



Roj: SAN 3660/2016 - ECLI:ES:AN:2016:3660
Id Cendoj: 28079220032016100031
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 4/2014
Nº de Resolución: 34/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: ANTONIO DIAZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 3

MADRID

SENTENCIA: 00034/2016

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN 003

Teléfono: 917096603/01/00/597

N.I.G.: 28079 27 2 2012 0000927

ROLLO DE SALA: 04 /2014

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000028 /2012

JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 002

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. F. Alfonso Guevara Marcos

D^a Carmen Lamela Díaz

D. Antonio Díaz Delgado

SEGUNDA SENTENCIA

SENTENCIA Nº 34/2016

En la Villa de Madrid a diecinueve de octubre de dos mil quince.

Recibida la sentencia del Tribunal Supremo-Sala 2ª nº 700/2016- Recurso de Casación nº 41/2016- de fecha 9/9/2016-, en esta Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal compuesto por el Ilmo. Sr. D. F. Alfonso Guevara Marcos (Presidente), Ilma Sra. D^a Carmen Lamela Díaz, y el Ilmo. Sr. D. Antonio Díaz Delgado (Ponente) que dictó la Sentencia nº 40/2015 de 22/10/2015 recurrida en casación, ha dictado previa deliberación, una nueva sentencia en relación a la responsabilidad civil conforme lo ordenando por el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en el Fallo de su sentencia, del tenor literal siguiente:

III. FALLO

"Que por estimación parcial de los motivos 4º y 5º del recurso promovido por la representación legal de **Edemiro , Fulgencio y Joaquín** y por la estimación parcial del motivo 8º de los formalizados por la representación legal de **Norberto** , declaramos la nulidad del pronunciamiento sobre responsabilidad civil que se contiene en la sentencia de fecha 22 de octubre de 2015, dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional , en la causa seguida por los delitos de estafa y apropiación indebida, instruida por el Juzgado Central de instrucción núm. 2, en el marco del procedimiento abreviado núm. 4/2014.

Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida y acordamos la devolución a la Audiencia Nacional para que, por la misma Sección que dictó la sentencia que ahora parcialmente anulamos, se motive conforme a las exigencias constitucionales la responsabilidad civil derivada de los delitos que se han declarado probados. A tal fin, se deberá fijar el quantum de la indemnización solicitada por el Fiscal y por las acusaciones conforme a la calificación jurídica de los hechos declarados probados, sin incluir en un mismo pronunciamiento lo que en la instancia fue interesado con carácter alternativo. Se deberá asimismo excluir de las cantidades que han de ser devueltas en concepto de responsabilidad civil el Plus Convenio. Del mismo modo, deberá extenderse la motivación al extremo referido a la declaración de nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento que, sin mención alguna a las razones que justifican esa decisión, han sido anuladas en el fallo de la sentencia recurrida. El pronunciamiento de responsabilidad civil deberá definir, con la obligada motivación, al destinatario de esas indemnizaciones conforme a los requerimientos derivados del principio dispositivo y de los términos en que ha sido ejercida la acción civil por el Ministerio Fiscal y la acusación particular."

ANTECEDENTES

Se mantienen íntegramente los de nuestra Sentencia de fecha 22 de octubre de 2015 .

HECHOS PROBADOS

Se mantienen íntegramente los contenidos en nuestra Sentencia de fecha 22 de octubre de 2015 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se mantienen íntegramente los de la Sentencia de este Tribunal de 22 de octubre de 2015 , salvo el Fundamento de Derechos decimosexto (16) de nuestra Sentencia de fecha 22 de octubre de 2015 , referido exclusivamente a la responsabilidad civil según lo ordenado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Empezando por la declaración de nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento, las mismas vienen solicitadas por el Ministerio Fiscal y resto de las acusaciones, bien se condenara por Estafa o por Apropiación indebida. El Tribunal ha considerado conforme la Sentencia de instancia que los hechos probados, respecto a los acusados condenados, son constitutivos, y así se ha mantenido en el recurso de casación, de un delito de Administración desleal en concurso de leyes con un delito de Apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal.

Pues bien, las pólizas individuales de aseguramiento son fruto de los contratos de Alta dirección de 2010, mediante los cuales los acusados condenados mejoraron ilícitamente su condición y posición económica respecto a los anteriores contratos de Alta Dirección del año 2005. Y ello conllevaba, y así lo decimos en la página 118 de nuestra primera sentencia, lo siguiente:

"La esencia de cada uno de los contratos, es que los cuatro altos directivos, una vez jubilados, perciban de la caja un complemento de pensión por jubilación que, unido a la prestación por jubilación, represente el 100% de su último salario anual, con carácter vitalicio y con reversión a la viuda supérstite .

