumental de mera tenencia de participaciones en diversas entidades mercantiles no cotizadas del sector industrial y de servicios arraigadas en los territorios históricos de la CAM, pero que carecía de actividad material real más allá de las simples formalidades administrativas para el mantenimiento de la sociedad.

Según nos explica Efrain fueron criterios sugeridos por la autoridad supervisora los que aconsejaron separar los sectores de actividad no bancarios en mercantiles diferenciadas para evitar la contaminación en la cuenta de resultados. Pero, escindida del organigrama del grupo empresarial de la CAM y de su estructura de decisión y responsabilidad, carece de autonomía decisoria, su funcionamiento era estrictamente formal. Todas las esenciales decisiones estratégicas y de negocio venían impuestas por el equipo directivo de la CAM. Así lo explicó con claridad el testigo Abelardo.

El cambio de la estructura de gobierno de TINSER Cartera S.L. no supuso alteración material ninguna en el modo de su gestión.

Este dato esencial nos lo aporta el testimonio contundente, documentado y privilegiado de quien fue hasta diciembre de 2009 su administrador único y después miembro del consejo de administración y consejero delegado con amplios poderes de actuación.

Y no conllevó alteración porque el funcionamiento de dicha sociedad era meramente administrativo-contable, para el mantenimiento formal de la sociedad.

No tenía empleados ni actividad, y las decisiones estratégicas de inversión o toma de participaciones en determinadas sociedades no cotizadas del sector servicios o industrial, se adoptaban siempre por parte del equipo directivo de la CAM.

No hubo ni una sola reunión física del Consejo de Administración.

Nunca se reunió ni reportó con el Presidente. Que esta persona reconozca que no

reportó ni una sola vez con el presidente del nuevo órgano de gobierno creado, al que se pretende justificar con la realización de actividades ejecutivas y de gestión diaria, o que desconozca absolutamente cuál pudo ser la actividad concreta de Justino en TINSER, es ya más que ilustrativo sobre la absoluta falta de actividad real por parte de Justino como presidente de Tinser. No hace sino confirmar el hecho reconocido y asumido por el propio Justino.

4.- Conviene aclarar que se trataba de una empresa con un volumen de inversión algo superior a los 30 millones y del simple examen de la composición de la estructura de su cartera, que consta en el acta del primer consejo de administración, se observa que se limita a la toma de participación accionarial significativa en cinco sociedades.

Se han reiterado hasta la saciedad las frases explicativas que se repiten en todos los documentos, desde los primeros correos electrónicos, sobre "el nuevo enfoque del Proyecto Tinser pretende consolidar la presencia CAM en el tejido empresarial más relevante de nuestras áreas de actuaciones.

Por ello con el fin de acometer esta nueva etapa de la sociedad con las máximas garantías de éxito, se estima conveniente dotar a Tinser Cartera S.L. de un órgano de administración, presidido por D. Justino, que contribuya a potenciar nuestra vinculación con el tejido empresarial, que dote de mayor fuerza a la gestión de la sociedad y contribuya a mejorar la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM." pero no se ha podido acreditar, no ya una sola operación concreta en la que interviniera Justino, sino ni un solo documento de trabajo en el que se haga referencia a esa condición.

Era Abelardo quien comparecía normalmente en representación de la sociedad en los consejos de esas cinco entidades.

Nunca reportó, solo tuvo un encuentro de apenas una hora, pasado un año desde el cambio del órgano de gobierno.

El que hubiera junto a él otro consejero delegado de desarrollo corporativo, no afecta en nada a las conclusiones sobre lo prescindible y superfluo del establecimiento de un consejo de administración, que, precisamente por ello, nunca se reunió materialmente pues la actividad de la sociedad era puramente formal-administrativa, y la posible ampliación de las inversiones se decidía en otros ámbitos de la CAM. No se ha practicado prueba alguna que permita contradecir tan razonados argumentos.

5.- Justino no desarrolló actividad alguna que comportara tiempo, dedicación, esfuerzo y responsabilidad en Tinser Cartera S.L. que pudiera amparar el cobro de

tan importantes emolumentos.

Este dato esencial lo acepta el propio Justino al asumir su responsabilidad y reconocer en su declaración todos los hechos que constan en el escrito conformado por su defensa y las acusaciones.

Pero, lo confirma y corrobora, una vez más, el testimonio de Abelardo y la inexistencia de reuniones físicas del consejo de administración.

Es absolutamente increíble que se siga manteniendo la realidad de la intensa dedicación de Justino a Tinser y no haya podido aportar ni un solo documento que justifique la realidad del trabajo desarrollado en tal condición.

6.- Se ha argumentado que TINSER era un proyecto ilusionante de futuro y que contaba, ya en diciembre de 2009, con un volumen de inversión y proyecto a desarrollar que justificaba tanto el cambio de su estructura de gobierno, como que la remuneración prevista era proporcionada conforme a criterios de mercado.

Es obvio que la remuneración se fija en función, entre otros, de dos parámetros esenciales, cualidades y perfil profesional de la persona contratada y tarea encomendada a desempeñar, y no por el solo dato del volumen de inversión, que, por otro lado, era casi insignificante dentro del grupo CAM.

Pero no es el dato cuantitativo asilado el que nos debe importar.

a.- Las claves son que no se ha demostrado operación alguna, ni gestión, reunión, estudio, documentación, evento, participación en foro empresarial que permita establecer, ni de forma indiciaria, una dedicación real que comportara trabajo, esfuerzo o dedicación como Presidente de Tinser.

b.- En segundo lugar, que, con independencia de que pudiera haber alguna operación aislada de incremento de la inversión en sociedades participadas, sin intervención acreditada de Justino, ello no afectó al modo real de gestión y decisión de la compañía que continuó siendo de estricta tenencia formal de las participaciones y subordinado a las instrucciones y acuerdos de la propia estructura directiva de la CAM.

c.- En tercer lugar, que el concepto de la retribución estaba claramente definido como dieta por asistencia que nada tiene que ver con la realización de actividades ejecutivas o de gestión diaria.

d.- Reconocimiento de hechos:

Sin duda, el acuerdo de Justino con la Fiscalía y la asunción íntegra de los hechos

imputados, supuso un duro impacto en la estrategia de defensa del resto de coimputados.

El que la percepción de dietas en las participadas pudiera ser legal, o que, cómo sostenían otras defensas, desde un punto de vista de estricta legalidad mercantil el acuerdo del consejo de la CAM fuera inocuo, bastando el informe de la Comisión de Retribuciones y el acuerdo de la Junta General de socios de la participada, chocaban con la tozuda realidad de que seguía siendo necesario acreditar la realidad del trabajo o prestación para que la percepción pudiera considerarse lícita.

Y, sin embargo, nadie sabe indicar en qué consistió dicha actividad. Es más, ni siquiera se ponen de acuerdo sobre en qué debía consistir. Todos coinciden en que no podía ser solo por asistir y presidir las sesiones del consejo, que, en todo caso, tampoco se celebraron más allá de su estricta documentación formal, pero no pueden concretar si era una actividad ejecutiva de gestión diaria. De manera recurrente se alude a tópicos, frases hechas, y sin poder explicar las múltiples contradicciones.

7.- Declaraciones sobre el fin de las retribuciones:

a.- Felipe señala que siempre entendió que se le remuneraba por toda su actividad en la CAM, no solo en TINSER Cartera S.L. Florian especula que era similar a la actividad de un presidente ejecutivo pero solo de Tinser y que el presidente de una entidad similar cobraba más que eso. Insistido si la remuneración abarcaba toda la actividad desplegada como presidente de la CAM, reitera que era solo por Tinser pues el resto de trabajos ya los tenía pagados con sus dietas y que la presidencia de la CAM era meramente representativa".

8.- Declaraciones del recurrente Efrain.

No da explicación de por qué en TINSER, pese a ser un proyecto tan atractivo, solo se incorpora Justino, cuando instantes había explicado, para justificar el cobro de dietas en relación con las otras participadas, que se estimó muy conveniente que los consejeros se involucraran en la marcha y conocimiento de todas las actividades abarcadas por la CAM.

Cuando se le preguntó por lo elevado de la cuantía en relación a otras participadas, divaga sobre informes externos, criterios de mercado, actividad que no acaba de definir.

Si se quería un presidente ejecutivo en una sociedad limitada debiera de haberse explicitado, aprobado y concertado la oportuna relación contractual de prestación de servicios profesionales ya fuera laboral, de alta dirección o de otra índole, pero con un marco definido en función de la tarea encomendada, y con un paquete retributivo

especificado.

Quizá la quiebra más llamativa de su discurso es cuando se le pregunta por el carácter retroactivo.

Este es el dato clave: ¿cómo se podían pagar con carácter retroactivo seis meses, por desempeñar la presidencia de un órgano de gobierno que ni siquiera existía?.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Es la demostración palpable que lo que se pretendió es fijar directamente al Presidente de la CAM una retribución cuasi salarial desde el momento mismo de su nombramiento utilizando el subterfugio fraudulento de una empresa participada. El establecimiento de una cláusula de revisión anual así lo delata.

La prueba documental y, sobre todo, testifical aportada, fundamentalmente, por la defensa de Efrain no aclara nada ni desdice la afirmación principal de la declaración de Justino íntegramente corroborada por el testigo Abelardo.

Que acudiera casi a diario a las dependencias de la CAM o a eventos o reuniones vinculadas con la CAM, como testificó la persona que efectuó las labores de conductor asignado a presidencia, o que recibiera a empresarios relacionados con la actividad de la CAM eran actividades protocolarias y de representación en su condición de Presidente de la CAM, gratuito y honorifico por disposición legal y estatutaria.

El Sr. Plácido fue claro y contundente al respecto: su interés estaba en hablar con el presidente de la CAM, no con el de TINSER.

En relación con Terra Mitica ya hemos visto que el interés principal era llevar a cabo de forma ordenada la salida de la CAM del capital, pero, una vez más, el Sr. Abelardo, que era quien personalmente se sentaba como vocal en el consejo de administración de dicha entidad, nos explicó que nunca reportó ni informó de nada al Sr. Justino.

Y sobre otra operación de Ribera Salud, contestó que también la llevó personalmente, si bien era compleja por la necesaria refinanciación de la deuda y pasó a otro departamento.

Otro de los testigos habló, exclusivamente, de un proyecto de posible financiación de una modesta obra en la ciudad de Elche, pero sin poder concretar la relación directa con Tinser, y no con la CAM.

Solo el representante del Grupo Soledad mencionó el nombre de Tinser pero sin mayor explicación, referencia, mención de fechas o actividades concretas.

Únicamente se ha aportado la escritura de constitución de una sociedad en la que Tinser participaba con 30.000€, y en la que no consta intervención directa de Justino.

Se nos dijo que el paso del tiempo había dificultado la prueba, pero se olvida que toda la actividad de la caja ha estado sometida a inspección administrativa e investigación judicial, que existe una amplísima documentación de toda la actividad desarrollada, y sin embargo no se ha podido acreditar actividad real mas allá de unas escuetas notas de reuniones en la agenda personal del Director General que nada pueden indicar sobre si eran específicamente relacionadas con Tinser, o con la frenética actividad institucional de la propia CAM.

En definitiva, no se ha acreditado la intervención directa y personal de Justino más allá, insistimos, una vez más, de algún encuentro, reunión o evento al que pudo asistir como Presidente de la CAM.

9.- Corroboración de la declaración inculpatoria del acusado Justino.

La prueba documental y testifical examinada hasta ahora, que corrobora de manera objetiva e imparcial la confesión del único beneficiado, es prueba de cargo más que suficiente para tener por acreditado los hechos nucleares de los escritos de acusación:

1.- Justino recibió en sus cuentas personales 600.000€ procedentes de Tinser Cartera S.L. pese a que su trabajo o dedicación en esa sociedad fue inexistente.

2.- El cambio de la estructura de gobierno de Tinser Cartera S.L. era innecesario, no comportó modificación de la gestión y solo respondió a la voluntad deliberada de ocultar esa distracción del dinero bajo una ficticia cobertura de apariencia legal".

Todo este proceso valorativo acerca de la prueba en torno a la ilegalidad de la concesión de la dieta evidencia lo que la sentencia recoge y reconoce, sin que se aplica de forma retroactiva normativa no aplicable al momento de los hechos, sino que es norma complementaria ahora en vigor que interpreta y adecúa al momento actual prácticas ya ilícitas llevadas a cabo en el momento de los hechos.

i.- El objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento no es valorar la legalidad y legitimidad del cobro de dietas por los vocales del consejo de administración en el resto de empresas participadas de la CAM, Gestimed e Incomed.

En consecuencia, tampoco se ha practicado, prueba para que podamos determinar si conllevó esfuerzo, tiempo, dedicación y responsabilidad que justificara la retribución.

Otra cuestión es que alguna de nuestras consideraciones pudiera ser en parte

intercambiable.

Lo que sostenemos es que la remuneración que se confirió al Presidente de la CAM vulneraba una clara prohibición normativa, y para ocultarlo se utilizó el subterfugio de un órgano de gobierno inútil e innecesario.

No existió prestación que conllevara esfuerzo, tiempo, dedicación y responsabilidad, al margen de su condición de Presidente de la CAM, que pudiera justificar su percepción, y, además, bajo una apariencia formal y simulada de transparencia, se quebró de forma abrupta e injustificada la política general de retribuciones de los consejeros por su intervención en empresas participadas del grupo.

Ello denota a las claras que se trató de pagar algo más que la simple asistencia y dirección de un órgano de gobierno de un participada. Y, siendo eso así, su única explicación y finalidad era burlar la inequívoca prohibición estatutaria de que el Presidente de la CAM cobrara por el desempeño de su labor.

CONCLUSIÓN TRAS LO EXPUESTO:

a.- No se ha acreditado el desempeño por Justino de actividad alguna diferenciada de la labor institucional y protocolaria intrínsecamente inherente a su condición de Presidente de la CAM.

b.- Y la inexistencia conocida de actividad en favor de TINSER, arrastra la ilegalidad de la percepción que se oculta como dietas en una participada para burlar la prohibición estatutaria.

c.- Si no existía actividad real alguna y las únicas justificaciones hacen mención a labores consustanciales a su condición de presidente de la CAM, se comprenderá que se le estaba fijando de forma encubierta al Presidente de la CAM una retribución pese a la prohibición expresa contenida en los Estatutos y la inexistencia de actividad profesional que lo justificase por encima de lo previsto estatutariamente.

d.- La dieta era por tanto ilícita. "Se dedicó en cuerpo y alma". "Acudía a diario", fueron algunas de las explicaciones utilizadas para justificar su actividad.

Pero, como también se indicó, la simple agenda protocolaria y de relación institucional de la CAM, incluida la Obra Social, daba por si sola para llenar tres veces la agenda diaria. Por tanto, esa simple dedicación protocolaria no puede amparar la vulneración frontal de la norma estatutaria que prohibía la remuneración del cargo de Presidente y establecía su carácter honorífico y gratuito".

e.- Dietas por asistencia CAM y dietas por TINSER.

Es indiscutible que desde mediados de 2005 todos los vocales del consejo de administración de la CAM formaban a su vez parte de consejos de empresas participadas y percibían dietas de asistencia por encima de las fijadas por la Asamblea.

El discurrir histórico de la cuestión está reflejado en el apartado 3º de los hechos probados, en forma muy similar a como lo sostiene el relato de hechos de la defensa de Efrain, y, aun no siendo objeto propiamente de enjuiciamiento, si contextualiza y permite conocer el estado de la cuestión.

Desde la última revisión de marzo de 2008 eran 80.000€ para los presidentes, la mitad para vicepresidentes y secretario, y 20.000€ para los simple vocales.

En el caso de Tinser se fijó en 300.000€ anuales.

En una primera aproximación parece que chirría que por presidir una empresa de carácter instrumental se pueda cobrar casi 40 veces más que por presidir la matriz, e iría en contra del espíritu que impregnaba la regulación histórica de las cajas.

Es un hecho indiscutible que a partir del año 2003 se intensifican los deberes y obligaciones que recaen sobre los administradores sociales y, en consecuencia, su responsabilidad.

Esa expansión tuvo lugar en paralelo al enorme crecimiento de las cajas de ahorro.

Debió existir un cierto agravio comparativo y malestar por comparación contra entidades bancarias y financieras lo que llevó a que se articularan diversas modalidades de compensación como la que nos ocupa.

El problema esencial que lastra la idea que subyace a esa justificación es que falta el requisito esencial, la ineludible, en palabras de la STS 841/2006 (RJ 2006, 7697) , aprobación por la Asamblea General como máximo órgano de gobierno de la Caja.

Eso ya impide hablar de transparencia.

El informe emitido por el, entonces sí, jefe del Departamento de Servicios Jurídicos Sr. Jose Francisco el 6 de octubre de 2005 establecía que dada la derogación de la normativa autonómica que con anterioridad había fijado máximo a las dietas no existía techo legal, teniendo libertad de actuación la Asamblea, añadiendo que "si bien, si en algún momento se pretendiera llevar a la asamblea la ampliación de las dietas para los miembros de los OO.GG de la Caja, sería prudente consultar antes al IVF". (doc. 8 aportado por la defensa Efrain).

Entendía el letrado informante, y esta es la base legal de argumentación de todas

las defensas, que esa restricción legal no tenía porque operar en la fijación de las dietas a los componentes de los consejos de administración de sociedades participadas.

Y apoya su consideración en dos ideas: la ley, proclive a extender en numerosos aspectos su regulación a "las sociedades del Grupo", se refiere en exclusiva a los miembros de los órganos de gobierno de las cajas. Y el argumento esencial entendía "que la dieta regulada por la ley para los OO.GG de las Cajas, lo es en función del trabajo, y también de la responsabilidad específica que suponer pertenecer a dichos OO.GG.

Pero cuando un miembro de estos OO.GG se integra en un Consejo de Administración de otra sociedad, asume un nuevo y distinto trabajo, y sobre todo, una nueva y distinta responsabilidad, que incluso puede llegar ser mayor, por lo que no hay razón para que una y otra dieta se equipare".

Sin entrar a debatir si otros criterios hermenéuticos (teleológicos, sistemáticos o sociológicos) posibilitaban una conclusión en sentido contrario, lo cierto es que la razón esencial coincide con nuestro razonamiento :

"Solo la existencia de un trabajo, esfuerzo, dedicación y responsabilidad diferenciada pueden justificar esa percepción".

Una cosa es que alguno de los vocales del consejo pase, en representación de la CAM, a formar parte del órgano de gobierno de alguna otra sociedad -se mencionaron por ejemplo importantes empresas del sector eléctrico, energético o turístico-, en cuyo consejo de administración se perciban remuneraciones en atención a la dedicación, esfuerzo y responsabilidad consustanciales al cargo de administrador social, ciertamente incrementados desde las reformas del año 2003, y otra muy distinta, que en una sociedad meramente instrumental, 100% capital de la matriz, sin autonomía decisoria, empleados, ni actividad real, se cree un consejo de administración virtual, carente de todo contenido material, para burlar la disposición legal y estatutaria dando aparente cobertura de legalidad a la percepción de una remuneración, ya veremos si aprobada por el Consejo de Administración, pero en todo caso desconocida por la Junta General (Asamblea General).

Estamos ante una pantalla de aparente legalidad que pretende encubrir una realidad económica subyacente, como es el cobro ilícito de una cuantiosa remuneración por no prestar servicio, trabajo, ni dedicación alguna.

Que el administrador de una sociedad pueda burlar la prohibición de que el cargo sea remunerado, mediante el simple procedimiento de crear un nueva sociedad

instrumental parece algo a todas luces inasumible.

Si además no realiza actividad alguna causando un perjuicio la relevancia típica es indudable.

Desde la antigua STS 867/2002, de 29 de julio (RJ 2002, 6357) , Caso Banesto, el TS tiene dicho que cuando el tráfico económico trata de presentarnos una fachada o apariencia de legalidad formal, es necesario profundizar en la verdadera situación de la entidad societaria, para hacer aflorar y sacar a la luz la realidad subyacente.

En la Sentencia 274/96, de 20 de mayo (RJ 1996, 3838) , se declara que la jurisprudencia ha venido reconociendo que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad.

La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del Derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal.

Que el beneficiario de dicha dieta fuera el Presidente de la caja no es baladí. Su posición no era exactamente la misma que la de cualquier otro vocal.

Los requisitos de la viabilidad legal de su percepción, en su caso.

En su caso existía la posibilidad legal de aprobar una retribución, siempre y cuando:

a.- Se modificaran los Estatutos,

b.- Se acordara expresamente por el Consejo de Administración y

c.- Conllevara dedicación exclusiva y régimen de incompatibilidades idéntico al del Director General.

Es decir, ejerciera actividad ejecutiva, fuera aprobado de manera expresa por el Consejo de Administración, y previamente autorizado por la Asamblea General.

Nada de eso se hizo.

No puede hablarse en ningún caso de transparencia.

Conclusión clave para el Tribunal:

"Se articuló una artimaña de ingeniería societaria o abuso de la persona jurídica para burlar la clara prohibición estatutaria, para cobrar un dinero en contraprestación a un labor meramente representativa que era por definición gratuita y honorífica".

No nos corresponde valorar la legalidad y legitimidad del cobro de dietas por los vocales del consejo de administración en el resto de empresas participadas de la

CAM, pues no es objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento.

Lo que sostenemos es que:

1.- La remuneración que se confirió al Presidente de la CAM vulneraba una clara prohibición normativa, y para ocultarlo se utilizó el subterfugio de un órgano de gobierno absurdo, inútil e innecesario.

2.- No existió prestación de servicio que conllevara tiempo, dedicación y responsabilidad, al margen de su condición de Presidente de la CAM que pudiera justificar su percepción, y, además, bajo una apariencia formal y simulada de transparencia, se quebró de forma abrupta e injustificada la ya generosa política general de retribuciones de los consejeros por su intervención en empresas participadas del grupo.

3.- Ello denota a las claras que se trató de pagar algo más que la simple asistencia y dirección de un órgano de gobierno, a sabiendas que ello excedía de forma notoria los poderes de administración encomendados delimitados en los Estatutos de la Caja".

Las conclusiones del Tribunal ya expuestas en el FD 1º de esta resolución son concluyentes y relevantes acerca de la ilegalidad de la dieta en los términos en los que fue planteado el enfoque que se le dio y ello determinó su ilicitud y tipicidad penal por acto apropiativo de dinero de la CAM.

4.- La acreditación del trabajo desempeñado por D. Justino, al frente de TINSER CARTERA S.L.

Se alega este submotivo en cuarto lugar en torno a la acreditación del trabajo de Justino que podría justificar la legalidad de su concesión de dieta, pero ello ya ha sido examinado anteriormente en el punto anterior, en torno al no reconocimiento de esta actividad y la de la propia mercantil, lo que no puede confundirse con la que desarrollaba en la CAM, pero, sin embargo, no era este el objetivo, causa y razón de su retribución, sino la de TINSER, y en ésta no consta probada.

Se recoge en la sentencia que "no existió prestación que conllevara esfuerzo, tiempo, dedicación y responsabilidad al margen de su condición de Presidente de la CAM, que pudiera justificar su percepción y, además, bajo una apariencia formal y simulada de transparencia, se quebró de forma abrupta e injustificada la política general de retribuciones de los consejeros por su intervención en empresas participadas del grupo. Ello denota a las claras que se trató de pagar algo más que la simple asistencia y dirección de un órgano de gobierno de una participada. Y siendo esto así, su única explicación y finalidad era burlar la inequívoca prohibición

estatutaria de que el Presidente de la CAM cobrara por el desempeño de su labor".

El recurrente, bajo el motivo y abrigo de la presunción de inocencia trata de sostener la existencia de la actividad de Justino al frente de TINSER, pero éste ha reconocido los hechos con contundencia y la ilegalidad, con ello, de esa percepción, no pudiendo sostenerse lo contrario cuando el Tribunal ha explicado de forma detallada, como antes hemos explicado, la inexistencia de actividad al frente de TINSER, a no confundir con su actividad al frente de la CAM, que sí que estaba constatada, pero no era esa la razón de la retribución.

Cuestión distinta es la aspiración, o necesidad de que este tipo de actuaciones tenían que ser retribuidas, y no gratuitas, como explica el Tribunal que se fue reflejando en el desarrollo del juicio en varias declaraciones de acusados y testigos, pero ese no es el tema objeto de enjuiciamiento, y queda más al amparo de lo que "debe ser", y no de lo que ocurrió y lo "que era" al momento de los hechos. Y ello porque no podemos defender que existiendo una imposibilidad, o dificultad real de conceder una retribución al Presidente de la CAM se "disfrace" la misma mediante el "paraguas" de una empresa, TINSER, bajo cuyo manto se cubra una retribución tan elevada que el Tribunal ha señalado que multiplica enormemente cualquier previsión económica en términos de dietas, de ahí que esta "exageración" y abuso de poder en la Caja haya llevado a este procedimiento por utilizar la misma para los intereses propios de sus gestores, y no los propios del propio fin social de la misma, en su caso. Podría haberse cubierto económicamente ese pago, siempre que existiera una vía legal para ello, o articulando un mecanismo que lo permitiera, pero no bajo un mecanismo de utilización de empresas para dotar de aparente legalidad lo que era un dislate organizativo, ante la nula participación real al frente de TINSER, pese al alegato que ofrece el recurrente.

Diferencia entre la actividad de Justino como Presidente de CAM y su actividad en TINSER

Lo que sucede es que esa intensa actividad, acudiendo a reuniones, convenciones, congresos, eventos, actos sociales o protocolarios, era la actividad propia e inherente a la presidencia de la CAM, gratuita y honorífica por disposición legal y voluntad de la Asamblea General de la CAM.

Y, lo que no se ha acreditado es actividad o decisión específica en relación a TINSER.

Y la función en TINSER, pese a lo que ahora se pretende hacer ver, era, conforme las disposiciones estatutarias, meramente deliberativa por la asistencia y dirección de los consejos de administración.

Lo que sucede es que, cómo su cuantía es tan llamativa y desproporcionada con la retribución establecida para presidentes de otras participadas, y cómo ahora sabemos que ni siquiera esos consejos tuvieron lugar, lógicamente, se necesita buscar un relato justificativo.

Pero esa actividad representativo-institucional no se puede confundir con TINSER, ni justifica la percepción de unos emolumentos de 300.000€ anuales. Ahora nos detendremos con detalle.

La motivación del Tribunal sobre la inexistencia de esa función queda constatado, como así lo reconoce el propio interesado al reconocer los hechos en su totalidad.

5.- El origen de la propuesta de D. Justino como Presidente de Tinser y la ausencia de plan alguno para retribuirle indebidamente.

Señala el recurrente que existe un vacío probatorio más absoluto, porque nadie, ni testigos ni acusados, han manifestado que tuviesen conocimiento de ese supuesto plan como el que se señala que se diseñó para ese fin.

Se exonera el recurrente de que fuera él el ideólogo del plan orquestado para el fin que se refleja, pero no es esto lo que consta en el hecho probado, ni el resultado del proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. Así, de las declaraciones que se han llevado a cabo la conclusión del Tribunal es concluyente en cuanto a que:

"1.- El recurrente defiende de forma personal la propuesta en la Comisión de Retribuciones, parcialmente en el Consejo de Administración y supervisa y conoce todos los avatares posteriores, pues también formaba parte del nuevo y virtual consejo de Tinser Cartera SL.

Con independencia de la colaboración de todo su equipo directivo (lo acreditan los correos que se aportaron intentando desacreditar las manifestaciones de Abelardo) es Efrain quien, según su versión, para dar cumplimiento a las indicaciones y deseos del presidente, asume la propuesta de acomodarle en el proyecto TINSER como propia, y la defiende en todos los departamentos y comisiones de la entidad.

Él así lo asume y consta en las respectivas actas.

Defiende de forma personal la propuesta en la Comisión de Retribuciones, parcialmente en el Consejo de Administración y supervisa y conoce todos los avatares posteriores, pues también formaba parte del nuevo, y virtual, consejo de TINSER Cartera S.L.

2.- No existe duda de que fue él quien de mutuo acuerdo con Justino ideó, urdió, dio cuerpo y ejecutó todo lo acontecido.

3.- Tal como se pone de manifiesto en la sentencia, la ideación, y la puesta en marcha solo pudo llevarse a cabo mediante una acción concertada del Presidente y del Director General de la CAM, personas físicas sobre las que recaía el efectivo control social de la entidad. Una centrada en el férreo liderazgo del equipo directivo, y otra, avezada en los entresijos de los órganos administrativos de gobierno de la CAM.

4.- Si algo ha quedado meridianamente acreditado es que el Director General, Efrain, desempeña un control férreo sobre toda la actividad de la Caja. Muchos de los acusados han destacado su marcado liderazgo personal, su capacidad de trabajo, la brillantez, concisión y preparación de sus intervenciones. Dicha forma de dirección no pasó desapercibida, tampoco a los técnicos del Banco de España.

5.- Es el propio Efrain, quien se ocupa de manera directa y personal de que apareciera como una atractiva oportunidad de negocio y creación de valor para la CAM, lo que no ocultaba sino la forma de encubrir un pago injustificado al nuevo presidente, algo que habían hablado y llevaban articulando desde el mismo momento en que Justino fue nombrado presidente en el mes de junio.

6.- La puesta en marcha solo pudo llevarse a efecto mediante una acción concertada del Presidente y del Director General de la CAM, personas físicas sobre las que recaía el efectivo control social de la entidad.

Una, centrada en el férreo liderazgo del equipo directivo, y otra, avezada en los entresijos de los órganos administrativos de gobierno de la CAM.

Si algo ha quedado meridianamente acreditado es que el Director General, Efrain, desempeñaba un control férreo y efectivo sobre toda la actividad de la Caja.

Muchos de los acusados han destacado su marcado liderazgo personal, su capacidad de trabajo, la brillantez, concisión y preparación de sus intervenciones.

Dicha forma de dirección no pasó desapercibida, tampoco, a los técnicos del Banco de España, como luego veremos.

Por otro lado, Justino no era tampoco un advenedizo o recién llegado, sino que durante los ocho años anteriores a su nombramiento como presidente había ejercido como vicepresidente y como Secretario del Consejo, siendo por tanto, perfecto conocedor de los entresijos procedimentales y forma de actuación de los órganos de gobierno de la caja.

La explicación del por qué se llevó aparentemente a deliberación, o más correctamente, por qué se quiso que figuraran los detalles concretos de cuantía y retroactividad en el acta era para evitar que fuera el propio Presidente actuando en

representación de la CAM quien se fijara a sí mismo la remuneración en el nuevo órgano ficticio ideado, lo que hubiera sido más escandaloso, aunque formalmente delegara la representación en una directiva subordinada del equipo de empresas participadas, Modesta, y para que no pudiera haber reticencias por parte de los directivos que iban a conformar el nuevo Consejo de Administración de Tinser.

En este punto, una vez más, las declaraciones del testigo Abelardo fueron concluyentes.

Se limitaron a dar estricto cumplimiento y ejecutar las órdenes supuestamente emanadas del Consejo de Administración de la CAM, y no procedieron hasta que tuvieron en su poder copia del acta del Consejo de la CAM de 27 de noviembre.

Tras consultar el email que le enviaron confirma que fue en la mañana del día 15, pese a que el acta lleva fecha del día 9, recordando que se tuvo que retrasar por un problema con la remuneración.

Los email aportados por la defensa de Fulgencio, supuestamente para desacreditar las manifestaciones del Sr. Abelardo, no tienen el alcance que se pretende, ni ponen en entredicho la credibilidad y coherencia de las informaciones aportadas por el testigo.

Los correos están fechados entre el 11 y de 17 de noviembre, lo que nos indica que en apenas quince días se articuló formalmente la propuesta.

Es el propio Efrain el que nos indica que desde el momento mismo de la incorporación se buscó acomodo a Justino, y ello fraguó en el proyecto Tinser.

Es Efrain quien se ocupa de manera directa y personal en que apareciera como una atractiva oportunidad de negocio y creación de valor para la CAM, lo que no ocultaba sino la forma de encubrir un pago injustificado al nuevo presidente, algo que habían hablado y llevaban articulando desde el mismo momento en que Justino fue nombrado presidente en el mes de junio.

No es casualidad que provenga del ámbito de inversión donde ya había desempeñado su labor Justino.

Es evidente que es el equipo directivo el que fragua el proyecto, da cuerpo a la modificación del órgano de gobierno siguiendo las indicaciones de sus superiores y con el Director General al frente, quien se ocupa de forma personal en sacar adelante la propuesta, supervisando todos los detalles.

No lo ha negado en ningún momento Efrain.

Por ello sorprende, una vez más, la forma alambicada en la que se reflejaban documentalmente los acuerdos.

Es muy curiosa la misiva de la Comisión de Retribuciones que se leyó en el Consejo de Administración.

En ella se habla de "informar favorablemente el nombramiento" y la redacción final del acuerdo reflejada en el acta indica que la iniciativa se adopta "a su propuesta con el visto bueno del Comité de Dirección".

Es obvio, que ni la idea surgió de la Comisión de Retribuciones ni la reorganización de la estructura corporativa de una participada entra dentro de sus funciones, ni la idoneidad de los nombramientos era su función esencial.

Prueba de ello para el Tribunal:

1.- Como bien refleja el acta de la reunión del Comité de Retribuciones,

2.- Como se desprende de sus intervenciones personales en la reunión del consejo de administración, y

3.- Como expusieron la mayoría de los asistentes

Fue Efrain quien abanderó y defendió la propuesta".

Aunque el recurrente sostenga que no fue idea suya, sino que partió del propio Justino, sea como fuere lo cierto y verdad es que queda acreditada su máxima colaboración y liderazgo, por dominio del hecho en la orquestación del plan diseñado para llevar a cabo el operativo para conseguir el fin de la fijación de la dieta a favor de Justino. Por ello, aunque el recurrente cuestione la valoración del Tribunal de la prueba, por ejemplo, de la declaración del testigo Sr. Abelardo, o que fue Justino el que lo organizó todo, la prueba expuesta confluye en que el Tribunal ha contado con prueba de cargo bastante, que es el objeto del motivo del recurso.

El recurrente realiza una exposición de hasta dónde llegó su intervención y que no pasó de llevar a cabo actos que no comportaban consecuencias jurídicas delictivas depositando su responsabilidad en el propio beneficiario de la percepción de la dieta, pero ello supone una valoración distinta, y en el análisis del planteamiento de este motivo de la valoración de la existencia de prueba de cargo sobre el que se sustenta el alegato de la vulneración de la presunción de inocencia choca frontalmente con una acertada y densa explicación del Tribunal acerca de los hechos ocurridos, la prueba practicada al respecto y cuál ha sido el proceso valorativo, que aquí ya se ha explicitado, a fin de analizar su "suficiencia y corrección", lo que debe ser ratificado frente al motivo del recurso formulado.

El motivo se desestima.

QUINTO.-

4.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Formula el recurrente frente a los hechos probados que quien realizó la propuesta de las retribuciones en las empresas participadas fue el presidente de la Comisión de Retribuciones, y no el acusado. Y que ello tiene importancia el error, por cuanto se pretende otorgar al recurrente participación en los hechos en los que no la tuvo, con la finalidad de justificar su condena, bajo la hipótesis de que tenía intervención en cuestiones de retribución que no le competían más allá de transmitir las propuestas del presidente de la CAM -que también lo era del Consejo de Administración- a la Comisión de Retribuciones, por cuanto el Presidente de dicha comisión no formaba parte de la misma y la función estatutaria del acusado era precisamente llevar a cabo las encomiendas del Presidente.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 872/2016 de 18 Nov. 2016 (RJ 2016, 5597) , Rec. 407/2016 que como es frecuente en las partes recurrentes de acudir a este amparo procesal de "error facti", existe una confusión sobre el alcance y posibilidades del motivo, que indirectamente se descubre de la formulación del mismo, cuando al invocar el artículo 24.1 º y 2 º de la Constitución y 120 del mismo cuerpo normativo están derivando la protesta a un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Recordemos una vez más los condicionamientos jurisprudenciales de una reiterada y consolidada doctrina de esta Sala Segunda.

Para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza (error facti) se requiere:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 831) en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.

C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer

de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr.

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser transcendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio (RJ 2005, 2295)).

G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr (LEG 1882, 16) - esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02 (RJ 2002, 6115)) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo (RJ 2004, 1590) , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril (RJ 2004, 2330) y 1345/2005 de 14 de octubre (RJ 2006, 55)).

Con ello, es, precisamente, el punto f) el que no permite la estimación del motivo, ya que que no haya sido el acusado el que propuso en la reunión de la Comisión de Retribuciones el día 15 de julio de 2005, que el importe de las dietas por asistencia a las sociedades Gesfinmed e Incomed fuera de 16.400 euros anuales para consejero y del doble para el Presidente y, en su caso el Vicepresidente, es un hecho totalmente accesorio e irrelevante para al fallo de la sentencia de tal manera que modificados en el sentido propuesto, el fallo condenatorio del acusado seguiría siendo el mismo. Es un hecho totalmente accesorio que no tiene ninguna virtualidad para modificar el fallo condenatorio.

Recordemos que la sentencia destaca en este sentido (pág. 36) que no corresponde a la Sala valorar la legalidad y legitimidad del cobro de dietas por los vocales del consejo de administración en el resto de empresas participadas de la CAM, pues no es objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento.

El motivo se desestima.

SEXTO.-

5.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Se hace mención en el recurso a que los hechos probados en su ordinal 2º que los Estatutos establecen que los cargos de los consejeros generales (incluyendo entre los mismos al Presidente) tienen carácter gratuito, y que sus dietas las debía aprobar la Asamblea General. Sin embargo, esos hechos probados no recogen que los Estatutos establecen esa limitación únicamente respecto de los órganos de la Caja y no respecto de las sociedades participadas en la misma, lo que determina la posibilidad de fijar retribuciones en sociedades participadas por encima de los límites establecidos en la Asamblea General, de conformidad con lo narrado en el ordinal 3º de los hechos. Se mencionan documentos (Estatutos, Actas de la Comisión de Retribuciones de 18 de noviembre de 2004, Acuerdo del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros del Mediterráneo de 17 de marzo de 2005, en el extremo relativo a que es el Presidente del Consejo de Administración quien realiza la propuesta de dejar sin efecto el acuerdo de 16 de septiembre de 1999, sobre la retribución de los miembros del Consejo de Administración en sociedades participadas etc).

Se debe recordar de nuevo que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005 (RJ 2005, 7070) , Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como

las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 (RJ 1991, 282) 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7237) ; 13 de mayo (RJ 1996, 3818) y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril (RJ 1998, 3788) y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril (RJ 1999, 2768)).

Pese al alegato del recurrente debemos recordar que las conclusiones fácticas obtenidas por el Tribunal en torno a la valoración conjunta de la prueba se centran en los siguientes extremos, debiendo recordar que la utilización del cauce del art. 849.2 LECRIm choca con el dato ya citado de que que el documento o documentos alegados en el recurso no se encuentren en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal. Por ello, veamos cuáles son las conclusiones a las que llega el Tribunal tras la prueba:

El relato de hechos probados se articula en torno a las siguientes conclusiones fácticas que destaca el Tribunal en su sentencia:

1.- Justino cobró 600.000€ en concepto de dietas de asistencia como Presidente de Tinser Cartera S.L.

2.- No se conoce aportación laboral, dedicación, trabajo, servicio o actividad real alguna desplegada por el presidente del nuevo Consejo de Administración de TINSER Cartera S.L., por lo que las dietas eran absolutamente injustificadas en relación con el trabajo realmente realizado que fue inexistente, al margen de las funciones representativas, institucionales y protocolarias inherentes a la condición de presidente de una importante entidad financiera con fuerte arraigo en la Comunidad

Valenciana y en Murcia.

3.- La alteración del órgano de gobierno de TINSER Cartera S.L. carecía de justificación económico-mercantil real y no supuso modificación material en el modo de gestionar la entidad. De hecho no hubo ningún reunión física del consejo.

4.- Las dietas eran además excesivas en tanto superaban, hasta multiplicar por cuatro, los parámetros establecidos por la Comisión de Retribuciones para la percepción de dietas en las empresas participadas en las que se integraban los restantes miembros del Consejo de Administración, cuantías que se acababan de actualizar con un fuerte incremento en el año 2008.

5.- El nombramiento de Justino como presidente de Tinser Cartera S.L. opera única y exclusivamente como excusa o pantalla para encubrir formalmente la recepción injustificada de cantidades a cargo de la entidad, ocultando lo que en realidad era una apropiación de caudales de la sociedad, que se extraían del patrimonio social para incorporarlo a las cuentas personales de Justino.

6.- Con ese modo de proceder se burlaba la prohibición estatutaria prevista en el art. 9, concreción de la previsión legal, que imponía el carácter honorífico y gratuito del cargo de Presidente de la CAM, como del resto de órganos de gobierno de la Caja.

7.- En definitiva, se crea un órgano de gobierno ad hoc para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM. O, de otra forma, bajo el manto de esa apariencia formal de legalidad se ideó un plan para abonar al Presidente de la CAM una altísima retribución, ilegal, en cuanto prohibida, e injustificable, en tanto no conllevó contraprestación alguna distinta de la mera representación institucional, gratuita y honorífica por definición legal.

Además, el apartado 3º de los hechos probados señala que: "en consonancia con dicho principio, el Consejo de Administración de la Caja en su sesión de 16 de septiembre de 1999 estableció que, de acuerdo con su interpretación de los estatutos, el importe de la asistencia a los órganos de Gobierno de las empresas participadas se ajustaría al criterio de que el importe de las mismas en ningún caso superará al de la dieta que, en cada momento, tuviera establecida la Asamblea General". Y si bien es cierto que existe un acuerdo del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros del Mediterráneo de 17 de marzo de 2005, en el sentido de dejar sin efecto el acuerdo adoptado en la sesión celebrada el 16 de septiembre de 1999, en relación con el establecimiento de la percepción de dietas para los representantes de la Entidad en los órganos de Gobierno de las empresas mayoritariamente

participadas por CAM, también es verdad, que, además del contenido de los Estatutos de la CAM, el propio recurrente, menciona en su motivo sexto la existencia de un Acta del Consejo de Administración de 28 de marzo de 2006, en la que se recoge la renuncia del personal de CAM a las retribuciones por pertenencia a distintos Consejos en empresas participadas y otra Acta de la Comisión de Retribuciones de 27 de marzo de 2006, en la que se recoge que dicha Comisión ha sido informada de la renuncia del personal de CAM a las retribuciones por pertenencia a distintos Consejos de empresas participadas.

Por otra parte, la retribución establecida a los órganos de las empresas participadas, lo deduce la sentencia, no sólo en base a lo que marcan los Estatutos, y las diversas actas que se mencionan, sino también a la legislación vigente en aquel momento (Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951) , de Regulación de Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, el Decreto Legislativo 1/1997, de 23 de julio (LCV 1997, 225) del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorro ....).

No obstante, que los documentos que cita el recurrente se ven contrarrestados por otros elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal lo refleja con suma claridad y motivación debida el Tribunal al reflejar lo que se llevó a cabo para poner en marcha " un disfraz retributivo" con el que poder pagar a Justino por la actividad real que desempeñaba como Presidente de la CAM, pero mediante otra sociedad utilizada ex profeso y ad hoc para ello. Y se insiste en que no se trata de valorar la idoneidad y necesidad de que un Presidente de una Caja debiera probar por una actividad laboral que, evidentemente, desempeñaba, sino porque para cubrir los problemas de legalidad se sirven de un instrumento para conseguir ese fin retributivo. Y es aquí donde opera el marco de ilicitud.

Así, recuerda el Tribunal con claridad que:

"1.- Los Estatutos de TINSER Cartera S.L. dicen así:

"El cargo de Administrador será retribuido en concepto de dieta de asistencia a las sesiones del Órgano de Administración, e igualmente tendrá derecho al reembolso de los gastos que le ocasione el ejercicio de tales cargos, sin perjuicio de las contraprestaciones que le correspondan por servicios de otra índole, de carácter profesional, laboral, etc.".

Por su parte el acuerdo de la Junta dice: "Los socios deciden por unanimidad el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente...".

Es necesario recordar que conforme al art 66 de la derogada Ley 2/1995 de 23 de marzo (RCL 1995, 953) de Sociedades de Responsabilidad Limitadas el cargo de administrador era gratuito, a menos que los estatutos establecieran lo contrario, debiendo determinar el sistema de retribución.

El mismo precepto fijaba limitaciones a la retribución cuando consista en participación en beneficios y especificaba que el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicio o de obra requerirían acuerdo de la Junta General.

Los términos legales son esclarecedores, y en el caso analizado se especificó el concepto exclusivamente como una dieta por asistencia a las sesiones del consejo, se determinó la cuantía y se concretó que correspondería percibirla solo al Presidente, dato que llama la atención pues era antes aún de saber quiénes iban a conformar el consejo, y si eran o no directivos de la entidad.

2.- La dieta por asistencia debería corresponder a todos los miembros del consejo por igual, sin perjuicio de la pauta interna de la Caja para que los directivos no cobrasen por sus funciones en empresas participadas.

El concepto de dieta por asistencia tiene una delimitación perfectamente conocida como demuestra el vigente art. 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) . No es un concepto arcaico y superado como afirmó Efrain. Antes al contrario, lo que era y sigue siendo más que discutible es satisfacer al consejero ejecutivo una retribución adicional a la que le correspondiera estatutariamente como administrador, sin cobertura estatutaria ni aprobación de la junta general y ni siquiera concertar un contrato de servicios profesionales bien definido en razón a las especiales funciones que se le encomienden.

De ahí la incoherencia de fijar una dieta por asistencia y querer justificar labores propias de un consejero ejecutivo.

3.- Tinser Cartera SL era una sociedad instrumental, perteneciente al 100% al grupo de la CAM, cuyo objeto social era, principalmente, según escritura de constitución "la adquisición, tenencia, disfrute, administración y enajenación por cuenta propia de acciones o participaciones representativas del capital social de cualesquiera sociedades mercantiles no cotizadas...".

La empresa TINSER no era más que una empresa instrumental de mera tenencia de participaciones en diversas entidades mercantiles no cotizadas del sector industrial y de servicios arraigadas en los territorios históricos de la CAM, pero que carecía de actividad material real más allá de las simples formalidades

administrativas para el mantenimiento de la sociedad.

Según nos explica Efrain fueron criterios sugeridos por la autoridad supervisora los que aconsejaron separar los sectores de actividad no bancarios en mercantiles diferenciadas para evitar la contaminación en la cuenta de resultados. Pero, escindida del organigrama del grupo empresarial de la CAM y de su estructura de decisión y responsabilidad, carece de autonomía decisoria, su funcionamiento era estrictamente formal. Todas las esenciales decisiones estratégicas y de negocio venían impuestas por el equipo directivo de la CAM. Así lo explicó con claridad el testigo Abelardo.

El cambio de la estructura de gobierno de TINSER Cartera S.L. no supuso alteración material ninguna en el modo de su gestión.

Este dato esencial nos lo aporta el testimonio contundente, documentado y privilegiado de quien fue hasta diciembre de 2009 su administrador único y después miembro del consejo de administración y consejero delegado con amplios poderes de actuación.

Y no conllevó alteración porque el funcionamiento de dicha sociedad era meramente administrativo-contable, para el mantenimiento formal de la sociedad.

No tenía empleados ni actividad, y las decisiones estratégicas de inversión o toma de participaciones en determinadas sociedades no cotizadas del sector servicios o industrial, se adoptaban siempre por parte del equipo directivo de la CAM.

No hubo ni una sola reunión física del Consejo de Administración.

Nunca se reunió ni reportó con el Presidente. Que esta persona reconozca que no reportó ni una sola vez con el presidente del nuevo órgano de gobierno creado, al que se pretende justificar con la realización de actividades ejecutivas y de gestión diaria, o que desconozca absolutamente cuál pudo ser la actividad concreta de Justino en TINSER, es ya más que ilustrativo sobre la absoluta falta de actividad real por parte de Justino como presidente de Tinser. No hace sino confirmar el hecho reconocido y asumido por el propio Justino.

4.- Conviene aclarar que se trataba de una empresa con un volumen de inversión algo superior a los 30 millones y del simple examen de la composición de la estructura de su cartera, que consta en el acta del primer consejo de administración, se observa que se limita a la toma de participación accionarial significativa en cinco sociedades.

Se han reiterado hasta la saciedad las frases explicativas que se repiten en todos los documentos, desde los primeros correos electrónicos, sobre "el nuevo enfoque

del Proyecto Tinser pretende consolidar la presencia CAM en el tejido empresarial más relevante de nuestras áreas de actuaciones.

Por ello con el fin de acometer esta nueva etapa de la sociedad con las máximas garantías de éxito, se estima conveniente dotar a Tinser Cartera S.L. de un órgano de administración, presidido por D. Justino, que contribuya a potenciar nuestra vinculación con el tejido empresarial, que dote de mayor fuerza a la gestión de la sociedad y contribuya a mejorar la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM." pero no se ha podido acreditar, no ya una sola operación concreta en la que interviniera Justino, sino ni un solo documento de trabajo en el que se haga referencia a esa condición.

Era Abelardo quien comparecía normalmente en representación de la sociedad en los consejos de esas cinco entidades.

Nunca reportó, solo tuvo un encuentro de apenas una hora, pasado un año desde el cambio del órgano de gobierno.

El que hubiera junto a él otro consejero delegado de desarrollo corporativo, no afecta en nada a las conclusiones sobre lo prescindible y superfluo del establecimiento de un consejo de administración, que, precisamente por ello, nunca se reunió materialmente pues la actividad de la sociedad era puramente formal-administrativa, y la posible ampliación de las inversiones se decidía en otros ámbitos de la CAM. No se ha practicado prueba alguna que permita contradecir tan razonados argumentos.

5.- Justino no desarrolló actividad alguna que comportara tiempo, dedicación, esfuerzo y responsabilidad en Tinser Cartera S.L. que pudiera amparar el cobro de tan importantes emolumentos.

Este dato esencial lo acepta el propio Justino al asumir su responsabilidad y reconocer en su declaración todos los hechos que constan en el escrito conformado por su defensa y las acusaciones.

Pero, lo confirma y corrobora, una vez más, el testimonio de Abelardo y la inexistencia de reuniones físicas del consejo de administración.

Es absolutamente increíble que se siga manteniendo la realidad de la intensa dedicación de Justino a Tinser y no haya podido aportar ni un solo documento que justifique la realidad del trabajo desarrollado en tal condición.

6.- Se ha argumentado que TINSER era un proyecto ilusionante de futuro y que contaba, ya en diciembre de 2009, con un volumen de inversión y proyecto a

desarrollar que justificaba tanto el cambio de su estructura de gobierno, como que la remuneración prevista era proporcionada conforme a criterios de mercado.

Es obvio que la remuneración se fija en función, entre otros, de dos parámetros esenciales, cualidades y perfil profesional de la persona contratada y tarea encomendada a desempeñar, y no por el solo dato del volumen de inversión, que, por otro lado, era casi insignificante dentro del grupo CAM.

Pero no es el dato cuantitativo aislado el que nos debe importar.

a.- Las claves son que no se ha demostrado operación alguna, ni gestión, reunión, estudio, documentación, evento, participación en foro empresarial que permita establecer, ni de forma indiciaria, una dedicación real que comportara trabajo, esfuerzo o dedicación como Presidente de Tinser.

b.- En segundo lugar, que, con independencia de que pudiera haber alguna operación aislada de incremento de la inversión en sociedades participadas, sin intervención acreditada de Justino, ello no afectó al modo real de gestión y decisión de la compañía que continuó siendo de estricta tenencia formal de las participaciones y subordinado a las instrucciones y acuerdos de la propia estructura directiva de la CAM.

c.- En tercer lugar, que el concepto de la retribución estaba claramente definido como dieta por asistencia que nada tiene que ver con la realización de actividades ejecutivas o de gestión diaria.

d.- Reconocimiento de hechos:

Sin duda, el acuerdo de Justino con la Fiscalía y la asunción íntegra de los hechos imputados, supuso un duro impacto en la estrategia de defensa del resto de coimputados.

El que la percepción de dietas en las participadas pudiera ser legal, o que, cómo sostenían otras defensas, desde un punto de vista de estricta legalidad mercantil el acuerdo del consejo de la CAM fuera inocuo, bastando el informe de la Comisión de Retribuciones y el acuerdo de la Junta General de socios de la participada, chocaban con la tozuda realidad de que seguía siendo necesario acreditar la realidad del trabajo o prestación para que la percepción pudiera considerarse lícita.

Y, sin embargo, nadie sabe indicar en qué consistió dicha actividad. Es más, ni siquiera se ponen de acuerdo sobre en qué debía consistir. Todos coinciden en que no podía ser solo por asistir y presidir las sesiones del consejo, que, en todo caso, tampoco se celebraron más allá de su estricta documentación formal, pero no pueden

concretar si era una actividad ejecutiva de gestión diaria. De manera recurrente se alude a tópicos, frases hechas, y sin poder explicar las múltiples contradicciones.

7.- Declaraciones sobre el fin de las retribuciones:

a.- Felipe señala que siempre entendió que se le remuneraba por toda su actividad en la CAM, no solo en TINSER Cartera S.L. Florian especula que era similar a la actividad de un presidente ejecutivo pero solo de Tinser y que el presidente de una entidad similar cobraba más que eso. Insistido si la remuneración abarcaba toda la actividad desplegada como presidente de la CAM, reitera que era solo por Tinser pues el resto de trabajos ya los tenía pagados con sus dietas y que la presidencia de la CAM era meramente representativa".

Con ello, existe prueba suficiente para desvirtuar y contradecir el alegato documental propuesto por el recurrente por la vía del art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.-

6.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Señala el recurrente que "la sentencia incurre en un error de hecho manifiesto, por cuanto se manifiesta que no se acordó al pago al resto de miembros del consejo de administración de TINSER CARTERA, S.L. Ese elemento la sentencia lo utiliza después en los fundamentos jurídicos para mantener que el referido órgano de gobierno sólo tenía como finalidad el pago de unos emolumentos al Presidente de la CAM, y que la prueba de ello es que no se retribuía al resto de los miembros. Sin embargo, la sentencia incurre en un error manifiesto, porque lo cierto es que el personal de la Caja, por decisión del Consejo de Administración, de la que informa el Comité de Retribuciones y después aprueba el Consejo de Administración, renunció a recibir dichas retribuciones, por cuanto ya recibían su retribución de la Caja de Ahorros, como empleados de la misma".

Lo que se acuerda en la junta de TINSER por unanimidad es el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del año. Tal dieta se revisará anualmente conforma al IPC". Pero nada se recoge sobre la remuneración del resto de los miembros del Consejo de Administración, pero hay que destacar que ello se debiera a que habían renunciado a las retribuciones por pertenecer a los distintos Consejos de empresas participadas, o no, es un dato totalmente accesorio y que no modificaría en ningún momento el

contenido del fallo de la Sentencia. Se trata, al igual que en los supuestos anteriores, de extremos sin relevancia para la alteración del fallo de la sentencia. No supone un elemento que altera el contenido de lo resuelto y la afectación de la condena del recurrente.

El motivo se desestima.

OCTAVO

7.- Se formula el presente motivo al amparo del art. 849.2º L..Cr. (LEG 1882, 16) , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Se alega que "los hechos probados no recogen, a pesar de que queda acreditado por documentos literosuficientes que. Justino, en su condición de Presidente de la CAM, tenía delegada la facultad para nombrar los miembros de los consejos de administración de las sociedades participadas, así como la de fijar su retribución. Así lo establecía el Acta del Consejo de Administración de 8 de junio de 2009, en el extremo que acuerda dar la facultad al Presidente de nombrar administradores en sociedades participadas y fijarles la retribución".

Al igual que sucede en los supuestos precedentes por la vía del art. 849.2 LECRIM (LEG 1882, 16) la cuestión suscitada carece de relevancia a los efectos de alterar el fallo de la sentencia recurrida, toda vez que lo que en el presente caso se dilucida no es la remuneración que pudiesen tener los vocales del Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L. (que carecían de ella) y si el Presidente podía o no fijar su retribución, sino, en si la retribución fijada para el Presidente Justino se ajustaba a la legalidad, o si por el contrario se utilizó un subterfugio para burlar las disposiciones legales y estatutarias, como se ha declarado probado y la directa participación del recurrente, como ha quedado acreditado, pese a su distinta valoración de la prueba respecto de la llevada a cabo por el Tribunal, en relación a la organización del diseño y ejecución de la concesión de la extraordinaria y exorbitante dieta sin justificación alguna y con el paraguas de una sociedad instrumental para este fin, pero sin que el contenido del motivo alegado tenga relevancia para lo aquí debatido.

El motivo se desestima.

NOVENO

8.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por aplicación indebida de los arts. 252, en relación con el art. 250.1.5ª del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) y, del art. 295 del C. Penal, interesado subsidiariamente a aquél por parte de las acusaciones.

Se alega por el recurrente que no ha existido ni administración desleal ni apropiación indebida. Que nada impedía que no se le pudiera retribuir por un trabajo ya realizado. Existe ausencia de dolo alguno en relación a la legalidad de la retribución concedida, ya que el asesor jurídico de la CAM durante muchos años, Jose Francisco, le explicó con detalle por qué dichas retribuciones eran legales. Se añade que no habría administración desleal porque la denuncia lo fue contra Justino.

Sin embargo, frente al alegato expositivo del recurrente acerca de que no se cometió el delito objeto de condena hay que señalar que:

1.- Como ya se ha señalado, Justino no llevado a cabo una tarea efectiva en TINSER CARTERA.

2.- No podría acordarse el pago de dieta con efectos retroactivos, ya que lo seguiría siendo al amparo del Presidente de la CAM y sobre ello no podía depositarse un gravamen económico como dieta a cargo de TINSER, por lo que la retroactividad era ilegítima. Y además no había desempeñado actividad para ésta como ha quedado acreditado y motivado por el Tribunal.

3.- La percepción de la dieta no puede tener el concepto de gasto que alega el recurrente.

4.- El FD 8º de la sentencia señala que, tras la prueba practicada se concluye que "Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida agravada del art. 252 en relación con el art. 250.1.6º (especial gravedad por superar los 50.000€) del Código Penal, en la redacción vigente al momento de los hechos".

5.- Se recoge que la agravación viene justificada por el importe defraudado que supera con mucho los 50.000€, dato que ha sido conocido en todo momento por los acusados habiendo podido ejercer su defensa en plenitud sin que ello afecte al principio acusatorio.

6.- La tipificación del hecho como apropiación indebida se explica por el Tribunal en razón a que: "El delito de apropiación indebida del antiguo art. 252 CP sancionaba, al tiempo de ocurrir estos hechos, a quien, en perjuicio de otro, se apropie o distraiga dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlo recibido.

La apropiación indebida del antiguo art. 252 CP contenía dos modalidades, la apropiación en sentido estricto, o clásico, con la incorporación de la cosa mueble ajena que comete el poseedor legítimo que la incorpora a su patrimonio con ánimo de

lucro, o niega haberla, y la modalidad de distracción, o gestión desleal, que supone disponer del dinero o casa fungible recibida más allá de lo que autoriza el título de recepción, con vocación definitiva, causación de perjuicio y conciencia del exceso que se realiza".

7.- El procedimiento de adjudicación de la dieta fue absolutamente un subterfugio articulado para otorgarle una retribución al Presidente de la CAM, pero no como presidente ejecutivo, y por medio de una sociedad instrumental como utilizaron a TINSER para este fin. De suyo el Tribunal fija este marco normativo bajo el que se entiende cometido el delito por la adjudicación de la dieta señalando que:

"Legalmente existía esa posibilidad, (de aprobar una remuneración) pero sometida a unas condiciones rigurosas, que pasaban por la modificación de estatutos. Como se era consciente que Justino no tenía la experiencia ni el conocimiento específico de la actividad bancaria para ser presidente ejecutivo, ni tampoco el momento que atravesaba la Caja lo aconsejaba, se optó por buscar un subterfugio fraudulento que sorteara la prohibición legal.

Normas de carácter interno en materia de retribuciones

1.- La primera y esencial norma de carácter interno que se establece en materia de política retributiva de los miembros de los órganos de gobierno de la caja es el carácter honorífico y gratuito reflejado en el Art. 9 de los Estatutos, cuya literalidad consta en el relato de hechos probados, y que, es necesario destacar, no excepciona al Presidente.

2.- Existe una segunda regla de control interno establecida por los Estatutos que complementa la anterior y es que será la Asamblea General la que apruebe la cuantía de las dietas a percibir por asistencia y gastos de desplazamiento.

3.- Y, en tercer lugar, se cuenta con una Comisión de Retribuciones cuya función esencial es la "de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo", conforme a lo dispuesto en el art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951) , (LORCA) en la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/2003, de 17 de julio (RCL 2003, 1817) , por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644y RCL 1989, 1149, 1781) , del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

No existía una prohibición legal absoluta para que el presidente de la caja pudiera

cobrar una remuneración, siempre que:

a.- Fuera una labor ejecutiva y con dedicación absoluta, y,

b.- En segundo lugar, fuera aprobada de forma expresa por Consejo de Administración.

c.- Lógicamente, siempre que los Estatutos previeran esa posibilidad.

Nadie, en ningún momento, ha sostenido que se quisiera nombrar a Justino Presidente ejecutivo de la CAM.

Inmersa en un complejo proceso de reestructuración del sector financiero y concentración de Cajas, el Director General deslizó que no tenía preparación técnica y experiencia bancaria suficiente para desarrollar labores ejecutivas en la CAM, y de ahí que se le buscara otra ubicación más adecuada a su perfil comercial y de conocimiento del tejido industrial y empresarial de la provincia de Alicante.

El problema es que:

a.- Nunca se modificaron los estatutos.

b.- Ni se aprobó su nombramiento como presidente ejecutivo de la CAM.

8.- La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 438/2018 de 3 Oct. 2018 (RJ 2018, 4189) , Rec. 772/2017 (Caso tarjetas black) ya se hizo eco de esta cuestión al señalar que:

"La Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985) , de Regulación de Normas Básicas sobre órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, dispuso en su Artículo veinticinco que "En el ejercicio de las funciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, con excepción del Presidente del Consejo de Administración, no se podrán originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y desplazamiento". Impedía por lo tanto cualquier otra percepción por parte de los miembros de los órganos de gobierno, esto es, de los miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control.

Poco después, la Ley 26/2003, de 17 de julio (RCL 2003, 1817) , en su Disposición adicional cuarta , modificó la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros , e introdujo un artículo 20 bis con la siguiente redacción: "El consejo de administración de las cajas de ahorros constituirá en su seno una comisión de retribuciones, que tendrá la función de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los cargos del consejo y para el personal directivo. La comisión estará formada por tres miembros,

salvo que la normativa de desarrollo establezca otro número, que serán designados por el consejo de administración siguiendo las proporciones del mismo. El régimen de funcionamiento de la comisión de retribuciones será establecido por la normativa de desarrollo".

Lo cual se reiteró en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (RCL 2003, 3093y RCL 2004, 5, 892) , de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que modificó este Artículo 20 bis. Comisión de Retribuciones de las Cajas de Ahorros, dejándolo con la siguiente redacción: "El consejo de administración de las Cajas de Ahorros constituirá en su seno una Comisión de Retribuciones, que tendrá la función de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo. La Comisión estará formada por un máximo de tres personas, que serán designadas de entre sus miembros por el consejo de administración. El régimen de funcionamiento de la Comisión de Retribuciones será establecido por los estatutos de la caja y su propio reglamento interno".

La ley 26/2003, antes citada, contenía otra norma en su Disposición Adicional segunda , en la que se obligaba a determinadas cajas de ahorro (las que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores) a hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo, en el que, entre otros aspectos, debería constar información sobre "remuneraciones percibidas por el Consejo de Administración, la Comisión de Control, la Comisión de Retribuciones y la Comisión de Inversiones, computando tanto las dietas por asistencia a los citados órganos como los sueldos que se perciban por el desempeño de sus funciones, así como a las remuneraciones análogas a las anteriores y las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida". Se atendía así a las obligaciones de información y transparencia en relación con cualquier percepción por parte de los miembros de los órganos de gobierno, incluyendo los sueldos que percibieran quienes podían percibirlos, como ocurría, en su caso, con el presidente ejecutivo, que presidía el Consejo de administración.

...

La mera utilización, en las nuevas normas, de los términos "retribuciones e incentivos", o "remuneraciones", "sueldos" o "remuneraciones análogas" sin derogación expresa o tácita de las reglas que hasta ese momento regulaban las percepciones que correspondían a los miembros de los órganos de gobierno, y sin ninguna regulación nueva incompatible con aquellas, no puede ser entendido como una autorización para, en contra de preceptos de especial claridad, entender que son posibles otras percepciones dinerarias distintas para los miembros de los órganos de Gobierno de las Cajas de Ahorro. Una interpretación sistemática y teleológica

conducirá a entender que con esos términos solamente se puede estar haciendo referencia a las percepciones autorizadas por la ley, sea cual sea la denominación con la que se las identifique, y en el caso de que aquella lo autorice, por los Estatutos en la forma prevista en ellos, sin que de esa forma puedan entenderse autorizadas otras diferentes .

El artículo 252 CP, al tiempo de los hechos castigaba a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La jurisprudencia que interpreta este precepto es amplísima y no siempre uniforme, refiriéndose en muchos casos al significado de los términos "apropiaren" y "distrajeren"; pero, siguiendo una u otra teoría, nunca ha excluido la condena para aquellos que, habiendo recibido dinero por uno de los títulos típicos, luego lo hiciera suyo, incorporándolo a su patrimonio o invirtiéndolo en atenciones personales; o dispusiera de él, como si fuera suyo, entregándolo a terceros; o bien lo destinara con vocación de permanencia a una finalidad distinta de aquella para la que le fue entregado, causando en todos los casos un perjuicio al patrimonio afectado.

En la STS nº 406/2017, de 5 de junio (RJ 2017, 2794) , se decía que "En la STS nº 915/2005 , que recogía el sentido de la jurisprudencia anterior y que ha sido reiterada en otras posteriores, se decía que «...cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo:

a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad;

b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado;

c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada».

Por lo tanto, es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a

darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el punto de no retorno, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio.

Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de cosas muebles y distinto de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C. Penal aunque exclusivamente para el ámbito societario".

En sentido similar, en la STS nº 31/2017, de 26 de enero (RJ 2017, 349) , se señalaba que en "la STS nº 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016, 4411) , con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo (RJ 2016, 788) , se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio (RJ 2015, 3592) .

En consecuencia, en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) , el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, recogiendo las anteriores, la STS nº 906/2016, de 30 de noviembre (RJ 2016, 6099) y la STS nº 476/2015, de 13 de julio, entre otras".

Finalmente, la cuestión radica en la identificación del título por el que se recibe; en las obligaciones de entregar o devolver que incorpora, y, con infracción de las mismas, en destinar lo recibido al propio patrimonio o al de terceros".

Como ya hemos visto en la relación de hechos probados y recordaremos en el punto nº 12 la entrega de esa cantidad fue apropiativa y sin retorno, extraída del

patrimonio que se tenía obligación de vigilar y sin intención de devolver. Se cumplían los presupuestos del delito de apropiación indebida.

9.- También esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 80/2018 de 15 Feb. 2018 (RJ 2018, 724) , Rec. 1034/2017 trató este tema para citar que:

"Desde el hecho probado resulta que no existía ninguna relación de prestación de servicios susceptibles de ser abonados en la forma que se declara probado. Respecto a la modalidad de apropiación indebida, la de distracción, nos remitimos a lo que acertadamente se argumenta la sentencia para incluir en el tipo penal del apropiación de las dos modalidades de actuación, la de apropiarse y la de distraer, conducta esta última que es la que se declara probado respecto de este acusado.

La tipicidad del delito de apropiación indebida tiene una diferenciación con el delito de administración desleal en virtud de la cual la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a clarificar en los términos que la sentencia impugnada señala y que reproducimos, con cita de la Sentencia 574/2017, de 19 julio (RJ 2017, 3724) , superando los distintos vaivenes doctrinales para destacar su diferenciación.

Tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 6782) , y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014, la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal), del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico.

Este criterio no solo tiene la ventaja de la claridad conceptual y funcional a la hora de deslindar el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, sino que también permite sustentar con parámetros más acordes de justicia material la diferencia punitiva que conllevan ambos preceptos (el art. 252 y el 295).

Y es el criterio también aplicado en la STS 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 6428) , que ubica la diferencia entre ambas figuras en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio

propio o de tercero, mientras que en la apropiación indebida se comprenden los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

Tanto por la relación de hechos probados, como por la fundamentación de la resolución recurrida, es un supuesto nítido de apropiación indebida, aunque fuere cometido por el administrador societario respecto de fondos de la sociedad, al encontrarnos ante un supuesto de apropiación definitiva, sin perjuicio de que una vez consumado, atendiera parcialmente a la responsabilidad civil derivada de su ilícito".

En efecto, en este caso la devolución parcial de la suma aprehendida lo fue a los efectos del reconocimiento de la responsabilidad penal por la incorrecta actuación del Presidente de la CAM en el cobro de una percepción por TINSER sin llevar a cabo función alguna y a los efectos de aplicarse una atenuación por esta devolución de las sumas distraídas del patrimonio social. Existe claramente apropiación indebida.

10.- También esta Sala trató este tema en la sentencia del Tribunal Supremo 700/2016 de 9 Sep. 2016 (RJ 2016, 4411) , Rec. 41/2016, donde se apunta que:

"En el art. 252 -bajo la rúbrica De la administración desleal- se castiga con las mismas penas previstas para el delito de estafa a "... los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado". El art. 253 - De la apropiación indebida-, con idéntica remisión a efectos punitivos a las penas asociadas al delito de estafa, castiga a "... los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia o que les hubieren sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido".

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la convergencia entre ambos preceptos. Y lo ha hecho, además, de forma bien distinta a la tesis que sugiere el motivo, hasta el punto de que en algunos de esos precedentes se refleja la clara voluntad de apartarse de la exégesis que la defensa atribuye a la mejor doctrina.

La sugerente controversia doctrinal suscitada por la defensa de los recurrentes ya ha obtenido adecuada respuesta en numerosos precedentes de esta Sala.

La STS 163/2016, 2 de marzo (RJ 2016, 788) , compendia el actual estado de la jurisprudencia, a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción. La transcripción literal de algunos de sus pasajes resulta más que conveniente. Allí puede leerse lo siguiente: "... desde otra perspectiva podría examinarse si la admisión a trámite del recurso puede fundamentarse en la modificación realizada en la regulación del delito de apropiación indebida por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439) , y en su eventual aplicación retroactiva en beneficio del reo.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que "la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En consecuencia, la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la

administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido.

En efecto la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el art 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, al establecer clara y paladinamente que " 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero , efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP, la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

En efecto, si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta especifica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al

nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma.

Cabe citar, por ejemplo:

a.- La STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario),

b.- STS 430/2015, de 2 de julio (RJ 2015, 4490) (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal),

c.- STS 414/2015, de 6 de julio (RJ 2015, 3584) (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos),

d.- STS 431/2015, de 7 de julio (RJ 2015, 5544) (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa),

e.- STS 485/2015, de 16 de julio (RJ 2015, 3698) , (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda),

f.- STS 592/2015, de 5 de octubre (RJ 2015, 4395) , (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa),

g.- STS 615/2015, de 15 de octubre (RJ 2015, 6159) (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas),

h.- STS 678/2915, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado),

i.- STS 732/2015, de 23 de noviembre (RJ 2015, 5320) (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles),

j.- STS 792/2015, de 1 de diciembre (RJ 2015, 5407) (apropiación indebida de dinero por un gestor),

k.- STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario),

l.- STS 65/2016, de 8 de febrero (RJ 2016, 508) (apropiación indebida de dinero por agente de viajes),

ll.- STS 80/2016, de 10 de febrero (RJ 2016, 503) , (apropiación indebida de dinero

por el patrono de una fundación),

m.- STS 89/2016, de 12 de febrero (RJ 2016, 676) (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas).

En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. (RJ 2015, 3592)

En consecuencia, en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

Como ha señalado la reciente STS 18/2016, de 26 de enero (RJ 2016, 1629) , "la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP.

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio (RJ 2007, 4989) , STS938/98, de 8 de julio (RJ 1998, 5831) , STS 374/2008, de 24 de junio (RJ 2008, 4085) , STS 228/2012, de 28 de marzo (RJ 2012, 8194) ".

Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 del CP fue algo más que una simple recolocación sistemática. Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la STS

244/2016, de 30 de marzo (RJ 2016, 1142) , en la que se señala que "...así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del "animus rem sibi habendi", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio.

De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo (RJ 2016, 975) , con citas de las SSTS 370/2014 (RJ 2014, 2803) y 905/2014 (RJ 2014, 6716) . Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal (cfr. STS 414/2016, 17 de mayo (RJ 2016, 2252))".

Pues bien, a la vista del actual estado de la jurisprudencia, la Sala concluye que la conducta imputada, lejos de haber quedado despenalizada, encuentra adecuado encaje en el art. 253 del CP . Sus respectivas acciones no pueden ser interpretadas como el resultado de actos de deslealtad con el patrimonio administrado, como el fruto de decisiones equivocadas en el ámbito de la administración que les incumbía. Los acusados hicieron suyas esas cantidades a través de un mecanismo expropiatorio que va mucho más allá de la adopción de actos erróneos en el ejercicio de sus facultades de administración.

A este respecto, conviene subrayar que la acción que tipifica el nuevo art. 253 del C. Penal se centra en la ejecución de actos apropiatorios ("se apropiaren para sí o para un tercero") de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble; mientras que la conducta nuclear que se tipifica en el art. 252 consiste en infringir las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas. Visto lo cual, y dado que los acusados ejecutaron en el presente caso inequívocos actos apropiatorios con fines de lucro personal con respecto al dinero de la entidad que administraban, no puede afirmarse que incurrieran en meros excesos de sus facultades de administración ni en meros abusos en el ejercicio de sus competencias, pues en la sentencia recurrida se afirma que los condenados urdieron un plan para beneficiarse con cuantiosas sumas de dinero correspondientes a la sociedad que gestionaban, formalizando para ello unos nuevos contratos de alta dirección a pesar de conocer la situación de práctica insolvencia de las dos entidades que se fusionaron en Nova Caixa Galicia. Esta conducta ha de ser calificada por tanto como de apropiación indebida y no como de administración desleal.

Así pues, no ha errado el Tribunal de instancia cuando, conforme a la anterior

regulación, ha subsumido los hechos en el delito de apropiación indebida del previgente art. 252 del CP".

11.- Del mismo modo, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 643/2018 de 13 Dic. 2018 (RJ 2018, 5398) , Rec. 2094/2017 se analizó un supuesto de distracción de activos y disposición de fondos por el presidente de entidad bancaria, en connivencia con terceros, en claro perjuicio de la entidad y sus socios, todo ello a través de un entramado societario controlado por los acusados. Se condenó por apropiación indebida en continuidad con administración desleal porque hubo varias conductas, y con relación a la distinción con administración desleal se recoge que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal.

Se recoge así que:

"Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

La disposición definitiva de los bienes.

El criterio sustancial que sigue la jurisprudencia mayoritaria en casación para delimitar el tipo penal de la apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal por distracción de dinero (art. 252 del C. Penal) y el delito societario de administración desleal (art. 295 del C. Penal) es el de la disposición definitiva de los bienes del patrimonio de la víctima, en este caso del dinero. De forma que si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, al hallarnos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal más grave: la apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del art. 295 del CP.

Por tanto, la disposición definitiva del bien sin intención ni posibilidad de retorno al patrimonio de la entidad siempre sería un delito de apropiación indebida y no un delito societario de administración desleal.

La distracción del dinero. El "punto sin retorno".

Apropiación indebida: La conducta consistente en incorporar con vocación definitiva al propio patrimonio el objeto recibido, con vocación definitiva, será un delito de apropiación indebida siempre que se haya superado lo que en algunas sentencias se ha denominado punto sin retorno (SSTS 973/2009, de 6 de octubre (RJ 2010, 1992) ; 271/2010, de 30 marzo (RJ 2010, 5542) ; 776/2010, de 21 de septiembre (RJ 2010, 7507) , entre otras). Pues en todos estos casos concurre el llamado "animus rem sibi habendi", ánimo que acompaña a la conducta de quien actúa como dueño absoluto sobre un determinado bien aunque no tenga derecho a serlo en esa medida, y aunque su finalidad sea beneficiar a un tercero (STS 537/2014).

Por lo tanto, no se trata solamente de una administración o gestión desleal, es decir, de la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio, de mayor gravedad, pues aunque se incurra también en deslealtad, la conducta del administrador o del gestor consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación definitiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona. En estos casos hay que hablar legalmente de apropiación indebida, y de la modalidad de distracción cuando se trata de dinero u otros bienes de fungibilidad similar".

12.- Los hechos probados reflejan la ideación y ejecución de un plan pata dotar a Justino de una retribución utilizando para ello a TINSER, y de esa manera fijar un procedimiento para distraer económicamente del patrimonio el importe de 600.000 euros sin retorno, al fijar que:

" Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento.

En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la

sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales. En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación." Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2º el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D. Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4º el Director General de Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada.

Justino no participó en la toma de ninguna decisión relativa a la administración o gestión de Tinser Cartera S.L.

A pesar de ello, percibió de esta sociedad, durante el tiempo en que fue nominalmente Presidente del Consejo de Administración, 600.000€ como retribución por una supuesta dedicación que en Tinser Cartera S.L. fue inexistente, y que en la CAM (titular del 100% de su capital) era gratuita por disposición legal.

Concretamente se le abonaron:

150.000€ (97.500€ neto) el 18 de diciembre de 2009;

300.000€ (195.000€ netos) en 2010, distribuidos en cuatro pagos de 48.750€ realizados los días 12 de abril, 17 de mayo, 10 de agosto y 15 de noviembre.

150.000€ (97.500€ netos) en 2011, distribuidos en dos pagos de 48.750€ realizados los días 16 de febrero y 16 de mayo.

Justino ha ingresado 200.000€ en la cuenta de consignaciones de esta Sección Décima, y ha aportado un calendario de pago para satisfacer los 400.000 euros restantes en el plazo de tres años".

13.- Los actos objeto de condena suponen un delito de apropiación indebida y, además, una vulneración de las normas de "buen gobierno corporativo en las sociedades", e integran una clara comisión de un delito de apropiación indebida que encontrarían más dificultades de comisión si se implantaran en todas las sociedades los programas de cumplimiento normativo de compliance ad intra, ya que aunque el delito en este caso cometido no sea de los que derivan responsabilidad penal a las personas jurídicas, sí que hubiera encontrado más dificultades de comisión en los casos en donde existe implementado un programa de compliance.

Ya hicimos mención a esta cuestión en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018 (RJ 2018, 3693) , Rec. 2036/2017, donde destacamos que:

"La interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de "autorización", realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está "autorizado". Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios son y están dirigidas para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan.

Por ello, ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles , a fin de que sus gestores actúen con arreglo a unos parámetros que ya se fijaron en el año 1997 en el conocido "Código Olivenza".

Y así, el consejo de ministros, acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Nacía así la Comisión Olivencia con

un doble encargo: redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que cotizan en bolsa (Informe sobre el Consejo de Administración); y, en segundo lugar, elaborar un Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por parte de dichas empresas. La finalidad de ambos documentos era la de dar respuesta a una creciente demanda de mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión, en aras a una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de los accionistas; en suma hacer que los consejos sean auténticos dinamizadores de la vida de la empresa.

Estos Códigos a seguir por los Administradores societarios marcan unas pautas de actuación donde priman la transparencia en la gestión, lo que en este caso se ha omitido, dado que de la prueba practicada se ha evidenciado que el socio italiano desconocía la actuación del recurrente y el conocimiento tardío de lo que estaba ocurriendo es lo que determina los plazos de maniobra de los que dispuso el recurrente para llevar a cabo los actos de apropiación.

Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de compliance en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del compliance programe como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, ...; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales ad extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, ad intra.

Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser ad intra, sí que

permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos.

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato.

...

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno ad intra, sino, también, de la normativa que ya fijó el art. 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (RCL 2010, 1792, 2400) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia y que señala que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) , por

la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del Artículo 227 que lleva por rúbrica el Deber de lealtad y que añade, en cuanto a las obligaciones de los administradores societarios, que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 redactó el art. 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición secuenciada de cómo se traducía ese conocido como "deber de lealtad" que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad, que a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.

Así las cosas, entre estos deberes está, en lo que en este caso nos atañe:

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Clave es también en este caso el Art. 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos, ya que se recoge que:

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones

ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el art. 229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así:

1.- El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (art. 225).

2.- El deber de lealtad ante la sociedad (art. 227)".

Por ello, aunque se trate de normativa posterior a los hechos, sí que está basada y amparada en la necesidad que ya se dejaba ver al momento de comisión de los hechos de implantar en los textos estas obligaciones de buen gobierno, lo que no quiere decir aplicar retroactivamente preceptos, ya que se refieren a normativa mercantil de buen gobierno, plasmados posteriormente, pero para autoproteger a las empresas de los delitos de apropiación indebida que, como en este caso, se cometieron.

14.- La claridad del delito de apropiación indebida es manifiesto y palmario y hubo una actuación dolosa del recurrente:

1.- La creación del Consejo de Administración de Tinser Cartera, no tenía justificación real,

2.- No conllevó modificación alguna de la gestión,

3.- No supuso dedicación ni responsabilidad diferenciada,

4.- Se utilizó, exclusivamente, para servir de pantalla aparente de legalidad a la percepción de una remuneración sin contraprestación que estaba vedada por los Estatutos de la CAM.

5.- Y el Tribunal sostiene con contundencia que:

"a.- La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas. (Y en este caso, además, no se llevaron a cabo para TINSER).

b.- Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

c.- Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba.

d.- En cuanto al Director General, aunque dados sus amplios poderes autónomos de gestión y decisión independiente, mantenidos de forma sistemática y continuada y con respaldo de la sociedad, permitiría considerarle administrador de hecho, pudiera argumentarse que en materia de retribución de los consejeros carecía de esas facultades y por tanto no debiera ser considerado como autor o coautor, pero nunca

impediría considerarle como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva.

No cabe duda que sus poderes reales de control y ejecución dentro de la entidad era omnímodos, y sin su aportación personal el éxito hubiera sido inviable.

Autoría de Efrain:

La colaboración inestimable e imprescindible de Efrain tampoco plantea especiales dudas.

Desde el momento mismo del nombramiento de Justino, y durante todo el proceso para dar cuerpo a la idea de pagar una remuneración al Presidente de CAM, pese a la prohibición estatutaria, ha quedado acreditada su contribución personal con pleno conocimiento de la ilicitud de la prestación e inexistencia de trabajo.

Efrain no es solo quien acuerda con Justino la idea de remunerarle al margen de la legalidad, sino que:

1.- Es quien define, articula, da cuerpo y lleva adelante la propuesta para que parezca una brillante idea del equipo directivo.

2.- Encaminada a impulsar, visibilizar y relanzar el "nuevo" proyecto TINSER.

3.- Se involucra personalmente en su aprobación por los miembros de la Comisión de Retribuciones, y

4.- Consigue finalmente que aparezca reflejada como acuerdo del consejo en el acta, pese a haberle hurtado los detalles específicos que dotaban de flagrante ilegalidad la decisión.

A partir de ese momento, ya no podía haber oposición alguna a su ejecución por parte de los directivos de la entidad que, junto a él mismo, iban a conformar el nuevo consejo de administración de Tinser Cartera S.L. presidido por Justino.

Parece que la idea criminal surge del Presidente si bien el Director General se solidariza, la aprueba y hace suya.

a.- Habida cuenta sus amplios poderes de gestión y representación, con independencia de que no fuera formalmente consejero, aunque sí podía acudir al consejo con voz pero sin voto, permite afirmar que tiene un codominio funcional de la acción y puede ser considerado coautor.

b.- Está presente en todo el proceso, desde la reunión de la Comisión de Retribuciones, el posterior el Consejo de Administración de la CAM del día siguiente,

como en los posteriores acontecimientos en TINSER en los que más allá de formalidades jurídico mercantiles se limitan a ejecutar materialmente lo supuestamente acordado por el Consejo de la CAM con el informe preceptivo de la Comisión de Retribuciones".

Frente a la queja del recurrente resulta evidente y probada la actuación dolosa del mismo en la ideación y ejecución delictiva.

Además, la retroactividad en la concesión de la dieta refuerza la idea de la ilegalidad de su concesión, frente al criterio del recurrente, dado que si era ilegal su adjudicación para actos realizados con posterioridad a la decisión, más lo era si se refería a actos anteriores, ya que si no se llevaron actos ejecutivos por Justino en TINSER que justificaran la concesión de la retribución, menos aún para actos anteriores que, de ninguna manera, se habían podido realizar. La actuación claramente abusiva era palpable y evidente, ya que no solo se contentaron en crear un artificio para el pago por una actuación simulada, sino que se amplió a pagarle por lo que tampoco había hecho por la aplicación retroactiva del pago acordado, lo que, si cabe, era aún más grave que acordarlo por algo que tampoco se iba a hacer y no se hizo. Y en ello, en este diseño, queda probada de forma clara, la actuación del recurrente pese a su distinto criterio.

15.- El perjuicio a la sociedad.

Éste resulta evidente con la percepción de una cantidad de 600.000 euros del patrimonio social sin justificación alguna real, aunque solo con la apariencia de legalidad; de ahí la cita del acerca del subterfugio empleado para dar apariencia de legalidad a la retribución, que era claramente apropiativa y sin retorno, lo que integró la apropiación indebida.

Así, la remuneración fijada al Presidente de la CAM era ilícita y contraria al mandato legal y estatutario; nunca fue conocida por la Asamblea General, ni tampoco informada, deliberada y aprobada por el Consejo de Administración pese al contenido alterado del acta de la reunión del 27 de noviembre de 2009. La artimaña de aprovechar la modificación del órgano de gobierno de una empresa instrumental de la CAM, participada al 100%, como ente pagador es una burda maniobra para pretender dar apariencia de legalidad, pero sin justificación económica, es evidente que no estamos ante una mera actuación abusiva, sino ante una actuación ilícita, que, lógicamente, excede y desborda de forma palmaria los poderes de administración que estaban conferidos, dio lugar a la salida injustificada del dinero con vocación definitiva, provocando un perjuicio patrimonial derivado de la infracción del deber de fidelidad, y que, en el plano subjetivo, estaba abarcada por la conciencia de que no se

estaban favoreciendo los intereses de la Caja, sino, más bien, los propios y personales del beneficiario Justino, pero a la que también contribuyeron de forma personal y determinante el Director General.

La entrega de una suma como la expuesta es obvio que le genera un perjuicio para la entidad CAM, que era quien entregaba el dinero. El perjuicio se deduce claramente de la descripción de los hechos probados de la sentencia que ya se han expresado, y de la abundante motivación del Tribunal ya expuesto en el FD 1º de esta resolución.

16.- No cabe considerar la cita a la administración desleal, por cuanto la condena lo es por apropiación indebida.

El motivo se desestima.

DÉCIMO

9.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por aplicación indebida de los arts. 28 y 29 del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) . Considera que la sentencia recurrida ha aplicado indebidamente los artículos los artículos 28 y 29 del Código penal, al considerar a mi mandante coautor de los hechos objeto del procedimiento.

Considera el recurrente que "la sentencia recurrida considera que es coautor de los hechos, a pesar de que los hechos probados no consignan que el mismo tuviese conocimiento ni participación en la alteración del acta de la reunión del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, y que el mismo no tomó decisión alguna en relación con la referida acta, ni era la persona encargada de la ejecución de dichos acuerdos, cuestiones todas ellas que recaían en el Presidente D. Justino".

Afirma que no era administrador de la citada entidad, sino que lo era el Consejo de Administración y que no puede atribuírsele poderes omnímodos, como se sostiene en los fundamentos jurídicos de la sentencia, por lo que carece de base no sólo probatoria, sino de fundamento alguno en los hechos probados.

Añade que no tuvo participación en la redacción del acta del Consejo, y en lo que respecta a los acuerdos tomados por TINSER CARTERA, S.L. esos acuerdos se toman en ejecución del acuerdo del Consejo de Administración reflejado en el acta y, es el Presidente quien tiene las facultades para tomar dichos acuerdos.

En cuanto a la responsabilidad del recurrente y al cuestionarse la participación en los hechos y su responsabilidad por la vía del art. 28 CP hay que señalar que la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 20 de Julio de 2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba

identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal.

La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la sentencia de estas Sala de fecha 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8254) , tal conceptuación requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del participe a la acción del autor.

Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada desde el plano subjetivo , por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

Desde el plano objetivo , las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

Las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 29 de Marzo de 1993 (RJ 1993, 2569) , 24 de Marzo de 1998 (RJ 1998, 2356) , y 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7478) han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien

comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho".

La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 16 de abril de 2010 (RJ 2010, 5557) , expone en similar sentido:

"... Toda participación en la comisión del hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida.

1.- Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.

2.- El otro elemento -el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, diversas han sido la tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

Así, cabe hablar de la denominada teoría del "acuerdo previo" ("pactum scealeris" y reparto de papeles) , según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

Otra teoría es la del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuara los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate.

Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos.

Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto.

La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común.

Por lo que a la coautoría se refiere, la doctrina de esta Sala, reiterada y pacífica, de

la que puede ser exponente la sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 1353) , entre otras muchas (Sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998 (RJ 1998, 10345) , 14 de abril de 1999, núm. 573/1999 (RJ 1999, 4848) , 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 (RJ 2000, 7462) y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 (RJ 2000, 8254) , entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

La coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8254) , núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Tal conceptuación requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el enjuiciado en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

Y, en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, lo que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor.

Decíamos en la STS 251/2004, de 26 de febrero (RJ 2004, 2245) , que "cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores.

Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal". Y se añadía que

"su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible (STS 529/2005, de 27 de abril (RJ 2005, 5218)).

Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto (véase STS de 3 de julio de 2006)".

Como se ve, la doctrina legal ha establecido con solidez que la previa existencia de concierto o acuerdo para la verificación del hecho delictivo comunica a todos los concertados o convenidos un vínculo de solidaridad participativa que proyecta sobre cada uno de ellos la responsabilidad en el mismo grado. Y ello independientemente de la labor concreta desempeñada en pos de alcanzar el designio criminal propuesto; pues aunque desplieguen actuaciones diferentes y algunas de éstas no incidan materialmente en la ejecución (directa de los actos inmediatamente conducentes al resultado), sin embargo por la ejecución del plan trazado se encaminan todas ellas al resultado perseguido cuando su ámbito de incidencia añadiendo la doctrina legal que el convenio concierto no requiere especiales formalidades ni meditaciones, bastando la pura aquiescencia seguida de conducta mediante la que se suman los propios esfuerzos a la obtención del propósito comunicado.

Pues bien, frente al alegato de que no consta en los hechos probados la responsabilidad y directa participación del recurrente hay que recordar que se recoge en ellos todo el iter llevado a cabo para el fin apropiativo, y así consta que:

" Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento.

5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM , en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se

constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales.

En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación." Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

6º. En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2º el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D. Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4º el Director General de Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada.

7º. No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, al carácter retroactivo. Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, Fidel, con el único control del Presidente, indica literalmente, dentro de su apartado 4 (Informaciones y propuestas del Director General): "Oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones, y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera S.L. esté presidido por el Presidente de la Entidad,

D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial, se dote de mayor fortaleza a la gestión de la Sociedad y se mejore la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM. La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC".

8º. En cumplimiento del acuerdo reflejado en el acta, la Junta General Universal de Tinser Cartera S.L., que se dice celebrada el 9 de diciembre de 2009, tomó los siguientes acuerdos: modificar sus estatutos sociales; cesar a su administrador único, Abelardo; nombrar un Consejo de Administración compuesto por Justino, Efrain, Alejo, Andrés y Abelardo; y deciden "el pago de una dieta anual al Presidente del Consejo de Administración de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC". No se acordó pagar ninguna retribución a los restantes miembros del nuevo órgano de administración. En esa primera reunión, el Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L., nombró Presidente del mismo a Justino".

Pues bien, la autoría y responsabilidad del recurrente queda claramente expuesta en los hechos probados y sometido a la valoración por el Tribunal en cuanto a la prueba practicada. Y ya se ha hecho mención anteriormente a las razones que llevan al Tribunal a su proceso de convicción sobre su responsabilidad, siendo el que lleva a cabo con Justino, y de común acuerdo, el marco propicio para llegar a dos momentos fundamentales que precisaban para su fin, como era la aprobación por el Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009 de su propósito y de la Junta General Universal de Tinser Cartera S.L., que se dice celebrada el 9 de diciembre de 2009, donde se tomaron los siguientes acuerdos antes citados en ejecución de lo ya planeado y con decisiva intervención del recurrente.

Y dado que se plantea de nuevo el tema acerca de su responsabilidad insistir en los extremos reflejados por el Tribunal para la apreciación de su responsabilidad penal:

"Autoría de Justino:

La calificación de autor de Justino, artífice y destinatario de la cantidad defraudada, no ofrece dificultad.

Era administrador, incumplió los deberes inherentes al cargo, excedió los poderes conferidos al vulnerar una disposición legal y estatutaria y fue el destinatario final de una remuneración por un trabajo inexistente. Poco más hay que añadir al haberse reconocido expresamente autor del delito, y haber sido el destinatario de los 600.000

€ que no se correspondían con prestación laboral o de servicio alguna.

Autoría de Efrain:

La colaboración inestimable e imprescindible de Efrain tampoco plantea especiales dudas.

Desde el momento mismo del nombramiento de Justino, y durante todo el proceso para dar cuerpo a la idea de pagar una remuneración al Presidente de CAM, pese a la prohibición estatutaria, ha quedado acreditada su contribución personal con pleno conocimiento de la ilicitud de la prestación e inexistencia de trabajo.

Efrain no es solo quien acuerda con Justino la idea de remunerarle al margen de la legalidad, sino que:

1.- Es quien define, articula, da cuerpo y lleva adelante la propuesta para que parezca una brillante idea del equipo directivo

2.- Encaminada a impulsar, visibilizar y relanzar el "nuevo" proyecto TINSER,

3.- Se involucra personalmente en su aprobación por los miembros de la Comisión de Retribuciones, y

4.- Consigue finalmente que aparezca reflejada como acuerdo del consejo en el acta, pese a haberle hurtado los detalles específicos que dotaban de flagrante ilegalidad la decisión.

A partir de ese momento, ya no podía haber oposición alguna a su ejecución por parte de los directivos de la entidad que, junto a él mismo, iban a conformar el nuevo consejo de administración de Tinser Cartera S.L. presidido por Justino.

Parece que la idea criminal surge del Presidente si bien el Director General se solidariza, la aprueba y hace suya.

a.- Habida cuenta sus amplios poderes de gestión y representación, con independencia de que no fuera formalmente consejero, aunque sí podía acudir al consejo con voz pero sin voto, permite afirmar que tiene un codominio funcional de la acción y puede ser considerado coautor.

b.- Está presente en todo el proceso, desde la reunión de la Comisión de Retribuciones, el posterior el Consejo de Administración de la CAM del día siguiente, como en los posteriores acontecimientos en TINSER en los que más allá de formalidades jurídico mercantiles se limitan a ejecutar materialmente lo supuestamente acordado por el Consejo de la CAM con el informe preceptivo de la Comisión de Retribuciones".

Y no se trata de que se hayan integrado fundamentos jurídicos para justificar la condena respecto de hechos no recogidos entre los probados. Muy lejos de ello, en los hechos probados consta la connivencia del recurrente en el iter delictivo, y no solo ello, sino su alta intervención en ello, como así quedó claro en el acto del juicio, y como se ha explicitado ya con detalle en el FD 1º de esta resolución en relación al decisivo papel del recurrente. Así, los hechos probados atribuyen al acusado la ideación del plan delictivo del pago al Presidente de una dieta muy elevada que sabía que era ilegal, como se recoge en la sentencia.

La motivación del Tribunal acerca de su participación se recoge en el FD 9 º de la sentencia.

"En cuanto al Director General, aunque dados sus amplios poderes autónomos de gestión y decisión independiente, mantenidos de forma sistemática y continuada y con respaldo de la sociedad, permitiría considerarle administrador de hecho, pudiera argumentarse que en materia de retribución de los consejeros carecía de esas facultades y por tanto no debiera ser considerado como autor o coautor, pero nunca impediría considerarle como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible en el éxito de la ideación delictiva. No cabe duda que sus poderes reales de control y ejecución dentro de la entidad era omnímodos, y sin su aportación personal el éxito hubiera sido inviable.

La calificación de autor de Justino, artífice y destinatario de la cantidad defraudada, no ofrece dificultad. Era administrador, incumplió los deberes inherentes al cargo, excedió los poderes conferidos al vulnerar una disposición legal y estatutaria y fue el destinatario final de una remuneración por un trabajo inexistente. Poco más hay que añadir al haberse reconocido expresamente autor del delito, y haber sido el destinatario de los 600.000 € que no se correspondían con prestación laboral o de servicio alguna.

La colaboración inestimable e imprescindible de Efrain tampoco plantea especiales dudas. Desde el momento mismo del nombramiento de Justino, y durante todo el proceso para dar cuerpo a la idea de pagar una remuneración al Presidente de CAM, pese a la prohibición estatutaria, ha quedado acreditada su contribución personal con pleno conocimiento de la ilicitud de la prestación e inexistencia de trabajo. Efrain no es solo quien acuerda con Justino la idea de remunerarle al margen de la legalidad, sino que es quien define, articula, da cuerpo y lleva adelante la propuesta para que parezca una brillante idea del equipo directivo encaminada a impulsar, visibilizar y relanzar el "nuevo" proyecto TINSER, se involucra personalmente en su aprobación por los miembros de la Comisión de Retribuciones, y consigue finalmente que aparezca reflejada como acuerdo del consejo en el acta, pese a haberle hurtado los

detalles específicos que dotaban de flagrante ilegalidad la decisión.

A partir de ese momento, ya no podía haber oposición alguna a su ejecución por parte de los directivos de la entidad que, junto a él mismo, iban a conformar el nuevo consejo de administración de Tinser Cartera S.L. presidido por Justino. Parece que la idea criminal surge del Presidente si bien el Director General se solidariza, la aprueba y hace suya. Habida cuenta sus amplios poderes de gestión y representación, con independencia de que no fuera formalmente consejero, aunque sí podía acudir al consejo con voz pero sin voto, permite afirmar que tiene un codominio funcional de la acción y puede ser considerado coautor. Está presente en todo el proceso, desde la reunión de la Comisión de Retribuciones, el posterior el Consejo de Administración de la CAM del día siguiente, como en los posteriores acontecimientos en TINSER en los que más allá de formalidades jurídico mercantiles se limitan a ejecutar materialmente lo supuestamente acordado por el Consejo de la CAM con el informe preceptivo de la Comisión de Retribuciones".

Pero no hay que olvidar que aunque el recurrente no asumiera la condición de administrador de derecho, al no formar parte del Consejo de Administración, pero por las actividades que se describe en la sentencia, sí reunía las condiciones para ser considerado administrador de hecho de la C.A.M., como se recoge. Además, si no es susceptible de ser conceptuado como autor, su comportamiento delictivo debería considerarse en todo caso como cooperador necesario, dada su aportación imprescindible al éxito de la operación delictiva, sancionable con la misma pena al ser considerada en el artículo 28 CP como una forma de autoría, como ya se ha explicado en el FD nº 3 de la presente sentencia. La sentencia resalta que parece que la idea criminal surge del Presidente si bien el Director General se solidariza, la aprueba y hace suya.

Es cierto (y así lo refiere la sentencia), que podría discutirse si su aportación puede ser considerada como una verdadera coautoría o una cooperación necesaria, pero ello, no afectaría al fallo de la sentencia al ser títulos de participación en el delito homogéneos y sancionables con la misma pena. Pero su alta responsabilidad es evidente, y no es exigible que su condición participativa lo sea en calidad de administrador real con cargo inscrito, ya que el tipo penal no lo exige, como sí lo hacía en el derogado art. 295 CP, pero no estamos ahora ante un delito societario que exija una determinada condición en el sujeto activo del delito. Lo que se exige es que quede probada la connivencia con Justino que se cita en los hechos probados en la ideación y ejecución criminal. Y a ello se ha referido con sumo detalle el Tribunal en su sentencia.