Como ya dijimos en el fundamento de derecho 6º de nuestra anterior sentencia, los contratos de Alta dirección con los conceptos retributivos que establecían en su posterior liquidación infringieron la normativa vigente sobre remuneraciones y liquidaciones a percibir recogida en el RD 711/2011 de 3 de junio, que ya estaba en vigor y que afectaba de lleno a las entidades como NCG. que hubieran recibido apoyo público para su funcionamiento. Conforme a dicho RD, se establecía que los pagos por rescisión anticipada de los contratos se basaran en los resultados obtenidos en el transcurso del tiempo y se establecieran de forma que no compensen los malos resultados.

A ello hay que añadir, el compromiso que los tres Altos directivos a los que afectaban los contratos de Alta dirección de 2010, como máximos regidores de la entidad NCG cuando el FROB inyectó dinero público mediante la suscripción de preferentes, se comprometieron en nombre de la entidad a ajustar la política de retribución de los Altos directivos, a los criterios señalados por la normativa comunitaria aplicable, y a lo dispuesto por la Comunidad Europea en sus recomendaciones de 30 de Abril de 2009 y en sus posteriores modificaciones. Tal ajuste no se produjo en modo alguno en cuanto a la liquidación de cada uno de los contratos de los acusados, Edemiro , Joaquín y Fulgencio por el desistimiento de sus contratos de Alta dirección de 2010. Así las indemnizaciones percibidas por Edemiro y Joaquín excedieron con mucho de las dos anualidades tal y como se reclaman en el apartado A/ de la petición alternativa respecto a la responsabilidad civil. A Fulgencio no le correspondía cantidad alguna por tal concepto. Ese límite de dos

anualidades dependía del resultado que arrojará la entidad, que en el caso que nos ocupa, al cierre del ejercicio de 2011 en que se produjeron las liquidaciones de los contratos de 2010, NCG arrojó unas pérdidas de 186 millones de euros.

Lo mismo puede decirse por lo recibido en este caso por los 3 Altos directivos que constituye la alternativa B/ propuesta por las acusaciones en cuanto a la responsabilidad civil, que se refiere a las cantidades que percibieron cada uno por retribución variable, cuyo devengo según la normativa referida, en una entidad con un estado de insolvencia como NCG., debía ser aprobado por el Banco de España, pues dada la situación de insolvencia que presentaba NCG, no se podía satisfacer remuneración variable alguna a los acusados directivos de la entidad.

Estos contratos de Alta dirección de 2010 además establecieron, unas pólizas individuales de aseguramiento de las mejoras, respecto a los contratos de Alta dirección que los acusados Edemiro , Joaquín y Norberto tenían anteriormente. Pólizas de aseguramiento que aseguraban por parte de NCG, (-aunque se pretenda hacer ver que fueron una trasposición de pólizas colectivas anteriores-), mediante una estipulación en favor de los acusados Edemiro , Joaquín y Fulgencio , la invariabilidad de las mejoras y condiciones más favorables, ya que debían prestar cada uno de estos acusados su consentimiento en toda modificación de la póliza de afianzamiento que el tomador (La entidad financiera) pactara con la aseguradora (CASER), con lo que se impedía a la entidad financiera (NCG) negociar a la baja las primas del contrato, teniendo en cuenta que ellos sabían que NCG, era una entidad financiera prácticamente insolvente como se demostró con su venta, a pesar de la inyección de dinero público, más de nueve mil millones de euros por el FROB, consentimiento que afectaba también a sus derechos económicos que se derivaban además del contenido del clausulado de la póliza de aseguramiento. Efectivamente respecto a los derechos económicos, se incluyó en las pólizas de aseguramiento, una Remuneración complementaria parte fija, como salario pensionable, que independientemente de la discrepancia del Sr. Benigno y de la perito Actuarial de Seguros del Banco de España, acerca de si se han provisionado o no, es un salario real a efectos de determinar las pensiones en las pólizas individuales. Y se dice que las discrepancias sobre si están siendo provisionadas o no, es indiferente, porque lo importante y decisivo es que en las pólizas individuales de aseguramiento, se estableció