Incidir, de nuevo, en que su intervención en todo el proceso ha quedado probada, y

a ello nos hemos referido con detalle en los fundamentos precedentes, apuntando el Tribunal que respecto del recurrente "Está presente en todo el proceso, desde la reunión de la Comisión de Retribuciones, el posterior el Consejo de Administración de la CAM del día siguiente, como en los posteriores acontecimientos en TINSER en los que más allá de formalidades jurídico mercantiles se limitan a ejecutar materialmente lo supuestamente acordado por el Consejo de la CAM con el informe preceptivo de la Comisión de Retribuciones".

En cualquier caso, como apunta la fiscalía, nadie le ha acusado por ese posible hecho delictivo y tampoco la sentencia le ha condenado por un delito de falsedad documental. La alteración se describe como un artificio más para que el Presidente lograse cobrar la dieta ilegal. Pero el proceso de alteración del acta no es la clave de la condena. Con ello, las referencias al acta del Consejo y de TINSER no son más que actos ejecutivos enlazados que forman parte del eslabón de la cadena que diseña, organiza y describe el recurrente en ejecución de un plan preconcebido, sin que sea preciso que él haya intervenido formal y materialmente en todos y cada uno de los actos descritos en el iter de los hechos probados, pero sí en la elaboración del proceso llevado a cabo hasta la consecución del fin previsto y su decisiva aportación en la actuación delictiva, que es el motivo de la condena, bien razonado por el Tribunal.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO

10.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por inaplicación indebida del apartado tercero del art. 65 del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Considera el recurrente que no concurriendo en el acusado las cualidades y circunstancias del autor, como se ha argumentado en el motivo anterior, procede aplicar el presente motivo y las consecuencias penológicas que en él se contienen. Lo interpone para el caso de considerarse al acusado como cooperador necesario o inductor.

Pese a la cita que se ha expuesto en el FD 3º y en el anterior sobre el grado de participación del recurrente, lo cierto es que no se apreció para él la aplicación de la rebaja prevista en el art. 65.3 CP, y ello dada la relevante participación del mismo en los hechos, que no lo deja como un ajeno al proceso de decisión final, sino, muy al contrario, como el verdadero artífice del mismo, y, como se cita en los hechos probados, en connivencia con Justino, que reconoció los hechos objeto de acusación.

Como apunta con acierto la fiscalía, sólo si las acusaciones hubiesen considerado al acusado cooperador necesario o inductor y, en base a ello, hubiesen solicitado la pena rebajada en un grado, y el Tribunal no lo hubiese hecho imponiendo una pena superior a la solicitada por las acusaciones, podríamos decir que se habría vulnerado el principio acusatorio, pero eso no se ha dado en ningún momento en el caso que nos ocupa, en el que las acusaciones nunca han solicitado la rebaja en un grado de la pena en base al artículo 65.3, ni el tribunal ha considerado esa posibilidad, precisamente por considerarle coautor de los hechos, como hemos visto.

Ya hicimos mención, de todos modos, al carácter meramente facultativo de la bajada en grado de la pena en los casos de la cooperación necesaria por la vía del art. 65.3 CFP en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, 163/2019 de 26 Mar. 2019 (RJ 2019, 1115) , Rec. 2263/2017. Y así se refleja que:

"En base al art. 65.3 CP, y la opción de rebajar la pena en un grado, este sistema de atenuación facultativa de la pena persigue, sin duda, la finalidad de distinguir los casos en los que... su contribución al hecho está próxima al dominio de la situación... Las referencia que marca el art 65.3 CP no supone en modo alguno una preceptividad de la bajada en grado de la pena, sino que deben valorarse los requisitos y condiciones del partícipe en el ilícito penal".

Con ello, no cabría la rebaja tan elevada que postula el recurrente. Y es que, por un lado, la imposición de pena están en el marco de lo interesado por las acusaciones, aunque más tarde acudiremos a su adecuada individualización judicial, pero, por otro, para que ello fuera posible, en el marco de la rebaja en grado exigiría que no concurrieran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la culpabilidad del autor, y en este caso es cierto que se ha argumentado de forma extensa sobre la relevancia de la intervención del recurrente que aleja poder considerar la viabilidad de proceder a esta rebaja de la pena para aplicar la inferior en grado, ya que la ideación criminal y la connivencia del recurrente con Justino, que reconoció su autoría, es un hecho constatado y a destacar en la sentencia, como el "modus operandi" llevado a cabo por el recurrente, al desplegar su "autoritas" en la consecución del fin que había diseñado con el beneficiario de la percepción económica, lo que hace materialmente inviable la rebaja de la pena en la inferior en grado que se propugna en el presente motivo.

Hay que precisar que la conducta fue igualmente relevante para el resultado final, como razona el Tribunal sentenciador, pero aunque no estemos ante un delito societario, y, por ello hemos precisado anteriormente que era irrelevante si tenía, o no, la consideración material y jurídica de administrador de derecho en el plano societario, lo cierto es que, además, infringió específicamente el deber de lealtad, que

aunque no sea parte y elemento del tipo penal de la apropiación indebida, sí que es factor fundamental para llevar a cabo la consideración sobre el motivo expuesto por el recurrente.

Hemos precisado que la vía del art. 65.3 es siempre opcional y facultativa en los casos en los que se aplique la cooperación necesaria, pero ello exige una reducida relevancia y "actitud" del responsable penal en el desenvolvimiento de la acción desplegada, pero cuando existe, como la sentencia reconoce, un "liderazgo" en la ideación y desarrollo del iter criminal desplegado, el "merecimiento" de la rebaja de la pena para imponer la inferior en grado desaparece o se desmerece por el responsable. Cuestión distinta es la auténtica individualización judicial de la pena que conlleva la respuesta penal a su conducta ilícita, para ajustar bien esta determinación al merecimiento y reproche penal de su acción, lo que trataremos ante el motivo 13º.

Aplicando, así, la teoría de los bienes escasos en este plano que propugna el recurrente del art. 65.3 CP no podemos más que rechazar este planteamiento de la rebaja tan elevada que se propone, ya que en el desarrollo del iter delictivo la aportación del recurrente es relevante. Y en estos casos hay que distinguir desde un control perfecto del hecho, hasta aportaciones menos relevantes y las que son marginales. Y así, la cuestión que se suscita en estos casos es la relativa a cómo debe ser de "escasa" esa aportación para que sea merecedora de esta rebaja de la pena en grado que propugna el art. 65.3 CP, y para ello hay que ver caso por caso y analizar la aportación del responsable penal en el devenir del proceso delictivo. Y desde luego, en el presente caso no ha habido una, podríamos señalar en esta línea, "aportación escasa" del recurrente en el desarrollo de los hechos, lo que no le hace merecedor de la rebaja que se propugna de aplicar en su defecto la rebaja en grado de la pena prevista.

Resulta, en ocasiones, difícil fijar lo que se denomina en la aplicación del art. 65.3 CP el punto de corte existiría el merecimiento de la rebaja penal de aplicar la pena inferior en grado desde la pena imponible al autor, y, por ello, será cada caso el que fije la relevancia de la conducta y el carácter decisivo de la aportación criminal, lo que en este caso está descartado en cuanto al merecimiento de tan importante rebaja penal.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO

11.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por inaplicación indebida de la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, del art. 21.6ª del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en relación con el art. 66.1.2ª

del mismo Código, en su

redacción vigente en el momento de los hechos.

Se alega por el recurrente que "se denuncia en el presente motivo casacional la infracción, por falta de aplicación, de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, contenida en el número 6 del artículo 21 del Código penal, en relación con el artículo 66.1.2ª del mismo Código, que la sentencia recurrida no estima, a pesar de que se trata de un procedimiento con paralizaciones superiores a los tres años sobre un procedimiento de una duración total de cuatro años y cuatro meses, habiendo tenido una instrucción de una extraordinaria rapidez, poniendo de manifiesto así la sencillez del procedimiento".

Haciendo historia sobre la aplicación de esta atenuante hay que recordar que los efectos que una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede producir en el seno de un procedimiento penal han sido objeto de discusión de antiguo en tres reuniones de pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

a) Pleno no jurisdiccional del día 2.10.92: No apreciación de efectos atenuatorios.

Obtuvo mayoría de votos entre los magistrados la postura de la no incidencia de tal vulneración en el correspondiente pronunciamiento condenatorio. Habría de tener eficacia en una posible solicitud de indulto, o en una petición de indemnización al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia conforme a los arts. 121 CE (RCL 1978, 2836) y 299 y ss. LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) .

b) Pleno no jurisdiccional del día 29.4.07: Afectación en proposición de indulto y/o suspensión de ejecución de pena.

Se acordó que, en caso de apreciarse que en el proceso penal hubiera habido la mencionada vulneración, y hubiera de estimarse un motivo de casación al respecto, así habría de declararse por esta Sala en la correspondiente sentencia, sin condena en costas y con los pronunciamientos que se considerasen adecuados, en su caso, sobre proposición de indulto, suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitara la solicitud de esta medida de gracia conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP 95, y sin pronunciamiento de segunda sentencia.

c) Pleno no jurisdiccional del día 21.5.99 (PROV 2003, 198814) : Admisión como atenuante analógica.

Se acordó reconocer eficacia en la sentencia penal condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas a través de la

circunstancia atenuante analógica recogida en el art. 21.6 CP, que se corresponde con la del art. 10.10 CP 73.

Se aprobó por mayoría la posición que mantenía que esa lesión de un derecho fundamental, de orden procesal, reconocido en el art. 24.2 de nuestra Constitución, podría producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio debido al retraso en la tramitación del procedimiento por causas ajenas al propio condenado.

Así, reconoce este alto Tribunal, en la Sentencia de 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1742) , que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto de dilaciones indebidas es un concepto indeterminado para cuya precisión en el caso concreto hay que tener en cuenta, entre otros datos, la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades, y las consecuencias de la demora para las partes.

Según esta Sala del Tribunal Supremo el fundamento de esta atenuación es el siguiente:

a) Compensación en la culpabilidad del sujeto. El derecho positivo reconoce ciertas circunstancias, posteriores a la comisión del delito, que, al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito con posterioridad a la comisión del mismo, compensan (al menos en parte) la culpabilidad por el hecho.

b) Es una lesión de derechos fundamentales que debe encontrar acomodo en la pena. Teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado, por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena, pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los nº. 4 y 5 del art. 21 CP.

Este efecto compensador, como señala la STS de 2 de abril de 1993 (RJ 1993, 3077) , también se deduce directamente del art. 1.º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad a la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor.

c) Todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia.

Esta Sala del Tribunal Supremo tiene declarado al respecto (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 16 de abril de 2010 (RJ 2010, 5557) , rec. 1693/2009) que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante de creación jurisprudencial:

a) La existencia de un «plazo razonable», a que se refiere el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421) , que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable»,

b) y la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna (RCL 1978, 2836) en su art. 24.2.

En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el «plazo razonable» es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

En consecuencia, como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1047) , los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes:

a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;

b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;

c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;

d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante, y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y

e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso, y consideración de los medios disponibles.

Y en este caso, es importante destacar que, como dice la STS de 1 de julio de 2009 (RJ 2009, 6697) , debe constatarse una efectiva lesión, bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1667)).

Pues bien, debe descartarse la mención de aplicación de doctrina jurisprudencial posterior a los hechos y aplicada retroactivamente, ya que la doctrina jurisprudencial no tiene el límite legal que refiere el recurrente, ya que el basamento del criterio jurisprudencial se aplica en base, obviamente, a la ley vigente al momento de los hechos, pero nada impide señalar una doctrina posterior a los hechos para los ocurridos antes de esa doctrina.

Se alega por el recurrente que "Finalmente, el presente procedimiento ha tenido una duración hasta su enjuiciamiento de casi 3 años y 8 meses, habiéndose incoado mediante Auto de 29 de septiembre de 2014, de los cuales más de la mitad (más de 2 años y 6 meses) han sido de paralización del procedimiento por motivos totalmente ajenos a la actuación de esta parte, de forma que no son imputables a la misma. Los períodos de paralización más significativos han sido:

- 6 de julio de 2015 (última diligencia practicada por el Juzgado) al 23 de septiembre de 2015 (Auto desestimando la inhibición) (2 meses y 17 días).

- 27 de octubre de 2016 a 16 de febrero de 2016 (3 meses y 20 días).

- 16 de febrero de 2016 (resolución dando traslado para inhibición) a 10 de marzo de 2016 (Auto de aceptación inhibición) (25 días).

- 10 de marzo de 2016 a 28 de abril de 2016 (Auto de PA) (1 mes y 18 días).

- Auto de 17 de junio de 2016 (Auto resolviendo recurso de reforma, Auto de Apertura de Juicio Oral) a 15 de junio de 2017 (Auto de la Sala desestimando recursos de apelación contra PA) (1 año menos dos días).

- Auto de 15 de junio de 2017 a 12 de septiembre de 2017 (aprox. 2 meses).

- 12 de septiembre de 2017 a 14 de mayo de 2018: espera para juicio (8 meses y 2 días).

A ello se debe añadir que la instrucción se hallaba prácticamente agotada a principios del 2015, lo que determina la ausencia de complejidad del procedimiento".

A ello se deberá unir, adicionalmente, el tiempo transcurrido para dictar sentencia (15 de noviembre de 2018) desde la finalización del juicio oral (3 de julio de 2018), es decir, más de 4 meses, y la demora en cursar el presente Recurso de Casación, por cuanto los recursos no fueron admitidos hasta el 12 de marzo de 2019 (casi 4 meses)".

Debe destacarse, en primer lugar que la duración del procedimiento no ha sido exagerada, teniendo en cuenta, pese al criterio del recurrente, de que estamos ante una causa especialmente compleja, dado, sobre todo, el importante volumen de acusados, y por tratarse de una causa de contenido económico que reviste en estos casos cierta complejidad en su tramitación, en la aportación de pruebas y diligencias a llevar a cabo, y en un desarrollo de juicio especialmente complicado por el volumen de acusados y en la redacción de la sentencia del Tribunal a la que nos remitimos, y que debe dar respuesta a las cuestiones planteadas, no entendiendo que exista un retraso excesivo merecedor de una atenuación de la pena, dadas las circunstancias concurrentes. Por otro lado, los periodos de paralización citados no son excesivos, por lo que no hay un merecimiento de la aplicación de la atenuante.

Con referencia a la doctrina jurisprudencial que se reitera insistir en que no está vetado aplicar doctrina a hechos anteriores o posteriores a la cita, siempre que no esté basada en norma no aplicable a esos hechos, pero en el caso que nos ocupa el tema es más sencillo, porque el transcurso del tiempo en el procedimiento judicial como causa merecedora de una atenuación es un hecho sencillo de desarrollar y aplicar si se comprueba ese transcurso del tiempo que le haga merecer al responsable penal esa rebaja penal que propugna por haberle podido afectar personalmente ese transcurso del tiempo, y no tener que padecer el estigma del proceso más que lo necesario.

Además, en la doctrina jurisprudencial siempre se ha tenido en cuenta la complejidad de la causa, y que las paralizaciones no sean atribuibles al propio inculpado.

Pues bien, debemos destacar en este punto que, como apunta la mejor doctrina, quizá, la definición más aproximada del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y más acorde con la práctica actual del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de este derecho, se encuentra en la STC 223/1988, de 24 de noviembre (RTC 1988, 223) (F.J 3), que luego ha sido cita inexcusable de la jurisprudencia posterior hasta nuestros días, en la que se señala: «la frase sin

dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades». De acuerdo con estos criterios, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de los mismos a las circunstancias en él concurrentes.

Ciertamente, la definición no carece de rigor, aun cuando, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el art. 24.2 CE no impedía que el Tribunal Constitucional hubiera dotado de un contenido más exigente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el reconocido por el Tribunal Europeo al derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190) . Sin embargo no ha sido así. El art. 24.2 CE no se identifica en nuestra jurisprudencia con el simple retraso de los plazos que, para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso.

El art. 24.2 CE tampoco ha constitucionalizado, según el Tribunal, el derecho a los plazos procesales, sino que ha configurado como un derecho fundamental el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. Por dilación indebida no se está diciendo, por tanto, cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 del Convenio Europeo.

Cuestión distinta es determinar, precisamente, la duración de ese plazo razonable. A ello se dirigen los trabajos de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), creada por el Consejo de Europa en 2002, y cuyos trabajos pueden servir de pauta para alcanzar dicho objetivo.

Y es, precisamente, este "plazo razonable" el que marca la pauta de la respuesta al tema que ahora se suscita y que, lejos de cuestiones de retroactividad, siempre se ha aplicado en tanto en cuanto se debe analizar el comparativo entre "duración del proceso" y "tipo de proceso", a fin de llevar a cabo la respuesta sobre si es merecedor el acusado de obtener una rebaja penal por la duración del proceso y su repercusión de estigmatización. Pero cierto y verdad es que es difícil, a priori, fijar para cada caso la duración media normalizada, aunque la doctrina jurisprudencial ha ido fijando unos plazos medios, pero que en cada caso, no lo olvidemos, se aplican a ese supuesto concreto, de ahí que lo que hace cuando se fijan plazos de duración y aplicación de esta atenuante como simple o muy cualificada es que "en ese caso concreto", "y no en otro" se aplicó en atención a las consideraciones de la casuística de ese

procedimiento, por lo que lejos de maximizar sobre plazos deberá ser siempre el procedimiento y sus características y circunstancias el que marque si existe el "merecimiento" de la atenuación penal.

Pero ya recuerda, asimismo, la mejor doctrina en este tema, que ya desde antiguo la STC 35/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 35) , salía al paso, por otra parte, de la tesis mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 14 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9313) , corroborada posteriormente, tras algunos titubeos, por el Acuerdo de 21 de mayo de 1999, del Pleno no jurisdiccional, y seguida, por ejemplo, en las SSTS 46/2001, de 24 de enero (RJ 2001, 36) ; 1885/2001, de 15 de octubre (RJ 2001, 10151) ; 2273/2001, de 1 de diciembre (RJ 2002, 2464) ; 1672/2002, de 3 de octubre (RJ 2002, 9971) ; 283/2003, de 24 de febrero (RJ 2003, 2295) ; 203/2004, de 20 de febrero (RJ 2004, 2141) ; 1506/2004, de 21 de diciembre (RJ 2005, 64) ; 1383/2005, de 21 de octubre (RJ 2005, 9944) ; 103/2006, de 8 de febrero (RJ 2006, 2960) ; 730/2006, de 21 de junio (RJ 2006, 4927) , o 338/2007, de 25 de abril (RJ 2007, 3327) , en las que se propugnaba utilizar la vía de atenuar la responsabilidad del autor de la infracción penal mediante la aplicación de la circunstancia atenuante analógica contenida en el art. 9.10 del anterior Código Penal (art. 21.6.ª del CP de 1995), incluso con el carácter de muy cualificada.

En síntesis, este Tribunal Supremo aplicó la atenuante analógica como cláusula general de individualización en relación con el principio de culpabilidad, alegando que, si las penas han de ser proporcionadas a la culpabilidad y el acusado ya ha sufrido un mal (esencia de toda pena) con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena. En definitiva, si la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas acarrea una lesión jurídica que carece de toda justificación procesal, ese mal debe paliarse compensando el grado de culpabilidad cuantificable en la pena.

A ello, sin embargo, cabe objetar que las dilaciones indebidas experimentadas en un procedimiento penal no son por definición o por su propia naturaleza un «mal», sino que, por el contrario, en no pocas ocasiones constituyen un «bien» cuya producción persigue el propio imputado al efecto de retrasar el mayor tiempo posible su ingreso en prisión, siendo la rebaja de la condena eventualmente recaída un medio potencialmente eficaz para que las dilaciones perduren y se multipliquen, constituyendo, en definitiva, un medio por completo inadecuado de compensación al procesado por haberlas «padecido».

Y lo que es fundamental a los efectos de considerar la relación entre "plazo razonable" y "caso concreto" es que se insiste por la doctrina en que en alguna ocasión, no obstante, se ha indicado que «La razón o fundamento de una reducción

del rigor punitivo tendría su apoyo dogmático en el principio de necesidad de pena, que quedaría debilitada cuando el transcurso del tiempo es relevante, si las particularidades del caso lo permiten». Así, se ha dicho que «El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre -el acusado- distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican».

En resumen, la jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten (en este sentido las SSTS 1765/2002, de 28 de octubre (RJ 2002, 9722) ; y 892/2004, de 5 de julio (RJ 2004, 4445)).

Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (SSTS 1583/2005, de 20 de diciembre (RJ 2006, 686) ; 258/2006, de 8 de marzo (RJ 2006, 2237) ; 802/2007, de 16 de octubre (RJ 2007, 7313) ; 875/2007, de 7 de noviembre (RJ 2008, 1081) , y S 929/2007, de 14 de noviembre (RJ 2008, 257) , entre otras).

Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado. En todo caso, se ha señalado, que, cuando lo que se plantea es modular la medida de la pena, no puede eludirse una fundamentación material, que deslinde y extraiga de lo que es una dilación procesal, aquellos efectos que inciden sobre la necesidad-intensidad de la respuesta punitiva.

Entiende el recurrente que "se debe reiterar que a los presentes hechos le son de aplicación la circunstancia atenuante analógica del número 6 del artículo 21 del Código penal, vigente al momento de la comisión de los hechos, y no la circunstancia del número 6 del artículo 21 del Código penal, en la redacción introducida por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658) , por cuanto esta última se considera más desfavorable, porque exige para la aplicación de la misma "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa", cuestiones que se exigen ahora para la estimación de la atenuante simple y no para la muy cualificada, lo que ha provocado un cambio jurisprudencial en cuanto a la interpretación de la misma, que la sentencia pretende aplicar de forma retroactiva".

Con respecto a este punto el Tribunal señaló que:

"En el caso concreto, la defensa de Efrain se limita, por un lado, a señalar que los

hechos se remontan a noviembre de 2009 y nos encontramos en 2018, y, por otro, señala de forma sucesiva los tiempos y plazos de la tramitación pero sin señalar ningún plazo verdaderamente llamativo de efectiva paralización.

Es necesario destacar que la presente pieza separada, dentro de una amplia y compleja investigación sobre numerosas operaciones de la extinta CAM, se inició mediante Auto de fecha 24 septiembre de 2014, y en ella se ha acusado a 21 personas, habiendo sido aun más los investigados/imputados.

A la complejidad intrínseca de tramitación de una causa con tal volumen de acusados y defensas se une la circunstancia de la inhibición de la causa a los juzgados de Alicante en fase ya avanzada de instrucción, lo que supuso un necesario nuevo estudio del amplio ramo de prueba documental. Esa misma complejidad y número de partes dilató el tiempo de tramitación y resolución de los múltiples recursos en su día interpuestos contra el Auto de incoación de procedimiento abreviado. Es en dicha fase en la única que se aprecia un plazo de ralentización, que unido al necesario tiempo de espera hasta poder señalar la vista por parte de la Sala, motivado por la propia agenda y también por la necesidad de contar y adecuar una sala que permitiera acoger la multiplicidad extraordinaria de partes, explica que se haya retrasado su celebración. La redacción de la sentencia también ha sido ardua comportando más tiempo del habitual. En todo caso, solo han transcurrido cuatro años desde la incoación, lo que no parece que puede ser tildado de excesivo ni indebido. Todas esas razones permiten desestimar la cuestión planteada".

Así pues, la ralentización no puede obtenerse por la existencia de reducidos periodos hasta conformar uno concreto. Y más en una causa especialmente compleja y que ha tenido que pasar por una inhibición de juzgados para concluir finalmente la instrucción y remitir lo actuado para el señalamiento y celebración de un juicio en el que hay un importante volumen de acusados, pero en el que hubo también imputados, lo que evidencia una necesidad de tramitar con minuciosidad una causa que en este tipo de casos requiere de una adecuada instrucción, y sin que las paralizaciones que se citan supongan un retraso y abandono del procedimiento que sean merecedores de un reflejo en la pena, aunque en el FD 14º trataremos la debida individualización de la misma.

La atenuante no se ha considerado como simple, ni como muy cualificada, pero no puede admitirse esta rebaja para aplicar ésta última, porque es preciso para ello efectuar el marco comparativo de proceso concreto y retraso, a fin de evaluar el merecimiento de la atenuante como muy cualificada. Y no se trata del cambio de exigencias legales y jurisprudenciales para aplicarla, sino de que no se trata de objetivar plazos concretos antes y después de la reforma legal para apreciarla, sino

de analizar caso por caso para comprobar si la "proporcionalidad" del tiempo empleado para la tramitación y celebración del juicio se corresponde con el tipo de procedimiento. Y en este punto, lejos de la consideración del recurrente hay que entender que la causa es de suma complejidad, lo demuestra el contenido de su tramitación y el volumen de personas que fueron llevadas a juicio, excluyendo las que quedó archivada la causa, lo que en temas de contenido económico exigen de una atención especial, como aquí ha ocurrido.

Además, recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013 (RJ 2013, 3978) , Rec. 10989/2012 que: "En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio.

Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en:

a.- Sentencia 291/2003, de 3 de marzo (RJ 2003, 5150) (ocho años de duración del proceso);

b.- Sentencia 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación);

c.- Sentencia 506/2002, de 21 de marzo (RJ 2002, 4337) (9 años);

d.- Sentencia 39/2007, de 15 de enero (RJ 2007, 509) (10 años);

e.- Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración);

f.- Sentencia 132/2008, de 12 de febrero (RJ 2008, 2972) (16 años);

Ello debe ponerse en relación con las fechas de los hechos y de estas consideraciones jurisprudenciales que demuestran que el transcurso del tiempo debe ser relevante. Y además con la circunstancia a tener en cuenta de la complejidad de la causa. Y es por ello por cuanto tampoco puede considerarse como simple, porque la correlación de plazo y complejidad no nos puede llevar a considerar que la duración del proceso ha sido excesiva. Y ello, por cuanto ello lo evidencia con suma claridad que el proceso ha tenido una duración hasta su enjuiciamiento de casi 3 años y 8 meses, en una causa como la presente, en donde el desarrollo de la sentencia ya explica con detalle la complejidad del caso.

En lo que respecta, también, a la LO 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658) , por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que añade en su artículo Primero una nueva circunstancia 6.ª de atenuación de la responsabilidad penal en el art. 21, pasando a ser 7.ª la anteriormente numerada como 6.ª, y que dicha circunstancia pasó a tener la siguiente redacción: «La dilación

extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa», hay que recordar que, en todo caso, con respecto a la adición del concepto jurídico indeterminado de "dilación extraordinaria" para tal calificación, recuerda la doctrina que podría tomarse como baremo el que ya se había utilizado por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo para apreciar la atenuante como muy cualificada. Para su apreciación como muy cualificada la Sala requería la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinaria, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (STS 202/2009, de 3 de marzo (RJ 2009, 1403)), o en casos extraordinarios, de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (STS 457/2010, de 25 de mayo (RJ 2010, 6143)). La STS 339/2009, de 31 de marzo (RJ 2009, 2451) , precisa que, para apreciar la atenuante como muy cualificada, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar «mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria» Y con respecto a la consideración como atenuante simple se exige "casar" de igual modo, "duración" y "tipo concreto de proceso y caso aplicable" para valorar si concurren razones que hagan entender que el plazo fue excesivo y podría permitir la atenuante simple, aunque no la cualificada, no pudiendo entenderse que en este caso el plazo ya citado de duración y el caso concreto ya explicado en la sentencia con sumo detalle permitan aplicar la atenuante como simple.

Pero es que, la dilación debe ser "indebida", y ello anuda de nuevo la exigencia comparativa del plazo razonable y el caso concreto, porque se trata de que sea "indebida" para ese caso. Y es aquí donde, descendiendo al terreno de la casuística, debe valorarse cada supuesto, sus circunstancias, si hubo inhibiciones, problemas por ser muchos los acusados y partes, y la necesidad de señalar un complicado juicio, su celebración y el dictado de la sentencia, lo que en este caso justifica la duración global pese al distinto criterio del recurrente.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCER

O 12.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por inaplicación indebida de la atenuante analógica muy cualificada de reparación del daño del art. 21.5ª, en relación con el art. 66.1.2ª, todos del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Se interesa se admita la posibilidad de extender la atenuación de reparación del

daño a aquellos otros acusados que hayan participado de algún modo en los hechos.

Pues bien, sobre la negativa a aplicar la atenuante de reparación del daño apreciada a Justino, que es quien satisface parte del importe objeto de apropiación y se compromete formalmente al pago del resto del precio hay que recordar que el Tribunal da debida respuesta a este punto señalando que:

"Tampoco cabe extender a todos los condenados los efectos atenuatorios de la reparación del daño. Es cierto que existe una jurisprudencia ambivalente al respecto, como ahora expondremos, pero la posible extensión o accesoriedad de la atenuación a la totalidad de partícipes solo es predicable cuando el pago ha sido completo, siendo la razón de tal aplicación extensiva, que uno de los obligados solidarios no disponga de la facultad de impedir que el otro se acoja al beneficio citado abonando la totalidad de la responsabilidad civil. O, también, en supuestos en los que concurra un especial vinculo motivado por relaciones personales entre los partícipes. Ninguna de esas circunstancias concurre en el presente supuesto....

En el caso analizado, la inexistencia de especiales relaciones personales internas entre los acusados, la relevante posición que todos ellos ostentaban como administradores del acervo social de la mercantil, y que el pago efectuado no haya sido completo, impide la extensión de los efectos atenuatorios a todos los partícipes."

Debe mantenerse que para que pueda ser extensible y aplicable la atenuante de reparación del daño debe a otros acusados debe referirse siempre a los supuestos en los que concurra un especial vínculo motivado por relaciones personales entre los partícipes que hagan extensible el beneficio penal de quien paga a otros acusados que no lo han hecho, y no han aportado cantidad económica alguna.

Debemos destacar que esta Sala ha analizado debidamente el tema objeto de alegación en la Sentencia 374/2017 de 24 May. 2017 (RJ 2017, 2547) , Rec. 1729/2016, donde se puntualiza que:

"En la STS nº 78/2009 de 11 de febrero (RJ 2009, 909) ya dejamos dicho que, aunque se ha cuestionado que esta atenuante deba afectar a todos los intervinientes si la actividad de reparación se hace sólo por uno de los responsables penales, en el caso allí juzgado se atendió a la existencia de relaciones personales entre los procesados de lo que se dedujo que las consignaciones, aun formalmente realizadas por uno de ellos, lo fueron a nombre de todos los acusados. Además, como se había dicho en la STS. 17.3.2004 (RJ 2004, 2809) , no se trata, en modo alguno, de considerar extensible, de forma automática, la atenuante de reparación del daño a todos los participes del delito, pero sí de resaltar que la razón esencial de ser, en el momento actual, de esta circunstancia de atenuación, no es otra que la del

favorecimiento de la reparación de la víctima del delito o del perjudicado con el mismo.

El artículo 21.5 del Código Penal premia con la atenuante la reparación del daño ocasionado, claro es, por el delito. Es la obligación que, ex artículo 1092 del Código Penal , nace del hecho tipificado como delito la que debe ser extinguida por cualquiera de los medios previstos en el artículo 110 del Código Penal . Por más que el 21.5 parece limitar al modo de reparación.

Pues bien, aquella obligación es la que tiene naturaleza solidaria por virtud de lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal cuando dice que los sujetos incluidos en la clase de autores responden solidariamente. Y el artículo 28 determina que los cooperadores necesarios «se consideran» autores. Y es esa obligación y no la preexistente al delito la que constituye referencia para la atenuante solicitada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1144 del Código Civil (LEG 1889, 27) el acreedor, aunque lo sea por razón del artículo 1092 del mismo, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores. Pero también que el pago hecho por uno de ellos extingue la deuda. Lo que hace irrelevante que el pago de la responsabilidad civil, que tenía origen en los tres delitos fiscales, se hiciera por el deudor tributario, que ya lo era antes del delito, o por quien con él responde solidariamente por el importe de la responsabilidad civil que el delito originó.

En uno u otro caso la reparación queda efectuada y no por un tercero ajeno al delito sino por ambos culpables. De otra suerte uno de éstos dispondría de la facultad de impedir que el otro se acogiera al beneficio citado abonando la totalidad de la responsabilidad civil".

Sin embargo, hay que precisar que para poder realizar el pago debe tenerse la condición de deudor y sujeto obligado al pago. Y solamente si existiera una relación personal en el vínculo entre el sujeto que paga y el que reclama la aplicación de la atenuante del art. 21.5 CP por el pago por uno de los acusados podría beneficiarse del mismo, pero no cuando existe ajenidad en la relación entre quien paga y quien reclama. En este caso quien paga es el sujeto que resultó beneficiario de la percepción de la dieta, pero la circunstancia de que el recurrente hubiera plasmado y actuado en connivencia con Justino no le permite beneficiarse del pago hecho por éste en la rebaja de la pena, porque el vínculo en la relación personal no llega al extremo dado en la STS 374/2017 de 24 May. 2017 (RJ 2017, 2547) del "caso Mesi". No se trata aquí de que por el hecho de pagar Justino impida hacerlo al recurrente, sino que la responsabilidad civil era personal de éste, ya que en la sentencia se fija que "En concepto de responsabilidad civil el condenado Justino deberá indemnizar a

Bansabadell Inversió Desenvolupament S.A. en la cantidad de 600.000 euros más los intereses legales correspondientes".

Y no se trata con ello de impedir que la atenuante del art. 21.5 CP se pueda aplicar al resto de acusados, sino que se trata de una posición de ajenidad en la responsabilidad civil, al no existir vínculo de responsabilidad solidaria entre ellos, sino de carácter personalísimo. Distinto sería el caso en el que existiera una responsabilidad civil compartida y uno de ellos pagara y se quisiera impedir que el resto no pudiera reclamar la aplicación de la atenuante por "haberse adelantado" el pagador, pero en este caso no se da esta circunstancia, sino que existe posición de ajenidad en el devengo de la responsabilidad civil y, por ello, no puede apropiarse el recurrente del pago por el sujeto obligado al pago de la responsabilidad civil para postular aquél un beneficio penológico.

Podría darse el caso si constara una solidaridad en la deuda creada por el daño, por ejemplo, en el caso de delitos fiscales con varios responsables y solidaridad en la deuda por el ilícito penal cometido, pero en este caso los recurrentes condenados ni tan siquiera han sido condenados a la responsabilidad civil.

Pero es que, además, no se ha abonado cantidad alguna por el recurrente para postular el beneficio penológico que reclama. Más aún cuando la totalidad del pago no se ha efectuado, por lo que si se hubiera llevado a cabo un esfuerzo reparador, aunque no haya sido condenado al pago de la responsabilidad civil, pero sí para solidarizarse en la reparación del daño con el condenado a ello, podría suponer una aplicación de la atenuante, pero no puede aplicarse sola y exclusivamente porque el condenado al pago de la responsabilidad civil abone parte de la responsabilidad civil fijada en sentencia y se comprometa a cumplir un calendario de pagos. No hay colaboración alguna por parte del recurrente a mitigar o reducir los efectos dañosos del desarrollo criminal llevado a cabo, por lo que es contra natura postular una atenuante de reparación del daño cuando no se ha hecho ningún esfuerzo reparador para ello, ni se ha abonado cantidad alguna. Solamente postula que el condenado conforme ha abonado parte de la deuda y que se extienda esa atenuante al resto de condenados, o al propio recurrente por haber resultado condenados con el Presidente de la CAM.

Además, en este caso no existe un beneficio económico probado del recurrente que le hubiera comprometido al pago, o que por una propia relación personal por el obligado al pago hubiera permitido extender la atenuante del art. 21.5 CP a éste partícipe en el delito, pero tal "relación personal" que haga extensible la atenuante no se da en este caso, ni la solidaridad en la deuda, cuando se ha quedado al margen por completo el recurrente de cualquier conducta colaborativa en la reparación del

daño y pretendiendo una extensión "automática" de la atenuante por el pago del responsable civil.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO

13.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por aplicación indebida del art. 66.1.6º del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Se alega que "la sentencia impone una pena significativamente distinta al acusado que la impuesta al resto de condenados, cuando lo cierto es que la contribución al hecho del acusado, que según los hechos probados no participó en la alteración del acta ni se hace constar que la conocía, unido al hecho de que el acusado no era administrador de la mercantil y, por tanto, no podía ser considerado autor, hace que no se halle justificada la diferencia penológica".

Pues bien, hay que destacar que el Tribunal a la hora de individualizar la pena destaca que:

"Hemos de valorar, de manera primordial, la importancia cuantitativa de la defraudación que equivale a 12 veces el importe legal de la agravación. Y, además, conllevaba una proyección futura de reiteración asimilable a la continuidad delictiva, lo que justificaría la exasperación de la pena hasta la línea divisoria de las dos mitades, en el límite medio de la pena en abstracto, es decir, tres años y seis meses de prisión.

Ahora bien, existen otras circunstancias que deben ser valoradas y permiten moderar la respuesta punitiva. La cantidad defraudada deber ser contextualizada en el sentido de que supuso un quebranto relativamente insignificante en el conjunto de las operaciones irregulares que contribuyeron, junto con otros graves riesgos de gestión, a la intervención, transformación y posterior desaparición por absorción de la CAM. Ninguno de estos partícipes se benefició económicamente de las cantidades distraídas. El tiempo transcurrido desde la fecha de comisión de los hechos (noviembre 2009) y el invertido en la propia tramitación (algo más de 4 años), aun cuando no justifiquen apreciar la circunstancia atenuante, aconseja también moderar dicha respuesta por la prolongación de la estigmatización social. Por último, deberán diferenciarse las contribuciones personales de los distintos partícipes, en la que destaca la posición predominante del Director General, al que se impondrá pena superior.

Procede por ello imponer, a Efrain la pena de dos años y seis meses de prisión, con

la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y ocho meses de multa con fijación de una cuota de 200€ diarios, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividad bancaria durante el tiempo de la condena.

A los miembros de la Comisión de Retribuciones, Florian, Fulgencio, Felipe y el Secretario del Consejo, Fidel la pena de un año y seis meses de prisión con idénticas accesorias y siete meses de multa con una cuota diaria de 100€".

Debemos entender que en estos casos el condenado tiene derecho a conocer las razones concretas por las que se le impone una determinada pena y no otra dentro del marco que permite el caso concreto dentro del arco de opciones del art. 66 CP. Y se trata de un derecho fundamental y uno de los más importantes en el proceso penal; es decir, saber por qué se impone la pena fijada en la sentencia, y por qué no se impuso otra menor dentro del arco posible punible en el caso concreto dentro de las circunstancias recogidas y reconocidas.

Hemos señalado al respecto que la exigencia de motivación no constituye, pues, un mero requisito formal, sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que la mayor o menor amplitud del marco punitivo que se ofrece al juzgador debe ser concretado con arreglo a criterios razonados que expliquen el sentido de la solución adoptada; es decir, explicitando el porqué en la sentencia se fija una determinada cantidad de pena y no otra diferente.

La facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente establecido no es absolutamente discrecional sino que está jurídicamente vinculada a los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente.

Hemos señalado, así, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 183/2018 de 17 Abr. 2018 (RJ 2018, 1741) , Rec. 10713/2017 que:

"La individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada "La tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación".

El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836)) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

A través de la necesaria motivación no solo se va a satisfacer la necesaria tutela

judicial efectiva, objeto de la actual impugnación casacional, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar la lógica y la racionalidad de ese apartado de la función jurisdiccional.

Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, iniciada en la STS de 25 Feb. 1989 (RJ 1989, 1665) , señaló que una ausencia de fundamentación deviene absolutamente recusable y añadía "ha de ser la individualización judicial y no reducible a simples espacios de recusables prácticas estereotipadas.

La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.

El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

Hemos señalado, también, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 919/2016 de 7 Dic. 2016 (RJ 2016, 6113) , Rec. 428/2016 que:

"Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador " haya recurrido a fines de la pena

inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria " (STS 677/2013 de 24 de septiembre (RJ 2013, 7322))".

También hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 413/2015 de 30 Jun. 2015 (RJ 2015, 4592) , Rec. 10829/2014 que los parámetros a tener en cuenta y que deben ser explicados en la sentencia son:

"La Gravedad del hecho y circunstancias del delincuente

En cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho .

CIRCUNSTANCIAS DEL DELINCUENTE:

En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

GRAVEDAD DEL HECHO:

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito.

Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuento la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuridicidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al

mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad - o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim . para la infracción de Ley.

Consecuencias de la falta de motivación de la pena impuesta.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002 (RJ 2002, 6036) :

a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;

b) Subsanar el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;

c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) . en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 (RCL 2003, 3008) ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de

las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal").

La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP . y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado.

En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

No obstante, lo habitual entre nosotros, en aras de las exigencias propias del principio de economía procesal y para evitar dilaciones, es que procedamos a determinar aquí la pena a imponer, máxime en un supuesto como este en el que uno de los condenados se encuentra en situación de prisión provisional".

Recordamos, asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo 5/2019 de 15 Ene. 2019 (RJ 2019, 103) , Rec. 10387/2018 que:

"Es preciso "describir" la gravedad del hecho a la hora de imponer la pena.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006 (RJ 2006, 6423)), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 (RTC 1987, 5) , 152/87 (RTC 1987, 152) y 174/87 (RTC 1987, 174)), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11 (RJ 2007, 8292) , 349/2008 de 5.6 (RJ 2008, 4079) , que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007 (RJ 2007, 5154)), que aun habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal".

Pues bien, en este caso hemos visto que la sentencia carece en este punto del debido reflejo del quantum de la pena y su explicación razonada más allá de la mención de que "deberán diferenciarse las contribuciones personales de los distintos partícipes, en la que destaca la posición predominante del Director General, al que se impondrá pena superior. Procede por ello imponer, a Efrain la pena de dos años y seis meses de prisión".

Ello supone una quiebra de los requisitos antes expuestos en orden a determinar y fijar en el fundamento de la individualización judicial de la pena cuál es la gravedad del delito y la culpabilidad del delincuente, porque recordemos que el arco de la pena va de entre un año y 3 años y seis meses de prisión, y el Tribunal le impone dos años y seis meses de prisión con el argumento de la "posición dominante" del recurrente.

Derecho del condenado a una fundada medición judicial e individualización de la pena

A la hora de llevar a cabo el proceso de medición de la pena no puede procederse a una referencia global en la mención a los criterios de su determinación , sino que el condenado tiene derecho a saber y conocer por qué se le puso una pena concreta, y no otra, dentro del abanico que permite al Tribunal determinarla en el arco de la mitad superior, o inferior, de la pena, y dentro de este en sus dos mitades, también, en las dos mitades de cada una de ellas, a fin de poder aproximar la pena impuesta al reproche penal que se merece.

Pero lo que es importante y relevante en este proceso es que cuando son varios los condenados, como en este caso ocurre, cada uno de ellos tiene derecho a obtener una respuesta individual al reproche penal que se le impone y no una respuesta globalizada, salvo en los casos en los que la intervención sea común, como ocurre con los miembros de la comisión de retribuciones.

No puede admitirse en ningún caso que el condenado en el proceso penal reciba un reproche penal sin conocer las razones por las que se le impone esa pena y no otra **.** La reprochabilidad penal que se refleja en un "quantum" de pena debe tener un concreto reflejo en la motivación de esa "cantidad de pena" para conocer el condenado las razones por las que se le impone esa pena y no otra dentro de la horquilla de la pena que permite la mitad inferior o superior del arco legal en cada caso.

Y cuando no se motiva la pena adecuadamente nos encontramos con las consecuencias de la falta de motivación de la pena impuesta y una ignorancia o desconocimiento del penado sobre esa individualización judicial motivada a la que tiene derecho dentro de las garantías del proceso penal. Ello nos lleva a huir de

fórmulas estereotipadas o sin fundamento que se limiten a imponer una pena, porque es posible que esa pena pueda imponerse según la horquilla permisible en ese arco que fija el texto penal en base a las circunstancias concurrentes. No obstante, si debe escaparse en el derecho del lenguaje estereotipado, en mayor medida y con mayor razón donde más debe huirse es a la hora de explicar la pena que se le impone al penado.

Así, ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002 (RJ 2002, 6036) :

a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;

b) Subsanar el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;

c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ . en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal").

La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP . y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado .

En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena. No obstante, lo habitual entre nosotros, en aras de las exigencias propias del principio de economía procesal y para evitar dilaciones, es que procedamos a determinar aquí la pena a imponer.

Con ello, igual que se debe precisar con concreción cuál es lo que en algunos ordenamientos denominan como el título de castigo debe precisarse con la debida

concreción y razonabilidad cuál es la consecuencia penal de esa infracción de ese título concreto y cuál es la respuesta penal "merecida" que en razón a las circunstancias concurrentes se debe imponer al autor del delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la forma comisiva del delito. Y para ello se pueden valorar criterios tales como:

a.- Gravedad del ilícito valorando la magnitud del injusto.

b.- Calidad de la participación del autor.

c.- Concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

d.- Extensión del mal causado por el delito y su alcance.

e.- La idoneidad de la sanción como parámetro a tener en cuenta.

Interesa destacar en el marco de la determinación de la pena la influencia que tiene la valoración de la gravedad del ilícito, y aquí la doctrina trata aquí de enfocar este punto desde dos parámetros:

1.- Desde la perspectiva del injusto objetivo puede incidir en un mayor o menor desvalor el modo de ejecución del hecho. Así por ejemplo, pueden ser valorados para seleccionar una pena más grave la actuación especialmente violenta del autor de un robo con violencia, el ingreso en un lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias encontrándose presente los moradores, o la comisión de una violación llevada a cabo sin precauciones para prevenir el embarazo de la víctima.

A partir del injusto objetivo, se puede establecer una diferenciación primero en el momento ex ante, desde el punto de vista cualitativo ponderando el nivel de riesgo creado y desde el punto de vista cualitativo, estableciendo el grado de probabilidad de lesión para el bien jurídico afectado.

En el momento ex post, resulta también posible determinar el nivel de afectación real ocasionada al bien jurídico.

2.- Tratándose del injusto subjetivo, cabe apreciar diferencias desde el punto de vista de la forma que adopte el título de imputación subjetiva (dolo o culpa).

Respecto del dolo, considerando especialmente que la legislación común no suele contener diferencias penológicas a partir de las diferentes clases de dolo que propone la dogmática (directo, indirecto y eventual), este factor puede ser utilizado en la selección de la sanción. En relación con la culpa, dado que la infracción de la norma de cuidado, también admite graduaciones cuantitativas y cualitativas, este también puede ser un factor apreciable desde la perspectiva de este criterio.

Desde el punto de vista del injusto subjetivo, cabe aún distinguir entre niveles de intención y grados de conocimiento

En este caso este principio de motivar adecuadamente la pena no se cumple y se da una respuesta global con un matiz concreto en el cado de Efrain, pero que no cumple con las expectativas que el derecho penal exige para que cada condenado sepa por qué se le impone una pena concreta dentro del arco previsto y en su mitad correspondiente de la superior o la inferior, como en este caso ocurre.

Por ello, no se ha procedido en este caso a dar esa respuesta individual y adaptada al caso concreto de la intervención, tanto de Efrain, los tres miembros de la comisión de retribuciones y Fidel, como secretario del Consejo, lo que determina que deba subsanarse esa laguna por esta Sala adaptando el quantum de pena al verdadero reproche penal de cada uno.

Así, en el caso de Efrain su contribución es mayor en razón a cómo se describe su colaboración.

Los miembros de la comisión de retribuciones alegaron que su actuación no es delictiva, y lo suscitan en sus recursos, como más tarde se expone, planteando ausencia de dolo y que en su conducta no concurren los requisitos de la apropiación indebida, pero su especial cualificación y exigente respuesta fiscalizadora les exigía verificar que no era posible llevarlo a cabo. Y no se trata de una mera comisión por omisión, sino que se trató de una verdadera acción, al informar a favor de un proyecto que sabían que no era posible jurídicamente. Y lo sabían, porque así lo evidenciaba que era la misión que llevaban a cabo y ante la claridad de una artimaña llevada a cabo para apropiarse el Presidente de la CAM de los 600.000 euros que cobró, o cantidades mayores que se hubieran devengado y elevado la suma a mayor importe de seguir con esta práctica, lo que hubiera llevado a la responsabilidad civil de una cifra más cuantiosa que la fijada. Y lo mismo cabe decir del secretario del Consejo porque a sabiendas de que este tema no se trató lo hace constar en acta de forma clara y relevante para dar formalidad y ejecutar el proyecto e ideación criminal del presidente y el director general. Sin embargo, que los cinco recurrentes no obtuvieran beneficio económico y que en el caso de los tres miembros de la comisión de retribuciones y el secretario del consejo tuvieran una participación menor exige individualizar en su beneficio la pena rebajándola como se fijará.

Por ello, cierto y verdad es que a lo largo de la fundamentación de la sentencia se ha descrito la relevancia de la función desplegada en este caso por el recurrente para el fin en connivencia con Justino de conseguir la fijación de la retribución para éste, lo que nos llevaría a poder subsanar este punto en la fijación de la pena de dos años de

prisión, dado que, en cualquier caso, se ha explicado anteriormente en distintos fundamentos ante los motivos del recurso formulado la importancia de la función del recurrente en el entramado llevado a cabo, lo que evidencia su culpabilidad y la gravedad del hecho.

Pero ello está mínimamente explicado en el fundamento concreto de la individualización de la pena, pero permite la fundamentación jurídica antes explicada en la sentencia del Tribunal, que, al tener basamento suficiente para aplicar la determinación, se imponga la de dos años de prisión en el arco de entre uno y 3 años y 6 meses, al no ser suficiente la motivación antes expuesta para fijar la de dos años y seis meses de prisión, ya que se ubica en la mitad superior de la mitad inferior del arco permitido de la pena, que iría en su mitad inferior de la mitad inferior de un año a dos años y tres meses, y la mitad superior de la mitad inferior de dos años, tres meses y un día a tres años y seis meses, por lo que se estima acertada la de dos años de prisión en el arco de la mitad inferior de la mitad inferior de la pena en su grado total, dado que se cuentan con argumentos en la sentencia, ya debidamente expuestos en la respuesta a este recurso en relación a la responsabilidad del recurrente en los hechos, la connivencia con Justino en la ideación y ejecución criminal, el liderazgo ofrecido por el recurrente en el planeamiento y ejecución del iter criminal, llevaba la voz en los posicionamientos a llevar a cabo, y su convencimiento acerca de lo que debía llevarse a cabo, junto con la gravedad propia en el delito cometido de apropiación del importe de 600.000 euros, lo que conlleva un "merecimiento" de pena a imponer de la fijada de dos años de prisión y siete meses de multa en correspondencia con la anterior rebaja penal con la misma cuantía de 150 euros diarios, en atención al criterio ya mantenido de adecuación de la fijación de la pena, cantidad que se aproxima a la fijada en sentencia, pero con adecuación proporcional a la rebaja penal antes expuesta, dado que el Tribunal sí que lo motiva en atención a que "el importe fijado a la cuota diaria de las penas de multa, se ha establecido, conforme a los dispuesto en el art. 50.5º CP, en atención a los ingresos salariales, dietas, indemnización al tiempo de jubilación y actividades mercantiles ejercidas por los respectivos condenados, que bien han sido reconocidas o constan en la documentación de la causa.

Efrain percibía una elevada remuneración salarial fija, más bono por objetivos, habiendo recibido una millonaria indemnización a su jubilación. Los tres miembros de la Comisión de Retribuciones y el Secretario del Consejo percibían elevadas cantidades en concepto de dietas de empresas participadas de la CAM además del ejercicio de otras diversas actividades remuneradas en empresas familiares, medios de comunicación o universidad.", motivación suficiente, a los efectos exigidos por la aplicación del art. 50.5 CP.

No hay que olvidar, sin embargo, que hay que destacar que en este caso la conducta no le derivó ningún beneficio económico. De suyo, los recurrentes no han sido condenados por el concepto de la responsabilidad civil, por lo que se trata de un criterio a tener en cuenta para modular la pena.

Pero es que, además, debe ponderarse la pena a imponer en atención, sobre todo, a un juicio de proporcionalidad en atención a la pena impuesta al Presidente de la institución de nueve meses de prisión, que, al fin y al cabo, fue el que recibió el importe por el que se le condena y conforma a devolver, y con la posibilidad del mismo de ver reducida su penalidad por la consignación parcial y compromiso de pago del resto aplazado, circunstancia impeditiva para el resto, al no haber sido condenados a la responsabilidad civil, y desestimarse para ellos el vínculo de solidaridad que les haga extensiva la aplicación de la atenuante del art. 21.5. Por ello, una justicia retributiva penológica debe determinar en casos como el aquí ocurrido una ponderada aplicación del reproche penal en el ahora expuesto, en adecuación a esa proporcionalidad en la pena a imponer a los que no se apropian directamente del importe, pero coadyuvan a que un tercero así lo haga. Y en esa ponderación del juicio de proporcionalidad con el condenado que reconoce los hechos debe existir una adecuación penológica cuando no concurren agravantes y en el arco permitido de la pena ajustarlo a la reducción que en los casos de los condenados se fija, argumentación que se hace extensiva a los fundamentos jurídicos del resto de recurrentes en cuanto atañe y se refiere a la reducción de la pena que se recoge para los mismos, al rebajarla en un año de prisión y la correlativa rebaja en la pena de multa que se aplica en base a razones de proporcionalidad retributiva penológica.

El motivo se estima.

RECURSO DE Florian

DÉCIMO QUINTO.-

1.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por infracción de precepto constitucional , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E. (RCL 1978, 2836)), en su modalidad del deber de motivación de las sentencias.

Se expone por el recurrente que "la sentencia en ningún momento alude a ninguna concertación por parte del acusado Florian, ni con el Director General, ni con el Presidente del Consejo de Administración, ni con el Secretario del Consejo. Así pues, si atendemos al propio razonamiento de la sentencia, el acusado no participó, ni en el plan preconcebido, ni en la alteración o falseamiento del Acta del Consejo, es evidente que la sentencia en ningún momento explicita el razonamiento que

fundamentaría la condena impuesta al acusado. No alcanza a ver el razonamiento lógico deductivo al que habría llegado la Sala para concluir que el acusado habría sido partícipe de tal contubernio, cuando la propia sentencia declara como hecho probado que lo acordado por el Comité de Retribuciones (del que forma parte) es distinto de lo que finalmente quedó reflejado en el acta del Consejo de Administración, en cuya redacción o confección tampoco participó, según los hechos declarados probados. En definitiva, las explicaciones que ofrece la sentencia recurrida se limitan a reprochar un incumplimiento de las obligaciones inherentes al Consejo de Retribuciones, pero en ningún momento se razona cuál sería la razón por la que la Sala de instancia pasa de un mero incumplimiento con posible trascendencia en sede mercantil, al dolo imprescindible en todo delito de apropiación indebida".

En consecuencia, se sostiene por el recurrente que "no se explicita cuál es el razonamiento lógico o deductivo que ha llevado al Tribunal a la conclusión de que Florian es culpable del delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado".

Pues bien, a la hora de delimitar las responsabilidades existentes en este caso hay que recordar que en los hechos probados se recogen varios grupos de responsabilidades, y así::

"Podemos diferenciar, en primer lugar, al Presidente de la CAM, Justino, y al Secretario del Consejo de Administración, Fidel.

En segundo lugar, estarían aquellos consejeros que a su vez formaban parte de la Comisión de Retribuciones, su presidente Florian, y los vocales Felipe y Fulgencio....

...

5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales.

En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El

Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación." Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. (...).

No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, el carácter retroactivo.

Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, recoge que (....) a propuesta de la Comisión de Retribuciones (...), el Consejo de Administración por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera SL, esté presidido por el Presidente de la Entidad D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial (...). La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC".

En cuanto a la debida motivación se ha explicado con ocasión del anterior recurrente toda la referencia a la prueba documental tenida en cuenta para la condena del mismo, lo que es extensivo a este recurrente en cuanto a considerar su responsabilidad en los hechos que resulta de la adecuada y suficiente motivación en la sentencia, como resulta de lo que se relaciona en relación a la participación del recurrente como miembro de relevancia en la comisión de retribuciones, por ser su Presidente, nada menos, por lo que no puede escudarse en modo alguno en "ignorancias", que "otros lo llevaron a cabo", o en alegatos similares, cuando la especial cualificación técnica que se requiere en estos casos evita aplicar la ignorancia, al aplicar la conocida "ignorancia deliberada" que no puede amparar alegatos de exculpación cuando la posición que se ostenta en este tipo de organismos requiere de una cualificación que no admite la ignorancia.

Pues bien, la sentencia recoge al respecto que en el segundo grupo de responsabilidades es donde se ubica al recurrente al señalar que:

"Los tres miembros de la Comisión de Retribuciones

Florian, Fulgencio y Felipe.

Asumen que sí conocían el importe de la remuneración que se iba a fijar porque fue el objeto de la reunión la tarde-noche anterior, el 26 de noviembre, y así se refleja correctamente en el acta de dicha reunión.

Discrepan, sin embargo, sobre lo acontecido en el Consejo de Administración del día siguiente.

Mientras Florian y Fulgencio se remiten al contenido literal del acta por entender que "si así lo dice, así debió acontecer", aunque admiten no tener un recuerdo nítido y exacto de lo sucedido, el tercer componente, Felipe, afirma con rotundidad que en el Consejo de Administración no se mencionó el importe de la remuneración a satisfacer, ni el carácter retroactivo, datos que, en todo caso, tampoco aparecían recogidos en la misiva leída.

1.- Florian:

Se remite a las actas.

Cree que se hicieron las consultas oportunas y el IVF nunca puso pegas o reparos a cobrar en participadas (10:01 sesión 5 junio).

La carta de la Comisión de Retribuciones leída en el consejo la firmó él, pero no sabe quien la redactó, supone que la persona de apoyo de órganos de gobierno.

Que un presidente ejecutivo de una empresa con ese volumen ganaba más que eso.

Que en aquella época había alegría en los fichajes.

Que el planteamiento lo hizo Efrain y le pareció razonado, documentado y convincente.

Preguntado sobre si la remuneración abarcaba toda la actividad como presidente de la CAM, contestó que era solo como Presidente Ejecutivo de Tinser, empresa que representaba ya un volumen de negocio que hacía razonable esa cantidad. El resto de trabajo ya lo tenía pagado con sus dietas.

El Ministerio Fiscal le expuso alguna contradicción con su declaración judicial sobre el alcance de la actividad a retribuir, pero insistió que se trató solo de cobrar como presidente ejecutivo de Tinser y que no hubiera permitido que se fijara un sueldo ficticio. (10:12).

Remarcó que la Comisión de Retribuciones tenía un peso específico: Felipe era un

empresario de larga trayectoria, Fulgencio Catedrático y ExConseller y él tenía gran experiencia y trabajos en medios de difusión económica especializados.

Con relación al carácter retroactivo, indicó que Tinser ya existía, Justino se implicó desde el primer día, y Efrain indicó que había que pagarle, poniendo el ejemplo de un encargado que contrata a una persona y le dice "trabaja y ya te fijaré emolumentos".

Continuó relatando que la comisión se limitaba a informar sin carácter vinculante y a elevar la cuestión al Consejo de Administración. Que en la misiva no se hacía mención a la retribución, y que supuso que la expondría Efrain en la sesión del consejo".

La colaboración de la comisión de retribuciones fue básica y esencial en este caso para el fin previsto por Justino y Efrain, y en el engranaje descrito por el Tribunal tiene especial necesidad la colaboración dolosa de sus miembros, ya que no pueden negar su intervención ni el grado decisivo de colaboración para que la ilegal percepción pudiera recibirse por Justino. Y así concluye el Tribunal que:

"El relato de hechos probados se articula en torno a las siguientes conclusiones fácticas que destaca el Tribunal en su sentencia:

1.- Justino cobró 600.000€ en concepto de dietas de asistencia como Presidente de Tinser Cartera S.L.;

2.- No se conoce aportación laboral, dedicación, trabajo, servicio o actividad real alguna desplegada por el presidente del nuevo Consejo de Administración de TINSER Cartera S.L., por lo que las dietas eran absolutamente injustificadas en relación con el trabajo realmente realizado que fue inexistente, al margen de las funciones representativas, institucionales y protocolarias inherentes a la condición de presidente de una importante entidad financiera con fuerte arraigo en la Comunidad Valenciana y en Murcia;

3.- La alteración del órgano de gobierno de TINSER Cartera S.L. carecía de justificación económico-mercantil real y no supuso modificación material en el modo de gestionar la entidad. De hecho no hubo ninguna reunión física del consejo;

4.- Las dietas eran además excesivas en tanto superaban, hasta multiplicar por cuatro, los parámetros establecidos por la Comisión de Retribuciones para la percepción de dietas en las empresas participadas en las que se integraban los restantes miembros del Consejo de Administración, cuantías que se acababan de actualizar con un fuerte incremento en el año 2008;

5.- El nombramiento de Justino como presidente de Tinser Cartera S.L. opera única

y exclusivamente como excusa o pantalla para encubrir formalmente la recepción injustificada de cantidades a cargo de la entidad, ocultando lo que en realidad era una apropiación de caudales de la sociedad, que se extraían del patrimonio social para incorporarlo a las cuentas personales de Justino;

6.- Con ese modo de proceder se burlaba la prohibición estatutaria prevista en el art. 9, concreción de la previsión legal, que imponía el carácter honorífico y gratuito del cargo de Presidente de la CAM, como del resto de órganos de gobierno de la Caja.

7.- En definitiva, se crea un órgano de gobierno ad hoc para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM. O, de otra forma, bajo el manto de esa apariencia formal de legalidad se ideó un plan para abonar al Presidente de la CAM una altísima retribución, ilegal, en cuanto prohibida, e injustificable, en tanto no conllevó contraprestación alguna distinta de la mera representación institucional, gratuita y honorifica por definición legal".

Y por último, lejos del alegato del recurrente de que existía falta de motivación debemos recordar que sobre la responsabilidad de la comisión de retribuciones cita la sentencia que:

"De los escritos de acusación, pública y privada, se infería una responsabilidad escalonada en tres ámbitos de actuación funcionalmente diferenciados:

1.- Presidente y Director General,

2.- Comisión de Retribuciones, y

3.- Resto de los vocales del consejo.

Corresponde analizar con detenimiento el papel de la Comisión de Retribuciones.

Su función esencial, como indicamos al examinar la regulación normativa es la de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo (art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951)).

Estaba compuesta de tres consejeros, de especial relevancia, según indicó el propio presidente Florian, en consonancia con su reglamento (obrante al f. 980 Tomo e del Rollo Sala) que menciona la "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional".

Sus componentes eran los mismos desde su creación en 2005, habían, pues,

supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de retribución en participadas reflejada en el Hecho 3º del relato fáctico, y habían contando con asesoramiento externo, aunque éste parece iba más encaminado a la determinación del paquete retributivo más complejo del equipo directivo.

Que se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara.

Se podrá discutir y valorar el alcance jurídico de su intervención, su naturaleza asesora y no vinculante, su imposibilidad de control posterior, junto con las demás explicaciones justificativas expuestas por las defensas, pero la determinación de los hechos no admite discusión.

Consta literalmente en los hechos probados:

"1.- El Director General propone que por el desempeño de esta función de Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€ anuales.

2.- La Comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación (f. 320 Tomo I).". Igual que el contenido de la enigmática misiva leída al día siguiente en la sesión del consejo de administración.

Responsabilidad de la comisión de retribuciones:

La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible.

1.- En primer lugar, afectaba directamente al Presidente de la entidad, lo que no pudo pasárseles por alto.

La propuesta suponía romper con una tradición instaurada de que nunca antes el Presidente había cobrado dieta alguna en empresa participada del grupo.

Tenía por ello especial trascendencia.

2.- En segundo lugar, el presidente tenía un régimen legal y estatutario diferenciado, se le podría haber fijado una remuneración dotándole de carácter ejecutivo y dedicación exclusiva, a diferencia de los que sucedía con el resto de los

componentes de los órganos de gobierno, si bien previo cumplimiento de unos criterios rigurosos, al margen que, como dejó entrever Efrain, parece no tenía el perfil técnico y experiencia bancaria.

No eran aplicables, por tanto, los argumentos que habían llevado a establecer la remuneración del resto de vocales en otras participadas. Era una medida excepcional.

3.- En tercer lugar, contradecía la política de nombramientos de consejeros en empresas participadas expuesta por el Director General, y que respondía a la conveniencia de que los consejeros conocieran y participaran activamente en todas las áreas de negocio.

4.- En cuarto lugar, cuadruplica el importe de la dieta por asistencia de los presidentes de otras empresas participadas, importe que acababa de ser actualizado por Consejo el año anterior previo informe de esta misma comisión.

5.- En quinto lugar, admitía una absoluta indefinición en la actividad a desarrollar y en el sistema de retribución.

6.- En sexto lugar, se contradecía con el acuerdo 1º adoptado en esa misma sesión en relación con la congelación de remuneraciones del equipo directivo. Eran momento difíciles y convulsos no solo para la entidad, inmersa en un proceso de reestructuración del sector, sino para los directivos, como demuestra el punto primero del acta de la sesión del 26 de noviembre donde habían acordado mantener la congelación de la retribución fija "dada la actual situación del mercado, y las recomendaciones de moderación".

En definitiva, se conformaron con una información concisa solo referida al montante global de la retribución sin que ni siquiera se especificara con claridad su concepto, naturaleza y modo de retribución.

Asumen, sin embargo, que se trataba de una dieta por asistencia al consejo, pero sin poder dar explicación razonable a qué respondía la inusitada diferencia para cobrar cuatro veces más que los presidentes de otras participadas.

Cuando se les preguntó, claramente Felipe asumió que se le pagaba por toda su actividad en la CAM, y luego aclaró que él como miembro de la comisión o del consejo dada una opinión y suponía que asesoría jurídica y los encargados de llevarla a efecto adoptarían las medidas oportunas para asegurar la legalidad.

Florian también indicó eso mismo en periodo instructor, si bien en el juicio precisó que era solo actividad como presidente ejecutivo, pero de TINSER.

Y Fulgencio indicó se le pagaba por realizar una ingente labor.

Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración.

Si no se concreta ni especifica la tarea encomendada ni el concepto de la retribución, ¿cómo se puede afirmar que es proporcionada conforme a criterios de mercado?

Los datos agregados y globales de otras cajas utilizados por Efrain nada permitían aclarar.

Unas veces se nos indica que tenía que trabajar mucho, que no era solo por asistir a los consejos de administración, pero la retribución que se fija en forma de dieta por asistencia.

Tratándose de una dieta por asistencia, es decir, funciones deliberativas, se incumplía los propios criterios internos de la CAM para la retribución en otras empresas participadas.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

Con ser todo ello determinante de que fueron conscientes de los detalles que convertían la propuesta en extraordinaria, indeterminada, excesiva, desproporcionada, injustificada e ilícita, asumieron que se silenciaran esos pormenores de la propuesta al grueso de los vocales del consejo, elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

En definitiva, lo único que hicieron fue asumir como valido sin cortapisa ni control de legalidad ni estudio de proporcionalidad a mercado, la cuantía de 300.000 euros anuales.

Ello se acredita porque la propuesta que ya estaba predeterminada y reflejada en la preacta hablaba de una retribución en forma de dieta anual, pagadera trimestralmente e incluso establecía una llamativa cláusula de actualización conforme

a IPC.

Nada de ello se correspondía con lo acordado en la Comisión de Retribuciones.

Precisamente el único apartado que se dejaba en blanco en el escrito de preacta era el importe de la remuneración. Es decir, lo único que determinó la Comisión de Retribuciones, pero suficiente para conocer su ilegalidad.

La propuesta también hablaba del carácter retroactivo de la retribución, otra cuestión que se había silenciado en la reunión de la noche antes.

Fulgencio solicitó aclaraciones y se dio por satisfecho.

Florian también la da por buena y aportó la explicación facilitada por el Director General.

La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas.

Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba".

Y ya para concluir se explicita la autoría de la comisión de retribuciones al apuntar que:

"Autoría de los miembros de la comisión de retribuciones.

Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

Participación de los miembros de la comisión de retribuciones.

La participación del resto de administradores en el delito protagonizado por Presidente y Director General, presentaba un evidente problema de prueba. Era necesario constatar si objetivamente habían participado, por acción o por omisión, en su realización y, una vez constatada su contribución personal comprobar si fueron conscientes de que estaban favoreciendo, colaborando en la comisión de ese delito, bien porque conocieron tanto los hechos como su carácter antijurídico, o conociendo que tales hechos comportaban un riesgo cierto de lesión, en el caso analizado para el patrimonio social cuya administración tenían encomendado, lo aceptaron sin proceder a su anulación, mediante una acción que lo evitara o neutralizara. Dado que en todos ellos concurre la condición de administradores especialmente encargados de velar porque nadie disponga ilícitamente del patrimonio social, y todos ellos violan personal e individualmente un deber de fidelidad inherentes a su status, siendo conocedores del riesgo evidente de que la acción aprobada, aceptada o favorecida tenía de acabar causando un perjuicio patrimonial, no debe existir problema en considerarles autores, dado que en la modalidad de apropiación por gestión desleal es indiferente que el no exista animus rem sibi habendi y por tanto el beneficio sea para un tercero.

Con independencia de las irregularidades en la plasmación documental de los acuerdos, la responsabilidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones también es clara:

1.- A ellos les incumbía una posición de garantía reforzada por sus conocimientos y facultades específicas como miembros cualificados de esa comisión especializada que durante años había supervisado e informado al consejo de administración sobre la política retributiva general de la Caja, y

2.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con

la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

3.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

4.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

5.- La fundamentación de la calificación de autoría en tales supuestos se centra en lo que se ha denominado imputación recíproca entre los partícipes que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho (STS 787/2016 de 20 de octubre (RJ 2016, 4946) y 12/2014 de 24 de enero (RJ 2014, 1606)).

Se parte de que el dolo de cada uno de ellos abarca el resultado, al menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto que genera, junto con las aportaciones de los demás. Ciertamente tal reciprocidad en la imputación se rompe si las acciones de cada interviniente suponen un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos (SSTS 141/2016 (RJ 2016, 916) y 603/2015 (RJ 2015, 5772)). Es decir, todos ellos se sitúan en posición de garante respecto de los riesgos creados con la conducta de cada uno, siempre que, como aquí ocurre, conozcan la existencia del hecho y puedan evitar la concreción lesiva de aquel.

6.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

Y aunque la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) estableció que la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan.", ello no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en

atención a su especial preparación.

Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como una dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta, reflejo de la cual es la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 635) de la Sala 1ª del TS y la polémica doctrinal que suscita la discusión entre las denominadas teorías del doble vinculo y de la compatibilidad".

En consecuencia, el grado de motivación es extenso, se explica con detalle el grado de intervención de los miembros de la comisión de retribuciones, su capacidad técnica y preparación era indudable para el relevante papel que desempeñaban, y, evidentemente, sabían lo que estaban haciendo y su papel colaborativo en el devenir del ilícito penal que se estaba desplegando para conseguir el aval absoluto que permitiera el cobro de la percepción económica por Justino. Con ello, no existe el pretendo ataque a la tutela judicial efectiva ante la suficiencia de la motivación de la sentencia.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO

2.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 C.E. (RCL 1978, 2836) , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio acusatorio en su vertiente de derecho a conocer la acusación.

Considera que el Ministerio Fiscal solicitó la condena por el agravante del artículo 250.1. 5º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

La sentencia resuelve con claridad este error sin trascendencia y fácilmente percepptible al fijar que:

"Es cierto, como expuso la defensa de Fidel en su informe final, que el apartado 5º del art. 250.1 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , al momento de los hechos (noviembre de 2009), es decir, antes de la reforma operada por la LO 1/2010 (RCL 2010, 387) , se refería a bienes pertenecientes al patrimonio histórico artístico, pero, parece más que evidente que ello es un mero error de transcripción, debido a los innumerables modificaciones legales y el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos, sin mayor trascendencia, pues, del propio relato de hechos nadie puede

desconocer que la agravación viene justificada por el importe defraudado que supera con mucho los 50.000€, dato que ha sido conocido en todo momento por los acusados habiendo podido ejercer su defensa en plenitud sin que ello afecte al principio acusatorio".

La evidencia de la remisión de la agravación al quantum de lo defraudado es absoluta al ser perceptible que ello se debe a la renumeración de la agravante en la reforma del Código Penal, aunque se aplique al momento de los hechos, pero ello no supone una infracción del derecho a ser informado de la acusación, ni supone una condena por hechos no contenidos en la acusación, por cuanto, como apunta la sentencia, la relevancia y carácter manifiesto del error es perfectamente detectable, además de haberse podido sostener aclaración al respecto, pero la parte no puede mantener la ignorancia de la reclamación de la agravación por el importe superior a los 50.000 euros, cuando no se trata de un ataque a bienes citados en el citado número donde se aprecia el error.

No puede predicarse la indefensión en este caso ante la evidencia del error ya explicado debidamente por el Tribunal.

Decir que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, por ejemplo, en la Sentencia 338/2015 de 2 Jun. 2015 (RJ 2016, 6668) , Rec. 2057/2014 que:

"Es cierto - STC. 34/2009 de 9.2 (RTC 2009, 34) - que al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, este Tribunal ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria [SSTC 12/1981, de 10 de abril (RTC 1981, 12) ; 95/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 95) ; 302/200, de 11 de septiembre). Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercer el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC 87/2001, de 2 de abril (RTC 2001, 87))".

Pero solo si se constatara real y verdadera indefensión podría tener cabida la ignorancia acerca de cuál es el objeto de acusación, y ello es constatable del propio escrito de acusación, al tratarse del número de la agravante de un mero error de numeración ante la reforma penal, lo que evidencia la inexistencia de indefensión.

Ya tiempo atrás la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 11 Nov. 1998 (RJ 1998, 8765) , Rec. 2385/1997 señaló al respecto que:

"Aquel derecho a ser informado de la acusación exige un conocimiento completo del tema debatido, con objeto de evitar un proceso penal inquisitivo que se compadece mal con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas (TC S 11 Nov. 1991). De ahí que el inculpado tenga derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación, en tanto que la indefensión se producirá si de modo sorpresivo es blanco el acusado de novedosas imputaciones hechas valer cuando han precluido sus posibilidades de defensa. Nada de eso acontece cuando la identidad entre el hecho de las acusaciones y el de la sentencia es absoluto, como aquí ocurre. Nada de eso acontece cuando los hechos han sido objeto de debate contradictorio, finalmente sometido a la prueba querida por las partes.

El «conocimiento suficiente» de los hechos, rechazando la desigualdad ante las demás partes, es la esencia de ese derecho a la información (ver la TC S 17/1989 de 30 Ene.).

El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación, primero provisional y después definitiva, es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar., del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb., del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso".

Con ello, existe un exacto conocimiento de los hechos en la cuantía objeto de apropiación y la fijación de un mero error numérico por motivo de la reforma no supone vulneración de precepto constitucional.

Y es fundamental que relacionemos lo aquí expuesto por el recurrente con la presencia y existencia de una efectiva y real indefensión que aquí en ningún caso se ha producido, ya que, como señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 1683/2000 de 7 Nov. 2000 (RJ 2000, 8930) , Rec. 1254/1999:

"Como señala el Tribunal Constitucional (por ejemplo en sentencia núm. 137/99, de 22 Jul (RTC 1999, 137)) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución Española, ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir una indefensión material y no formal, para lo cual resulta necesaria, pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación con un concreto interés de quien invoca la indefensión".

Con ello, no se aprecia la existencia de una real indefensión al recurrente.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO

3.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del art. 9.3 C.E. (RCL 1978, 2836) , que proscribe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y del art. 25.1 C.E.

Existe conexidad del motivo presente con el anterior, ya que se considera que se parte de la base de que la acusación formulada por el M. Fiscal contra el recurrente lo fue por la presunta comisión de un delito de apropiación indebida del artículo 252 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , sin concurrir la agravante referida a bienes integrantes del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico del artículo 250.1.5º CP, conforme ha quedado expuesto en el motivo anterior. Siendo así habría transcurrido el plazo de prescripción señalado en el artículo 131 CP, dado que entre la comisión de los hechos y la incoación de las diligencias previas habría transcurrido sobradamente al plazo de tres años.

Sin embargo, la aclaración llevada a cabo en al anterior motivo conlleva de modo automático la desestimación del presente, ya que el Ministerio Fiscal siempre ha considerado que nos hallamos ante un delito de apropiación indebida agravada del artículo 252 en relación con el artículo 250.1 CP, (fol. 22 del tomo X), habiendo sufrido un error de transcripción, al mencionar el apartado 5º en lugar del 6º, justificable por los motivos ya expuestos y reflejados en el FD nº 16 de la presente resolución. Y el delito allí tipificado llevaba aparejada una pena de uno seis años, y no la de seis meses a tres años que se alega sin la agravación, por lo que no se aplica la reducida prescripción que se alega, más aún cuando ha sido condenado como autor

de un delito de apropiación indebida agravada, ya definido en base a aplicar el art. 250.1.6º (especial gravedad por superar los 50.000€) del Código Penal, en la redacción vigente al momento de los hechos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO

4.- Al amparo de los arts. 5.4 LOP3 y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE (RCL 1978, 2836) , en relación con el art. 9.3 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a conocer la acusación, al haberse sustentado la condena impuesta a mi mandante en la falsedad de un documento mercantil, cuando se da la circunstancia de que el auto de acomodación al procedimiento abreviado, que constriñe los hechos objeto de enjuiciamiento, en ningún momento aludía a la falsedad o alteración del acta.

Se alega que "La sentencia recurrida, en las páginas 9, 52 y 53, declara como hecho probado que el acta del Consejo de Administración de la CAM de 27 de noviembre de 2009 no reflejaría la realidad de los realmente sucedido en el Consejo. Sin embargo, el Auto de acomodación al procedimiento abreviado de fecha 28 de abril de 2018, dice justamente lo contrario, esto es, que el acta de la reunión refleja la realidad de lo acontecido. Afirma que ello conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que la condena impuesta al acusado se fundamenta en hechos no contenidos en el Auto de acomodación al procedimiento abreviado".

Hay que señalar que no existe en la sentencia, como predica el recurrente, una importante modificación en la hipótesis acusatoria, que conculque el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que la condena impuesta al acusado se fundamente en hechos no contenidos en el Auto de incoación de PA., y frente a los cuales no pudo defenderse, sino que la sentencia, por el contrario, es congruente en todo momento, como debía, con los escritos que fijan la Acusación y la Defensa (no con el Auto de incoación de PA., cuyo contenido no condiciona la calificación que los hechos pueden merecer en el posterior escrito acusatorio, ni por supuesto la sentencia dictada con posterioridad).

Pero es que, además, este punto fue el objeto del primer motivo del primer recurrente, y, por ello, está analizado con sumo detalle en el FD nº 2 de la presente resolución al que nos remitimos. Ya se ha reflejado que el conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir por las partes las modificaciones

fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. Y a ello nos hemos referido en el antes citado FD nº 2 con extensión.

El motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO

5.- Al amparo de los arts. 5.4 LOP.1 y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE (RCL 1978, 2836) , en relación con el art. 9.3 CE, al haberse sustentado la condena impuesta a mi mandante en la falsedad de un documento mercantil cuya validez no ha sido combatida por el Ministerio Fiscal, esto es, por la única acusación formulada contra mi mandante.

Se alega que "en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, en ningún momento se señalaba que el acta del Consejo de Administración de la CAM celebrado en fecha 27 de noviembre de 2009 fuera falsa. Es más, dichas conclusiones provisionales fueron elevadas a definitivas por el Ministerio Fiscal, quien en conclusiones reiteró que el Secretario reflejó en el acta lo que había sucedido realmente en la reunión del Consejo. Esta argumentación fue debidamente sostenida y argumentada por el Ministerio Fiscal en la fase de informe, haciendo hincapié expresamente a la veracidad y certeza del acta, y al trabajo en ese sentido del Secretario del Consejo, también condenado por la Sala. Sin embargo, la Sentencia recurrida, en las páginas 9, 52 y 53, dice justamente lo contrario, esto es, que en acta no reflejaría la realidad de lo realmente sucedido en el Consejo".

Hay que volver a insistir, como ya desarrollamos con detalle en el FD nº 2 de la presente sentencia que no es necesario que el Ministerio Fiscal recogiera que el acta del Consejo de Administración fue alterada, porque tal postura no la mantenía él, como parte acusadora, sino buena parte de los acusados (véanse los escritos de calificación de las defensas obrantes al Tomo 13), y fue la postura finalmente acogida en la sentencia, tras la práctica de las pruebas presentadas por todas las Partes. Es cierto que el Ministerio Fiscal consideraba que todos habían participado en el acuerdo (sin haberse falsificado el acta) y por ello debían ser responsables del delito, pero el Tribunal de instancia, valorando las pruebas de cargo y de descargo practicadas, consideró que habían quedado demostradas las tesis que mantenían parte de las defensas.

Ya expusimos, así, que los elementos básicos de la intervención del recurrente, en este caso por medio de la comisión de retribuciones, ya se habían producido, con independencia de la forma de acceso al acta del Consejo de administración, por lo

que estaban ya definidos y diseñados los elementos fácticos tenidos en cuenta para la condena, siendo la alteración del acta un elemento que era objeto de alegación por las defensas de los consejeros y que fue aceptada por las acusaciones popular y particular, aunque no por la fiscalía, y que motiva la modificación de las conclusiones provisionales al elevarlas a definitivas.

Que ello beneficiara a las defensas de los miembros del consejo no conlleva indefensión al recurrente, ya que fue un elemento sometido a prueba y debate en el juicio, lo que pudo llevar a la vía, en su caso, del art. 788.4 LECRIM por las defensas de los recurrentes ante esta modificación, y sin que la forma en la que se aceptó la conformidad de Justino, o que la fiscalía mantuviera otra tesis cause indefensión alguna por los motivos ya indicados. Y sin que tampoco tenga incidencia el archivo de la causa con respecto al Sr. Jose Francisco, ya que esto queda en la fase de instrucción, y la sentencia solo afecta a los que son objeto de acusación en el plenario y respecto a las conclusiones definitivas, que es lo que constituye el objeto de la acusación, no las provisionales.

No hay, con ello, una transgresión de los límites del procedimiento, ya que el letrado asesor de la CAM compareció como testigo, y su posición procesal previa y decisiones respecto del mismo no pueden tener la influencia que postula el recurrente en su propio beneficio, ya que existe en este caso una desconexión de la práctica de la prueba del plenario con lo practicado en la fase de instrucción, sobre lo que lo que la desconexión procesal y material es un elemento que se debe tener en cuenta.

Así pues, el alegato respecto a la indefensión y derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE, en relación con el art. 9.3 CE supone una especie de alegación defensiva de desviación respecto a lo que constituye el hecho nuclear sobre el que ha girado la acusación, que es objeto de matiz en la fase del plenario en el trámite de modificación de conclusiones provisionales a definitivas en los términos ya indicados.

No existe, pues, una modificación sustancial de los hechos que sea determinante de la calificación jurídica, por cuanto esta está diseñada sobre la orquestación del plan diseñado, en el que tienen participación decisiva el recurrente, por su intervención en su relevante cargo, como ya se ha expuesto anteriormente en la comisión de retribuciones, para dotar a Justino de la dieta ilegal que se acordó, por lo que los elementos que determinan la exoneración de responsabilidad a los miembros del consejo de administración no puede ser utilizado para reclamar indefensión cuando sus elementos de base de la acusación ya eran conocidos por él en cuanto a la orquestación de la ideación criminal.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO.-

6.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE (RCL 1978, 2836) , por vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado mi representado por un delito de apropiación indebida que se habría cometido por omisión (art. 11 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777)), sin que el Ministerio Fiscal, esto es, la única acusación formulada contra mi mandante, así lo hubiera solicitado.

Se le tiene por desistido.

VIGÉSIMO PRIMERO.-

7.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por vulneración de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE (RCL 1978, 2836) , por vulneración del derecho a la defensa, por no haberse sometido a contradicción el perjuicio que se dice producido con la imprescindible declaración de quien se dice perjudicado.

Se apunta que "no ha tenido lugar la declaración en el juicio oral por parte de ningún representante o apoderado de Sabadell, sucesor universal de la CAM y de TINSER, que haya permitido a esta parte la oportunidad de interrogar a dicha entidad a fin de poder combatir o corroborar la eventual existencia de perjuicio".

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015 (RJ 2015, 4592) , Rec. 10829/2014:

"Aun la circunstancia de que algún perjudicado no se mostrara parte en la causa y en consecuencia no ejercitara por si mismo las acciones civiles y/o penales, no por ello se entiende que renunciaba a las indemnizaciones que pudiera corresponderle, que deberán ser solicitadas en su beneficio por el Ministerio Fiscal (art. 108 LECrim), al corresponder en principio al Ministerio Fiscal en el proceso penal tanto el ejercicio a las acciones propiamente punitivas como también el de las acciones civiles derivadas del ilícito penal en beneficio e interés del perjudicado. En efecto los principios dispositivos y de rogación exigen que se formule la pretensión indemnizatoria, pero esta puede formularse por el propio perjudicado o en su caso, por el Ministerio Fiscal que es lo que ha sucedido en el caso presente al no constar que los perjudicados hayan renunciado expresamente a la indemnización".

Y a este respecto hay que recordar que la entidad CAM interpuso denuncia por

estos hechos el 3 de septiembre de 2014 (págs. 245-248 del Tomo I) y no ha renunciado en ningún momento a ninguna indemnización. Basta que exista una petición de responsabilidad civil por parte del Ministerio Fiscal, para que se ofrezca al Tribunal la posibilidad de pronunciarse.

Y aunque no haya comparecido en el plenario representante de la entidad para "explicar" el perjuicio sufrido ello no se articula como pieza esencial cuando es un hecho constatado y probado documentalmente el importe de lo pagado, ya que así consta en la referencia que a ello se ha realizado en el FD nº 1 de la presente resolución en cuanto a la documental que consta que acredita ese perjuicio que son los 600.000 euros, cantidad, además, reconocida por el condenado que ha reconocido los hechos que fue quien recibió la cantidad, Justino, por lo que es evidente que ese es el perjuicio y ese es el quantum de la responsabilidad civil. Pero en todo caso, a ello no se ha condenado al recurrente, por lo que mal puede reclamar por un extremo que no es objeto de condena en su caso.

Y fruto de todo ello es por lo que, ante el reconocimiento y constancia documental se recoge en los hechos probados que:

" Justino no participó en la toma de ninguna decisión relativa a la administración o gestión de Tinser Cartera S.L. A pesar de ello, percibió de esta sociedad, durante el tiempo en que fue nominalmente Presidente del Consejo de Administración, 600.000€ como retribución por una supuesta dedicación que en Tinser Cartera S.L. fue inexistente, y que en la CAM (titular del 100% de su capital) era gratuita por disposición legal. Concretamente se le abonaron:

150.000€ (97.500€ neto) el 18 de diciembre de 2009;

300.000€ (195.000€ netos) en 2010, distribuidos en cuatro pagos de 48.750€ realizados los días 12 de abril, 17 de mayo, 10 de agosto y 15 de noviembre. 150.000€ (97.500€ netos) en 2011, distribuidos en dos pagos de 48.750€ realizados los días 16 de febrero y 16 de mayo".

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.-

8.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de precepto constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el 24 CE (RCL 1978, 2836) , por vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado mi representado en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, sin que ninguna de las acusaciones así lo hubiera solicitado.

Se alega que "La Sentencia recurrida considera acreditada la comisión de un delito de apropiación indebida, aplicando de manera expresa la doctrina del levantamiento del velo".

En ningún caso existe una infracción constitucional por aplicar la teoría del levantamiento del velo, ya que ello no es contemplado en la sentencia para la condena del recurrente, ya que la sentencia en ningún momento refiere expresamente que esté aplicando la teoría del levantamiento del velo.

Lo que lleva a cabo la sentencia es un desarrollo explicativo de las políticas de buen gobierno que deben llevar a cabo las sociedades y el cumplimiento por sus responsables de las normas a las que nos referimos, también, en la presente sentencia en el FD nº 9 con sumo detalle al relacionar el delito cometido con la necesidad de la observancia de las normas de buen gobierno, pero sin que se haya condenado al recurrente por la citada teoría que expone, ya que no estamos ante un delito societario en el que se haya llevado a cabo un delito de estas características, sino que la explicación se atrae a un delito de apropiación indebida en el que la intervención del recurrente en su cargo de Presidente de la comisión de retribuciones describe el Tribunal que tuvo una colaboración decisiva, eficaz y necesario en la consecución del fin apropiativo, pero sin que exista la aplicación de una tesis no expuesta por las acusaciones, sino que es, precisamente, ese modus operandi descrito en la sentencia el que fue el objeto final de las conclusiones definitivas, por lo que no existe la pretendida vulneración del principio acusatorio.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.-

9.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de Precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE (RCL 1978, 2836)), por vulneración de la presunción de inocencia, al haberse infringido la doctrina relativa al valor incriminatorio de la confesión de un coacusado.

Se alega que "la Sala sentenciadora, al imponer la condena, se basa en un relato fáctico que no asume íntegramente dicha confesión del acusado, sino que la admite únicamente en parte, y la desecha justamente en aquel punto esencial (falsedad del acta del Consejo) en que la confesión no se ajusta al razonamiento en el que se sustenta la condena.

En efecto, los hechos descritos en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, que fueron elevados a definitivos, y a los que Justino se adhirió

íntegramente, parten de la base de que el acta del Consejo de Administración reflejó la realidad de lo realmente acontecido, es decir, que todos los Consejeros, habiendo sido previamente informados de la retribución que iba a otorgar a Justino, votaron a favor de la misma con conocimiento de causa, de tal forma que el contenido del acta no es falso, sino todo lo contrario. Sin embargo, la Sentencia recurrida realiza una discriminación selectiva de tales hechos".

Se ha dado debida respuesta en el FD nº 3 en su sub motivo 1º a la cuestión atinente al valor de la declaración del coimputado en el proceso penal, y en este caso se han explicado en el FD nº 15 los extremos relativos a la motivación de la sentencia en cuanto afecta a la responsabilidad penal del ahora recurrente Y de nuevo en este FD nº 3.1 nos remitimos al FD nº 1 en cuanto a la extensa referencia a la valoración de la prueba que se ha llevado a cabo por el Tribunal en cuanto a la fijación de los extremos de base analizados en cada caso para justificar y motivar la responsabilidad de cada uno de los recurrentes.

No se trata de que la sentencia haga una selección de los extremos relativos a la confesión del condenado Justino, y luego altere lo referente a la redacción del acta, ya que siendo clara la asunción de la responsabilidad de aquél, sin que ello suponga una delación, cierto es que en el desarrollo del juicio y a la vista de la prueba practicada se modificaron las conclusiones provisionales, como se ha expuesto en el FD nº 2 y se recogió lo referente al acta y su transcripción, conllevando la absolución de los consejeros que estaban acusados al quedar claro y llegar al convencimiento del Tribunal lo referente a la redacción del acta. Pero ello no supone vulneración alguna, por cuanto ya hemos explicado que la verdadera acusación final es la que surge de la conclusiones definitivas, y ya hemos explicado que tal planteamiento no conlleva indefensión alguna, porque no se condena por falsedad documental, y ello tiene incidencia en cuanto a la absolución, pero no tiene la relevancia en cuanto al recurrente que es condenado por apropiación indebida tal y como se ha explicado en la motivación de la sentencia a la que hacemos referencia en el FD nº 15.

Que un acusado se conforme con los hechos del fiscal no impide que el juicio continúe respecto del resto y que en la prueba practicada, como aquí ha ocurrido, se desarrollen extremos que luego se reflejen en la sentencia, como aquí ha ocurrido, sin alterar los hechos principales que son objeto de acusación, como aquí se ha reflejado.

Se ha hecho también referencia y hemos destacado en el FD nº 3 submotivo nº 2 que los hechos probados relativos a lo acaecido en la sesión del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, y respecto al desarrollo de la sesión del Consejo de administración ya hemos precisado que el Tribunal ha otorgado

credibilidad a los acusados miembros del consejo que relataron no recordar la mención expresa, explicativa y desarrollado del objeto de lo que constituye el objeto del procedimiento en cuanto a la aprobación de la dieta a Justino y su carácter retroactivo. Y no lo lleva a cabo solo en estas declaraciones, sobre las que ya hemos referenciado en el FD 1º de la presente resolución cómo lo motiva el Tribunal, sino que lo sustenta en la documental que se cita.

Se ha hecho expresa mención anteriormente, también, a que no supone vulneración alguna la negativa del condenado confeso a contestar a determinadas preguntas, o de los miembros del Consejo. Del mismo modo, la versión de los hechos que ofreció el condenado que prestó su conformidad, viene corroborada por una pluralidad de pruebas complementarias (documental, declaración de otro coacusados y testifical) que se han expuesto y citado tanto en el FD nº 1 como en el desarrollo de la valoración de la prueba que se ha desarrollado con motivo del anterior recurrente. No se ha vulnerado por tanto la doctrina relativa al valor incriminatorio de la confesión del condenado.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.-

10.- Al amparo de los arts. 5.4 L0133 y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE (RCL 1978, 2836)), por vulneración de la presunción de inocencia, en relación con los requisitos de la prueba indiciaria.

Se tiene por desistido del presente Motivo.

VIGÉSIMO QUINTO.-

11.- Al amparo de los arts. 5.4 L0133 y 852 LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE (RCL 1978, 2836)), por vulneración de la presunción de inocencia.

Se alega que no se explica cuál es el razonamiento lógico o deductivo que ha llevado al Tribunal a la conclusión de que Florian es culpable del delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado. Entiende el recurrente que no participó ni en el plan preconcebido, ni en la alteración o falseamiento del Acta del Consejo.

Se ha hecho mención anteriormente a la doctrina de la Sala en torno a la presunción de inocencia y a la exigencia de la prueba de cargo suficiente, no siendo vulneración del principio que el recurrente disienta del proceso valorativo. Así,

debemos recordar que ya hemos señalado en el FD nº 15 que en los hechos probados se recogen varios grupos de responsabilidades, y así:

"Podemos diferenciar, en primer lugar, al Presidente de la CAM, Justino, y al Secretario del Consejo de Administración, Fidel.

En segundo lugar, estarían aquellos consejeros que a su vez formaban parte de la Comisión de Retribuciones, su presidente Florian, y los vocales Felipe y Fulgencio....

...

5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales.

En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación". Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. (...).

No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, el carácter retroactivo.

Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, recoge que (....) a propuesta de la Comisión de Retribuciones (...), el Consejo de Administración por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la

empresa del grupo, Tinser Cartera SL, esté presidido por el Presidente de la Entidad D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial (...). La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC".

En cuanto a la debida motivación se ha explicado con ocasión del anterior recurrente toda la referencia a la prueba documental tenida en cuenta para la condena del mismo, lo que es extensivo a este recurrente en cuanto a considerar su responsabilidad en los hechos que resulta de la adecuada y suficiente motivación en la sentencia, como resulta de lo que se relaciona en relación a la participación del recurrente como miembro de relevancia en la comisión de retribuciones, por ser su Presidente, nada menos, por lo que no puede escudarse en modo alguno en "ignorancias", que "otros lo llevaron a cabo", o en alegatos similares, cuando la especial cualificación técnica que se requiere en estos casos evita aplicar la ignorancia, al aplicar la conocida "ignorancia deliberada" que no puede amparar alegatos de exculpación cuando la posición que se ostenta en este tipo de organismos requiere de una cualificación que no admite la ignorancia.

Pues bien, la sentencia recoge al respecto que en el segundo grupo de responsabilidades es donde se ubica al recurrente al señalar que:

"Los tres miembros de la Comisión de Retribuciones

Florian, Fulgencio y Felipe.

Asumen que sí conocían el importe de la remuneración que se iba a fijar porque fue el objeto de la reunión la tarde-noche anterior, el 26 de noviembre, y así se refleja correctamente en el acta de dicha reunión.

Discrepan, sin embargo, sobre lo acontecido en el Consejo de Administración del día siguiente.

Mientras Florian y Fulgencio se remiten al contenido literal del acta por entender que "si así lo dice, así debió acontecer", aunque admiten no tener un recuerdo nítido y exacto de lo sucedido, el tercer componente, Felipe, afirma con rotundidad que en el Consejo de Administración no se mencionó el importe de la remuneración a satisfacer, ni el carácter retroactivo, datos que, en todo caso, tampoco aparecían recogidos en la misiva leída.

1.- Florian:

Se remite a las actas.

Cree que se hicieron las consultas oportunas y el IVF nunca puso pegas o reparos a cobrar en participadas (10:01 sesión 5 junio).

La carta de la Comisión de Retribuciones leída en el consejo la firmó él, pero no sabe quien la redactó, supone que la persona de apoyo de órganos de gobierno.

Que un presidente ejecutivo de una empresa con ese volumen ganaba más que eso.

Que en aquella época había alegría en los fichajes.

Que el planteamiento lo hizo Efrain y le pareció razonado, documentado y convincente.

Preguntado sobre si la remuneración abarcaba toda la actividad como presidente de la CAM, contestó que era solo como Presidente Ejecutivo de Tinser, empresa que representaba ya un volumen de negocio que hacía razonable esa cantidad. El resto de trabajo ya lo tenía pagado con sus dietas.

El Ministerio Fiscal le expuso alguna contradicción con su declaración judicial sobre el alcance de la actividad a retribuir, pero insistió que se trató solo de cobrar como presidente ejecutivo de Tinser y que no hubiera permitido que se fijara un sueldo ficticio. (10:12).

Remarcó que la Comisión de Retribuciones tenía un peso específico: Felipe era un empresario de larga trayectoria, Fulgencio Catedrático y ExConseller y él tenía gran experiencia y trabajos en medios de difusión económica especializados.

Con relación al carácter retroactivo, indicó que Tinser ya existía, Justino se implicó desde el primer día, y Efrain indicó que había que pagarle, poniendo el ejemplo de un encargado que contrata a una persona y le dice "trabaja y ya te fijaré emolumentos".

Continuó relatando que la comisión se limitaba a informar sin carácter vinculante y a elevar la cuestión al Consejo de Administración. Que en la misiva no se hacía mención a la retribución, y que supuso que la expondría Efrain en la sesión del consejo".

La colaboración de la comisión de retribuciones fue básica y esencial en este caso para el fin previsto por Justino y Efrain, y en el engranaje descrito por el Tribunal tiene especial necesidad la colaboración dolosa de sus miembros, ya que no pueden negar su intervención ni el grado decisivo de colaboración para que la ilegal percepción pudiera recibirse por Justino. Y así concluye el Tribunal que:

"El relato de hechos probados se articula en torno a las siguientes conclusiones fácticas que destaca el Tribunal en su sentencia:

1.- Justino cobró 600.000€ en concepto de dietas de asistencia como Presidente de Tinser Cartera S.L.;

2.- No se conoce aportación laboral, dedicación, trabajo, servicio o actividad real alguna desplegada por el presidente del nuevo Consejo de Administración de TINSER Cartera S.L., por lo que las dietas eran absolutamente injustificadas en relación con el trabajo realmente realizado que fue inexistente, al margen de las funciones representativas, institucionales y protocolarias inherentes a la condición de presidente de una importante entidad financiera con fuerte arraigo en la Comunidad Valenciana y en Murcia;

3.- La alteración del órgano de gobierno de TINSER Cartera S.L. carecía de justificación económico-mercantil real y no supuso modificación material en el modo de gestionar la entidad. De hecho no hubo ninguna reunión física del consejo;

4.- Las dietas eran además excesivas en tanto superaban, hasta multiplicar por cuatro, los parámetros establecidos por la Comisión de Retribuciones para la percepción de dietas en las empresas participadas en las que se integraban los restantes miembros del Consejo de Administración, cuantías que se acababan de actualizar con un fuerte incremento en el año 2008;

5.- El nombramiento de Justino como presidente de Tinser Cartera S.L. opera única y exclusivamente como excusa o pantalla para encubrir formalmente la recepción injustificada de cantidades a cargo de la entidad, ocultando lo que en realidad era una apropiación de caudales de la sociedad, que se extraían del patrimonio social para incorporarlo a las cuentas personales de Justino;

6.- Con ese modo de proceder se burlaba la prohibición estatutaria prevista en el art. 9, concreción de la previsión legal, que imponía el carácter honorífico y gratuito del cargo de Presidente de la CAM, como del resto de órganos de gobierno de la Caja.

7.- En definitiva, se crea un órgano de gobierno ad hoc para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM. O, de otra forma, bajo el manto de esa apariencia formal de legalidad se ideó un plan para abonar al Presidente de la CAM una altísima retribución, ilegal, en cuanto prohibida, e injustificable, en tanto no conllevó contraprestación alguna distinta de la mera representación institucional, gratuita y honorífica por definición legal".

Y por último, lejos del alegato del recurrente de que existía falta de motivación debemos recordar que sobre la responsabilidad de la comisión de retribuciones cita la sentencia que:

"De los escritos de acusación, pública y privada, se infería una responsabilidad escalonada en tres ámbitos de actuación funcionalmente diferenciados:

1.- Presidente y Director General,

2.- Comisión de Retribuciones, y

3.- Resto de los vocales del consejo.

Corresponde analizar con detenimiento el papel de la Comisión de Retribuciones.

Su función esencial, como indicamos al examinar la regulación normativa es la de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo. (art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951)).

Estaba compuesta de tres consejeros, de especial relevancia, según indicó el propio presidente Florian, en consonancia con su reglamento (obrante al f. 980 Tomo e del Rollo Sala) que menciona la "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional".

Sus componentes eran los mismos desde su creación en 2005, habían, pues, supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de retribución en participadas reflejada en el Hecho 3º del relato fáctico, y habían contando con asesoramiento externo, aunque éste parece iba más encaminado a la determinación del paquete retributivo más complejo del equipo directivo.

Que se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara.

Se podrá discutir y valorar el alcance jurídico de su intervención, su naturaleza asesora y no vinculante, su imposibilidad de control posterior, junto con las demás explicaciones justificativas expuestas por las defensas, pero la determinación de los hechos no admite discusión.

Consta literalmente en los hechos probados:

"1.- El Director General propone que por el desempeño de esta función de Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€ anuales.

2.- La Comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación (f. 320 Tomo I).". Igual que el contenido de la enigmática misiva leída al día siguiente en la sesión del consejo de administración.

Responsabilidad de la comisión de retribuciones:

La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible.

1.- En primer lugar, afectaba directamente al Presidente de la entidad, lo que no pudo pasárseles por alto.

La propuesta suponía romper con una tradición instaurada de que nunca antes el Presidente había cobrado dieta alguna en empresa participada del grupo.

Tenía por ello especial trascendencia.

2.- En segundo lugar, el presidente tenía un régimen legal y estatutario diferenciado, se le podría haber fijado una remuneración dotándole de carácter ejecutivo y dedicación exclusiva, a diferencia de los que sucedía con el resto de los componentes de los órganos de gobierno, si bien previo cumplimiento de unos criterios rigurosos, al margen que, como dejó entrever Efrain, parece no tenía el perfil técnico y experiencia bancaria.

No eran aplicables, por tanto, los argumentos que habían llevado a establecer la remuneración del resto de vocales en otras participadas. Era una medida excepcional.

3.- En tercer lugar, contradecía la política de nombramientos de consejeros en empresas participadas expuesta por el Director General, y que respondía a la conveniencia de que los consejeros conocieran y participaran activamente en todas las áreas de negocio.

4.- En cuarto lugar, cuadruplica el importe de la dieta por asistencia de los presidentes de otras empresas participadas, importe que acababa de ser actualizado por Consejo el año anterior previo informe de esta misma comisión.

5.- En quinto lugar, admitía una absoluta indefinición en la actividad a desarrollar y en el sistema de retribución.

6.- En sexto lugar, se contradecía con el acuerdo 1º adoptado en esa misma sesión en relación con la congelación de remuneraciones del equipo directivo. Eran momentos difíciles y convulsos no solo para la entidad, inmersa en un proceso de reestructuración del sector, sino para los directivos, como demuestra el punto primero del acta de la sesión del 26 de noviembre donde habían acordado mantener la congelación de la retribución fija "dada la actual situación del mercado, y las recomendaciones de moderación".

En definitiva, se conformaron con una información concisa solo referida al montante global de la retribución sin que ni siquiera se especificara con claridad su concepto, naturaleza y modo de retribución.

Asumen, sin embargo, que se trataba de una dieta por asistencia al consejo, pero sin poder dar explicación razonable a qué respondía la inusitada diferencia para cobrar cuatro veces más que los presidentes de otras participadas.

Cuando se les preguntó, claramente Felipe asumió que se le pagaba por toda su actividad en la CAM, y luego aclaró que él como miembro de la comisión o del consejo dada una opinión y suponía que asesoría jurídica y los encargados de llevarla a efecto adoptarían las medidas oportunas para asegurar la legalidad.

Florian también indicó eso mismo en periodo instructor, si bien en el juicio precisó que era solo actividad como presidente ejecutivo, pero de TINSER.

Y Fulgencio indicó se le pagaba por realizar una ingente labor.

Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración.

Si no se concreta ni especifica la tarea encomendada ni el concepto de la retribución, ¿cómo se puede afirmar que es proporcionada conforme a criterios de mercado?

Los datos agregados y globales de otras cajas utilizados por Efrain nada permitían aclarar.

Unas veces se nos indica que tenía que trabajar mucho, que no era solo por asistir a los consejos de administración, pero la retribución que se fija en forma de dieta por asistencia.

Tratándose de una dieta por asistencia, es decir, funciones deliberativas, se incumplía los propios criterios internos de la CAM para la retribución en otras empresas participadas.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

Con ser todo ello determinante de que fueron conscientes de los detalles que convertían la propuesta en extraordinaria, indeterminada, excesiva, desproporcionada, injustificada e ilícita, asumieron que se silenciaran esos pormenores de la propuesta al grueso de los vocales del consejo, elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

En definitiva, lo único que hicieron fue asumir como valido sin cortapisa ni control de legalidad ni estudio de proporcionalidad a mercado, la cuantía de 300.000 euros anuales.

Ello se acredita porque la propuesta que ya estaba predeterminada y reflejada en la preacta hablaba de una retribución en forma de dieta anual, pagadera trimestralmente e incluso establecía una llamativa cláusula de actualización conforme a IPC.

Nada de ello se correspondía con lo acordado en la Comisión de Retribuciones.

Precisamente el único apartado que se dejaba en blanco en el escrito de preacta era el importe de la remuneración. Es decir, lo único que determinó la Comisión de Retribuciones, pero suficiente para conocer su ilegalidad.

La propuesta también hablaba del carácter retroactivo de la retribución, otra cuestión que se había silenciado en la reunión de la noche antes.

Fulgencio solicitó aclaraciones y se dio por satisfecho.

Florian también la da por buena y aportó la explicación facilitada por el Director General.

La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas.

Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba".

Y ya para concluir se explicita la autoría de la comisión de retribuciones al apuntar que:

"Autoría de los miembros de la comisión de retribuciones.

Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

Participación de los miembros de la comisión de retribuciones.

La participación del resto de administradores en el delito protagonizado por Presidente y Director General, presentaba un evidente problema de prueba. Era necesario constatar si objetivamente habían participado, por acción o por omisión, en su realización y, una vez constatada su contribución personal comprobar si fueron conscientes de que estaban favoreciendo, colaborando en la comisión de ese delito, bien porque conocieron tanto los hechos como su carácter antijurídico, o conociendo que tales hechos comportaban un riesgo cierto de lesión, en el caso analizado para el

patrimonio social cuya administración tenían encomendado, lo aceptaron sin proceder a su anulación, mediante una acción que lo evitara o neutralizara. Dado que en todos ellos concurre la condición de administradores especialmente encargados de velar porque nadie disponga ilícitamente del patrimonio social, y todos ellos violan personal e individualmente un deber de fidelidad inherentes a su status, siendo conocedores del riesgo evidente de que la acción aprobada, aceptada o favorecida tenía de acabar causando un perjuicio patrimonial, no debe existir problema en considerarles autores, dado que en la modalidad de apropiación por gestión desleal es indiferente que el no exista animus rem sibi habendi y por tanto el beneficio sea para un tercero.

Con independencia de las irregularidades en la plasmación documental de los acuerdos, la responsabilidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones también es clara:

1.- A ellos les incumbía una posición de garantía reforzada por sus conocimientos y facultades específicas como miembros cualificados de esa comisión especializada que durante años había supervisado e informado al consejo de administración sobre la política retributiva general de la Caja, y

2.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

3.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

4.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

5.- La fundamentación de la calificación de autoría en tales supuestos se centra en lo que se ha denominado imputación recíproca entre los partícipes que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho (STS 787/2016 de 20 de octubre (RJ 2016, 4946) y 12/2014 de 24 de enero (RJ 2014, 1606)).

Se parte de que el dolo de cada uno de ellos abarca el resultado, al menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto

que genera, junto con las aportaciones de los demás. Ciertamente tal reciprocidad en la imputación se rompe si las acciones de cada interviniente suponen un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos (SSTS 141/2016 (RJ 2016, 916) y 603/2015 (RJ 2015, 5772)). Es decir, todos ellos se sitúan en posición de garante respecto de los riesgos creados con la conducta de cada uno, siempre que, como aquí ocurre, conozcan la existencia del hecho y puedan evitar la concreción lesiva de aquel.

6.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

Y aunque la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) estableció que la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan.", ello no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en atención a su especial preparación.

Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como una dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta, reflejo de la cual es la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 897) de la Sala 1ª del TS y la polémica doctrinal que suscita la discusión entre las denominadas teorías del doble vinculo y de la compatibilidad".

En consecuencia, que el anterior recurrente haya tenido un mayor grado de participación ya ha tenido un reflejo en la pena a lo que luego nos referiremos, pero ello no determina que no exista, como se pretende, responsabilidad en la acción necesaria del recurrente desde su privilegiado cargo de Presidente de la comisión de retribuciones, ya que tuvo que haber actuado en sentido contrario al operado, ya que avaló, apoyó y legitimó el operativo desplegado por el anterior recurrente y el condenado confeso, y, con ello, permitió la ilegalidad cometida, al mismo tiempo que le dio cobertura eficaz y eficiente. no sólo existe un razonamiento racional sobre la subsunción jurídica de los hechos (motivación jurídica), sino también se da la llamada

motivación fáctica o expresión razonablemente argumentada de la prueba de cargo utilizada como justificación de lo que se afirma como realmente ocurrido en el relato de hechos probados.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEXTO.-

12.- Al amparo del art. 851.3° LECrim (LEG 1882, 16) , por quebrantamiento de forma, por no haberse resuelto en la Sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de defensa. Concretamente, la Sentencia nada dice sobre la prescripción invocada por esta parte.

Se le tiene por desistido del presente Motivo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.-

13.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por no concurrir los elementos típicos del delito de apropiación indebida.

Se alega que "Cierto es que la derogación de los anteriores arts. 252 y 295 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) no ha despenalizado dichas conductas. Ahora bien, la derogación de tales preceptos sí que exige que la acusación deba incardinar correctamente los hechos punibles en los preceptos penales vigentes que han embebido las conductas típicas derogadas. En la medida en que la Sentencia ha condenado por un delito de apropiación indebida, y no por administración desleal, y la acusación ha incardinado el derogado art. 252 CP en el actual 252.1 CP, cuando aquella conducta ha pasado a estar tipificada en el art. 253 CP, y no en el art. 252.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , la calificación jurídica o incardinación de los hechos es manifiestamente errónea, y el Tribunal sentenciador no debió condenar por un delito de apropiación indebida cuando la acusación embebió los hechos punibles en el delito de administración desleal".

Se ha tratado de forma detallada sobre el delito de apropiación indebida y sobre la correcta determinación y tipificación en la sentencia en el FD nº 9 acerca del delito que es objeto de condena. Y el Ministerio Fiscal, consideró los hechos alternativamente como un delito de apropiación indebida, previsto en ese momento en el artículo 252 CP, o bien de administración desleal, previsto en el artículo 295 CP, del Código penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, porque, así como el delito de apropiación indebida tenía señalada la misma pena que la prevista por el Código penal tras las reformas por Leyes Orgánicas 5/2010 (RCL 2010, 1658) y 1/2015 (RCL 2015, 439) , remitiéndose a las penas señaladas para el delito de estafa; sin embargo, para el caso del delito de administración desleal, el artículo 295 CP

preveía penas ostensiblemente inferiores que las previstas ahora por el artículo 252 para tal delito, el cual se remite a las penas previstas en los artículos 249 y 250 para el delito de estafa. Por eso, se calificaron los hechos de acuerdo con el Código penal vigente al momento de la comisión de los hechos.

No existe vulneración alguna. La acusación y la condena lo es por delito de apropiación indebida. Y para nada se ha considerado la administración desleal.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO OCTAVO.-

14.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por no concurrir los elementos típicos del delito de apropiación indebida. Por todos es sabido que uno de los requisitos típicos ineludibles del delito de apropiación indebida es la existencia de perjuicio.

Señala el recurrente que "la sentencia declara en los hechos probados que fue TINSER quien pagó al Sr. Justino 600.000 euros. Por tanto, el quebranto o perjuicio económico lo padeció la sociedad TINSER. Así las cosas, con base en los hechos probados por la sentencia, es evidente que no existe perjuicio en la CAM, entidad de cuyos órganos de administración formaba parte el acusado".

No es cierto el extremo referido. Hay que volver a recordar, porque ya ha quedado suficientemente reflejado en los fundamentos jurídicos precedentes, que la perjudicada en el caso que nos ocupa ha sido la CAM, y así se deduce de los hechos declarados probados. Pues en el punto 5º de los mismos se dice que "la sociedad Tinser Cartera S.L, es una sociedad instrumental creada en 2002, para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM". Por eso mismo la creación del Consejo de Administración de TINSER y la retribución de su presidente, tuvo que acordarse mediante un acuerdo del Consejo de Administración de la CAM, a propuesta de la Comisión de Retribuciones de la misma entidad.

Se ha alegado en el motivo nº 7 del presente recurso que "En el caso que nos ocupa, no ha tenido lugar la declaración en el juicio oral por parte de ningún representante o apoderado de Sabadell, sucesor universal de la CAM y de TINSER, que haya permitido a esta parte la oportunidad de interrogar a dicha entidad a fin de poder combatir o corroborar la eventual existencia de perjuicio. El delito por el que ha sido condenado el acusado, la apropiación indebida, requiere como elemento esencial del tipo penal la existencia de perjuicio".

Y ya se ha explicado en el FD nº 21 la cuestión relativa a la existencia del perjuicio, pero en este caso en cuanto al recurrente recordar que es hecho probado que:

"... Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento.

5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales. En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación." Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada.

...

El 21 de junio de 2011 se elevaron a públicos los acuerdos por los que la CAM segregaba y transmitía a Banco CAM, en bloque y a título de sucesión universal, la totalidad de su patrimonio, con la sola exclusión de los activos y pasivos afectos a su Obra Social, la posición jurídica de la CAM como emisor de las Cuotas Participativas, y las acciones de Banco CAM tituladas por la CAM como accionista único. En virtud de esta transmisión, Banco CAM asumió todas las obligaciones y quedó subrogada en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el patrimonio

segregado, que comprendía la totalidad del capital de Tinser Cartera S.L. Una vez cumplidas las condiciones suspensivas contempladas en la escritura de segregación, ésta se hizo efectiva el 23 de julio de 2011. el 1 de junio de 2012 el Fondo de Garantía de Depósitos vendió a Banco Sabadell SA, por el precio simbólico de 1€, el 100% del capital de Banco Cam. El 3 de diciembre de 2012 Banco CAM fue disuelto y absorbido por Banco Sabadell, que quedó subrogado en todos los derechos de la sociedad absorbida.

También en diciembre de 2012 la CAM se transformó ope legis (en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio (RCL 2010, 1913, 2019) , de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, en la redacción dada por la Ley 3/2009, de 3 de abril (RCL 2009, 719) , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) en Fundación de carácter especial, conservando su personalidad jurídica. Esta Fundación de carácter especial es la actual Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social Caja Mediterráneo.

En cuanto a Tinser Cartera S.L., fue absorbida el 29 de diciembre de 2014 por Bansabadell inversió Desenvolupament S.A., sociedad filial del Banco Sabadell.

12º. La CAM (incursa ya en su proceso de transformación en Fundación especial) denunció estos hechos ante el Juzgado Central de Instrucción el 3 de septiembre de 2014".

Consta en los hechos probados, como hemos referido, que "la sociedad Tinser Cartera S.L, es una sociedad instrumental creada en 2002, para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM".

En razón a ello, la creación del Consejo de Administración de TINSER y la retribución de su presidente, tuvo que acordarse mediante un acuerdo del Consejo de Administración de la CAM, a propuesta de la Comisión de Retribuciones de la misma entidad. No puede pretenderse sostener una desconexión de la CAM con TINSER y de la comisión de retribuciones con las dos, cuando este era el operativo diseñado para poder llegar a su aprobación en el Consejo de administración de la CAM, donde en los hechos probados se recoge en el punto nº 6 que en este Consejo:

"Se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2º el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D.

Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4º el Director General de Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada".

No puede sostenerse la pretendida desconexión. Los nombramientos de Presidente y de los vocales del nuevo Consejo de Administración fueron también meramente formales. También fueron meramente formales, las Juntas de dicho Consejo que nunca se reunió físicamente. Una vez transmitido a Banco CAM en bloque la totalidad del patrimonio de CAM, Banco CAM asumió todas las obligaciones y quedó subrogado en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el patrimonio segregado, que comprendía la totalidad del capital de Tinser Cartera SL.

El perjuicio era para la entidad CAM. Existió perjuicio y perjudicado, pero no era Tinser Cartera S.L., sino la CAM absorbida posteriormente por el Banco de Sabadell. No olvidemos, que la CAM denunció los hechos, que se han personado en el procedimiento como acusación particular la Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social de Caja Mediterráneo y la Plataforma CAM, compuesta por perjudicados.

La sentencia motiva con suma claridad este extremo al recoger en el FD nº 8 que:

"A partir de las conclusiones fácticas avanzadas (la remuneración fijada al Presidente de la CAM era ilícita y contraria al mandato legal y estatutario; nunca fue conocida por la Asamblea General, ni tampoco informada, deliberada y aprobada por el Consejo de Administración pese al contenido alterado del acta de la reunión del 27 de noviembre de 2009;

La artimaña de aprovechar la modificación del órgano de gobierno de una empresa instrumental de la CAM, participada al 100%, como ente pagador es una burda maniobra para pretender dar apariencia de legalidad, pero sin justificación económica) es evidente que no estamos ante una mera actuación abusiva, sino ante una actuación ilícita, que, lógicamente, excede y desborda de forma palmaria los poderes de administración que estaban conferidos, dio lugar a la salida injustificada del dinero con vocación definitiva, provocando un perjuicio patrimonial derivado de la infracción del deber de fidelidad, y que, en el plano subjetivo, estaba abarcada por la conciencia de que no se estaban favoreciendo los intereses de la Caja, sino, más bien, los propios y personales del beneficiado, Justino, pero a la que también contribuyeron de forma personal y determinante el Director General y todos aquellos que ostentando una especial posición de garante sobre el patrimonio administrado, la informaron, aceptaron aprobaron o facilitaron a pesar de su manifiesta ilicitud".

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO NOVENO.-

15.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por no concurrir los elementos típicos del delito de apropiación indebida en la modalidad de comisión por omisión en relación con la participación del extraneus en el delito especial de apropiación indebida.

Se plantea que "a la vista de que la Sentencia condena a Florian por un delito de apropiación indebida tipificado al tiempo de los hechos en el art. 252 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , se plantea la relevantísima cuestión, estrictamente jurídica, sobre si dicho delito podía ser cometido por omisión".

No obstante, no puede sostenerse que la condena lo es por comisión por omisión.

Hay que recordar que se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Sobre la comisión por omisión recuerda la mejor doctrina que acción y omisión son las dos formas de comportamiento humano que pueden servir de base al delito.

Prescindiendo de otros posibles criterios, podemos decir que la diferencia entre ellas radica en el tipo de norma infringida: en el delito de omisión se infringe una norma de carácter imperativo, en el delito de acción se infringe una norma de carácter prohibitivo. La omisión consiste, pues, en no realizar una acción que es ordenada por una norma bajo la amenaza de una pena. Omisión que puede adoptar dos formas: omisión pura o propia y omisión impropia o comisión por omisión.

Los delitos de omisión pura son delitos de mera actividad o, más exactamente, delitos de mera inactividad, lo que significa que el tipo consiste y se agota en la no realización de una conducta exigida por la ley, sin que requiera la producción de un ulterior resultado y sin que se responda por el mismo en el supuesto de que algún resultado llegue a producirse.

Por el contrario, los delitos de omisión impropia son delitos de resultado. El tipo no sólo exige la realización de una determinada conducta, sino que impone a ciertos sujetos un deber que se extiende a la evitación de un resultado. El resultado pertenece al tipo y el deber que se impone al sujeto consiste en impedir su producción mediante la realización de un comportamiento activo. Por ello, si el sujeto omite la

acción exigida por la norma y el resultado previsto en el tipo se produce, el sujeto responderá por éste como si lo hubiera causado activamente. Dentro de esta categoría podemos, a su vez, distinguir dos supuestos:

a) Delitos de omisión impropia que están expresamente tipificados en la parte especial del Código. En ellos se impone a ciertos sujetos un deber específico de actuar para evitar la producción de un resultado, se define la situación típica que da lugar al nacimiento de ese deber de evitación del resultado y se prevé la conducta que debe realizar el sujeto. Estos supuestos expresamente tipificados no plantean especiales problemas. Lo que digamos a continuación no se refiere a ellos.

b) Comisión por omisión de aquellos tipos de la parte especial en los que el legislador no ha previsto expresamente la forma omisiva.

Señala, así, el art. 11 CP que Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

La regulación, como menciona la doctrina penal al respecto, se inserta en la línea de aquellos ordenamientos que regulan la comisión por omisión mediante cláusula de equivalencia, cláusula recogida en el art. 11 del citado texto legal. La función que desempeña el precepto es declarar con carácter general que la omisión es equiparable a la acción, cuando se den las condiciones que en él se establecen, -posición de garantía del omitente e identidad estructural entre la omisión y la acción. Debe existir la obligación de actuar y el omitente cause con su posición un riesgo objetivo.

Del resultado de la valoración probatoria ya explicado en el FD nº 1 de la presente resolución ya destacado, también, con motivo del FD nº 15 con ocasión del presente recurso se concluye que la conducta de la comisión de retribuciones no fue de comisión por omisión, ya que la sentencia subraya en varias ocasiones que la actuación de los componentes de la mentada Comisión, no fue exclusivamente omisiva, ya que era y había sido la de:

1.- Informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo.

2.- Consta que en este caso concreto se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

3.- La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara, pero no se lleva a cabo con una comisión por omisión, sino con una conducta activa y expresa.

4.- La Comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación.

5.- La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible. Pero que haga dejación no es una comisión por omisión, sino que materialmente actuó, y ello implicó una colaboración participativa directa en el diseño necesario que se había orquestado para el cobro de la percepción.

6.- Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración. Pero esto se "había informado" a favor. No era una comisión por omisión.

7.- Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

8.- Elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

9.- La ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba.

10.- Los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe

que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

11.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

12.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

13.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

14.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO.-

16.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por no aplicar la Sentencia recurrida la doctrina del error invencible y del error de prohibición.

Se alega que los hechos "no podían conllevar una Sentencia condenatoria, en la medida en que concurría un error de prohibición invencible por parte de Florian, en la medida en que el Letrado asesor de la CAM, Jose Francisco, en ningún momento alegó que la retribución del Sr. Justino fuera ilícita, todo lo contrario, defendió que

legalidad".

Sobre el error de prohibición y sus condiciones se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo entre otras, en la Sentencia 640/2018 de 12 Dic. 2018 (RJ 2018, 5741) , Rec. 403/2018 y 302/2018 de 20 Jun. 2018 (RJ 2018, 3047) , Rec. 1215/2017, donde se recoge que:

"Ante la alegación de la teoría del error de tipo o de prohibición hay que señalar que cuando se plantea este tema nos movernos en un terreno interno del autor estas alegaciones deben reconducirse a unos estándares de conducta en los que hay que tener en cuenta las circunstancias del sujeto, el hecho que ha cometido, y el tiempo de su comisión, para poder valorar "desde fuera" si podría ser cierta esa pretendida "ignorancia" de que su actuar era ilícito.

Pero sin olvidar que resulta relevante el caso concreto donde se dé ese error que se alega, y en este caso se hace por una persona que está en un cargo público y no puede alegar el error en el desarrollo de una función pública, declarándose probado que su actuación se despliega a sabiendas y con conciencia de lo que llevaba a cabo.

Además, de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien "no lo conociera". Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva".

Ambos tipos de error tienen un origen distinto, se manifiestan sobre elementos distintos, bien la tipicidad (error de tipo) o sobre la culpabilidad (error de prohibición), y en ellos la consecuencia de apreciarlo como vencible o invencible son distintas, en tanto se aprecia la conversión en conducta imprudente (error de tipo vencible), o bien una mera rebaja de la pena (error de prohibición vencible).

Con absoluta claridad se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta materia en la sentencia 782/2016 de 19 Oct. 2016 (RJ 2016, 4935) , Rec. 10413/2016 en donde se exponen con rigor las razones por las que el error forma parte de las opciones posibles que pueden concurrir en una persona que no es consciente que su actuar es constitutivo de delito. Y no se trata de exacerbar al máximo las posibilidades fáciles y sencillas de eludir la culpa, sino de no olvidar que es realmente posible que pueda concurrir una ignorancia absoluta de lo ilícito de una conducta, para lo que, obviamente, habrá que analizar cada caso concreto, la persona que se encuentra afectada, sus circunstancias personales, y el tipo de delito que ha cometido para poder apreciar si puede estimarse la concurrencia de un error que incide en su culpabilidad, y, por ende, en el conocimiento de la antijuridicidad de

su conducta.

Por ello, se recoge en esta sentencia que "reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal -más allá del debate histórico sobre el principio de la ignorantia iuris non excusat- no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente".

El planteamiento del error está, pues, configurado en la propia culpabilidad del sujeto, ya que su ignorancia y/o la invencibilidad del error pueden convencer al Tribunal de que lo que alega respecto a la creencia de su correcto proceder era cierto. En cualquier caso, ello no puede ser predicado respecto de cualquier hecho, sino solo de aquellos supuestos en cuyo caso pueda llegar a dudarse de la veracidad de la posibilidad de aplicación del error en el sujeto autor del acto, ejemplo de lo cual lo encontramos, como más tarde veremos, en quien ignora la existencia del tipo penal del art. 183 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) acerca de mantener relaciones sexuales con menor de 16 años, supuesto en el que habrá que valorar su edad, la relación con el menor, su rasgo cultural, etc, a fin de valorar la existencia y viabilidad de admitir esa conciencia de un correcto proceder que incide en su culpabilidad por afectar a la ignorancia de la antijuridicidad del acto.

Lo relevante en estos casos es efectuar una tarea de medición acerca de la evitabilidad del conocimiento de la infracción, y en la medida de su graduación poder llegar a apreciar que no es inevitable que el sujeto conociera la antijuridicidad del acto infractor, y que por ello no influyeran las circunstancias de la acción en la culpabilidad del sujeto.

Por ello, en la citada sentencia se recoge que "Para definir el alcance del error y su incidencia -atenuatoria o exoneratoria- en la culpabilidad del acusado, hemos de dilucidar si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable".

Y como nos movemos en el terreno de la "culpabilidad" por "desconocimiento de lo antijurídico" se añaden dos parámetros:

1.- El error de prohibición excluye tal culpabilidad, cuando es invencible .

2.- El acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico.

Pero, como es obvio, en el análisis de esta circunstancia del error de un ilícito proceder debe actuarse en el plano de si es evitable el desconocimiento, si nos moviéramos en un sentido inverso, porque no se trata de "no saber", o "no conocer" sino de "si es posible evitar que un hecho ilícito se desconozca". Y en este caso, y por ello, la forma de actuar del Tribunal pasa, como cita la jurisprudencia, "por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto".

Respecto al error de prohibición desglosa la reciente sentencia del Tribunal Supremo 586/2017 de 20 Jul. 2017 (RJ 2017, 3367) , Rec. 2395/2016 los tipos del error de prohibición en:

1.- Error directo de prohibición (ausencia de castigo).

2.- Error indirecto de prohibición o error de permisión (concurrencia de causa de justificación).

Así recoge que si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que:

1.- No debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible.

2.- Puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal).

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre (RJ 1997, 7860) ; 865/2005, de 24 de junio (RJ 2005, 6896) ; 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782) ; 753/2007, de 2 de octubre (RJ 2007, 7422) ; y 353/2013, de 19 de abril (RJ 2013, 3972)).

A la hora de valorar si concurre error de tipo o de prohibición no puede recurrirse a un estándar generalizado u objetivado en cuanto a los requisitos del autor para entender que se aplique el error en una de sus dos modalidades, sino que habrá que ir a cada caso y en este ir desgranando qué ha ocurrido, cómo, y qué circunstancias

personales tiene el autor en correlación con el hecho y la forma en la que este se ha ejecutado.

Apunta, así, el Tribunal Supremo en la STS 708/2016, de 19 de septiembre (RJ 2016, 4230) que es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido.

Y en este caso concreto las circunstancias del autor y su dedicación excluyen por completo la existencia del alegado error en ninguna de sus modalidades, porque lo que hizo, y se declara probado lo realizó a conciencia y con conocimiento de lo que estaba llevando a cabo.

En las circunstancias del autor influyen, además, o es preciso apreciar:

1.- Las condiciones psicológicas y de cultura del agente.

2.- Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento.

3.- Posibilidades de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra.

4.- Valorar la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, 30 de mayo (RJ 2007, 5627)).

En el proceso valorativo del tribunal, visto los anteriores elementos y actuando sobre el caso concreto hay que tomar en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo. Pero no hay que olvidar que ello debe ser visto en el contexto de que hay que partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirme cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS 1238/2009, 11 de diciembre (RJ 2010, 2045) y 338/2015, 2 de junio (RJ 2016, 6668)).

Resulta fundamental este punto en relación a quien tiene la carga de probar ese error, que puede deducirse del caso concreto, pero que debe ser alegado y expuestas las circunstancias que permiten su fijación por el Tribunal. Recuerda, así, el Tribunal Supremo en Sentencia 411/2006 de 18 Abr. 2006 (RJ 2006, 3312) , Rec. 421/2005 que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20.2.98 (RJ 1998, 1742) , 22.3.2001 (RJ 2001, 1357) , 27.2.2003 (RJ 2003, 2520)).

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 123/2001 de 5 Feb. 2001 (RJ

2001, 1231) , Rec. 1519/1999-P/1999 el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse.

Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Pero en todo caso las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales.

En los casos en los que sea evidente la ilicitud del acto, como en este supuesto, no podrá apreciarse el error".

Con ello, nos encontramos con varias premisas de relevancia, ya que:

1.- El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Y en este caso, el cargo que representaba el recurrente al frente de la comisión de retribuciones de una entidad como la citada no puede alegar que tuviera desconocimiento de lo que estaba ocurriendo, cuando afectando a la culpabilidad hay que recordar que la sentencia, al explicar la labor de la comisión de retribuciones destaca que:

"Su función esencial, como indicamos al examinar la regulación normativa es la de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo (art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951)).

Estaba compuesta de tres consejeros, de especial relevancia, según indicó el propio presidente Florian, en consonancia con su reglamento (obrante al f. 980 Tomo e del Rollo Sala) que menciona la "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional".

Sus componentes eran los mismos desde su creación en 2005, habían, pues, supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de retribución en participadas reflejada en el Hecho 3º del relato fáctico, y habían contando con asesoramiento externo, aunque éste parece iba más encaminado a la determinación del paquete retributivo más complejo del equipo directivo.

Que se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara".

En modo alguno, pues, puede justificarse el pretendido error basado en la actuación del letrado cuando era evidente el proceder ilícito que se estaba cometiendo, y, pese a ello, siguieron actuando en ejecución de la actuación iniciada en connivencia entre el primer recurrente y el Presidente de la CAM, de ahí que a la hora de individualizar la pena se imponga pena menor a estos tres miembros que al primer recurrente.

2.- Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica.

Así, la estricta función que desplegaban hace ineficaz el argumento al no poderse desconocer "voluntariamente" que esta conducta era ilícita, y pese a ello actuar y dar el VºBº por su informe, a sabiendas de su ilicitud. No hay error alguno de prohibición por su especialidad y funciones que venían llevando a cabo en la misma dirección. La ignorancia no puede predicarse de quienes llevaban a cabo esa concreta función.

3.- No es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (SSTS nº 237/2007, de 21 de marzo (RJ 2007, 2244) , 1171/1997, de 29 de setiembre (RJ 1997, 6830) , y STS nº 302/2003 (RJ 2003, 2520)). Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

La ilicitud era palpable y evidente, como con acierto se ha encargado de explicar la sentencia según hemos reiterado anteriormente.

4.- No se refleja en ningún apartado las dudas sobre la conciencia de sus actos, y no puede predicarse el error en los que llevaban a cabo una tarea concreta y específica que ahora no pueden alegar desconocer, o que se les pueda llegar fácilmente al error en una materia o tema propio de la función que desplegaban y llevaban a cabo con habitualidad y reiteración. El error en estos casos es rechazable por inadecuado.

5.- Se recoge, así, en la sentencia que la Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida

en sus detalles, era inasumible. Como se ha explicado en el FD nº 1 en la valoración probatoria, y con respecto al informe del Sr. Jose Francisco, la sentencia recurrida explica perfectamente los motivos por los cuales no se puede apreciar aquí ningún tipo de error en el acusado.

6.- Frente al informe del letrado al que se refiere el recurrente la sentencia recuerda que:

"Sin entrar a debatir si otros criterios hermenéuticos (teleológicos, sistemáticos o sociológicos) posibilitaban una conclusión en sentido contrario, lo cierto es que la razón esencial coincide con nuestro razonamiento: solo la existencia de un trabajo, esfuerzo, dedicación y responsabilidad diferenciada pueden justificar esa percepción. Una cosa es que alguno de los vocales del consejo pase, en representación de la CAM, a formar parte del órgano de gobierno de alguna otra sociedad -se mencionaron por ejemplo importantes empresas del sector eléctrico, energético o turístico-, en cuyo consejo de administración se perciban remuneraciones en atención a la dedicación, esfuerzo y responsabilidad consustanciales al cargo de administrador social, ciertamente incrementados desde las reformas del año 2003, y otra muy distinta, que en una sociedad meramente instrumental, 100% capital de la matriz, sin autonomía decisoria, empleados, ni actividad real, se cree un consejo de administración virtual, carente de todo contenido material, para burlar la disposición legal y estatutaria dando aparente cobertura de legalidad a la percepción de una remuneración, ya veremos si aprobada por el Consejo de Administración, pero en todo caso desconocida por la Junta General (Asamblea General). Estamos ante una pantalla de aparente legalidad que pretende encubrir una realidad económica subyacente, como es el cobro ilícito de una cuantiosa remuneración por no prestar servicio, trabajo, ni dedicación alguna. Que el administrador de una sociedad pueda burlar la prohibición de que el cargo sea remunerado, mediante el simple procedimiento de crear un nueva sociedad instrumental parece algo a todas luces inasumible".

No puede pretenderse el error de prohibición ni vencible ni invencible en los miembros de la comisión de retribuciones que llevaban a cabo esta actividad y función concreta que en este caso desoyeron voluntariamente en la ejecución y colaboración con el plan diseñado y llevado a cabo.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO PRIMERO.-

17.- Al amparo del art. 849.10 LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por no apreciar la Sentencia la prescripción del delito por el que ha venido condenado mi

mandante.

Señala el recurrente que se menciona las penas que establecía el artículo 252 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) entonces vigente y los plazos de prescripción señalados en el artículo 131 CP, afirmando que entre la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento y la incoación de las diligencias previas había transcurrido sobradamente el plazo de tres años de prescripción contemplado en el artículo 131. Afirma que en la medida en que los delitos por los que vino acusado el recurrente tenían asignada una pena no superior a los tres años de prisión, el plazo de prescripción era de tres años, conforme al entonces vigente artículo 131 CP.

Señala el recurrente que "los vigentes arts. 252 y 253 CP, al regular la apropiación, indebida, se remiten al art. 249 CP, que contempla una pena de seis meses a tres años de prisión. Así las cosas, aplicando a tales delitos el art. 131 CP vigente al tiempo de los hechos, en la medida en que la pena no excede de tres años, la prescripción sería igualmente de tres años, por lo que la pena estaría igualmente prescrita".

Este motivo ya ha sido tratado en el FD nº 17 de la presente resolución y al mismo nos remitimos. El Ministerio Fiscal siempre ha considerado que nos hallamos ante un delito de apropiación indebida agravada del artículo 252 en relación con el artículo 250.1 CP, (fol. 22 del tomo X) habiendo sufrido un error de transcripción, al mencionar el apartado 5º en lugar del 6º, justificable por los motivos ya expuestos en el motivo segundo de este recurso y FD nº 16 de la presente resolución.

Con ello, nos remitimos al planteamiento fijado en el FD nº 17, ya que el recurrente fue condenado en la sentencia por un delito de apropiación indebida agravada del artículo 252, en relación con el artículo 250.1.6º (especial gravedad por superar los 50.000 euros) , del CP vigente en el momento de cometerse los hechos. El delito así tipificado llevaba aparejada una pena de uno a seis años de prisión, por lo que de acuerdo con el contenido del artículo 131 CP, entonces vigente, el plazo de prescripción sería de diez años (no de tres como afirma el recurrente).

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.-

18.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por la aplicación indebida y errónea de la doctrina del levantamiento del velo.

Se afirma que "la aplicación de tal doctrina de oficio resulta contraria a derecho, en la medida en que únicamente cabe su aplicación por parte del Tribunal cuando se ha invocado su aplicación por las partes litigantes. En segundo lugar, atendiendo a los

hechos que se consideran acreditados en la sentencia recurrida, no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aplicar la doctrina del levantamiento del velo".

Este punto ha sido ya tratado en el FD nº 22 al que nos remitimos. No se ha aplicado la teoría del levantamiento del velo, como ya se ha explicado. Además, cierto es que no se menciona en esta vía del art. 849.1 LECRIM la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo concreto, sino la aplicación indebida de la opinión doctrinal (la teoría del levantamiento del velo).

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO TERCERO.-

19.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por contravención de los requisitos exigidos para apreciar la figura del administrador de hecho y su responsabilidad penal.

Se tiene por desistido del presente Motivo.

TRIGÉSIMO CUARTO.-

20.- Al amparo del art. 849.1° LECrim (LEG 1882, 16) , por infracción de ley, por infracción del principio de intervención mínima del derecho penal.

Sostiene el recurrente que se ha acudido al derecho penal sin que se haya ejercitado acción de impugnación de los acuerdos adoptados por el Consejo de la CAM de fecha 27 de noviembre de 2009. No se ha ejercitado acción de impugnación de los acuerdos adoptados por el Consejo de TINSER de 9 de diciembre de 2009. No se ha ejercitado ninguna acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo de ninguna de las dos entidades. La jurisdicción civil en ningún momento se ha pronunciado sobre si la remuneración otorgada al Sr. Justino era o no excesiva, y que el principio de intervención mínima del derecho penal debería haber remitido el conocimiento de los hechos que nos ocupan a los Juzgados de lo Mercantil, siendo excesivo determinar cuestiones patrimoniales en sede penal, cuando el ordenamiento jurídico privado brinda soluciones suficientes.

Pues bien, debe insistirse en que no se ha acudido a la teoría del levantamiento del velo en este caso. Ya se ha explicado que la condena a los miembros de la comisión de retribuciones lo es por una participación directa en los hechos, a sabiendas de su ilicitud, lo que se ha constatado en la conciencia y voluntad acerca del desarrollo de su acción, que no comisión por omisión. Y es ante conductas claramente objeto de reproche penal cuando se puede acudir a la vía penal, como así se infiere de los

hechos que en un encuadre como el aquí producido determinan una connivencia en el desarrollo de una ideación criminal con un fin apropiativo.

Es por ello, por lo que, pese a la oposición del recurrente, la concurrencia de los elementos del tipo penal de la apropiación indebida determinan la viabilidad de la acción penal, sin que ante la concurrencia de un hecho ilícito penal el responsable penal puede oponer que se seleccione la vía impugnativa civil de los actos desplegados para llevar a cabo los actos de apropiación.

Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal que se alega señala la mejor doctrina que el principio de intervención minina en el derecho penal, o "principio de ultima ratio", tiene un doble significado: en primer lugar, implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves; y en segundo lugar, implica que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección.

Así, ante un delito el responsable penal no está ante una facultad de elección o transmisión de elección al perjudicado de que elija una vía menos gravosa para él en la vía civil o mercantil, sino que si concurren los elementos del tipo penal, como aquí se ha desarrollado en el FD nº 9 es acertada, viable y posible la vía penal.

Señala a este respecto la mejor doctrina que el principio de intervención minina en el derecho penal significa que el derecho penal, una vez admitida su necesariedad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Este principio tiene como principales manifestaciones, bien la descriminalización de conductas tipificadas cuya significación social haya cambiado con el paso del tiempo, bien la sustitución de las penas tradicionales por otras penas menos perjudiciales para el condenado o más acordes con las finalidades que la Constitución atribuye a aquéllas. También, la intervención mínima en el derecho penal responde al convencimiento del legislador de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección. Por tanto el recurso al derecho penal ha de ser la "última ratio" o lo que es lo mismo el último recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos. Considera el legislador que cuando el derecho penal intervenga ha de ser para la protección de aquellos "intereses mayoritarios y necesarios para el funcionamiento del Estado derecho.

Sin embargo, es preciso en este motivo acudir a la referencia que se ha expuesto en el FD nº 14 con detalle en cuanto a la necesidad de la medición e individualización

judicial de la pena , y, por ello, la imposición de la pena en este caso, ya que atendido a la relevancia de la participación se ha fijado para el anterior recurrente la de dos años de prisión y multa de siete meses a razón de 150 euros día.

En el caso del recurrente el Tribunal fijó en el FD nº 11 que:

"Hemos de valorar, de manera primordial, la importancia cuantitativa de la defraudación que equivale a 12 veces el importe legal de la agravación. Y, además, conllevaba una proyección futura de reiteración asimilable a la continuidad delictiva, lo que justificaría la exasperación de la pena hasta la línea divisoria de las dos mitades, en el límite medio de la pena en abstracto, es decir, tres años y seis meses de prisión. Ahora bien, existen otras circunstancias que deben ser valoradas y permiten moderar la respuesta punitiva. La cantidad defraudada deber ser contextualizada en el sentido de que supuso un quebranto relativamente insignificante en el conjunto de las operaciones irregulares que contribuyeron, junto con otros graves riesgos de gestión, a la intervención, transformación y posterior desaparición por absorción de la CAM. Ninguno de estos partícipes se benefició económicamente de las cantidades distraídas. El tiempo transcurrido desde la fecha de comisión de los hechos (noviembre 2009) y el invertido en la propia tramitación (algo más de 4 años), aun cuando no justifiquen apreciar la circunstancia atenuante, aconseja también moderar dicha respuesta por la prolongación de la estigmatización social. Por último, deberán diferenciarse las contribuciones personales de los distintos partícipes, en la que destaca la posición predominante del Director General, al que se impondrá pena superior.

Procede por ello imponer, a Efrain la pena de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y ocho meses de multa con fijación de una cuota de 200€ diarios, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividad bancaria durante el tiempo de la condena.

A los miembros de la Comisión de Retribuciones, Florian, Fulgencio, Felipe y el Secretario del Consejo, Fidel la pena de un año y seis meses de prisión con idénticas accesorias y siete meses de multa con una cuota diaria de 100€".

Sin embargo, se plantea el mismo tema que el ya analizado con el anterior recurrente de la debida motivación de la pena que se trató en el FD nº 14 en cuanto al primer recurrente.

No hay que olvidar, sin embargo, como ya dijimos en el FD nº 14, que hay que destacar que en este caso la conducta no le derivó ningún beneficio económico. De suyo, los recurrentes no han sido condenados por el concepto de la responsabilidad

civil, por lo que se trata de un criterio a tener en cuenta para modular la pena.

Nótese que para imponer la pena a los miembros de la comisión de retribución se fija que "deberán diferenciarse las contribuciones personales de los distintos partícipes, en la que destaca la posición predominante del Director General, al que se impondrá pena superior". Y no se añade nada más, para, a continuación, fijarles la pena sin más.

En estos términos, no se ha descrito una motivación suficiente de la imposición de la pena a los miembros de la comisión de retribuciones, o esta es insuficiente.

Los tres recurrentes miembros de la comisión de retribuciones han sostenido en sus recursos respectivos la no relevancia de su actuación, que no hubo dolo, que, en todo caso, sería una actitud omisiva, que no intervienen en la ideación criminal, y que se limitan a realizar su función, pero no colaboran en el propósito delictivo. Pero ello, ya ha sido analizado en cada caso, y además de fijar que su conducta sí que es delictiva por concurrir la acción precisa, necesaria y suficiente para colaborar en el propósito de burlar cualquier límite legal para dar cobertura a una percepción económica ilegal al Presidente de la CAM colaboran en este ardid a sabiendas de que no era posible. Y no pueden negar que sabían lo que estaban haciendo, porque su específica función al frente de la comisión determinaba que sabían lo que hacían y por qué y para qué lo hacían, como así ha declarado probado el Tribunal de la prueba practicada.

No obstante, en el merecimiento del reproche penal, que es lo que aquí se discute en el "merecimiento" de pena, debemos reflejar que esa individualización judicial no se ha producido, sino que se ha acudido a una referencia global para exponer un mayor grado de intervención en el Director general, lo que no es un grado de motivación suficiente para que el condenado conozca las razones personales del quantum de la pena que se le impone. Y es este un derecho acorde con el atribuido de la tutela judicial efectiva del que no se puede prescindir por el Tribunal, porque cada condenado debe conocer las razones de su pena concreta, no con una referencia global a los condenados, sino individual, o, al menos, a los que están en las mismas circunstancias, como aquí ocurre.

Y en consonancia con la fijación de la pena ya impuesta al primer recurrente procede modularla en este caso en la de un año de prisión, seis meses de multa con cuantía de 75 euros diarios y accesorias ya fijadas en sentencia, a fin de acompasarla a la determinación de la impuesta a Efrain, dado el perfil de la intervención puntual de los miembros de la comisión de retribuciones, que aunque fuera eficaz su participación en el resultado final debe procederse a guardar en razón al menor papel

decisivo en el iter delictivo de los mismos en comparación con el de Justino y Efrain, y que, asimismo, tampoco percibieron ningún beneficio económico ni fueron condenados a ello en cuanto a la responsabilidad civil.

La fijación de la pena en el mínimo opera en razón al déficit de una ponderación más detallada de los elementos confluyentes en la individualización judicial de la pena, con un derecho y merecimiento del recurrente y miembros de la comisión de retribución a la pena que se les impone, huyendo de generalidades y precisando de una mayor individualización en cada caso, en razón a las conductas desplegadas por cada recurrente. Es por ello, por lo que, como se explicó en el FD nº 14º de la presente resolución, se estima más adecuada esta pena, haciendo uso de la facultad ya explicada conferida a esta Sala.

Se aplica en este caso la extensión de la fundamentación jurídica expuesta en el FD nº 14 en cuanto a la proporcionalidad de la pena en atención a la impuesta al responsable principal que se beneficia del importe apropiado y se obliga a devolver.

El motivo se estima parcialmente.

RECURSO DE Felipe

TRIGÉSIMO QUINTO.-

1.- Al amparo del artículo 849.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , se considera que el Tribunal de instancia ha errado al no considerar y/o valorar incorrectamente los algunos documentos.

Se hace mención a determinados documentos que el recurrente postula que deben alterar el contenido de la sentencia.

Ya hemos hecho expresa mención en los FD nº 5 y 6 al cauce del art. 849.2 LECRIM y a los límites de su eficacia. Y no podemos olvidar que en base a esta exposición ya hecha anteriormente este motivo de casación del art. 849.2 LECRIM, no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el recurrente con el presente motivo, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Y, así, la mayor parte de los documentos que el recurrente designa para acreditar el error, han sido tenidos en cuenta por la Sala de instancia y han sido debidamente valorados por la misma a la hora de dictar la sentencia recurrida, aunque lo ha hecho de un modo diferente a como pretende hacer el recurrente.

Así, conforme ya se expuso en el FD nº 1 de la presente resolución el Tribunal ha tenido en cuenta respecto a la documental:

"1.-Prueba documental.

El núcleo de la prueba documental viene conformado por los siguientes documentos entre los que podemos destacar

Seis documentos básicos:

1. El orden del día de la convocatoria del Consejo de Administración para el 27 de noviembre 2009. (f. 468-474 del Tomo II). Nada reflejaba sobre el denominado Proyecto Tinser.

2. Acta de la Comisión de Retribuciones celebrada en la tarde del 26 de noviembre de 2009, (folio 320 Tomo I), así como la carta comunicada y leída en la reunión del Consejo de Administración del día siguiente, recogida literalmente en el acta del consejo de administración de fecha 27 de noviembre de 2009.

3. El documento de trabajo denominado preacta, con anotaciones manuscritas del propio Secretario del Consejo de Administración D. Fidel. (f. 328 del Tomo I).

4. El correo electrónico y borrador del acta que remitió el 2 de diciembre de 2009 el Secretario de actas y Letrado Asesor al Presidente de la CAM y al Secretario titular "para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad". (f. 774 Tomo II, doc 19 aportado en su declaración como imputado).

5. El acta del Consejo de Administración de la CAM de fecha 27 de noviembre de 2009, que consta aprobada y validada el día 9 de diciembre siguiente. Aparece a los folios 475- 508 del Tomo II. En el último párrafo del folio 478 vto. está el acuerdo discutido.

6. Acta de la Junta General extraordinaria y universal de la sociedad Tinser Cartera S.L. de nueve de diciembre de 2009 y del Consejo de Administración de Tinser posterior (f. 41-42; 45-48 Tomo I).

Especial mención a los siguientes documentos que acreditan gran parte de los hechos declarados probados:

1.- Como documentos "históricos" se ha hecho especial referencia a las actas de Consejo de Administración de 17 de marzo y 15 de julio 2005, así como las respectivas actas de la Comisión de Retribuciones de 14 de marzo y 15 de julio (Docs. 4 a 7. Rollo prueba defensa Efrain f. 14 y ss) (Hecho 3º).

2.- Certificados de retenciones a efectos de IRPF correspondientes a los ejercicios 2009-2011 practicados por Tinser Cartera S.L. respecto de Justino. (F. 1244 y 1245; y 1260-69 Tomo IV). (Hecho 10º).

3.- El correo electrónico aportado por D. Fidel de la mañana del día 10 de diciembre de 2009 (f. 337 Tomo I).

4.- Carta remitida por la dirección Servicios Jurídicos a la Dirección General el 6 de octubre de 2015 sobre dietas en órganos de gobierno y dietas en Consejos de Administración de sociedades participadas. (Doc. 8 Rollo prueba RLA. f. 125).

Documentos de contenido no controvertido que permiten tener por acreditados los apartados neutros o no discutidos del relato de hechos probados

1.- Certificación literal de la inscripción registral de la sociedad Tinser Cartera S.L. (f. 1180-1234; Tomo IV). En sus Estatutos se dispone que "El cargo de administrador será retribuido en concepto de dieta de asistencia a las sesiones del órgano de Administración, e igualmente tendrá derecho al reembolso de los gastos que le ocasione el ejercicio de tales cargos, sin perjuicio de las contraprestaciones que le correspondan por servicios de otra índole, de carácter profesional, laboral, etc... El importe de la cantidad a percibir en concepto de dieta de asistencia será establecido por la Junta General".

2.- Los Estatutos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo que aparecen unidos al folio 757 del Tomo III. (Hecho 2º).

3.- La reseña del acta supuestamente leída en el Consejo de diciembre, remitida por el Bando Sabadell (f. 992 del Rollo de Sala, prueba interesada por la defensa de Leovigildo).

4.- Acta del Comité de Dirección del día 24 de noviembre de 2009. (f.323 Tomo I)

5.- Denuncia interpuesta por la CAM el 3 de septiembre de 2014 (f..245-248 Tomo I) (Hecho 12º)

6.- Informe de la Inspección del Banco de España (f.112-244 Tomo I).

7.- Escritura de segregación de Banco CAM, Protocolo n.º 993 del notario de Madrid D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez, de fecha 21 de junio de 2011 y Escritura de

compraventa de acciones de la sociedad mercantil Banco Cam S.A. (Sociedad Unipersonal), otorgada por Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito a favor de Banco Sabadell S.A., con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Protocolo n.º 1576 del notario de Madrid de D. Ignacio Ramos Covarrubias (f. 1510-2079, Tomo V). (Hecho 11º)".

Y de esta documental y el resto de la prueba el Tribunal motiva que:

"Corresponde analizar con detenimiento el papel de la Comisión de Retribuciones.

Su función esencial, como indicamos al examinar la regulación normativa es la de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo. (art. 20 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985)).

Estaba compuesta de tres consejeros, de especial relevancia, según indicó el propio presidente Florian, en consonancia con su reglamento (obrante al f.980 Tomo e del Rollo Sala) que menciona la "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional".

Sus componentes eran los mismos desde su creación en 2005, habían, pues, supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de retribución en participadas reflejada en el Hecho 3º del relato fáctico, y habían contando con asesoramiento externo, aunque éste parece iba más encaminado a la determinación del paquete retributivo más complejo del equipo directivo.

Que se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara.

Se podrá discutir y valorar el alcance jurídico de su intervención, su naturaleza asesora y no vinculante, su imposibilidad de control posterior, junto con las demás explicaciones justificativas expuestas por las defensas, pero la determinación de los hechos no admite discusión.

Consta literalmente en los hechos probados:

"1.- El Director General propone que por el desempeño de esta función de Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€ anuales.

2.- La Comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación (f. 320 Tomo I).". Igual que el contenido de la enigmática misiva leída al día siguiente en la sesión del consejo de administración.

Responsabilidad de la comisión de retribuciones:

La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible.

1.- En primer lugar, afectaba directamente al Presidente de la entidad, lo que no pudo pasárseles por alto.

La propuesta suponía romper con una tradición instaurada de que nunca antes el Presidente había cobrado dieta alguna en empresa participada del grupo.

Tenía por ello especial trascendencia.

2.- En segundo lugar, el presidente tenía un régimen legal y estatutario diferenciado, se le podría haber fijado una remuneración dotándole de carácter ejecutivo y dedicación exclusiva, a diferencia de los que sucedía con el resto de los componentes de los órganos de gobierno, si bien previo cumplimiento de unos criterios rigurosos, al margen que, como dejó entrever Efrain, parece no tenía el perfil técnico y experiencia bancaria.

No eran aplicables, por tanto, los argumentos que habían llevado a establecer la remuneración del resto de vocales en otras participadas. Era una medida excepcional.

3.- En tercer lugar, contradecía la política de nombramientos de consejeros en empresas participadas expuesta por el Director General, y que respondía a la conveniencia de que los consejeros conocieran y participaran activamente en todas las áreas de negocio.

4.- En cuarto lugar, cuadruplica el importe de la dieta por asistencia de los presidentes de otras empresas participadas, importe que acababa de ser actualizado por Consejo el año anterior previo informe de esta misma comisión.

5.- En quinto lugar, admitía una absoluta indefinición en la actividad a desarrollar y en el sistema de retribución.

6.- En sexto lugar, se contradecía con el acuerdo 1º adoptado en esa misma sesión en relación con la congelación de remuneraciones del equipo directivo. Eran momento difíciles y convulsos no solo para la entidad, inmersa en un proceso de

reestructuración del sector, sino para los directivos, como demuestra el punto primero del acta de la sesión del 26 de noviembre donde habían acordado mantener la congelación de la retribución fija "dada la actual situación del mercado, y las recomendaciones de moderación".

En definitiva, se conformaron con una información concisa solo referida al montante global de la retribución sin que ni siquiera se especificara con claridad su concepto, naturaleza y modo de retribución.

Asumen, sin embargo, que se trataba de una dieta por asistencia al consejo, pero sin poder dar explicación razonable a qué respondía la inusitada diferencia para cobrar cuatro veces más que los presidentes de otras participadas.

Cuando se les preguntó, claramente Felipe asumió que se le pagaba por toda su actividad en la CAM, y luego aclaró que él como miembro de la comisión o del consejo dada una opinión y suponía que asesoría jurídica y los encargados de llevarla a efecto adoptarían las medidas oportunas para asegurar la legalidad.

Florian también indicó eso mismo en periodo instructor, si bien en el juicio precisó que era solo actividad como presidente ejecutivo, pero de TINSER.

Y Fulgencio indicó se le pagaba por realizar una ingente labor.

Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración.

Si no se concreta ni especifica la tarea encomendada ni el concepto de la retribución, ¿cómo se puede afirmar que es proporcionada conforme a criterios de mercado?

Los datos agregados y globales de otras cajas utilizados por Efrain nada permitían aclarar.

Unas veces se nos indica que tenía que trabajar mucho, que no era solo por asistir a los consejos de administración, pero la retribución que se fija en forma de dieta por asistencia.

Tratándose de una dieta por asistencia, es decir, funciones deliberativas, se incumplía los propios criterios internos de la CAM para la retribución en otras empresas participadas.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de

una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

Con ser todo ello determinante de que fueron conscientes de los detalles que convertían la propuesta en extraordinaria, indeterminada, excesiva, desproporcionada, injustificada e ilícita, asumieron que se silenciaran esos pormenores de la propuesta al grueso de los vocales del consejo, elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

En definitiva, lo único que hicieron fue asumir como valido sin cortapisa ni control de legalidad ni estudio de proporcionalidad a mercado, la cuantía de 300.000 euros anuales.

Ello se acredita porque la propuesta que ya estaba predeterminada y reflejada en la preacta hablaba de una retribución en forma de dieta anual, pagadera trimestralmente e incluso establecía una llamativa cláusula de actualización conforme a IPC.

Nada de ello se correspondía con lo acordado en la Comisión de Retribuciones.

Precisamente el único apartado que se dejaba en blanco en el escrito de preacta era el importe de la remuneración. Es decir, lo único que determinó la Comisión de Retribuciones, pero suficiente para conocer su ilegalidad.

La propuesta también hablaba del carácter retroactivo de la retribución, otra cuestión que se había silenciado en la reunión de la noche antes.

Fulgencio solicitó aclaraciones y se dio por satisfecho.

Florian también la da por buena y aportó la explicación facilitada por el Director General.

La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas.

Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo

pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba".

El recurrente cita correos electrónicos aportados, y documentos ya referenciados y tenidos en cuenta. Lo que se pretende es ahora un nuevo proceso de valoración cuando los documentos existentes ya han llevado a la convicción del Tribunal a la existencia de la responsabilidad penal de los miembros de la comisión de retribuciones. Por ello, en la referencia explicativa que lleva a cabo el recurrente a los documentos que se citan pretende llegar a conclusiones distintas, cuando la intervención de la comisión era exactamente la de informar. Lo que ocurrió es que lo hizo a sabiendas de su ilegalidad y con ello contribuyó al despliegue y ejecución del ilícito penal.

Ya hemos explicado en los FD nº 5 y 6 que es preciso que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr.

Pero en la sentencia se ha explicado con detalle que la documental existente, que también la refiere el recurrente, y ahora otros documentos, conlleva la conclusión de la autoría de los miembros de la comisión de retribuciones como se ha explicado con motivo del anterior recurrente, como Presidente de esta comisión.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEXTO.-

2.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , ya que no se ha practicado prueba de cargo alguna que avale la participación de mi representado en los hechos.

Afirma el recurrente que "no se puede hacer ver que el acusado hacía las cosas para dar lugar al citado plan. Se está presumiendo que el acusado conocía el plan del Presidente y del Director General. No existe ninguna prueba que mínimamente apunte a ello (...). Afirmar que la posible irregularidad de opinar favorablemente a una

propuesta del Director General de la entidad se hizo con conocimiento del Plan delictivo y que es constitutiva de delito objeto de la acusación es presumir en contra del acusado, sin prueba alguna no es racional, y se vulnera sus derechos constitucionales del artículo 24.2 CE de presunción de inocencia".

Pues bien, sobre la presunción de inocencia ya se ha tratado con motivo del FD nº 4, y a ellos nos remitimos en cuanto a la exigencia de prueba de cargo suficiente en la valoración que ha llevado a cabo el Tribunal. Y en este caso, hay que recordar que consta en los hechos probados que:

"En atención a sus funciones, respecto del tema objeto de discusión, podemos diferenciar, en primer lugar, al Presidente de la CAM, Justino, y al Secretario del Consejo de Administración, Fidel. En segundo lugar, estarían aquellos consejeros que a su vez formaban parte de la Comisión de Retribuciones, su presidente Florian, y los vocales Felipe y Fulgencio. En último lugar se encuentran el resto de vocales del Consejo de Administración, si bien, Leovigildo, Florian y Leonardo ejercían funciones de Vicepresidentes al tiempo que Presidentes de los respectivos Consejos Territoriales.

4º. Justino, que había sido Secretario y vocal del Consejo de Administración de la CAM, presidente de la Comisión de Inversiones, y que además ostentaba el cargo de vicepresidente en las sociedades participadas Incomed y Gesfinmed, fue nombrado Presidente de la CAM el 8 de junio de 2009. Tras ser nombrado Presidente de la CAM, Justino renunció a todas sus responsabilidades, al tiempo que en connivencia con el también acusado Efrain, entonces Director General de la entidad, idearon un plan para burlar la prohibición estatutaria y pagar al nuevo Presidente, además de las dietas a cuyo cobro tenía derecho, unos emolumentos de 300.000 euros anuales, al margen, también, del régimen general de retribuciones de los consejeros en otras empresas participadas de la CAM. Percepciones que debía recibir desde el momento de su nombramiento.

5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales. En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un

Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación". Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada".

Se sostiene que fue engañado y que no conocía lo que se pretendía hacer más tarde, tras la aprobación de la propuesta en la Comisión de Retribuciones y tras la aprobación del acuerdo por el Consejo de Administración de la entidad.

Estando, como nos encontramos, en el terreno de juego de la presunción de inocencia, cuestiona el recurrente la existencia de prueba bastante y de cargo. Y ya se ha explicado con sumo detalle en fundamentos precedentes, y más en concreto en el FD nº 1 cuál ha sido la motivación de la sentencia y la abundante prueba tenida en cuenta por el Tribunal para el dictado de la condena.

Sobre la responsabilidad de la comisión de retribuciones es preciso volver a señalar que se descartó la existencia del error de prohibición en el FD nº 30, y ello viene a colación por el alegato de que no se conocía lo que estaba ocurriendo y que todo fue cuestión de un engaño, cuando la alta cualificación que se presume en estos casos descarta este punto como inadmisible ante la conciencia y realidad de lo que estaba ocurriendo. Y es ante el desglose de la prueba practicada cuando el Tribunal concluye la colaboración de los miembros de esta comisión al reflejar, con la prueba de cargo que ahora discute el recurrente, que sobre la responsabilidad de la comisión de retribuciones cita la sentencia que:

"De los escritos de acusación, pública y privada, se infería una responsabilidad escalonada en tres ámbitos de actuación funcionalmente diferenciados:

1.- Presidente y Director General,

2.- Comisión de Retribuciones, y

3.- Resto de los vocales del consejo.

Corresponde analizar con detenimiento el papel de la Comisión de Retribuciones.

Su función esencial, como indicamos al examinar la regulación normativa es la de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo (art. 20 bis de la Ley

31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951)).

Estaba compuesta de tres consejeros, de especial relevancia, según indicó el propio presidente Florian, en consonancia con su reglamento (obrante al f.980 Tomo e del Rollo Sala) que menciona la "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional".

Sus componentes eran los mismos desde su creación en 2005, habían, pues, supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de retribución en participadas reflejada en el Hecho 3º del relato fáctico, y habían contando con asesoramiento externo, aunque éste parece iba más encaminado a la determinación del paquete retributivo más complejo del equipo directivo.

Que se conoció e informó favorablemente el importe de la remuneración aparece reflejado en el acta, es asumido y no suscita discusión.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

La actuación individual de los miembros de la comisión en el discurrir de los acontecimientos que acabaron permitiendo que Justino cobrara injustificadamente una percepción ilícita y desproporcionada está clara.

Se podrá discutir y valorar el alcance jurídico de su intervención, su naturaleza asesora y no vinculante, su imposibilidad de control posterior, junto con las demás explicaciones justificativas expuestas por las defensas, pero la determinación de los hechos no admite discusión.

Consta literalmente en los hechos probados:

"1.- El Director General propone que por el desempeño de esta función de Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€ anuales.

2.- La Comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación (f. 320 Tomo I).". Igual que el contenido de la enigmática misiva leída al día siguiente en la sesión del consejo de administración.

Responsabilidad de la comisión de retribuciones:

La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible.

1.- En primer lugar, afectaba directamente al Presidente de la entidad, lo que no pudo pasárseles por alto.

La propuesta suponía romper con una tradición instaurada de que nunca antes el Presidente había cobrado dieta alguna en empresa participada del grupo.

Tenía por ello especial trascendencia.

2.- En segundo lugar, el presidente tenía un régimen legal y estatutario diferenciado, se le podría haber fijado una remuneración dotándole de carácter ejecutivo y dedicación exclusiva, a diferencia de los que sucedía con el resto de los componentes de los órganos de gobierno, si bien previo cumplimiento de unos criterios rigurosos, al margen que, como dejó entrever Efrain, parece no tenía el perfil técnico y experiencia bancaria.

No eran aplicables, por tanto, los argumentos que habían llevado a establecer la remuneración del resto de vocales en otras participadas. Era una medida excepcional.

3.- En tercer lugar, contradecía la política de nombramientos de consejeros en empresas participadas expuesta por el Director General, y que respondía a la conveniencia de que los consejeros conocieran y participaran activamente en todas las áreas de negocio.

4.- En cuarto lugar, cuadruplica el importe de la dieta por asistencia de los presidentes de otras empresas participadas, importe que acababa de ser actualizado por Consejo el año anterior previo informe de esta misma comisión.

5.- En quinto lugar, admitía una absoluta indefinición en la actividad a desarrollar y en el sistema de retribución.

6.- En sexto lugar, se contradecía con el acuerdo 1º adoptado en esa misma sesión en relación con la congelación de remuneraciones del equipo directivo. Eran momento difíciles y convulsos no solo para la entidad, inmersa en un proceso de reestructuración del sector, sino para los directivos, como demuestra el punto primero del acta de la sesión del 26 de noviembre donde habían acordado mantener la congelación de la retribución fija "dada la actual situación del mercado, y las recomendaciones de moderación".

En definitiva, se conformaron con una información concisa solo referida al montante global de la retribución sin que ni siquiera se especificara con claridad su concepto, naturaleza y modo de retribución.

Asumen, sin embargo, que se trataba de una dieta por asistencia al consejo, pero sin poder dar explicación razonable a qué respondía la inusitada diferencia para cobrar cuatro veces más que los presidentes de otras participadas.

Cuando se les preguntó, claramente Felipe asumió que se le pagaba por toda su actividad en la CAM, y luego aclaró que él como miembro de la comisión o del consejo dada una opinión y suponía que asesoría jurídica y los encargados de llevarla a efecto adoptarían las medidas oportunas para asegurar la legalidad.

Florian también indicó eso mismo en periodo instructor, si bien en el juicio precisó que era solo actividad como presidente ejecutivo, pero de TINSER.

Y Fulgencio indicó se le pagaba por realizar una ingente labor.

Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración.

Si no se concreta ni especifica la tarea encomendada ni el concepto de la retribución, ¿cómo se puede afirmar que es proporcionada conforme a criterios de mercado?

Los datos agregados y globales de otras cajas utilizados por Efrain nada permitían aclarar.

Unas veces se nos indica que tenía que trabajar mucho, que no era solo por asistir a los consejos de administración, pero la retribución que se fija en forma de dieta por asistencia.

Tratándose de una dieta por asistencia, es decir, funciones deliberativas, se incumplía los propios criterios internos de la CAM para la retribución en otras empresas participadas.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

Con ser todo ello determinante de que fueron conscientes de los detalles que convertían la propuesta en extraordinaria, indeterminada, excesiva, desproporcionada, injustificada e ilícita, asumieron que se silenciaran esos pormenores de la propuesta al grueso de los vocales del consejo, elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

En definitiva, lo único que hicieron fue asumir como valido sin cortapisa ni control de legalidad ni estudio de proporcionalidad a mercado, la cuantía de 300.000 euros anuales.

Ello se acredita porque la propuesta que ya estaba predeterminada y reflejada en la preacta hablaba de una retribución en forma de dieta anual, pagadera trimestralmente e incluso establecía una llamativa cláusula de actualización conforme a IPC.

Nada de ello se correspondía con lo acordado en la Comisión de Retribuciones.

Precisamente el único apartado que se dejaba en blanco en el escrito de preacta era el importe de la remuneración. Es decir, lo único que determinó la Comisión de Retribuciones, pero suficiente para conocer su ilegalidad.

La propuesta también hablaba del carácter retroactivo de la retribución, otra cuestión que se había silenciado en la reunión de la noche antes.

Fulgencio solicitó aclaraciones y se dio por satisfecho.

Florian también la da por buena y aportó la explicación facilitada por el Director General.

La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas.

Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba".

Y ya para concluir se explicita la autoría de la comisión de retribuciones al apuntar que:

"Autoría de los miembros de la comisión de retribuciones.

Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de

Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

Participación de los miembros de la comisión de retribuciones.

La participación del resto de administradores en el delito protagonizado por Presidente y Director General, presentaba un evidente problema de prueba. Era necesario constatar si objetivamente habían participado, por acción o por omisión, en su realización y, una vez constatada su contribución personal comprobar si fueron conscientes de que estaban favoreciendo, colaborando en la comisión de ese delito, bien porque conocieron tanto los hechos como su carácter antijurídico, o conociendo que tales hechos comportaban un riesgo cierto de lesión, en el caso analizado para el patrimonio social cuya administración tenían encomendado, lo aceptaron sin proceder a su anulación, mediante una acción que lo evitara o neutralizara. Dado que en todos ellos concurre la condición de administradores especialmente encargados de velar porque nadie disponga ilícitamente del patrimonio social, y todos ellos violan personal e individualmente un deber de fidelidad inherentes a su status, siendo conocedores del riesgo evidente de que la acción aprobada, aceptada o favorecida tenía de acabar causando un perjuicio patrimonial, no debe existir problema en considerarles autores, dado que en la modalidad de apropiación por gestión desleal es indiferente que el no exista animus rem sibi habendi y por tanto el beneficio sea para un tercero.

Con independencia de las irregularidades en la plasmación documental de los acuerdos, la responsabilidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones también es clara:

1.- A ellos les incumbía una posición de garantía reforzada por sus conocimientos y

facultades específicas como miembros cualificados de esa comisión especializada que durante años había supervisado e informado al consejo de administración sobre la política retributiva general de la Caja, y

2.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

3.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

4.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

5.- La fundamentación de la calificación de autoría en tales supuestos se centra en lo que se ha denominado imputación recíproca entre los partícipes que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho (STS 787/2016 de 20 de octubre (RJ 2016, 4946) y 12/2014 de 24 de enero (RJ 2014, 1606)).

Se parte de que el dolo de cada uno de ellos abarca el resultado, al menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto que genera, junto con las aportaciones de los demás. Ciertamente tal reciprocidad en la imputación se rompe si las acciones de cada interviniente suponen un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos (SSTS 141/2016 (RJ 2016, 916) y 603/2015 (RJ 2015, 5772)). Es decir, todos ellos se sitúan en posición de garante respecto de los riesgos creados con la conducta de cada uno, siempre que, como aquí ocurre, conozcan la existencia del hecho y puedan evitar la concreción lesiva de aquel.

6.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

Y aunque la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) estableció que la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en

relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan", ello no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en atención a su especial preparación.

Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como una dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta, reflejo de la cual es la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 897) de la Sala 1ª del TS y la polémica doctrinal que suscita la discusión entre las denominadas teorías del doble vinculo y de la compatibilidad".

Existe prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.-

3.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el principio constitucional de "in dubio pro reo" del artículo 24.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , dado que ante las diversas dudas y/o contradicciones que se recogen en la Sentencia, siempre ha resuelto la cuestión en perjuicio de mi representado.

Plantea el recurrente que "Ante las serias dudas que plantea el caso, y las contradicciones incurridas en la Sentencia, el tribunal sentenciador ha optado por las más perjudiciales para a mi representado, sin basar la decisión en ninguna prueba válidamente practicada, por lo que mi representado debe ser claramente absuelto".

El examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción.

a.- Dos principios básicos.

A) Derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas.

Como venimos afirmando, el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no

ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 (RTC 1998, 189) "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6 (RTC 2003, 145) , 300/2005 de 2.1 (RTC 2005, 300) , 70/2007 de 16.4 (RTC 2007, 70)).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9 (RTC 2007, 204) , ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10 (RJ 2007, 7422) , 672/2007 de 19.7 (RJ 2008, 538) , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de

condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7 (RJ 2001, 7719)).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3 (RJ 2004, 1458)).

Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10 (RJ 2006, 6678)).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y

cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración ", en comprobar " que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada "; y en " supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 (RTC 2006, 123) , que recuerda que el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE "se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 (RTC 2005, 300) , FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgase un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 (RTC 1986, 169) , 107/89, 384/93 (RTC 1993, 384) , 206/94 (RTC 1994, 206) , 24/97 (RTC 1997, 24) , 81/98 (RTC 1998, 81) , 189/98 (RTC 1998, 189) , 1/99 (RTC 1999, 1) , 235/2002, 300/2005, 66/2006 (RTC 2006, 66)).

B) El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del " in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS 45/97, de 16.1 (RTC 1997, 45)).

b.- Diferencia entre presunción de inocencia y principio in dubio pro reo.

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria.

La presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo.

Ello no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté

acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda" (STS 70/98 de 26.1 (RJ 1998, 383) , 699/2000 de 12.4 (RJ 1999, 3707)).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (STS 663/2007, de 12-7 (RJ 2007, 5111) ; 677/2006, de 22-6 (RJ 2006, 5180) ; 836/2004, de 5-7 (RJ 2004, 4658) ; 479/2003; 1125/2001; de 12-7 (RJ 2001, 7719)).

Es verdad que en ocasiones el tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La STS 666/2010 de 14-7 (RJ 2010, 7343) , explica cómo el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5 (RJ 1997, 5597) ; 1667/2002, de 16-10 (RJ 2002, 9577) ; 1060/2003, de 25-6 (RJ 2003, 6349)).

En ese sentido la STS 999/2007, de 26-11 (RJ 2008, 259) con cita de la STS 939/98, de 13-7 (RJ 1998, 7002) , recordaba que el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo.

c.- ¿Cuándo cabe invocar el principio in dubio pro reo?

1.- El principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que

esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda.

2.- Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que duda, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda (STS 1186/95, de 1-12 (RJ 1995, 8780) ; 1037/95, de 27-12 (RJ 1995, 9553))".

Por otro lado, como ya dijimos en la STS 413/2015 de 30 Jun. 2015 (RJ 2015, 4592) , Rec. 10829/2014 "el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión integra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 (RTC 2002, 70) y 116/2006 de 29.4 (RTC 2006, 116)).

¿Y qué es lo que debe comprobar el Tribunal Supremo en estos casos?

1.- Que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3 (RJ 2004, 1458)).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió

prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad" , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba?

Como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 (RJ 2006, 3300) :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribuna.,

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".

b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala

casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 (RJ 2007, 625) , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 (RJ 2009, 3453) y 131/2010 de 18-1 (RJ 2010, 546) ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presenció. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?

1.- Aspecto negativo: No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.- Aspecto positivo: Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 (RJ 2010, 2231) , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

¿Cuándo existirá "justificación de la duda?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva.

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida.

2.- Es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza

a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.

b.- Si falta lo segundo, (Convencimiento y certeza) porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".

c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la inmediación de la prueba.

Alcance del control casacional respecto a la presunción de inocencia:

Se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en sí misma, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98 (RTC 1998, 68) , 117/2000 (RTC 2000, 117) , SSTS. 1171/2001 (RJ 2001, 6810) , 220/2004, 711/2005 (RJ 2005, 5884) , 866/2005, 476/2006 (RJ 2006, 3106) , 548/2007, 1333/2009 (RJ 2010, 2053)).

Sin embargo, hay que volver a recordar que este motivo está relacionado directamente con el anterior, y no puede sostenerse que se haya resuelto en contra del reo, porque la convicción del Tribunal es absoluta ante la intervención en el iter delictivo de los miembros de la comisión de retribuciones a los que se precisaba de ese informe, y que no podrían alegar desconocer que no sabían lo que hacían, que habían sido engañados, o alegatos similares, ya que, además del reconocimiento del Presidente de la CAM la prueba practicada y la valoración del Tribunal conducen inexorablemente al dictado de la condena.

Así relacionado con el motivo anterior y con lo expuesto en el FD nº 1 de la presente resolución, debemos recordar que el Tribunal de instancia ha expresado dudas acerca de la culpabilidad del acusado, sino que por el contrario, siempre refiere la convicción de culpabilidad a la que llega a través de las pruebas practicadas en el acto del juicio.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO OCTAVO.-

4.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , y articulo 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el artículo 120 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) en lo referente a la obtención de una resolución motivada, por cuanto que en la Sentencia no se motiva mínimamente la actuación delictiva que se dice de mi representado.

Bajo el alegato de la ausencia de motivación se sostiene que "No se recoge en la sentencia ningún argumento que explique mínimamente por que se ha de entender que el acusado conocía el plan delictivo que se dice planeado por el Presidente y el Director General, cuando ninguna prueba le implica en ese plan y no se razona cual ha sido la actuación concreta del acusado al respecto. No se explica tampoco en la sentencia el motivo por el que se ha de entender que tiene una trascendencia penal la actuación del acusado. Tampoco se explica qué actuación ha podido tener el acusado en la aprobación final de los acuerdos tomados en el seno de TINSER CARTERA SL, los únicos acuerdos con efecto dispositivo patrimonial, cuando estos acuerdos se aprueban sin su presencia en otra sociedad distinta y se basan en un acta que no se ajusta a la realidad pero en la que el acusado no ha tenido ninguna intervención".

No existe la pretendida falta de motivación en la sentencia. Lejos de ello, ya hemos precisado y atendido este extremo en el FD nº 36, y por remisión a ello en el FD nº 15º. Se analiza por el Tribunal con sumo detalle las conclusiones acerca de la

responsabilidad del recurrente como miembro de la comisión de retribuciones, no pudiendo ampararse en engaño o ignorancia para aplicar la pretendida autoexculpación. El conocimiento, y la trascendencia penal de la conducta se ha descrito con detalle.

Se ha explicado con detalle las razones de la responsabilidad penal y, por ello, la autoría:

"Autoría de los miembros de la comisión de retribuciones.

Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

Participación de los miembros de la comisión de retribuciones.

La participación del resto de administradores en el delito protagonizado por Presidente y Director General, presentaba un evidente problema de prueba. Era necesario constatar si objetivamente habían participado, por acción o por omisión, en su realización y, una vez constatada su contribución personal comprobar si fueron conscientes de que estaban favoreciendo, colaborando en la comisión de ese delito, bien porque conocieron tanto los hechos como su carácter antijurídico, o conociendo que tales hechos comportaban un riesgo cierto de lesión, en el caso analizado para el patrimonio social cuya administración tenían encomendado, lo aceptaron sin proceder a su anulación, mediante una acción que lo evitara o neutralizara. Dado que en todos ellos concurre la condición de administradores especialmente encargados

de velar porque nadie disponga ilícitamente del patrimonio social, y todos ellos violan personal e individualmente un deber de fidelidad inherentes a su status, siendo conocedores del riesgo evidente de que la acción aprobada, aceptada o favorecida tenía de acabar causando un perjuicio patrimonial, no debe existir problema en considerarles autores, dado que en la modalidad de apropiación por gestión desleal es indiferente que el no exista animus rem sibi habendi y por tanto el beneficio sea para un tercero.

Con independencia de las irregularidades en la plasmación documental de los acuerdos, la responsabilidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones también es clara:

1.- A ellos les incumbía una posición de garantía reforzada por sus conocimientos y facultades específicas como miembros cualificados de esa comisión especializada que durante años había supervisado e informado al consejo de administración sobre la política retributiva general de la Caja, y

2.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

3.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

4.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

5.- La fundamentación de la calificación de autoría en tales supuestos se centra en lo que se ha denominado imputación recíproca entre los partícipes que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho (STS 787/2016 de 20 de octubre (RJ 2016, 4946) y 12/2014 de 24 de enero (RJ 2014, 1606)).

Se parte de que el dolo de cada uno de ellos abarca el resultado, al menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto que genera, junto con las aportaciones de los demás. Ciertamente tal reciprocidad en la imputación se rompe si las acciones de cada interviniente suponen un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos (SSTS 141/2016 (RJ

2016, 916) y 603/2015 (RJ 2015, 5772)). Es decir, todos ellos se sitúan en posición de garante respecto de los riesgos creados con la conducta de cada uno, siempre que, como aquí ocurre, conozcan la existencia del hecho y puedan evitar la concreción lesiva de aquel.

6.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

Y aunque la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) estableció que la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan.", ello no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en atención a su especial preparación.

Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como una dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta, reflejo de la cual es la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 897) de la Sala 1ª del TS y la polémica doctrinal que suscita la discusión entre las denominadas teorías del doble vinculo y de la compatibilidad".

Lo que sí debe estimarse en concordancia con lo fijado en los FD nº 14 y 34 para Florian en la misma línea que el actual recurrente, es que la pena debe modularse, conforme se ha explicado con detalle en estos dos fundamentos a los que nos remitimos. Y en este caso, en consonancia con la fijación de la pena ya impuesta al primer recurrente procede modularla en este caso en la de un año de prisión, seis meses de multa con cuantía de 75 euros diarios y accesorias ya fijadas en sentencia.

Se aplica en este caso la extensión de la fundamentación jurídica expuesta en el FD nº 14 en cuanto a la proporcionalidad de la pena en atención a la impuesta al responsable principal que se beneficia del importe apropiado y se obliga a devolver.

El motivo se estima parcialmente.

TRIGÉSIMO NOVENO.-

5.- Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , al considerar que el Tribunal de instancia no expresa cuales son los hechos que se consideran probados en relación a la participación que se atribuye a mi representado y su alcance.

Señala el recurrente que "la sentencia sólo recoge la intervención del acusado en la Comisión de Retribuciones del día 26.11.2009, cuando opina favorablemente a la propuesta que se expone por el Director General y su voto del día posterior en el consejo de administración de la entidad donde no se votó ninguna retribución (hecho probado séptimo de la sentencia). Pero nada relata de la participación del acusado en el plan delictivo que se dice ideado por el Presidente y por el Director General de la entidad, sobre su conocimiento del plan delictivo o cómo es que decide participar del delito y adherirse al plan delictivo".

Lo que se destaca en la sentencia es que la aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

Pero hay que recordar que su intervención lo era desde la comisión de retribuciones y ya se ha explicado en los fundamentos precedentes cómo actuaron los miembros de ésta y su grado de colaboración para el resultado final de la posibilidad y materialización real de la percepción por el Presidente de la Cam. Pero, como ya hemos visto en el anterior recurrente y se aplicará al presente, el más reducido grado de participación lo que tendrá es un efecto en la individualización judicial de la pena ante la colaboración desplegada, pero que fue necesaria, no pudiendo alegarse desconocimiento, o no ilicitud de su conducta, bajo una tesis de ignorancia deliberada, cuando los miembros de esta comisión estaban especialmente cualificados para saber y conocer lo que podían hacer y lo que no. Y el plan urdido por Justino y por Efrain era claramente ilícito, como así ha explicado con detalle el Tribunal, siendo la comisión de retribuciones elemento esencial que podría haber impedido el desarrollo de este hecho, y pese a ellos, y la claridad de la ilicitud, sus miembros informaron a favor a sabiendas de que no era correcto por su palpable y evidente ilicitud.

Sin embargo, el cauce casacional elegido es el del art. 851.1 LECRIM el Tribunal de instancia no expresa cuales son los hechos que se consideran probados. Y ello no es aceptable técnicamente, ya que se ha relacionado que:

"5º. En ejecución del anterior plan, Efrain propuso a la Comisión de Retribuciones

de la CAM, en su sesión de la tarde noche del día 26 de noviembre de 2009, que en la sociedad Tinser Cartera S.L., sociedad instrumental creada en 2002 para la tenencia de participaciones industriales y de servicios, participada el 100% por la CAM, se constituyese un Consejo de Administración, se nombrase presidente del mismo a Justino y se le retribuyese por el desempeño de tal función con la cantidad de 300.000 euros anuales. En el acta de la sesión, tras exponer de manera sucinta la necesidad de dotar a Tinser de un Consejo de Administración del que formarán parte varios directivos y presidido por Justino, se lee: "En base a todo ello el Director General indica que se están dando los elementos adecuados para dotar a TINSER de un Consejo de Administración que coordine la actuación de las actividades de la misma y dote de visibilidad estas actuaciones en el seno del Grupo CAM.", para acabar indicando "El Director General propone que por el desempeño de esta función el Presidente D. Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000€. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación". Es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los Estatutos y la política retributiva de los consejeros por ellos fijada".

No puede admitirse este motivo, pero, sobre todo, porque no se cumple el presupuesto de que no se fijen cuáles son los hechos que se consideran probados o exista contradicción entre ellos, defectos que no se dan en el presente caso.

Debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 62/2013 de 29 Ene. 2013 (RJ 2013, 975) , Rec. 10145/2012 que:

"La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos (STS núm. 117/2007, de 13 de febrero (RJ 2007, 1607)). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo (STS núm. 16/2007, de 16 de enero (RJ 2007, 260)).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere:

1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos;

2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato;

3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y

4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo (STS núm. 360/2010, de 22 de abril (RJ 2010, 4913))".

En este caso (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio (RJ 2016, 3811)), para que sea viable este motivo es preciso la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, y semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado.

Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

Este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la

duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015 (RJ 2015, 5867) , 837/2015 (RJ 2015, 5877) o la más reciente 44/2016 (RJ 2016, 269)).

Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio (RJ 2016, 3811)), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos.

Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia;

b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia;

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico;

d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005 (RJ 2005, 3188) , 1024/2005 (RJ 2005, 6829) , 248/2007 (RJ 2007, 2256) , 474/2009 (RJ 2009, 4189) o 229/2016 (RJ 2016, 988)).

Así, no se da una falta de claridad en la narración de hechos probados que la parte recurrente denuncia, dado que los hechos probados han sido, no sólo narrados claramente, sino calificados debidamente en la esfera jurídico penal, expresando asimismo los motivos por los cuales debe considerarse al acusado autor de los mismos. Y que el recurrente no haya detentado un papel más relevante en la ideación criminal o promoción del fin delictivo desde un primer momento no le esculpa de

responsabilidad por su decisiva colaboración posterior desde la comisión de retribuciones ya explicado con detalle.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO.-

6.- Recurso de Casación por Infracción de precepto Constitucional, por vía procesal del articulo 852 LECRIM (LEG 1882, 16) y 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , por vulneración del artículo 25 C.E. (RCL 1978, 2836) respecto del principio de legalidad, vertiente del principio de tipicidad, por falta de adecuación de los hechos probados al delito por el que se condena.

Señala el recurrente que "Lo que se relata como probado en la sentencia respecto del acusado es que votó favorablemente a una propuesta inasumible del Director General de la entidad en el seno de la Comisión de Retribuciones, adhiriéndose así a un supuesto Plan delictivo ideado y llevado a cabo por el Presidente y el Director General de la entidad El principio de tipicidad exige la exacta concordancia entre la conducta recogida en el Código penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) y la realizada por el acusado (...). Mientras que el CP señala como conducta delictiva la apropiación o distracción de fondos recibidos, resulta que dicha acción nunca la realizó el acusado pues no ostentaba cargo alguno en TINSER CARTERA donde se aprobó el acuerdo de apropiación o distracción".

No puede estimarse, tampoco, este motivo, por cuanto el principio de legalidad se infringiría si se hubiera producido una subsunción incorrecta, por no concurrir en los hechos declarados probados los elementos o circunstancias exigidas por los distintos tipos penales para su aplicación (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 917/2010 de 28 Oct. 2010 (RJ 2010, 8180) , Rec. 10563/2010).

No puede existir en este caso una infracción del principio de legalidad, vertiente del principio de tipicidad, por falta de adecuación de los hechos probados al delito por el que se condena, ya que no ha existido ninguna vulneración del principio de legalidad, vertiente del principio de tipicidad, en cuanto que el Tribunal de instancia, no ha sancionado por una conducta no contemplada en un tipo penal, ni ha aplicado analógicamente un precepto penal en perjuicio del reo, sino que se ha limitado a sancionar por unos hechos constitutivos de delito frente a los que se había ejercido la acusación el Ministerio Fiscal y a unas penas solicitadas por tal acusación, razonando claramente en la sentencia, como vimos en el anterior motivo, tanto los hechos delictivos cometidos por el acusado como su encaje jurídico -como un delito de apropiación indebida, conforme a lo sostenido por la acusación-.

Recordemos que tras la fijación de los hechos probados el Tribunal ha recogido en la sentencia la subsunción de los hechos en el tipo penal, al fijar que:

"Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles".

Se ha explicado con detalle que los hechos probados y la conducta del recurrente como miembro de la comisión de retribuciones fue esencial para el fin apropiativo desplegado desde el principio y que contó con la colaboración de esta comisión, aun a sabiendas, por su cualificación y desempeño de esta alta función, de que no era posible tal aprobación e informe favorable, lo que entra de lleno en una modalidad de corrupción en el seno de una actividad desplegada para la comisión de un delito de apropiación indebida `por la percepción de cantidades por el Presidente de la CAM que sabían, por su carácter técnico, que no pueden negar, que no podrían informar, y que pese a ello lo hicieron favorablemente.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.-

7.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , y articulo 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) se considera que el Tribunal de instancia ha vulnerado el artículo 24, apartados 1 y 2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) en lo referente a la tutela judicial efectiva y procedimiento con todas las garantías.

Se alega por el recurrente que "Por parte de la acusación mantenida por el Ministerio Fiscal se calificaron los hechos como constitutivos de un delito del articulo 250.1.5º del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , cuando finalmente se produce una condena en virtud del artículo 250.1 pero del apartado 6º del Código Penal. En todo momento se entendió que la acusación era por el apartado 5º del artículo 250.1 C.P., que en el momento de los hechos hacía referencia a bienes del patrimonio artístico, histórico, cultura o científico, y más tarde (tras reforma del año 2010) hacía referencia a las defraudaciones superiores a 50.000 €. Pero la condena fue por apartado 6º del artículo 250.1 C.P. que hace referencia a cometer el delito con abuso de relación personal o aprovechar la credibilidad. Por tanto, existe divergencia entre lo acusado y lo condenado, sin haber dado la posibilidad de defensa respecto de la modificación en la acusación que después resultó en condena".

Este tema ha sido tratado con sumo detalle en el FD nº 16 al que nos remitimos. Se dice en la sentencia que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida agravada del artículo 252 en relación con el artículo 250.1.6º (especial gravedad por superar los 50.000 euros) del Código penal, en redacción vigente al momento de los hechos".

Es cierto, como expuso la defensa de Fidel en su informe final, que el apartado 5º del artículo 250.1 CP, al momento de los hechos (noviembre 2009), es decir, antes de la reforma operada por la LO 1/2010 (RCL 2010, 387) , se refería a bienes pertenecientes al patrimonio histórico artístico, pero, parece más que evidente que ello es un mero error de transcripción, debido a las innumerables modificaciones legales y el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos, sin mayor trascendencia, pues, del propio relato de hechos nadie puede desconocer que la agravación viene justificada por el importe defraudado que supera con mucho los 50.000 euros, dato que ha sido conocido en todo momento por los acusados habiendo podido ejercer su defensa en plenitud sin que ello afecte al principio acusatorio".

Es un mero error de transcripción en la ubicación del número del precepto, pero quedaba claro cuál era el objeto de la acusación. Se ha explicado con motivo del anterior recurrente.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.-

8.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , al considerar que el Tribunal de instancia no ha aplicado debidamente el articulo 252 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) en relación con el 250.1 del Código Penal

en su redacción vigente en el momento de los hechos -noviembre del año 2009-.

Se alega que "es importante recordar esta distinción entre la "apropiación" y la "distracción", por el hecho de que en la modalidad de la distracción se castiga el hecho efectivo de tomar una decisión dolosa a sabiendas del perjuicio del administrado y excediendo las potestades previamente recibidas. No se puede decir que se aprecie dolo en la actuación del acusado, quien desconocía cualquier cuestión del supuesto Plan del Presidente y del Director General de la entidad y quien no tenía ningún dominio sobre los procesos de adopción de acuerdos (que corresponden al Comité de Control, verdadero órgano de dirección de la entidad). Si revisamos los hechos probados, vemos que en el acusado no concurre tampoco ninguno de los restantes requisitos del delito por el que se le condena de apropiación indebida."

Este tema ya ha sido tratado con sumo detalle con ocasión del primer recurrente y se ha dado cumplida y muy detallada respuesta en el FD nº 9 de la presente resolución al que nos remitimos.

Los hechos enjuiciados han sido correctamente calificados como un delito de apropiación indebida, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos que exige tal tipo penal.

En cuanto a que en los hechos probados no se describe ningún acto de disposición sobre el objeto administrado por parte del recurrente se han descrito ya con reiteración y detalle los hechos probados y en la medida que afectan a los miembros de la comisión de retribuciones. Y se ha explicado ya con reiteración en anteriores fundamentos cuál es el proceso valorativo del Tribunal acerca de su participación en la comisión del delito. La colaboración y participación de los miembros de esta comisión es hecho ya contrastado y suficientemente valorado.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Fulgencio

CUADRAGÉSIMO TERCERO.-

1.- Articulado al amparo de lo preceptuado en el art. 849.2 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , alegando error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que acreditan la incorrección de la afirmación fáctica que se pretende modificar.

Ya se ha expuesto en los FD nº 5, 6 y 35 las características a tener en cuenta cuando se acude al cauce del art. 849.2 LECRIM a los que nos remitimos, también, en el presente caso.

Señala el recurrente que la cita de los documentos que expone descartan la afirmación de que sea correcto el "factum" de que "el Director General propone que por el desempeño de esta función, el presidente Justino, perciba anualmente la cantidad de 300.000 euros. La comisión acepta la propuesta y acuerda trasladarla al Consejo de Administración de la CAM para su cumplimentación (...)".

Sin embargo, debemos de nuevo remitirnos a los FD 1º, donde se ha referenciado toda la documental tenida en cuenta por el Tribunal. Y de modo específico a los FD nº 5, 6 y 35 con el artículo 849.2 LECrim, donde señalamos que no se permite valorar de nuevo toda la prueba documental en su conjunto, para extraer conclusiones ajenas a las extraídas por la Sala de instancia, como pretende el recurrente.

La sentencia ya describe que "la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan", ello no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en atención a su especial preparación. Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como una dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta". Y hemos reflejado ya en anteriores fundamentos la específica función de esta comisión de retribuciones y que informó a favor de esta propuesta en clara sintonía y colaboración con el fin ideado y proyectado, como así se ha explicado con detalle en fundamentos precedentes.

Se incide en que no puede olvidarse que el art. 849.2 LECRIM no permite hacer una "reconstrucción" probatoria bajo el abrigo del documento en particular que exponga el recurrente, orillando que existen pruebas documentales y personales que llevan a la dirección contraria como se ha explicado con sumo detalle, y sobre todo ante los motivos expuestos por Florian y Felipe.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.-

2.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 851.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , al contener la sentencia hechos entre los que resulta manifiesta contradicción.

Se alega que "se establece que no consta acreditado que la reunión del Consejo de Administración se informara a los componentes del mismo respecto del importe de la retribución ni respecto del carácter retroactivo de la retribución, y sin embargo, a continuación se hace referencia a que el acta del Consejo de Administración del día 27.11.2009, se establece que oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera, esté presidida por .... La dieta a percibir de Justino, será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte, y tendrá carácter retroactivo respecto de los dos últimos trimestres del presente año, tal dieta se revisará anualmente conforma al IPC.

Considera que resulta contradictorio por cuanto que, las acusaciones no han pedido la declaración de nulidad o falsedad del acta del Consejo de Administración de que se trata, ni el Tribunal ha declarado la falsedad del acta, que por otra parte no se ajusta a la realidad en cuanto a que la propuesta no fue de la Comisión de Retribuciones, sino del Comité de Dirección y expuesta por el Director General".

Sobre la vía de ejercicio del art. 851.1 LECRIM como motivo casacional nos hemos hecho referencia detallada en el FD nº 39, al que nos remitimos en cuanto a los requisitos exigentes de su aplicación.

Lo que subyace al motivo es la discrepancia del recurrente con el contenido del hecho probado. No puede acudirse al instituto del art. 851.1 LECRIM para plantear o sostener una disparidad de criterio respecto a la fijación del hecho probado, ya que no existe contradicción real que sostiene, sino disparidad con la valoración probatoria, y ello queda al margen de esta vía casacional.

Lo que consta en el hecho probado es que:

"6º. En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2º el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D. Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4º el Director General de

Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada.

7º. No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, al carácter retroactivo. Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, Fidel, con el único control del Presidente, indica literalmente, dentro de su apartado 4 (Informaciones y propuestas del Director General): "Oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones, y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera S.L. esté presidido por el Presidente de la Entidad, D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial, se dote de mayor fortaleza a la gestión de la Sociedad y se mejore la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM. La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC". "

Ya hemos explicado de forma reiterada que no se ha condenado por falsedad, ni se refleja un hecho para tal fin, sino que es un elemento que surge en el desarrollo de la prueba practicada y lleva al planteamiento de la modificación de las conclusiones provisionales al elevarlas a definitivas, como se ha expuesto.

El Tribunal refleja lo sucedido en el desarrollo del Consejo y en la posterior transcripción del acta, pero es un dato más que surge de la práctica de la prueba y es tenido en cuenta por el Tribunal, como se ha explicado en fundamentos precedentes, pero ello no supone que exista la contradicción que se alega por esta vía en los hechos probados.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.-

3.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 851.1º L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , al contener la sentencia hechos probados que por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Se alega que "hay un apartado en el hecho 5º y folio 8 de la sentencia, en el que

refiriéndose a la actuación de la Comisión de Retribuciones, se expresa: "es decir, aceptaron una proposición inasumible que vulnera lo dispuesto en los estatutos y en la política retributiva de los consejeros por ella fijada". Ello no sólo no es cierto, sino que el contenido no supone ningún hecho probado, sino que son manifestaciones del Tribunal de carácter jurídico que suponen la predeterminación del fallo".

Se denuncia, así, la existencia de quebrantamiento de forma por la vía del art. 851.1 LECRIM por haberse incluido en la sentencia en los hechos probados conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo, lo que conlleva en la consideración de la jurisprudencia de esta Sala el empleo de frases, palabras o términos que supongan un anticipo o adelantamiento en el hecho probado de expresiones acusadoras o contenidas en la descripción del tipo penal y que son, en definitiva, más propias de los fundamentos de derecho que de los hechos probados, es decir, más propias de la fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que podría provocar indefensión en el acusado que podría ver por esta mecánica limitados sus medios impugnatorios.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión y motivo impugnatorio en varias resoluciones. Entre ellas la STS 170/2016, de 2 de Marzo (RJ 2016, 4130) señala que: "Comenzando por la objeción relativa al uso de términos jurídicos en los hechos de la sentencia, hay que decir que la proscripción de semejante modo de operar responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su carácter lesivo de algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan previstas, de manera taxativa, en el Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) ; pues sólo a partir de esta intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Solo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) . Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisional, al carecer de un referente objetivo, se haría tautológico o circular y, por ello, arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter asertivo, que son aquellos de los que

puede predicarse verdad o falsedad y, por eso, los adecuados para referirse a datos de naturaleza empírica . Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine , de la Ley de E. Criminal)".

No puede, con ello, adelantarse el resultado de los fundamentos de derecho en los hechos probados porque en la cadena descriptiva estos son los que suponen argumentación de unos hechos de carácter asertivo y con exclusión de enunciados jurídicos.

Los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son los siguientes, según consta en la STS 39/2016, de 2 de Febrero (RJ 2016, 263) :

a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se llegue indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.

b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.

d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.

e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico son base alguna y carente de significado penal.

Bajo esta línea, señala la Sentencia citada 39/2016, de 2 de Febrero (RJ 2016, 263) que:

"El art. 851.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que las sentencias penales, sean condenatorias o absolutorias, expresen clara y terminantemente los hechos que han quedado probados (formulación positiva) sin que baste la expresión de que no han quedado probados los alegados por las acusaciones. Interpretando el mandado implícito contenido en el art. 851.2 de la LECrim, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que las sentencias deberán contener una relación de los hechos que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, de los que pueden directamente deducirse el pronunciamiento condenatorio o de libre absolución; y ha considerado que procede la estimación de la denuncia con la consiguiente declaración sobre la existencia del vicio formal cuando se aprecie una

carencia absoluta de declaración de todo hecho o cuando la resolución se limita a declarar genéricamente que no están probados los que son base de la acusación.

... Por tanto, el vicio denunciado pasa en síntesis por sustituir la descripción histórica de los hechos por su definición técnico-jurídica, de forma que no se trata tanto de omitir las expresiones empleadas por el legislador en la definición de los tipos penales, la mayoría de ellas de uso común, sino de emplear conceptos jurídicos haciendo abstracción de su contenido histórico".

También, la STS 957/2007, de 28 de Noviembre (RJ 2008, 782) apunta que: "Como se dice en la reciente STS. 753/2007 de 2.10 (RJ 2007, 7422) , el motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 26.3.2007 (RJ 2007, 3252) , 11.12.2006, 11.1.2005 (RJ 2005, 1091) , 18.6.2004 (RJ 2004, 4646) , 28.5.2003 (RJ 2003, 4279) , 14.6.2002, 23.10.2001 (RJ 2001, 9810)), ha reconocido que este vicio procedimental exige para su estimación:

a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;

b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;

c) que tengan valor causal respecto al fallo, y

d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 (RJ 2006, 4886) -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre (RJ 2005, 1989) , lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir

que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero (RJ 2006, 3012) , la predeterminación del fallo, como vicio impugnable de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo.

Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico , pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002 (RJ 2002, 6498)).

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio in procedendo. (SSTS. 429/2003 de 21.3 (RJ 2003, 4068) 249/2004 de 26.2 (RJ 2004, 2592) , 280/2004 de 8.3 (RJ 2004, 1606) , 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7 (RJ 2005, 5162)).

En esta dirección la STS. 7.11.2001 (RJ 2001, 9684) , nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determina la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

Igualmente es frecuente como recuerdan las SSTS. 253/2007 de 26.3 (RJ 2007, 3252) , 702/2006 de 3.7 (RJ 2007, 17) y 1328/2001 de 5.7 (RJ 2001, 7039) , que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se

habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (art. 120.3 CE (RCL 1978, 2836)) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 (RJ 2005, 2193) de 2.2, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado dicho elemento.

En este caso, no existe una referencia jurídica en modo alguno en la redacción que se cita, lo que incumple la exigencia de que la cita sea jurídica y suponga la introducción en el hecho probado de connotaciones técnico-jurídicas. La referencia a que "aceptaron una proposición inasumible que vulneraba lo dispuesto en los estatutos y en la política retributiva de los consejeros por ella fijada", se halla fuera de los parámetros en los que tal infracción se mueve. Los términos que utiliza el juzgador en este caso son términos totalmente descriptivos, y no comportan una referencia o mención jurídica que adelante el fallo.

Resulta evidente que todo ello probado predetermina el fallo, porque es el dato en el que se basa el Tribunal para construir la sentencia adicionando el proceso valorativo y el detalle técnico-jurídico de la argumentación que se construye para el dictado de la sentencia. Y el objetivo de este motivo es que esta parte segunda no esté integrada en la primera, es decir, en la de los hechos probados, pero esto no ocurre en este caso.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.-

4.- Por vulneración de derechos fundamentales reconocidos a mi mandante en el art. 25 C.E. (RCL 1978, 2836) , respecto al principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, por no ser los hechos declarados probados en la sentencia de carácter típico respecto del delito por el que ha sido condenado, del art. 252 en relación con el art. 250.6 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777)

Se considera que el relato fáctico de la sentencia no puede ser incardinado en el artículo 252 CP, en su redacción dada por la reforma de la LO 15/2003 (RCL 2003, 2744y RCL 2004, 695, 903) , vigente a partir del 1/10/2004, por cuanto que las conductas típicas que se refieren en el precepto no pueden ser incardinables en las conductas de apropiación indebida del artículo 252, pues en esas fechas existía un capítulo 13, denominado "los delitos societarios", específico y que regulaba las actuaciones de los administradores de sociedades, con una regulación específica y concreta.

Este motivo ya ha sido ampliamente tratado en el FD nº 9, y también en el FD nº 42 a los que nos remitimos en su extensa explicación. No se ha condenado por una conducta no tipificada como delito en el Código penal, ni se ha aplicado un precepto penal analógicamente en contra del reo, sino que el Tribunal ha condenado por una conducta que ha sido calificada por las acusaciones como un delito de apropiación indebida y se halla tipificada expresamente en el Código penal. Se ha condenado por apropiación indebida al momento de los hechos. Y se ha explicado las razones de esta adecuada tipificación de forma extensa, sin que se haya operado o actuado en modo alguno en perjuicio del reo.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.-

5.- Por vulneración de derechos fundamentales reconocidos a mi mandante en el art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y el art. 24 C.E. (RCL 1978, 2836) , respecto al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y vulneración del principio acusatorio en su vertiente al derecho a conocer la acusación que se formula contra el reo.

Se alega que "el Ministerio Fiscal acusó al acusado por un delito del artículo 252 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) en relación con el artículo 250, párrafo 5º, y sin embargo al acusado la Sala le condenó por la agravante del párrafo 6º del artículo 250, sin que se hubiera hecho referencia para nada por parte del Ministerio Fiscal a

dicha circunstancia".

Este motivo también ha sido tratado con detalle en el FD nº 16 al que nos remitimos por quedar en el mismo resuelta la alegación.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.-

6.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) por infracción del art. 28 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777), por cuanto que la Comisión de Retribuciones de la CAM y sus miembros no pueden ser autores del delito por el que se les condena, ni tampoco pueden ser condenados como inductores o cooperadores necesarios del mismo.

Se alega que el recurrente "no puede ser autor el acusado por cuanto que ni como miembro de la Comisión de Retribuciones, ni como miembro del Consejo de Administración, no puede ser autor ni inductor ni cooperador necesario, que es equiparable al autor".

Se ha tratado con sumo detalle anteriormente toda la referencia a la intervención de la comisión de retribuciones y a la responsabilidad de los miembros que la conforman, a lo que nos remitimos por su especial función en el desenvolvimiento del iter delictivo, aunque su menor papel relevante lo que tiene incidencia, como luego veremos, y ya lo hemos expuesto, también, con detalle, es en el reproche penal del quantum de la pena.

Se ha tratado, en consecuencia, con sumo detalle esta responsabilidad en el FD nº 15 de la presente resolución. Además, debemos hacer mención al análisis que se ha llevado a efecto en el FD nº 10, y que luego se expresa en el FD nº 58 sobre la coautoría a lo que nos remitimos.

Y, por ello, sobre la autoría se vuelve a incidir en la correcta motivación del Tribunal en orden a fijar en este punto que:

Responsabilidad de la comisión de retribuciones:

La Comisión de Retribuciones hizo clara dejación de sus funciones y mostró conformidad, aceptó una propuesta que, conocida en sus detalles, era inasumible.

1.- En primer lugar, afectaba directamente al Presidente de la entidad, lo que no pudo pasárseles por alto.

La propuesta suponía romper con una tradición instaurada de que nunca antes el Presidente había cobrado dieta alguna en empresa participada del grupo.

Tenía por ello especial trascendencia.

2.- En segundo lugar, el presidente tenía un régimen legal y estatutario diferenciado, se le podría haber fijado una remuneración dotándole de carácter ejecutivo y dedicación exclusiva, a diferencia de los que sucedía con el resto de los componentes de los órganos de gobierno, si bien previo cumplimiento de unos criterios rigurosos, al margen que, como dejó entrever Efrain, parece no tenía el perfil técnico y experiencia bancaria.

No eran aplicables, por tanto, los argumentos que habían llevado a establecer la remuneración del resto de vocales en otras participadas. Era una medida excepcional.

3.- En tercer lugar, contradecía la política de nombramientos de consejeros en empresas participadas expuesta por el Director General, y que respondía a la conveniencia de que los consejeros conocieran y participaran activamente en todas las áreas de negocio.

4.- En cuarto lugar, cuadruplica el importe de la dieta por asistencia de los presidentes de otras empresas participadas, importe que acababa de ser actualizado por Consejo el año anterior previo informe de esta misma comisión.

5.- En quinto lugar, admitía una absoluta indefinición en la actividad a desarrollar y en el sistema de retribución.

6.- En sexto lugar, se contradecía con el acuerdo 1º adoptado en esa misma sesión en relación con la congelación de remuneraciones del equipo directivo. Eran momento difíciles y convulsos no solo para la entidad, inmersa en un proceso de reestructuración del sector, sino para los directivos, como demuestra el punto primero del acta de la sesión del 26 de noviembre donde habían acordado mantener la congelación de la retribución fija "dada la actual situación del mercado, y las recomendaciones de moderación".

En definitiva, se conformaron con una información concisa solo referida al montante global de la retribución sin que ni siquiera se especificara con claridad su concepto, naturaleza y modo de retribución.

Asumen, sin embargo, que se trataba de una dieta por asistencia al consejo, pero sin poder dar explicación razonable a qué respondía la inusitada diferencia para cobrar cuatro veces más que los presidentes de otras participadas.

Cuando se les preguntó, claramente Felipe asumió que se le pagaba por toda su actividad en la CAM, y luego aclaró que él como miembro de la comisión o del consejo

dada una opinión y suponía que asesoría jurídica y los encargados de llevarla a efecto adoptarían las medidas oportunas para asegurar la legalidad.

Florian también indicó eso mismo en periodo instructor, si bien en el juicio precisó que era solo actividad como presidente ejecutivo, pero de TINSER.

Y Fulgencio indicó se le pagaba por realizar una ingente labor.

Cuando son interrogados los miembros de la Comisión de Retribuciones son incapaces de aducir un contenido real y específico que pudiera justificar el carácter "proporcionado a criterios de mercado" de la remuneración.

Si no se concreta ni especifica la tarea encomendada ni el concepto de la retribución, ¿cómo se puede afirmar que es proporcionada conforme a criterios de mercado?

Los datos agregados y globales de otras cajas utilizados por Efrain nada permitían aclarar.

Unas veces se nos indica que tenía que trabajar mucho, que no era solo por asistir a los consejos de administración, pero la retribución que se fija en forma de dieta por asistencia.

Tratándose de una dieta por asistencia, es decir, funciones deliberativas, se incumplía los propios criterios internos de la CAM para la retribución en otras empresas participadas.

Conclusión de relevancia para el Tribunal:

Asumieron, en definitiva, que el pago encubría algo diferente y distinto del cobro de una mera dieta por asistencia en una sociedad instrumental sin capacidad de determinación estratégica o de vigilancia autónoma, y ese algo distinto era el pago de labores meramente protocolarias dentro de la CAM, y, en consecuencia, vulneraba la prohibición estatutaria, siendo por tanto ilícito.

Con ser todo ello determinante de que fueron conscientes de los detalles que convertían la propuesta en extraordinaria, indeterminada, excesiva, desproporcionada, injustificada e ilícita, asumieron que se silenciaran esos pormenores de la propuesta al grueso de los vocales del consejo, elevando por todo informe una misiva enigmática en la que parecía solo mostraban acuerdo con el nombramiento, ocultando todo dato o circunstancia sobre su carácter remunerado, y en su caso, naturaleza de la remuneración y sistema detallado de retribución.

En definitiva, lo único que hicieron fue asumir como valido sin cortapisa ni control de

legalidad ni estudio de proporcionalidad a mercado, la cuantía de 300.000 euros anuales.

Ello se acredita porque la propuesta que ya estaba predeterminada y reflejada en la preacta hablaba de una retribución en forma de dieta anual, pagadera trimestralmente e incluso establecía una llamativa cláusula de actualización conforme a IPC.

Nada de ello se correspondía con lo acordado en la Comisión de Retribuciones.

Precisamente el único apartado que se dejaba en blanco en el escrito de preacta era el importe de la remuneración. Es decir, lo único que determinó la Comisión de Retribuciones, pero suficiente para conocer su ilegalidad.

La propuesta también hablaba del carácter retroactivo de la retribución, otra cuestión que se había silenciado en la reunión de la noche antes.

Fulgencio solicitó aclaraciones y se dio por satisfecho.

Florian también la da por buena y aportó la explicación facilitada por el Director General.

La dieta no es el modo de retribución de labores ejecutivas.

Los esquivos y poco convincentes intentos de justificar la actividad han acabado en fracaso, dejando entrever que, en realidad, se le pagaba como presidente de la CAM por meras labores representativas-institucionales.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la ilegalidad palmaria de la decisión de retribuir tan generosamente al presidente de TINSER, que no pudo pasárseles por alto a los miembros de dicha comisión, que contribuyeron con su actuación a dar verosimilitud al artificio orquestado para ocultar un pago prohibido. Y, además, no solo aprobaron la propuesta, sino que aceptaron que toda la información remitida al consejo de administración se limitara a la lectura de la rebuscada misiva que en realidad nada aportaba".

Y ya para concluir se explicita la autoría de la comisión de retribuciones al apuntar que:

"Autoría de los miembros de la comisión de retribuciones.

Son también autores del delito, en tanto que administradores encargados de velar por el bien social, y especialmente delegados para conocer e informar al Consejo de Administración de la política retributiva, los miembros de la Comisión de Retribuciones, Fulgencio , Florian y Felipe que:

a.- Conocieron e informaron favorablemente la percepción ilícita, injustificada y desproporcionada de la remuneración en favor de Justino, faltando a la lealtad con el resto de los vocales del Consejo al admitir que se les ocultara información relevante sobre los detalles de la operación.

b.- El precepto aplicado no exige el animus rehi sahibiendi, y permite en la modalidad de distracción o gestión desleal que el beneficio sea para un tercero.

c.- Sin el informe favorable del Comité de Retribuciones era inviable que se hubiera podido llevar a cabo el pago de tales remuneraciones, y la función específica encomendada les situaba como garantes de la corrección de los acuerdos en materia retributiva.

De no existir informe favorable de la comisión el consejo no hubiera podido limitarse a aprobar rutinariamente el nombramiento sin conocer los detalles.

Participación de los miembros de la comisión de retribuciones.

La participación del resto de administradores en el delito protagonizado por Presidente y Director General, presentaba un evidente problema de prueba. Era necesario constatar si objetivamente habían participado, por acción o por omisión, en su realización y, una vez constatada su contribución personal comprobar si fueron conscientes de que estaban favoreciendo, colaborando en la comisión de ese delito, bien porque conocieron tanto los hechos como su carácter antijurídico, o conociendo que tales hechos comportaban un riesgo cierto de lesión, en el caso analizado para el patrimonio social cuya administración tenían encomendado, lo aceptaron sin proceder a su anulación, mediante una acción que lo evitara o neutralizara. Dado que en todos ellos concurre la condición de administradores especialmente encargados de velar porque nadie disponga ilícitamente del patrimonio social, y todos ellos violan personal e individualmente un deber de fidelidad inherentes a su status, siendo conocedores del riesgo evidente de que la acción aprobada, aceptada o favorecida tenía de acabar causando un perjuicio patrimonial, no debe existir problema en considerarles autores, dado que en la modalidad de apropiación por gestión desleal es indiferente que el no exista animus rem sibi habendi y por tanto el beneficio sea para un tercero.

Con independencia de las irregularidades en la plasmación documental de los acuerdos, la responsabilidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones también es clara:

1.- A ellos les incumbía una posición de garantía reforzada por sus conocimientos y facultades específicas como miembros cualificados de esa comisión especializada

que durante años había supervisado e informado al consejo de administración sobre la política retributiva general de la Caja, y

2.- Contribuyeron personalmente al resultado final, de manera activa con su informe preceptivo favorable, aun cuando no fuera vinculante, y en forma omisiva con la asunción como válida de una información a sus compañeros que sabían parcial e incompleta.

3.- La aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad.

4.- Detentan el dominio funcional ya que la actividad que aporta en la fase ejecutiva lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente, con los demás coautores.

5.- La fundamentación de la calificación de autoría en tales supuestos se centra en lo que se ha denominado imputación recíproca entre los partícipes que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho (STS 787/2016 de 20 de octubre (RJ 2016, 4946) y 12/2014 de 24 de enero (RJ 2014, 1606)).

Se parte de que el dolo de cada uno de ellos abarca el resultado, al menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto que genera, junto con las aportaciones de los demás. Ciertamente tal reciprocidad en la imputación se rompe si las acciones de cada interviniente suponen un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos (SSTS 141/2016 (RJ 2016, 916) y 603/2015 (RJ 2015, 5772)). Es decir, todos ellos se sitúan en posición de garante respecto de los riesgos creados con la conducta de cada uno, siempre que, como aquí ocurre, conozcan la existencia del hecho y puedan evitar la concreción lesiva de aquel.

6.- No se les condena solo por ser miembros del Consejo.

Y aunque la STS 234/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 4482) estableció que la simple condición de ser miembro del consejo de administración "no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan", ello

no es aplicable a la actividad individual del caso concreto pues está referida al control de un riesgo inherente a la actividad del propio consejo de administración (que no es lo mismo que los generados por cada consejero en la actividad empresarial propia) como es la determinación de la política retributiva de los consejeros y altos directivos que tenía encomendada de forma especial la repetida Comisión de Retribuciones en atención a su especial preparación.

Mucho más cuando se trataba de retribuir al presidente de la entidad, se verificó como una dietas simuladas, eludiendo la disposición estatutaria y orillando la problemática específica que presenta la retribución de los consejeros/presidentes ejecutivos con la complejidad y problemática que ello comporta, reflejo de la cual es la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 897) de la Sala 1ª del TS y la polémica doctrinal que suscita la discusión entre las denominadas teorías del doble vinculo y de la compatibilidad".

Se ha hecho mención en diversos motivos de los sustentados por los dos anteriores recurrentes al papel relevante de los miembros de esta comisión en cuanto a la decisiva participación en el informe favorable, y sobre ello sí que tenían el dominio del hecho para avalar el iter delictivo, y con ello participar y colaborar en el ardid llevado a cabo para el propósito delictivo. Lo que sí puede tener incidencia el alegato del recurrente es en la medición de la pena a lo que más tarde nos referimos.

La incidencia en la penalidad en cualquiera de las modalidades del art. 28 es irrelevante a los efectos de la pena, ya que se ha analizado también descartar la vía del art. 65.3 CP en el FD 11º al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.-

7.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1, por infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 249 y 250.6 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777)

Se alega que "si el plan urdido para que Justino cobrara indebidamente, la sentencia (PROV 2018, 312186) no recoge dato alguno y mucho menos que el acusado formara parte de dicho plan, resulta más que evidente que el mismo se encontraría como miembro del Consejo de Administración en las mismas condiciones que todos los demás que fueron absueltos por la sentencia dictada. Por otro lado, ha quedado acreditado que, como miembro de la Comisión de Retribuciones, no tenía ningún plus añadido para ser reprobada penalmente su conducta por lo que, respecto a la actuación desplegada por el mismo, no puede ser incardinable en los artículos 249 y 250.6 CP. Y todo ello sin perjuicio de lo anteriormente manifestado respecto a la

tipicidad de la conducta que vulnera el artículo 25 CE (RCL 1978, 2836) , respecto al principio de legalidad en su vertiente de tipicidad".

De nuevo se vuelve a incidir en cuestiones ya analizadas en cuanto a la concurrencia de los elementos del tipo penal objeto de condena, a lo que se ha hecho mención en el FD nº 9 y a la responsabilidad de los miembros de la comisión de retribuciones (FD nº 15) y su modalidad comisiva (FD nº 29). La colaboración de los miembros de la comisión fue importante, aunque no fueran ellos de los que partiera la idea inicial, o la iniciativa, pero resultó importante la aceptación favorable de la propuesta, con los datos que ya disponían, y ello resulta evidente que suponía adherirse de forma tácita al plan ideado de CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad. Además, a los efectos punibles No importa que los informes que ellos emitían no fuesen vinculantes, aunque sí preceptivos, sin embargo, en este caso fue determinante para el acuerdo adoptado en el Consejo de Administración de la CAM posteriormente. Ya se ha explicado con detalle y reiteración en esta sentencia (Ver FD nº 9) las razones por las que es correcta su ubicación de los hechos como apropiación indebida, frente a la administración desleal.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO

8.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y por vulneración del art. 24 C.E. (RCL 1978, 2836) , respecto al derecho a un proceso con todas las garantías, a la obtención de la tutela judicial efectiva y por vulneración de la presunción de inocencia, al haberse infringido la doctrina relativa al valor incriminatorio de la confesión de un coacusado.

Se alega y cuestiona "la interpretación y, en su caso, la posible aplicación del contenido y efectos de la confesión del coacusado Justino; que el Tribunal deduce respecto de los hechos por los que ha sido acusado el acusado, y relativo al acuerdo alcanzado entre Justino y el Ministerio Fiscal, y es que es considerado como una asunción de los hechos establecidos por el Ministerio Fiscal en su escrito, y que entiende el Tribunal que son de aplicación al resto".

Se ha tratado de forma detallada sobre este punto en el FD 4, submotivo 1 antes expuesto, y al que nos remitimos donde consta con detalle el valor dado a la declaración del coimputado confeso en este caso y al resto de la prueba de corroboración que se cita, ya que en el FD nº 1 se ha hecho referencia a una extensa prueba de corroboración que se menciona en torno a una extensa prueba documental; las declaraciones del resto de los acusados, así como de dos testigos, lo que ya se ha expuesto con detalle que todas estas pruebas (documentales y

personales), han servido como elementos de corroboración del reconocimiento de hechos, y que, además, no olvidemos que no constituyó, tampoco, una delación.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO-

9.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1, por infracción de ley por indebida aplicación del art. 252 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en relación con el art. 250.6 C.P., al no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del ilícito.

Se alega que se "Considera que no son aplicables los artículos 252 en relación con el artículo 250.6 C.P., a la actividad desplegada por el acusado como miembro de la Comisión de Retribuciones y del Consejo de Administración a la vez. Y para el caso de que no se estime el motivo de recurso por vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, artículo 25 CE (RCL 1978, 2836) ".

Ya se ha hecho mención a esta cuestión de forma extensa en los FD nº 9 y 42 a los que nos remitimos, y en cuanto a la responsabilidad del recurrente como partícipe de esta comisión en el FD nº 15. Se incide a lo largo del recurso en el carácter no vinculante de su informe, y en la accesoriedad de la actuación llevada a cabo, pero la sentencia no comparte estos alegatos y el Tribunal lleva a cabo un examen acerca de la relevancia de su actuación, no obstante tendrá un efecto en la pena su menor incidencia, o gravedad del hecho en comparación con el primer recurrente, porque es en la motivación de la pena donde pueden tener incidencia las alegaciones formuladas, pero no en la tipicidad de los hechos, y, por ello, en la subsunción de los mismos en el delito de apropiación indebida, como se ha explicado en el FD nº 9 de la presente resolución. Los hechos enjuiciados han sido correctamente calificados como un delito de apropiación indebida, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos que exige tal tipo penal.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.-

10.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y por vulneración del art. 24 C.E. (RCL 1978, 2836) , respecto al derecho a un proceso con todas las garantías, y a que no se produzca indefensión.

Se afirma por el recurrente que "La existencia de dos escritos de acusación diferentes, con hechos contradictorios en los mismos supone un vicio procesal y una irregularidad más que evidente, pero lo importante es que en este escrito de acusación ad hoc, además de apreciarle la atenuante de reconocimiento de hecho y

reparación del daño, como muy cualificada, se pide para el acusado Justino la pena de nueve meses de prisión y multa de cinco meses con una cuota diaria de 60 euros. Afirma que existen dos escritos de acusación diferentes y contradictorios entre sí".

La técnica que se sigue en estos casos de reconocimiento de los hechos es la correcta, ya que cuando ocurre en un juicio que un acusado desea reconocer los hechos es obvio que la acusación está legitimada para modificar sus conclusiones provisionales al objeto de reconducirlo al reconocimiento de los hechos, sin que ello le suponga al resto de acusados una vulneración en su derecho a un proceso con todas las garantías, ya que al resto se pueden mantener las conclusiones o modificarlas tras la práctica de la prueba a tenor de lo que resulte en la práctica de la prueba en el juicio oral, como aquí ocurrió respecto del acta del Consejo, y que es perfectamente válido, ya que hemos sostenido que la acusación final sobre la que girará la sentencia es la mantenida y sostenida en los escritos de conclusiones definitivas, pero nada impide que en un juicio con varios acusados, uno de ellos quiera reconocer los hechos, lo cual no puede ser impedido por el resto, porque de ser así sí que se vulnerarían en este caso los derechos a un proceso justo, si se quieren reconocer los hechos y ello lleva consigo la necesidad de un cambio en las conclusiones del fiscal manteniendo las mismas para el resto de acusados, en su caso.

Y sobre ello se pronuncia la sentencia al destacar que:

"El presidente Justino ha asumido los hechos imputados por el Ministerio Fiscal. En definitiva, ha reconocido haberse embolsado 600.000 euros como Presidente de Tinser Cartera S.L. sin contraprestación alguna. Ha reconocido haber percibido tan importantes emolumentos por una función meramente representativa y protocolaria como Presidente de la CAM, pese a que por disposición legal y estatutaria su desempeño tenía que ser gratuito y meramente honorífico. Es preciso destacar que sí que declaró en el acto del juicio, remitiéndose al contenido íntegro del escrito suscrito junto con las acusaciones, si bien, se acogió a su derecho a no contestar a las preguntas formuladas por el resto de las defensas. Ello es una estrategia perfectamente válida y que no supone merma alguna en las posibilidades de defensa del resto de acusados. El escrito suscrito por este acusado no puede considerarse como una conformidad estricta, inviable en cuanto el resto de acusados no reconoció hecho delictivo alguno, y es solo la plasmación del acuerdo alcanzado con el Ministerio Fiscal que se formalizó en el momento de elevar las conclusiones a definitivas".

No existe en este caso una contradicción en los hechos, o con la acusación al resto, sino que la individualización de su situación permite a la fiscalía fijar el quantum de pena proporcional a su actuación procesal a la que tiene derecho de conformidad sin

tener por qué pedir autorización al resto de acusados.

Lo que lleva a cabo la Sala e este caso es lo correcto, como fue celebrar el juicio (art. 696 LECrim (LEG 1882, 16)) y fijar en la sentencia los hechos probados de acuerdo con la total actividad probatoria practicada en el juicio oral y no (exclusivamente) con el escrito de conformidad, ya que éste se sujetaba a un solo acusado que se mostró conforme a unos hechos, y sobre el resto se celebró el juicio y se practicó prueba, pero ello es legal y correcto.

Como reconoce la mejor doctrina en estos casos la filosofía de la conformidad suele centrarse en que al acusado le puede suponer ser más ventajoso reconocer los hechos y conseguir una rebaja de la pena, si así se pactara con el Fiscal que la exposición a una pena mayor si se desarrolla el juicio en condiciones normales. Por ello, generalmente, las conformidades van aparejadas a una cierta rebaja de la penalidad por las acusaciones que determina la corolaria conformidad del acusado.

En este caso, la modificación de conclusiones del Ministerio Fiscal para con el condenado Justino no ha causado al recurrente en ningún momento indefensión.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO.-

11.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1, por infracción de ley por no aplicación del art. 14, apartados 1º y 3º C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en relación con el error invencible sobre el derecho constitutivo de la infracción penal o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Subsidiariamente, por no aplicación del último párrafo del punto 3º del citado art. 14 C.P.

Considera el recurrente que "existen argumentos determinantes que pudieran haber configurado el concepto de la existencia del error invencible por parte del acusado para considerar que lo que estaba haciendo pudiera ser perfectamente legítimo y lícito; pues a tenor de las circunstancias, nada pudo hacer pensar al acusado que pudiera estar cometiendo un delito".

Se ha tratado sobre el alegato del error de prohibición invencible en el FD nº 30, donde se han expuesto con detalle las razones de la desestimación del alegato del citado error en los miembros de la comisión de retribuciones.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO.-

12.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 por infracción de ley por no

aplicación del art. 21.6 en relación al 66.1, ambos del C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777)

Se reclama la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Se ha tratado sobre este tema en el FD nº 12 de la presente resolución donde explicamos con detalle la vía alegada de la atenuante como simple y como muy cualificada, no obstante la determinación de la pena supone la eficacia en parte a nivel de pena, pero en cuanto a la necesaria individualización judicial de la pena, que a continuación se fija, no por reconocimiento expreso del alegato.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO.-

13.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y por vulneración del art. 24 C.E. (RCL 1978, 2836), por infracción del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 , 120.3 y 9.3 C.E.), ante la insuficiente y arbitraria individualización penológica.

Se pretende que se determine la individualización y atenuación de la pena, estableciéndola en proporción a la conducta desplegada y a las circunstancias concurrentes en el caso. Y en este punto hay que dar la razón al recurrente, como ya se ha explicado con detalle en los FD nº 14 y 34 en cuanto al quantum de pena a imponer a los miembros de la comisión a los que nos remitimos.

En este caso procede fijar la penalidad al recurrente en la de UN AÑO DE PRISIÓN, con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, SEIS MESES DE MULTA con cuantía de 75 euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777), e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena.

Se aplica en este caso la extensión de la fundamentación jurídica expuesta en el FD nº 14 en cuanto a la proporcionalidad de la pena en atención a la impuesta al responsable principal que se beneficia del importe apropiado y se obliga a devolver.

Se estima el motivo.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO.-

14.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y por vulneración del art. 24 C.E. (RCL 1978, 2836), por infracción del respeto a la tutela judicial efectiva, al no haberse individualizado la pena correctamente, y por no aplicación de lo

preceptuado en el art. 50.5º C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777)

Se estima parcialmente el motivo en tanto se ha rebajado la cuantía de la multa en proporción a la gravedad de la intervención de los miembros de la comisión, pero la imposición de la pena de multa deriva del art. 250 CP aunque se fija en la de seis meses antes citada, y en la cuantía señalada que se rebaja conforme ya se ha explicado, fijando el Tribunal que El importe fijado a la cuota diaria de las penas de multa, se ha establecido, conforme a los dispuesto en el art. 50.5º CP , en atención a los ingresos salariales, dietas, indemnización al tiempo de jubilación y actividades mercantiles ejercidas por los respectivos condenados, que bien han sido reconocidas o constan en la documentación de la causa. Efrain percibía una elevada remuneración salarial fija, más bono por objetivos, habiendo recibido una millonaria indemnización a su jubilación. Los tres miembros de la Comisión de Retribuciones y el Secretario del Consejo percibían elevadas cantidades en concepto de dietas de empresas participadas de la CAM además del ejercicio de otras diversas actividades remuneradas en empresas familiares, medios de comunicación o universidad.

Pero en orden a la necesidad de adecuar la pena a la real responsabilidad en los hechos de los miembros de la comisión de retribuciones y la adecuación global del reproche penal a los hechos se fija la anteriormente señalada.

Se estima parcialmente el motivo.

RECURSO DE Fidel

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.-

1.- Al amparo de la causa primera de art. 849 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por infracción de preceptos de carácter sustantivo y otras normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal.

El recurrente denuncia la aplicación indebida de los artículos 252 y 11 ambos del C. Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) .

Señala el recurrente que no puede admitirse el deber de garante que se le confiere en la sentencia, sin que, por ello, se le pueda atribuir responsabilidad, y que no existe normativa que le atribuya dicha función, que su función lo era de naturaleza más administrativa que sustancial, que no crea, por si sola, un mandato de garantizar la legalidad formal y regularidad procedimental de los acuerdos, que no es consciente de que el acta pudiera estar siendo falseada, que el mero conocimiento de los hechos no supone contribución alguna a su comisión, y que los hechos probados no constituyen un delito de apropiación indebida para el recurrente.

Pues bien, hay que recordar cuál fue el proceso de fijación de los hechos probados y la valoración de la prueba del Tribunal en relación a la conducta del recurrente. Así.

1.- Consta en los hechos probados que: "En atención a sus funciones, respecto del tema objeto de discusión, podemos diferenciar, en primer lugar, al Presidente de la CAM, Justino, y al Secretario del Consejo de Administración, Fidel. En segundo lugar, estarían aquellos consejeros que a su vez formaban parte de la Comisión de Retribuciones, su presidente Florian, y los vocales Felipe y Fulgencio. En último lugar se encuentran el resto de vocales del Consejo de Administración, si bien, Leovigildo, Florian y Leonardo ejercían funciones de Vicepresidentes al tiempo que Presidentes de los respectivos Consejos Territoriales.

...

En el Consejo de Administración del día siguiente, 27 de noviembre de 2009, en diversos momentos de la reunión se abordó y mencionó la propuesta de modificación del órgano de gobierno de la sociedad Tinser Cartera S.L. dentro de un supuesto proyecto de relanzamiento de la sociedad como vehículo inversor de la CAM en empresas no cotizadas. Así, en el punto 2º el Secretario de la Comisión de Retribuciones procedió a dar lectura de la carta informativa remitida y que, en relación al tema de Tinser Cartera S.L., era del tenor literal siguiente: "Se acuerda informar favorablemente el nombramiento de D. Justino Presidente de la CAM como Presidente de la Sociedad Tinser Cartera, S.L.". En el punto 4º el Director General de Empresas Participadas dio cuenta de esa nueva estructura diseñada para el impulso de Tinser. También el Director General, Efrain, intervino en diversas ocasiones defendiendo la propuesta. Ningún consejero mostró objeción u oposición por lo que la propuesta se entendió aprobada.

7º. No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, al carácter retroactivo. Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, Fidel, con el único control del Presidente, indica literalmente, dentro de su apartado 4 (Informaciones y propuestas del Director General): "Oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones, y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera S.L. esté presidido por el Presidente de la Entidad, D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial, se dote de mayor fortaleza a la gestión de la Sociedad y se mejore la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM. La dieta anual a percibir por el Sr.

Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su cuarta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC".

2.- La valoración de la prueba sobre su responsabilidad gira sobre los siguientes extremos:

a.- 1.-Prueba documental.

El núcleo de la prueba documental viene conformado por los siguientes documentos entre los que podemos destacar

Seis documentos básicos:

1. El orden del día de la convocatoria del Consejo de Administración para el 27 de noviembre 2009 (f. 468-474 del Tomo II). Nada reflejaba sobre el denominado Proyecto Tinser.

2. Acta de la Comisión de Retribuciones celebrada en la tarde del 26 de noviembre de 2009 (folio 320 Tomo I), así como la carta comunicada y leída en la reunión del Consejo de Administración del día siguiente, recogida literalmente en el acta del consejo de administración de fecha 27 de noviembre de 2009.

3. El documento de trabajo denominado preacta, con anotaciones manuscritas del propio Secretario del Consejo de Administración D. Fidel. (f. 328 del Tomo I).

4. El correo electrónico y borrador del acta que remitió el 2 de diciembre de 2009 el Secretario de actas y Letrado Asesor al Presidente de la CAM y al Secretario titular "para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad" (f. 774 Tomo II, doc 19 aportado en su declaración como imputado).

5. El acta del Consejo de Administración de la CAM de fecha 27 de noviembre de 2009, que consta aprobada y validada el día 9 de diciembre siguiente. Aparece a los folios 475- 508 del Tomo II. En el último párrafo del folio 478 vto. está el acuerdo discutido.

Especial mención a los siguientes documentos que acreditan gran parte de los hechos declarados probados:

1.- Como documentos "históricos" se ha hecho especial referencia a las actas de Consejo de Administración de 17 de marzo y 15 de julio 2005, así como las respectivas actas de la Comisión de Retribuciones de 14 de marzo y 15 de julio (Docs. 4 a 7. Rollo prueba defensa Efrain f. 14 y ss) (Hecho 3º).

2.- Certificados de retenciones a efectos de IRPF correspondientes a los ejercicios 2009-2011 practicados por Tinser Cartera S.L. respecto de Justino (F. 1244 y 1245; y 1260-69 Tomo IV). (Hecho 10º).

3.- El correo electrónico aportado por D. Fidel de la mañana del día 10 de diciembre de 2009 (f. 337 Tomo I).

4.- Carta remitida por la dirección Servicios Jurídicos a la Dirección General el 6 de octubre de 2015 sobre dietas en órganos de gobierno y dietas en Consejos de Administración de sociedades participadas. (Doc. 8 Rollo prueba RLA. f. 125).

...

2.- Los Estatutos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo que aparecen unidos al folio 757 del Tomo III. (Hecho 2º).

3.- La reseña del acta supuestamente leída en el Consejo de diciembre, remitida por el Bando Sabadell (f. 992 del Rollo de Sala, prueba interesada por la defensa de Leovigildo).

4.- Acta del Comité de Dirección del día 24 de noviembre de 2009 (f.323 Tomo I).

b.- TERCER GRUPO:

Secretario del Consejo de Administración, Fidel.

Éste, como no podía ser de otro modo, pues es quien estatutariamente tiene encomendada la redacción y validación del acta, junto con la firma del Presidente, asume la autenticidad del acta, fiel reflejo de lo acontecido y aprobado por el Consejo de Administración del día 27 de noviembre, si bien, cuando se le preguntó (9:55 sesión 6 de junio) como discurrió la sesión, se remitió al acta "había muchos puntos, había Asamblea", de la que tenía que ocuparse, "fueron muchos puntos, 60 folios, no lo sabe exactamente si fue en el 2,4 o 8".

Añadió que "no era responsable de la redacción definitiva", que intercambiaba opiniones y apreciaciones de estilo con Jose Francisco.

Que éste era muy puntilloso.

"Que nunca, ni él, ni el Secretario de Actas hubieran admitido que se pusiera algo que no había sucedido".

Su testimonio aporta datos del máximo interés, y, pese a su compleja situación en medio de una tensión evidente entre el equipo directivo y el grueso de los consejeros de base, reconoce que discutió la redacción del acta con el Secretario de Actas y

letrado asesor, D. Jose Francisco, existiendo discrepancias sobre quién, en qué momento y con qué términos expuso la propuesta concreta de la remuneración a percibir en concepto de dietas por Justino como presidente del Consejo de Administración de TINSER y el reconocimiento de derechos "retroactivos", y en qué apartado concreto del acta reflejarla.

Prueba de ello fueron las conversaciones y email que intercambió con el letrado asesor, y que aportó a su primera declaración.

La explicación de cómo dio el visto bueno final a la redacción del acta (coincidente en este punto con la versión de Jose Francisco) confirma que se produjo, finalmente, mediante una conversación telefónica en la tarde noche del día 9 de diciembre, que le insistió que era el último día y que la confirmó mediante el email aportado, fechado al siguiente día hábil, en el que, curiosamente, todavía da instrucciones sobre el contenido del acta.

Preguntado sobre lo llamativo del importe de la retribución cuando apenas un año antes se había fijado el máximo para los presidentes de participadas en 80.000€, manifestó que la Comisión de Retribuciones aprobó plantear al consejo y no le pareció ni bien ni mal, que aprobó la retribución, lo vio bien "a condición de que iba a desarrollar un trabajo. Debía esforzarse mucho. No tenía por qué dudar de los técnicos ni menos del Director General" (minuto 10:08 sesión 6 de junio).

c.- Conclusiones respecto a lo ocurrido en el Consejo:

1.- El Consejo de Administración no fue informado, no deliberó y, por tanto, no pudo aprobar de forma unánime el importe de la retribución anual a percibir por Justino como Presidente de Tinser Cartera S.L., ni su carácter retroactivo.

2.- No se adoptó el acuerdo con el tenor literal que aparece en el acta. De facto, está conclusión es compartida por las acusaciones, aunque no conllevó una modificación de sus conclusiones. De forma explícita por la acusación particular/popular que retiró la acusación frente a todos los consejeros, manteniendo la petición de condena sólo respecto del Presidente, Director General y Secretario del Consejo de Administración de la CAM. Y de manera implícita en la postura del Ministerio Fiscal, que, en vía de informe, asumió el carácter formal de su elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, cumplimentando las exigencias del principio acusatorio que habilita la valoración con libertad de criterio por parte de la Sala, pero expresando sus dudas razonadas sobre, al menos, 13 de los acusados, pues, como ya hemos avanzado, en el grueso de los vocales del consejo diferenciaba la posición de los tres vicepresidentes que al tiempo ejercían como presidentes de los comités territoriales. No obstante, la convicción de la Sala sobre dicho extremo debe

seguir siendo objeto de justificación, pues, afecta de forma directa a los argumentos de defensa del resto de acusados.

d.- Conclusión clave para el Tribunal:

"Se articuló una artimaña de ingeniería societaria o abuso de la persona jurídica para burlar la clara prohibición estatutaria, para cobrar un dinero en contraprestación a un labor meramente representativa que era por definición gratuita y honorífica".

Lo que sostenemos es que:

1.- La remuneración que se confirió al Presidente de la CAM vulneraba una clara prohibición normativa, y para ocultarlo se utilizó el subterfugio de un órgano de gobierno absurdo, inútil e innecesario.

2.- No existió prestación de servicio que conllevara tiempo, dedicación y responsabilidad, al margen de su condición de Presidente de la CAM que pudiera justificar su percepción, y, además, bajo una apariencia formal y simulada de transparencia, se quebró de forma abrupta e injustificada la ya generosa política general de retribuciones de los consejeros por su intervención en empresas participadas del grupo.

3.- Ello denota a las claras que se trató de pagar algo más que la simple asistencia y dirección de un órgano de gobierno, a sabiendas que ello excedía de forma notoria los poderes de administración encomendados delimitados en los Estatutos de la Caja.

...

La explicación del por qué se llevó aparentemente a deliberación, o más correctamente, por qué se quiso que figuraran los detalles concretos de cuantía y retroactividad en el acta era para evitar que fuera el propio Presidente actuando en representación de la CAM quien se fijara a sí mismo la remuneración en el nuevo órgano ficticio ideado, lo que hubiera sido más escandaloso, aunque formalmente delegara la representación en una directiva subordinada del equipo de empresas participadas, Modesta, y para que no pudiera haber reticencias por parte de los directivos que iban a conformar el nuevo Consejo de Administración de Tinser.

En este punto, una vez más, las declaraciones del testigo Abelardo fueron concluyentes.

Se limitaron a dar estricto cumplimiento y ejecutar las órdenes supuestamente emanadas del Consejo de Administración de la CAM, y no procedieron hasta que tuvieron en su poder copia del acta del Consejo de la CAM de 27 de noviembre.

Tras consultar el email que le enviaron confirma que fue en la mañana del día 15, pese a que el acta lleva fecha del día 9, recordando que se tuvo que retrasar por un problema con la remuneración.

Los email aportados por la defensa de Fulgencio, supuestamente para desacreditar las manifestaciones del Sr. Abelardo, no tienen el alcance que se pretende, ni ponen en entredicho la credibilidad y coherencia de las informaciones aportadas por el testigo.

Los correos están fechados entre el 11 y de 17 de noviembre, lo que nos indica que en apenas quince días se articuló formalmente la propuesta.

Es el propio Efrain el que nos indica que desde el momento mismo de la incorporación se buscó acomodo a Justino, y ello fraguó en el proyecto Tinser.

Es Efrain quien se ocupa de manera directa y personal en que apareciera como una atractiva oportunidad de negocio y creación de valor para la CAM, lo que no ocultaba sino la forma de encubrir un pago injustificado al nuevo presidente, algo que habían hablado y llevaban articulando desde el mismo momento en que Justino fue nombrado presidente en el mes de junio.

No es casualidad que provenga del ámbito de inversión donde ya había desempeñado su labor Justino.

Es evidente que es el equipo directivo el que fragua el proyecto, da cuerpo a la modificación del órgano de gobierno siguiendo las indicaciones de sus superiores y con el Director General al frente, quien se ocupa de forma personal en sacar adelante la propuesta, supervisando todos los detalles.

No lo ha negado en ningún momento Efrain.

Por ello sorprende, una vez más, la forma alambicada en la que se reflejaban documentalmente los acuerdos.

e.- En el análisis del funcionamiento real del consejo de administración en el proceso de toma de decisiones en el caso concreto analizado habremos de valorar aspectos como la convocatoria, confección del orden día, información previa disponible por los vocales, el modo de dirigir las sesiones, observación de reglas de deliberación que permitan el enriquecedor intercambio de pareceres, los métodos de votación y, por último, el debido reflejo documental de los acuerdos. Todo ello encaminado a determinar de forma fehaciente qué aprobaron, o qué creyeron aprobar los miembros del consejo de administración en la sesión del consejo de administración del 27 de noviembre de 2009 en relación con el proyecto TINSER.

Para esa tarea, lo indicado sería acudir al contenido del acta levantada por el secretario que debe ser fiel reflejo de los acuerdos adoptados.

Existe, sin embargo, una total contradicción entre lo que recoge literalmente el acta del 27 de noviembre de 2009 y el recuerdo de la inmensa mayoría de los vocales, que niegan con rotundidad que los detalles referidos al importe de la dieta a percibir por el Presidente de Tinser S.L. y su carácter retroactivo fueran expuestos, debatidos y asumidos en el transcurso de la reunión.

f.- El Presidente y la Dirección General, con el asesoramiento legal pertinente, tenían la decisión final sobre los temas a incluir en el orden del día, encomendando materialmente a la Secretaria General, órgano del que dependía la Secretaria de los órganos de Gobierno, la recopilación de la documentación necesaria y la confección de un documento de trabajo que se denominaba preacta.

El orden del día se conformaba en la Secretaria General, si bien, era un documento muy esquemático y abierto hasta el último instante.

Se confeccionaba al tiempo un documento de trabajo, preparado por los órganos administrativos adjuntos a la Presidencia, denominado preacta y que a su vez servía como documento de trabajo al Secretario y al Presidente en el desarrollo de la Sesión.

Teóricamente, toda dicha documentación, los expedientes que sustentaban cada una de las propuestas y el preacta, estaba a disposición de los consejeros para que, con antelación a la celebración de la sesión, pudieran consultarla e informarse de forma diligente antes de las deliberaciones.

Finalmente, con el asesoramiento del Secretario de Actas se procedía a la redacción del acta que únicamente validaban el Secretario y el Presidente. En la siguiente sesión del consejo se efectuaba una breve reseña verbal. Existía también una Comisión de Control. Desde un punto de vista formal el procedimiento era aparentemente correcto.

Veamos, sin embargo, en detalle la realidad de lo acontecido en la reunión del 27 de noviembre de 2009 con la propuesta de nombramiento y remuneración del presidente del nuevo Consejo de Administración de Tinser Cartera S.L.:

1.- El orden del día (f. 468-474 Tomo II) no mencionaba el denominado proyecto TINSER, ni tampoco la extraordinaria y simbólica propuesta de asignar por primera vez una remuneración, directa o indirecta, al Presidente de la CAM.

2.- Tras la enumeración en la entradilla de los 12 posibles apartados genéricos a tratar -"1. Reseña del acta de la sesión anterior. 2. Informaciones y Propuestas del

Presidente. 3. Informaciones y propuestas sobre nombramientos y delegación de facultades. 4. Información y propuestas del Director General ... 8. Informaciones y propuestas en materia de Tesorería e inversiones institucionales ...12, y último, ruegos y Preguntas"-, especificaba, en algunos de ellos, de forma sucinta y genérica, los temas o propuestas a tomar en consideración.

La mayoría de los supuestos relacionados eran cuestiones de puro trámite o protocolarias, salvo la propuesta de presupuestos para el ejercicio siguiente, 2010, que se limitaba a enunciar. Nadie pudo conocer con anticipación el tema debatido salvo quienes desde el principio lo manejaron son sigilo y discreción.

Que la convocatoria de la reunión se haga con antelación suficiente e indicación expresa de los asuntos a tratar parece una norma básica de cualquier órgano colegiado.

Que el dinamismo y agilidad permitan una flexibilidad en la fijación del orden del día nunca debe ir en detrimento de la información disponible, sin perjuicio de aquellas materias sin trascendencia decisoria o que estando todos los miembros presentes, acepten expresa y claramente debatir.

3.- Con relación al nombramiento del Presidente de TINSER no existió expediente documental.

En todo caso, ya hemos indicado que hasta última hora de la noche anterior en que tuvo lugar la reunión de la Comisión de Retribuciones nadie conocía el importe y naturaleza de la remuneración.

El Comité de Dirección se había reunido dos días antes, pero valoró sólo el relanzamiento del proyecto Tinser, nada referido al posible paquete retributivo del presidente, y la Comisión Ejecutiva tuvo lugar minutos antes de comenzar el consejo de administración ocupándose solo de materias relativas a la Obra Social.

4.- No consta que respecto de la cuestión que nos ocupa hubiera ningún expediente ni documentación adjunta más allá de la misiva de la Comisión de Retribuciones leída por su Secretario y reflejada en el acta.

Se nos indica la existencia de una preacta, pero éste es un documento de trabajo interno de Secretaria de Órganos de Gobierno que se preparaba ya como borrador del acta, para facilitar el seguimiento de la reunión al Presidente, Secretario del Consejo y Secretario de Actas.

Ninguno de los vocales consultaba dicho documento, salvo Fulgencio, pero no olvidemos que éste era a su vez el Secretario de la Comisión de Retribuciones y quien

iba a leer la misiva, habiéndose establecido ya esa previsión en la preacta, por lo que es lógico que tuviera acceso a la misma.

También, lógicamente, Fidel en su condición de secretario tuvo acceso.

Por otra parte, no tiene sentido recabar información sobre un tema que se desconoce vaya a ser tratado si no aparece en el orden del día.

La consulta posterior de las actas era muy excepcional salvo para algún tema puntual de la Obra social.

El testigo Sr. Jose Francisco confirmó este dato.

En sus muchos años de experiencia fueron contadas las ocasiones en las que un vocal consultó las actas del consejo, y solo algún asiduo la preacta.

Dadas las circunstancias expuestas, introduciéndose la proposición de forma verbal por primera vez en la reunión, parece lógico que se hubiera puesto especial énfasis en remarcar el carácter simbólico y la trascendencia de la propuesta.

Nada de eso sucedió. Todos los testimonios coinciden en calificar la reunión de densa y abigarrada.

Era de las últimas del año, conllevaba aprobación de presupuesto para el ejercicio siguiente, y, además, coincidía con Asamblea General posterior para renovación de cargos.

Aunque puede que aún no se fuera consciente de la gravedad y profundidad de la crisis, la entidad estaba ya en una fase delicada, en búsqueda de posibles fusiones y alianzas con otras cajas.

La propuesta fue segmentada y parcialmente introducida en la sesión.

Si nos atenemos al contenido del acta, inexplicablemente, la propuesta aparece disgregada en tres apartados y momentos diferentes de la reunión.

En este punto coincide el recuerdo de los presentes con el contenido del acta.

Hasta tres personas distintas y en tres momentos diferentes hicieron mención parcial a algunos de los aspectos de la propuesta de nombrar a Justino presidente de Tinser Cartera S.L.

Todo parece dar a entender que hubo un manifiesto interés en retrasar el conocimiento de la propuesta hasta el último momento, dosificar la información que fue expuesta de forma parcial por varias personas en momentos distintos de la reunión, darle un perfil bajo como para que pasara desapercibida entre los más de 60

puntos a tratar, entre ellos la larga y prolija presentación de presupuestos, no mencionar con claridad los datos cualitativos ni cuantitativos determinantes.

De hecho Efrain asume que quizá no se utilizó el término pago retroactivo, e incluso de su exposición cabe dudar si mencionó expresamente la cantidad.

Según indican la mayoría de los testimonios ese era el procedimiento habitual en el desarrollo de las sesiones del consejo.

La labor de los vocales era de simple asentimiento, limitándose a darse por enterados y conformes en la mayoría de los casos.

Hubo quien indicó que se parecía más a una ONG que a una entidad bancaria, pues eran los proyectos de la Obra Social los que atraían mayor atención de los vocales.

En las deliberaciones del Consejo la inmensa mayoría de las cuestiones aprobaban por asentimiento, sin necesidad de votación, e incluso en la mayoría de los supuestos se utilizaba "el termino oído cuanto antecede... se dan por enterados y aceptan", si bien el letrado asesor matizó que ello comportaba la adopción previa del acuerdo por la Comisión competente, en tanto que cuando era objeto de aprobación se utilizaba la expresión "acuerdan por unanimidad" o con la expresión de los votos favorables.

En cualquier caso, reconoce que en pocas ocasiones había votación nominal propiamente dicha.

En relación al desarrollo en sí de las sesiones se han utilizado las calificaciones más variopintas, aunque sí ha traslucido una manifiesta influencia e impronta personal del liderazgo del Director General y la confianza de los vocales en los controles de legalidad y examen previo de las propuestas por las diferentes direcciones generales o comisiones delegadas.

Se aprecia nuevamente una confusión.

Una cosa es la confianza entre los distintos miembros del consejo que se reparten el trabajo de forma especializada en comisiones, y otra muy distinta el necesario control y supervisión de la actuación del equipo directivo encargado de la ejecución.

En definitiva, no existían unos mínimos estándares de diligencia en la actuación del Consejo de Administración.

Esa labor esencial compete, sin duda, a los órganos de la Presidencia, incluido el Secretario del Consejo, y al máximo responsable del equipo directivo que asume y presenta las propuestas para su aprobación, sin olvidar el necesario control de

legalidad previo que debe salvaguardar la actuación del Consejo. Todas esas deficiencias y malas prácticas, redundan en una ausencia de control real de la cúpula directiva.

En el caso concreto no existió información previa, no consta con claridad cuando y en qué términos se sometieron a consideración los aspectos conflictivos -importe de la remuneración y carácter retroactivo- y ni siquiera consta si el afectado participó en la decisión.

Las deficiencias y malas prácticas en el funcionamiento del consejo y en el procedimiento de toma de decisiones nos permite afirmar que los mecanismos de control eran puramente formales, estéticos o aparentes, sin contenido material real ninguno, lo que imposibilitaba que el Consejo de Administración pudiera verificar una de sus labores esenciales.

Redacción del acta.

La certificación de los acuerdos y la redacción del acta es competencia del Secretario del Consejo de Administración, conforme disposición del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) .

La figura del secretario del consejo es preceptiva cuando se opta por la existencia de un consejo de administración como órgano de gobierno, si bien había recibido escasa atención del legislador hasta fechas recientes, siendo su desarrollo más especifico en el ámbito de las sociedades cotizadas a partir de las reformas incorporadas en el año 2014 en la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) con ocasión de la reforma que busca reforzar nuestra legislación en materia de gobierno corporativo.

No obstante, siempre desempeñó la esencial función de certificación de los acuerdos del consejo.

g.- De la anterior exposición parece claro que no es válido afirmar, como pretende la defensa de Fidel, que la imputación a este acusado es como a cualquier otro consejero, pues es evidente que ejerce una funcionalidad propia y diferenciada dentro del consejo que le sitúa en posición de garante de la legalidad formal y regularidad procedimental de los acuerdos.

En el desempeño de su cargo de Vocal y Secretario del consejo le incumbía el deber de actuar conforme a "la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal", cuyo contenido y alcance cabe inferir no solo de normas imperativas sino de valores culturalmente reconocidos, como las modernas exigencias del derecho mercantil y recomendaciones establecidas en los referidos

códigos de conducta o de buen gobierno corporativo reflejo de unos nuevos valores de la cultura empresarial.

Sin duda, ello conlleva el riesgo de una aplicación retroactiva desfavorable de un tipo penal materialmente más amplio por incorporación de valores de esa cultura empresarial que no estuvieran generalizados o asumidos en la época de comisión, pero que, en todo caso, nada tienen que ver con la función de reflejar con fidelidad los detalles de los acuerdos alcanzados que es un deber genérico del secretario, fedatario o redactor del acta de cualquier reunión, y que si estaba ya recogido en el reglamento del registro mercantil.

Una vez más, en el caso analizado, la figura viene reforzada, amparada o auxiliada por la labor del Letrado Asesor y Secretario de Actas que recogen los Estatutos lo que podía permitir una cierta relajación en sus funciones.

h.- Contamos hasta con cuatro documentos diferentes que aportan información sobre cómo se gestó, redactó, discutió y quedó plasmado en el Libro de actas el acuerdo de remuneración al presidente de Tinser.

1.- En primer lugar, tenemos la preacta, que dentro del apartado 8º (Información y propuestas en materia de Tesorería) recogía el pago de una dieta si bien dejaba en blanco el importe de la remuneración.

2.- En segundo lugar, contamos con el borrador del acta que remite junto a otros documentos el Letrado Asesor el día 2 de diciembre al Presidente y Secretario del Consejo "para que me hagáis las observaciones de rigor, o en su caso, las aprobéis dándome vuestra conformidad".

Ello nos indica con claridad como la labor material de redacción recaía en los servicios administrativos de la Secretaria General adscritos a órganos de gobierno, con la directa supervisión del Secretario de Actas.

De hecho, el testigo Jose Francisco reconoció que en un 90% de su contenido el acta era idéntica al borrador inicial.

En este documento se contienen diversas menciones a la retribución a apercibir, exclusivamente por el Presidente, y ya aparece la cuantía.

Todo ello sigue estando en el apartado 8ª. Y se hace mención de la actualización conforme a los incrementos del IPC, dato no reflejado en la Comisión de Retribuciones.

3.- A continuación, tenemos el acta firmada y validada por el Presidente y Secretario del Consejo que aparece en el libro de actas.

Lleva fecha 9 de diciembre, aunque en realidad sabemos que hasta última hora de la tarde de ese día 9, mediante conversación telefónica, no dio su conformidad el Secretario.

Se ha suprimido la mención a retribución y la indicación que solo la percibirá el Presidente.

La aprobación del acuerdo aparece reflejado ahora en el apartado 4º (Información y Propuestas del Director General).

4.- Por último, tenemos un documento más que es la reseña del acta supuestamente leída en la siguiente sesión del consejo de administración, que curiosamente, vuelve a reubicar la cuestión en el apartado 8º.

Una vez más aparecen demasiadas divergencias o versiones de un mismo hecho.

Conviene no olvidar que se trataba de una cuestión de trascendencia, suponía romper la tradición de que el Presidente no cobrara percepción en las participadas, se adoptaba en un momento de congelación salarial para el equipo directivo, y, sin embargo, nadie se pone de acuerdo sobre en qué momento de la sesión y con qué términos se sometió a debate la cuestión de la remuneración, ni qué concreta información se dio.

Si era uno de los pocos puntos "a rellenar" sorprende esa dificultad para ubicar el acuerdo y a quien asignarle su defensa.

Pero si ya son sospechosos tantos cambios de redacción y ubicación, más llamativo aún es que todavía el día 10 de diciembre se continúen haciendo indicaciones para rehacer el acta, indicaciones efectuadas por el propio Secretario del Consejo, que, por lo que sabemos, no tuvieron reflejo final en el acta aprobada.

Explica Jose Francisco que eso debió ser un error, pues el Secretario siempre le indicó que ubicara el acuerdo tras la intervención del Director General, y que el email lo envía porque él se lo solicita para que quedara constancia de su conformidad con el acta.

Otra incidencia más la pone de manifiesto el Sr. Abelardo que nos indica que toda la documentación la tenían preparada con anticipación, que era importante pues suponía la intervención directa del presidente, pero que se hubo de retrasar hasta que recibieron instrucciones estrictas y concretas sobre lo reflejado en el acta.

Que cree que había un problema con la remuneración, y en cuanto a las fechas, dado que supuestamente las juntas universal y extraordinaria de Tinser y el consiguiente consejo administración tuvo lugar el 9 de diciembre por la mañana,

cuando aún no se había validado el acta, tras consultar sus datos confirmó que el fax recibido fue el 15 de diciembre.

El cúmulo de irregularidades puede hacer dudar sobre los acuerdos que consideró la Comisión de Control del día 2 de diciembre 2009, o cómo fue posible que la Junta General de Tinser se constituyera a primera hora de la mañana del día 9 de diciembre dando cumplimiento a unos acuerdos que aún no habían sido validados y cuya redacción era discutida aún días después.

Conviene que nos detengamos en este punto.

La importancia de que el acuerdo de remuneración y el carácter retroactivo constara de forma expresa y determinante en el acta del Consejo de Administración de CAM era la única manera que pudiera ser considerado como un mandato de obligada ejecución aceptable por los directivos de inferior rango que iban conformar el nuevo consejo de TINSER y no pareciera una simple y burda manifestación de la sola voluntad del propio Justino que era quien, como representante de la CAM ostentaba en esa nueva entidad la voluntad del 100% del capital social, por más que actuara por delegación Dª Modesta, empleada de la Caja subordinada del Sr. Abelardo.

i.- La propuesta de retribución al Presidente de CAM por medio de TINSER no fue informada

Numéricamente ha sido abrumadora la mayoría de vocales del consejo de administración que afirman que en el transcurso de las deliberaciones de la propuesta no se informó, no se menciono, y por tanto su aprobación no pudo alcanzar esos extremos, ni el importe de la remuneración ni mucho menos el carácter retroactivo a los dos anteriores trimestres, es decir, desde que accedió en junio de 2009 a la presidencia de la CAM, pero mucho antes de que se transformara el órgano de gobierno de TINSER que amparaba la percepción de tan elevada dieta.

La idea básica es no se adoptó el acuerdo con el tenor literal que consta en el acta.

No obstante, es sabido que la valoración de la prueba personal no siempre es una cuestión numérica, y que la prueba personal es escasamente fiable.

Cuando proviene de los propios acusados, aún menos.

Cuando las primeras manifestaciones se aportan cinco años después de sucedidos los hechos, y dentro de una pieza separada de una causa principal que investiga numerosas irregularidades en el seno de la CAM, a consecuencia de la crisis económica sufrida desde el 2008 hasta nuestros días, cuya profundidad y trascendencia social es de todos conocida, se comprenderá, aún más, las cautelas a

la hora de analizar las explicaciones autoexculpatorias por parte de todos los intervinientes.

En ese contexto de elevada crispación social se comprenderán, aún más, los intentos de alejarse de cualquier responsabilidad en la toma de las decisiones adoptadas, por escasa que fuera su relación con la crisis de la Entidad. No puede bastarnos, pues, comprobar que 15 personas afirmen que no se discutió ni el importe de la retribución ni el carácter retroactivo, pues dicha manifestación contradice la versión expuesta por, al menos, otras seis personas así como lo reflejado en el acta levantada por el Secretario del Consejo. Hemos de conseguir alcanzar una conclusión motivada, tras el debate contradictorio de cada de prueba, de manera que pueda ser no solo una convicción interna sino intersubjetivamente aceptable.

En este bloque de testimonios sí que adquieren especial relevancia las manifestaciones de Felipe, único miembro de la Comisión de Retribuciones, que, uniéndose al grupo de los otros 15 consejeros, niega con rotundidad que en el transcurso de la sesión del consejo de administración se tratara el tema del montante de la retribución y el carácter retroactivo.

1.- Quienes afirman que sí fueron informados de la remuneración.

Lo más llamativo en el caso que analizamos es que nadie, ni siquiera quienes defienden la correcta adopción del acuerdo en los términos reflejados en el acta, se pone de acuerdo sobre cuándo y cómo se expuso la cuestión, qué justificación se aportó, y en qué punto del orden del día se sometió a votación/consideración o se acordó la aprobación por asentimiento.

Es chocante, sobre todo, valorando que era un tema que no podía pasar desapercibido por lo que suponía de romper con la tradición de que el Presidente nunca hubiera cobrado dieta alguna de las participadas, por la propia cuantía que superaba en más de cuatro veces a la percibida en el resto de participadas y por la repercusión socio-mediática.

De hecho, una de las testigos que declaró fue precisamente la periodista del Diario Información que cubría las noticias de la CAM y mostró su sorpresa porque un acuerdo de esa envergadura no hubiera trascendido.

Respecto de estos otros cinco acusados, Justino ha asumido los hechos imputados, pero no ha dado una versión detallada del desarrollo de la sesión del consejo.

Fulgencio se remitió al contenido del acta, reconoce que le sorprendió al ver el preacta que se hablara del carácter retroactivo, si bien asumió las explicaciones del

Director General en el sentido de que "había que pagar el trabajo realizado".

No impugnó el acta ni efectuó manifestación al respecto durante la sesión más allá de la lectura de la carta, pero de su relato se deja traslucir que sin haber examinado la documentación adjunta, según él preacta y acta de la comisión de retribuciones, quizá no se podía entender el alcance de los acuerdos.

Florian, menciona problemas de memoria y narcolepsia para recordar lo sucedido.

El Secretario del Consejo, señor Fidel mantuvo, lógicamente, que sí se acordó en los términos reflejados en el acta, pero también se remite al contenido del documento, aunque justificando que fueron muchos puntos en el orden del día, tenía que atender también a la posterior Asamblea y que era auxiliado por Letrado Asesor.

De las explicaciones no se acaba de comprender si se remite al acta porque es fiel reflejo de lo sucedido y contiene los detalles necesariamente más precisos que el recuerdo que pueda tener años después, o si prefiere remitirse al acta porque hubo algún momento que ni siquiera pudo atender el desarrollo de la sesión. Los problemas de ubicación ya los hemos mencionado.

Efrain aunque mantiene la plena legalidad del acuerdo y que fue él directamente quien expuso el detalle de los términos, no aportó una explicación razonable sobre la forma compartimentada de aportar la información, asumió que igual no utilizó el término retroactivo pero insistió en que sí manifestó que se le tenía que remunerar de manera proporcionada al trabajo realizado.

En definitiva, no solo contamos con una versión abrumadoramente mayoritaria, sino que la versión de la minoría está plagada de lagunas, incoherencias y olvidos llamativos, y contamos con el testimonio discrepante de uno de los miembros de la comisión de retribuciones, y en parte disculpante de otro.

2.- Quienes afirman que no fueron informados de la remuneración.

Las debilidades de esta versión refuerzan la contraria, mantenida de manera persistente por los otros 16 acusados que niegan la aprobación de la retribución de 300.000€ anuales y el carácter retroactivo.

Las deficiencias en el procedimiento de toma de decisiones, el, cuanto menos, confuso reflejo documental, y el análisis de la prueba personal parecen sustentar la consistencia y coherencia de la versión de la mayoría de los vocales del consejo acusados sobre lo sucedido en la sesión del consejo de administración.

Declaración del Secretario de actas y Letrado Asesor.

En este punto adquieren importancia las declaraciones de la única persona que, sin estar acusada, presenció el desarrollo del consejo y ha declarado como testigo, el Letrado Asesor Sr. Jose Francisco.

Hemos de aclarar que no era la única persona, no vocal, presente en la reunión.

Ya hemos mencionado como todo el equipo directivo estaba presente, pero, de manera sorpresiva, en la sesión del acto del juicio del 12 de junio 2018 las defensas renunciaron a sus testimonios.

Sin embargo, su testimonio es claramente interesado.

Su declaración fue evasiva, poco convincente en los dos temas clave, y rezumó cierto resentimiento contra algunos vocales del consejo, sin duda, por haberse visto imputado en su día antes las sospechas de tergiversación de los contenidos del acuerdo reflejado en el acta.

Expuso con firmeza que la propuesta se planteó en las postrimerías de la reunión y que fue Efrain quién la defendió, si bien añadió que otra cosa es que algunos ya hubieran abandonado la sala, en términos parecidos a lo expuesto por Efrain.

Es necesario hacer dos consideraciones a la hora de valorar la información aportada por este testigo:

1.- La atribución al acuerdo reflejado en el acta de aspectos diferentes o añadidos a los realmente considerados y aceptados por los vocales fue el motivo de su imputación, archivada provisionalmente, por lo que su posición no es del todo imparcial. De ella dependía la posible imputación frente el propio testigo.

2.- Y, en segundo lugar, destaca ese nítido recuerdo frente a las continúas lagunas y respuestas evasivas ("se escapa de mi conocimiento"; "tengo que suponer que si"; estaba en situación de prejubilación"; ""estaba al margen de la vida diaria") en todo lo relativo al importe, por qué solo cobraba el Presidente, y la diferencia con otras participadas.

En todo caso siempre insistió en la subordinación de su actuación en todo momento a los designios del Secretario titular.

Dicha aprobación definitiva se nos dice que ocurre en la tarde noche del día 9, cuando, sin embargo, la reunión de la Junta Universal de Tinser y del nuevo Consejo se dice efectuada en la mañana del día 9, y el testigo Sr. Abelardo fue expreso al afirmar que se limitaron a trasladar el acuerdo del consejo de administración para el diseño del nuevo órgano de gobierno de TINSER. Por último, sorprende que el acta final validada no recoge la posición de ninguno de los dos Secretarios, ni el del

Consejo ni del de Actas, tal y como se desprende el email del día 10, supuestamente ya validada el acta.

Conclusión de relevancia del Tribunal:

Todo vuelve a indicar que desde los órganos administrativos de Presidencia y bajo supervisión de la Dirección General se llevaba el control de la redacción y existía el claro designio predeterminado que el acta dijera indefectiblemente lo que se quería que dijera, y no exactamente lo que aprobaron los vocales.

j.- Posición del Secretario del Consejo

La única modificación que se introdujo por parte de la acusación popular/particular, en un párrafo algo confuso, menciona, no obstante, la posición del Secretario del Consejo que si tuvo conocimiento previo del carácter retroactivo y el importe de la retribución, guardó silencio durante las deliberaciones, al igual que los componentes de la Comisión de Retribuciones, y, además, permitió que esos dos detalles aparecieran en el acta como efectivamente abarcados por el acuerdo adoptado, cuando ello no fue así.

Es necesario aclarar que dicha precisión factual de la acusación popular/particular no comportó modificación de la calificación jurídica.

El objeto del proceso no alcanza a pronunciarse sobre la posible alteración del acta, sino determinar si dicho comportamiento justifica la imputación del resultado a titulo de coautor o cooperador necesario.

Aun sosteniendo que no se trató de una simple inexactitud, sino de una alteración intencionada, no cabe realizar pronunciamiento respecto del investigado al que se sobreseyó la causa pues cuando fue imputado habían transcurrido más de cinco años que era el plazo de prescripción.

Hemos analizado con detalle, incluso en exceso, la cuestión del acuerdo y su plasmación en el acta.

Sí conviene hacer alguna última precisión individualizada en la persona del Secretario del Consejo.

Nos indicó en su declaración, con lógico orgullo, que era una persona hecha a sí misma, que empezó en puestos subalternos consiguiendo ascender con mucho esfuerzo y dedicación hasta el consejo de la entidad.

Su labor como secretario la inició, justamente, con el nombramiento de Justino al que sustituía en esa labor.

Siempre confió en los técnicos y en el letrado asesor.

Es posible incluso que ni siquiera estuviera presente durante toda la reunión, no parece que tuviera muy claro en qué momento se debatió y aprobó, pudo actuar en la confianza de que la cuantía sí aparecía en el acta de la Comisión de Retribuciones, pero es indudable que validó un acta en los términos que indefectiblemente se había predeterminado desde los servicios administrativos de órganos de gobierno siguiendo las instrucciones del Presidente amparado en todo momento por el Dirección General.

k.- Autoría de Fidel.

Secretario del Consejo que conoció con antelación a la sesión el contenido del acuerdo que supuestamente se pretendía aprobar, discutiendo con el Director General la cuestión de la retroactividad, igual que Fulgencio, y validó un acta que reflejaba expresamente datos específicos de la propuesta no informados, deliberados ni conocidos por los vocales, solidarizándose en ese momento con la ideación criminal, y, por consiguiente, contribuyendo de forma personal a facilitar el éxito final del ilícito propósito buscado.

Para que no quedara duda del carácter meramente ejecutivo-formal de los actos en TINSER Cartera SL se diseñó la idea de que constara expresamente la cantidad en el acta del consejo de la CAM, cuantía que si había aprobado la Comisión de Retribuciones.

Idénticos argumentos respecto de los miembros de la comisión de retribuciones son sostenibles respecto Fidel en relación con la redacción y validación del acta.

Sin duda, es quien levantó y certificó, junto con el visto bueno del presidente, el acta de la sesión del consejo de administración permitiendo que constaran datos que no se ha acreditado fueran abordados y acordados con el detalle cuantitativo y cualitativo que permitía conocer su absoluta improcedencia, al ocultar una remuneración que excedía de los poderes estatutariamente conferidos.

El que la posible falsedad del acta fuera excluida del objeto del procedimiento, no impide apreciar en ese hecho su contribución personal al plan delictivo, faltando igualmente a los deberes inherentes de su cargo y función, conociendo que con ello se ponía en claro riesgo el patrimonio social y solo se beneficiaba a Justino.

Como ya señalamos en la intervención de los miembros de la Comisión de Retribuciones y del Secretario existe un doble comportamiento activo y omisivo.

En la actualidad no existe duda en la posibilidad de admitir la figura del coautor o

cooperador en comisión por omisión cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la omisión sea condicio sine qua non del resultado.

2. Que se encuentre el partícipe en posición de garante.

3. Conocimiento y voluntad de omisión.

Resultado de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal

Por todo ello, deben fijarse los siguientes puntos sobre los aspectos citados en el motivo del recurrente y las consideraciones de las que se deriva la desestimación del motivo expuesto por el recurrente:

1.- No existía acusación ni condena por delito de falsedad, pero la conducta del recurrente es colaborativa con el proyecto e ideación criminal que precisaba de este acto concreto del acta donde se reflejara documentalmente el propósito delictivo, y que así se consiguió con su colaboración, lo que determina una participación necesaria en el iter delictivo. El que la posible falsedad del acta fuera excluida del objeto del procedimiento no impide apreciar en ese hecho su contribución personal al plan delictivo.

El recurrente incide en un aspecto que ya ha sido objeto de tratamiento, y es que no se condenó por falsedad del acta, sino que en el devenir de la práctica de la prueba en el juicio oral, y tras la práctica de la prueba, el Tribunal llega al convencimiento, y así lo expresa en la sentencia de que el reflejo del acta no se correspondía con la realidad, de ahí que se absolviese a los consejeros, constituyendo la actuación del recurrente un acto imprescindible en la cadena delictiva de actos, donde, al igual que la intervención de los miembros de la comisión de retribuciones, la conducta del recurrente era considerada como un eslabón de la cadena delictiva, y que era necesario esta actividad colaboradora en el iter criminal.

2.- Era el Secretario quien tenía estatutariamente encomendada la redacción y validación del acta, junto con la firma del Presidente. Así lo reconoció también el testigo Jose Francisco en su declaración (ver pág. 20 de la sentencia): "conforme a los estatutos, la responsabilidad en la redacción y aprobación del acta corresponde en exclusiva al Secretario titular del Consejo de Administración y al Presidente". Esta función de redacción del acta es la atribuida al secretario del Consejo. No hace falta acudir a normativa posterior a los hechos para entender que era él el encargado de esa redacción y transcripción de lo que había ocurrido, con lo que su alteración provocaba, no un delito de falsedad por el que no se acusa, pero sí un acto colaborativo de relevancia para el propósito criminal. El artículo 33 del Estatuto de la CAM que atribuye al mismo la función, juntamente con el presidente, de redactar y

aprobar el acta de la sesión.

El artículo 109 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil se refiere a la Facultad de certificar y señala que:

1. La facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles corresponde:

a) Al Secretario y, en su caso, al Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador. Las certificaciones se emitirán siempre con el Visto Bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente de dicho órgano. Y el art. 108 añade una condición esencial que era fundamental para el éxito de la ideación criminal y su definitiva conformación para la percepción de las dietas por el Presidente de la CAM y eran la elevación a instrumento público del acuerdo que constaba en el acta, al señalar que:

Artículo 108 Personas facultadas para la elevación a instrumento público

1. La elevación a instrumento público de los acuerdos sociales corresponde a la persona que tenga facultad para certificarlos.

3.- No se trataba, en realidad, propiamente, de una función de garante, sino que era quien estaba encargado de transcribir el acta y elevarlo a documento público, por lo que se trataba de actos positivos de "llevar a cabo", conductas activas que si se hacían alterando lo que había ocurrido y voluntariamente significaban actos de colaboración con el proyecto criminal.

4.- No existe, por ello, una comisión por omisión en la conducta del recurrente. Ya hemos explicado y detallado en el FD nº 29, al que ahora nos remitimos en el desarrollo de la alegación de la comisión por omisión del recurrente, que, al igual que ay se expuso en relación con la actuación de los miembros del Consejo de administración, la conducta de aquellos y del recurrente integraban acciones en positivo. No se les condena por un "no hacer", sino por hacer lo que no debían haber hecho, y pese a ello lo llevaron a cabo, a sabiendas de que no era esa la conducta que debían adoptar, porque por su preparación técnica y conocimientos sabían y conocían que ese no era el proceder que debían seguir.

No se trata solo de que se les condene por un incumplimiento de una labor de vigilancia, sino por acciones propias llevadas a cabo para colaborar en el delito. Las referencias a la normativa mercantil o actuaciones de buen gobierno corporativo son menciones a la necesidad de que en las sociedades se adopten medidas de control y vigilancia de estas conductas que ahora sí que tienen cabida mediante la implementación de programas de cumplimiento normativo, pero que al momento de

los hechos no existían ni estaba contemplado su previsión en el Código Penal. Pero ello, en cuanto al Código Olivenza, se refiere en la sentencia a los efectos de dejar claro la necesidad de implantar políticas en las sociedades de observancia de la legalidad.

Sin embargo, en este caso, al no existir un control interno de estas prácticas se llevaron a cabo con sencillez, a sabiendas de que si la comisión de retribuciones y el secretario del Consejo colaboraban en el propósito delictivo se habría pasado un serio escollo para poder conseguir el fin que, en connivencia, como recoge la sentencia idearon el Presidente de la CAM y Efrain.

5.- Con ello, no existió una comisión por omisión del recurrente, sino un comportamiento activo del mismo, que es quien levantó y certificó, junto con el visto bueno del Sr. Presidente, el acta de la sesión del consejo de administración, permitiendo que constaran datos que no se ha acreditado fueran abordados y acordados con el detalle cuantitativo y cualitativo que permitiría conocer su absoluta improcedencia, y omisivo, dando por válida una información a los miembros del Consejo de Administración que sabía no se ajustaba a la realidad por ser parcial e incompleta, al ocultar una remuneración (con efecto retroactivo) que excedía de los poderes estatutariamente conferidos.

6.- En los hechos probados se recogen conductas de acción, no de comisión por omisión, ya que en el punto nº 7 se recoge que: No consta acreditado que entre los detalles expuestos y sometidos a consideración de los vocales del Consejo de Administración se incluyera el importe de la retribución, ni, mucho menos, al carácter retroactivo. Pese a ello, el acta del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2009, redactada y aprobada por el Secretario del Consejo de Administración, Fidel, con el único control del Presidente, indica literalmente, dentro de su apartado 4 (Informes y Propuestas del Director General): "Oído cuanto antecede, a propuesta de la Comisión de Retribuciones y con el informe favorable del Comité de Dirección, el Consejo de Administración, por unanimidad de los asistentes, acuerda que el Consejo de Administración de la empresa del grupo, Tinser Cartera SL, esté presidido por el Presidente de la entidad D. Justino, en aras a potenciar la vinculación de Tinser Cartera con el tejido empresarial, se dote de mayor fortaleza a la gestión de la Sociedad y se mejore la visibilidad de las inversiones del Grupo CAM. La dieta anual a percibir por el Sr. Justino será de 300.000 euros, pagadera trimestralmente en su carta parte y tendrá carácter retroactivo respecto a los dos últimos trimestres del presente año. Tal dieta se revisará anualmente conforme al IPC.

7.- La imputación al recurrente no lo es es como a cualquier otro consejero, pues es evidente que ejerce una funcionalidad propia y diferenciada dentro del Consejo, y

aunque se ponga en la acento en la posición de garante, lo cierto es que ello no comporto una responsabilidad por omisión, ya que no se le condena por "no vigilar", o "no impedir" algo, sino por llevar a cabo el acto desplegado para colaborar con el fin delictivo, a sabiendas de que con su conducta se llevaba a cabo la atribución de la dieta, lo que era manifiestamente ilegal.

8.- La sentencia llega a la conclusión de que el Consejo de Administración de CAM, no deliberó y, por tanto, no pudo aprobar ni el importe de la remuneración ni su carácter retroactivo. Y en la redacción del acta, pese a estas consideraciones, intervino, para llevarlo todo a cabo, el recurrente.

9.- Este punto de la responsabilidad del recurrente es perfectamente predicable de la conducta de los miembros de la comisión de retribuciones, al mismo tiempo que del propio recurrente.

En cuanto a la responsabilidad del recurrente y al cuestionarse la participación en los hechos y su responsabilidad por la vía del art. 28 CP hay que señalar que la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 20 de Julio de 2001 (RJ 2001, 7294) precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal.

La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la sentencia de estas Sala de fecha 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8254) , tal conceptuación requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del participe a la acción del autor.

Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada desde el plano subjetivo , por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

Las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 29 de Marzo de 1993 (RJ 1993, 2569) , 24 de Marzo de 1998 (RJ 1998, 2356) , y 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7478) han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho".

La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 16 de abril de 2010 (RJ 2010, 5557) , expone en similar sentido:

"...Toda participación en la comisión del hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida.

1.- Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.

2.- El otro elemento -el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, diversas han sido la tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

Así, cabe hablar de la denominada teoría del "acuerdo previo" ("pactum scealeris" y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

Otra teoría es la del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuara los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate.

Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos.

Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto.

La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales , en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común.

Por lo que a la coautoría se refiere, la doctrina de esta Sala, reiterada y pacífica, de la que puede ser exponente la sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 1353) , entre otras muchas (Sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998 (RJ 1998, 10345) , 14 de abril de 1999, núm. 573/1999 (RJ 1999, 4848) , 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 (RJ 2000, 7462) y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 (RJ 2000, 8254) , entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

La coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8254) , núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Tal conceptuación requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en

casos como el enjuiciado en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

Y, en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, lo que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor.

Decíamos en la STS 251/2004, de 26 de febrero (RJ 2004, 2245) , que "cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores.

Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal". Y se añadía que "su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible (STS 529/2005, de 27 de abril (RJ 2005, 5218)).

Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto (véase STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2006, 3985))".

Como se ve, la doctrina legal ha establecido con solidez que la previa existencia de concierto o acuerdo para la verificación del hecho delictivo comunica a todos los concertados o convenidos un vínculo de solidaridad participativa que proyecta sobre cada uno de ellos la responsabilidad en el mismo grado. Y ello independientemente de la labor concreta desempeñada en pos de alcanzar el designio criminal propuesto; pues aunque desplieguen actuaciones diferentes y algunas de éstas no incidan materialmente en la ejecución (directa de los actos inmediatamente conducentes al resultado), sin embargo por la ejecución del plan trazado se encaminan todas ellas al resultado perseguido cuando su ámbito de incidencia añadiendo la doctrina legal que el convenio concierto no requiere especiales formalidades ni meditaciones, bastando la pura aquiescencia seguida de conducta mediante la que se suman los propios esfuerzos a la obtención del propósito comunicado.

10.- En base al extremo antes expuesto, es clara la responsabilidad del recurrente, en relación con la redacción y validación del acta. Es quien levantó y certificó, junto con el visto bueno del presidente, el acta de la sesión del consejo de administración permitiendo que constaran datos que no se ha acreditado fueran abordados y

acordados con el detalle cuantitativo y cualitativo que permitía conocer su absoluta improcedencia, al ocultar una remuneración que excedía de los poderes estatutariamente conferidos.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.-

2.- Al amparo de la causa primera del art. 849 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por infracción de preceptos de carácter sustantivo y otras normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal.

Señala el recurrente que "La sentencia no establece o da por probado que el acusado tuviera un conocimiento preciso de lo que aconteció, porque no llegó ni siquiera a estar durante toda la reunión. Por tanto, el acusado desconocía un hecho constitutivo de la infracción penal, porque actuó no por el conocimiento que tenía de la realidad de lo tratado o no en el Congreso, sino fiado de lo predeterminado desde los servicios administrativos de órganos de gobierno siguiendo las instrucciones del presidente amparado en todo momento por el Director General. Por tanto, al no conocer el acusado un elemento esencial de la infracción penal, no se puede decir que existan los elementos del delito por los que ha resultado sancionado y, por ello, hay razón suficiente, al amparo del artículo 14 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) para que sea declarado haber lugar a este motivo".

Plantea el recurrente un extremo que ha sido analizado anteriormente en relación a la tesis del error en la conducta de los recurrentes, lo que ha sido objeto de detalle expositivo en el FD nº 30 al que nos remitimos, por extenderse al presente supuesto el alegato en su momento realizado en semejantes términos y ser aplicables al presente motivo las explicaciones dadas en este FD nº 30.

No puede desconocerse la especial función que desplegaba el recurrente, por lo que no puede ampararse en la ignorancia de lo que estaba haciendo, o que lo que estaba llevando a cabo no sabía que era incorrecto, porque ello supone entrar en el terreno de la ignorancia deliberada.

Ha quedado constancia de la posición del Secretario del Consejo que sí tuvo conocimiento previo del carácter retroactivo y el importe de la retribución y, no obstante, guardó silencio durante las deliberaciones, y además permitió que esos dos detalles aparecieran en el acta como efectivamente abarcados por el acuerdo adoptado, cuando ello no fue así. Incluso se destaca un posible delito adicional de falsificación documental por la alteración del acta, aunque reconoce que no ha sido objeto del proceso ni comportó una modificación de la calificación jurídica por parte de

las acusaciones. Además, se destaca como autor del delito a Fidel Secretario del Consejo que conoció con antelación a la sesión el contenido del acuerdo que supuestamente se pretendía aprobar, (...) y validó un acta que reflejaba expresamente datos específicos de la propuesta no informados, deliberados ni conocidos por los vocales, solidarizándose en ese momento con la ideación criminal, y, por consiguiente, contribuyendo de forma personal a facilitar el éxito final del ilícito propósito buscado (...).

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO.-

3.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L..P.J. y del art. 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E. (RCL 1978, 2836)).

Señala el recurrente que "no es en sí la valoración de la prueba que realiza el Tribunal de instancia lo que se objeta, sino que es el propio sistema seguido para la valoración de la prueba lo que quiebra todas las garantías procesales, pues más que arbitraria e ilógica resulta de una incongruencia abismal e inimaginable, ya que atropella el sistema de la lógica y la razón en tanto que da más valor a las declaraciones de los coacusados que a lo que resulta del resto de las irrefutables pruebas documentales que fueron aportadas al acto del juicio oral. Recuerda aquí cual es valor que, como prueba, tienen las declaraciones de los coacusados cuando dirigen sus acusaciones auto-exculpatorias a otros acusados.

Del análisis de las pruebas valoradas en la sentencia de instancia para sustentar la falsedad o mendacidad del acta y, sobre ella, establecer la responsabilidad del acusado, se advierte, claramente, que la misma carece de aptitud suficiente para destruir la presunción de inocencia, pudiéndose, por tanto, concluir en que los hechos o indicios recogidos en la descripción de los hechos probados, mal puede compadecerse con las exigencias de la doctrina jurisprudencial citada para desvirtuar la presunción de inocencia, puesto que no solo no se ha realizado una correcta valoración conjunta de todas las pruebas sino que se ha realizado mediante un sistema que quiebra, de manera incongruente, todas las garantías procesales".

En definitiva, cuestiona el motivo el proceso valorativo del Tribunal desprendiéndose de ello que no había prueba de cargo suficiente para condenar y que la valoración es incorrecta por llegar a conclusiones ilógicas según el recurrente.

Se ha hecho referencia en anteriores fundamentos a los criterios a observar ante la alegación de la presunción de inocencia, y a ellos nos remitimos, pero en este caso se

alega que en modo alguno este proceso valorativo es ilógico e incorrecto.

Se ha hecho ya referencia con motivo de anteriores recurrentes al desarrollo del proceso de valoración de la prueba y la que se ha tenido en cuenta por el Tribunal. Se ha hecho mención a la valoración en cuanto a la posición de las declaraciones de los coacusados absueltos, o su negativa a declarar ante determinadas partes, que no se trata de que se le condene por obviar su posición de garante, sino por una conducta activa, como hemos hecho detallada referencia anteriormente.

Existe abundante prueba documental que ha sido expuesta, declaraciones de testigos y acusados, que aunque se cuestione por el recurrente han sido valoradas y motivadas por el Tribunal, como se ha expresado y detallado en el FD nº 1 y en la respuesta a los motivos 1 y 2 del presente recurrente, el Presidente de la CAM ha reconocido los hechos, y el Tribunal ha explicado con detalle, como hemos constatado y explicado, todo el iter seguido y llevado a cabo por aquél junto con Efrain, pero que necesitaban de la colaboración necesaria de los tres miembros de la comisión de retribuciones y del actual recurrente, a fin de llevar a cabo su propósito delictivo, de ahí que se ha explicado que esta menor incidencia colaborativa lo que tiene efecto es en el reproche penal, como ya se ha expuesto en los FD nº 14 y 34 entre otros, el Tribunal de instancia llega al convencimiento de que se crea un órgano de gobierno "ad hoc" para el cobro ilegal de unas dietas exorbitadas que no responden a contraprestación alguna y que Justino nunca hubiera podido cobrar formalmente a través de CAM, se da por acreditado que el Consejo de Administración no fue informado, no deliberó y, por tanto, no pudo aprobar de forma unánime el importe de la retribución anual a percibir por Justino, como presidente de Tinser Cartera ni su carácter retroactivo. No se adoptó el acuerdo con el tenor literal que aparece en el acta.

De ahí la responsabilidad del Secretario del Consejo, Fidel es quien levantó y certificó, junto con el visto bueno del presidente, el acta de la sesión del consejo de administración permitiendo que constaran datos que no se ha acreditado fueran abordados y acordados con el detalle cuantitativo y cualitativo que permitía conocer su absoluta improcedencia, al ocultar una remuneración que excedía de los poderes estatutariamente conferidos, el que la posible falsedad del acta fuera excluida del objeto del procedimiento, no impide apreciar en ese hecho su contribución personal al plan delictivo, faltando igualmente a los deberes inherentes a su cargo y función, conociendo que con ello se ponía en claro riesgo el patrimonio social y solo se beneficiaba a Justino, la sentencia no atribuye al recurrente una responsabilidad exclusivamente por un comportamiento omisivo, o por ser garante, ya que en su intervención (como ya se expone en relación a la Comisión de Retribuciones),

considera que existe un doble comportamiento, activo y omisivo.

La responsabilidad no dimana exclusivamente de su falta de actuación cuando se hallaba en una posición de garante, sino de su específica acción tal y como antes se ha detallado. Y una colaboración activa y decisiva en el propósito delictivo. Y ello se ha valorado debidamente por el Tribunal en razón a la prueba de cargo y suficiente que se ha practicado y ha sido citada por el Tribunal, pese al distinto parecer del recurrente. Pero ello no supone vulneración de la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

SEXAGÉSIMO.-

4.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y del art. 852 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) , por infracción de los derechos fundamentales a la defensa, conocer la acusación, así como de la garantía constitucional a la imparcialidad judicial (art. 24.2 C.E. (RCL 1978, 2836)).

Se alega que en relación a la alteración del acta "el órgano de enjuiciamiento vulneró el principio acusatorio, porque para ejercitar debidamente el derecho de defensa tendría que haber sabido de forma precisa, de qué se le acusaba y solo de esa forma, hubiera podido contradecir, debidamente la pretensión acusatoria, porque mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Además, el órgano de enjuiciamiento también vulneró el principio acusatorio porque no dictó una resolución congruente con la pretensión acusatoria (...)."

Se ha tratado este extremo con detalle en los FD nº 2, 18 y 19 a los que nos remitimos. Y se ha expuesto que la circunstancia de que, además hubiese alterado esa acta, tal como se recoge en la sentencia, es un elemento accesorio y no modifica esencialmente el escrito de calificación, dado que nadie le ha acusado por el delito de falsedad documental. Lo esencial es haberse adherido al plan ideado de poder pagar una remuneración encubierta e ilícita al nuevo presidente de la CAM, causando con ello un perjuicio a la entidad, como ha quedado de manifiesto. La alteración del acta, era sostenida por las acusaciones particular/popular en sus escritos de conclusiones definitivas, (aunque no por el Ministerio Fiscal), y todo ello fue objeto de debate en el acto del juicio oral. Ninguna vulneración se ha causado a los derechos fundamentales a que alude el recurrente.

Lo que sí debe recogerse en este punto en consonancia con lo ya expuesto en los FD nº 14 y 34 es la rebaja penal del recurrente que se sitúa en la de por los motivos ya indicados de su más reducido nivel participativo y la subsanación que procede del

déficit motivador en la individualización judicial de la pena, ya que en lo que se refiere al recurrente, tras exponer algunas consideraciones generales se refiere señalando que: A los miembros de la Comisión de Retribuciones, Florian, Fulgencio, Felipe y el Secretario del Consejo, Fidel la pena de un año y seis meses de prisión con idénticas accesorias y siete meses de multa con una cuota diaria de 100 €.

Por ello, como se ha indicado y motivado en esta sentencia en el FD nº 14 con respecto al derecho del condenado a una fundada medición judicial e individualización de la pena en este caso hay que fijar la pena al recurrente de UN AÑO DE PRISIÓN, con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, SEIS MESES DE MULTA con cuantía de 75 euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena.

Se aplica en este caso la extensión de la fundamentación jurídica expuesta en el FD nº 14 en cuanto a la proporcionalidad de la pena en atención a la impuesta al responsable principal que se beneficia del importe apropiado y se obliga a devolver.

El motivo se estima parcialmente.

SEXAGÉSIMO PRIMERO.-

Al proceder parcialmente a la estimación de los recursos, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16)).

F A L L O

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

DECLARAR HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN , con estimación parcial de los interpuestos por las representaciones de los acusados Felipe, Efrain, Florian, Fidel y Fulgencio; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, de fecha 15 de noviembre de 2018 (PROV 2018, 312186) , en causa seguida contra los mismos y otros, por delitos de apropiación indebida. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 1286/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 34/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 74/2016, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Alicante, seguido por delitos de apropiación indebida, contra los acusados Justino con D.N.I. NUM000, hijo de Carlos José y de Virtudes, nacido el NUM001/1943, natural de Elche, y vecino de Elche, en libertad provisional por esta causa; Efrain con DNI NUM002, hijo de Pedro Jesús y de María Luisa, nacido el NUM003/1955, natural de Alcoy, y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa; Leonardo con DNI NUM004, hijo de Adrian y de María Inmaculada, nacido el NUM005/1945, natural de Murcia, y vecino de Murcia, en libertad provisional por esta causa; Florian con DNI NUM006, hijo de Alfredo y de Adelina, nacido el NUM007/1954, natural de Valencia, y vecino de Jávea, en libertad provisional por esta causa; Leovigildo con DNI NUM008, hijo de Jose Pablo y de Agustina, nacido el NUM009/1943, natural de Alicante, y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa; Ignacio con DNI NUM010, hijo de Adrian y de Bárbara, nacido el NUM011/1933, natural de Armenteros (Salamanca), y

vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa; Fidel con DNI NUM012, hijo de Alfredo y de Covadonga, nacido el NUM013/1943, natural de Muchamiel, y vecino de Muchamiel, en libertad provisional por esta causa; Casilda con DNI NUM014, hijo de Eliseo y de Esther, nacido el NUM015/1967, natural de Girona, y vecino de Benidorm, en libertad provisional por esta causa; Felipe con DNI NUM016, hijo de Federico y de Felicisima, nacido el NUM017/1943, natural de Bilbao, y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa; Celia con DNI NUM018, hijo de Jose Pablo y de Guillerma, nacido el NUM019/1971, natural de Villena, y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa; Mariano con DNI. NUM020, hijo de Gumersindo y de Joaquina, nacido el NUM021/1954, natural de Archena (Murcia), y vecino de Murcia, en libertad provisional por esta causa; Iván con DNI NUM022, hijo de Hipolito y de Bárbara, nacido el NUM023/1959, natural de Novelda, y vecino de Novelda, en libertad provisional por esta causa; Martin con DNI NUM024, hijo de Isidoro y de Bárbara, nacido el NUM025/1957, natural de Alicante, y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa; Melchor con DNI NUM026, hijo de Jaime y de Adelina, nacido el NUM027/1955, natural de Torrente, y vecino de Torrente, en libertad provisional por esta causa; Delfina con DNI NUM028, hijo de Jon y de Nuria, nacido el NUM029/1968, natural de Cartagena, y vecino de Torrevieja, en libertad provisional por esta causa; Nazario con DNI NUM030, hijo de Alfredo y de Regina, nacido el NUM031/1948, natural de Villajoyosa, y vecino de Villajoyosa, en libertad provisional por esta causa; Norberto con DNI NUM032, hijo de Alfredo y de María Luisa, nacido el NUM033/1956, natural de Torrente, y vecino de Torrent, en libertad provisional por esta causa; Encarnacion con DNI NUM034, hijo de Adrian y de Bárbara, nacido el NUM035/1974, natural de Orihuela, y vecino de Orihuela, en libertad provisional por esta causa; Pio con DNI NUM036, hijo de Simón y de Adelina, nacido el NUM037/1940, natural de Benifaio (Valencia), y vecino de Valencia, en libertad provisional por esta causa; Fulgencio con DNI NUM038, hijo de Torcuato y de Adelaida, nacido el NUM039/1951, natural de Mula (Murcia), y vecino de Elche, en libertad provisional por esta causa y contra Primitivo con DNI NUM040, hijo de Samuel y de Agueda, nacido el NUM041/1943, natural de Dolores (Argentina), y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 15 de noviembre de 2018 (PROV 2018, 312186) , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-

Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-

De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar a Efrain como autor responsable de un delito de apropiación indebida agravada, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS de PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y SIETE MESES MULTA con fijación de una cuota diaria de 150 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena y sin costas en esta instancia, a Fidel, Florian, Felipe y Fulgencio por el mismo delito a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, SEIS MESES DE MULTA con cuantía de 75 euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP, e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena y sin costas en esta instancia.

F A L L O

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

Que estimando parcialmente los recursos interpuestos, y estimando el motivo nº 13 debemos condenar a **Efrain** como autor responsable de un delito de apropiación indebida agravada del art. 252 en relación con el art. 250.1.6º en la redacción vigente al momento de los hechos, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS de PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y SIETE MESES MULTA con fijación de una cuota diaria de 150 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena y sin costas en esta instancia, y a Fidel (estimando parcialmente su motivo nº 4), Florian (estimando parcialmente su motivo nº 20), Felipe (estimando parcialmente su motivo nº 4), y Fulgencio (estimando parcialmente su motivo nº 13 y parcial del nº 14), por el mismo delito a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, SEIS MESES DE MULTA con cuantía de 75 euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP, e inhabilitación para el ejercicio de toda actividad bancaria durante el tiempo de la condena y sin costas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina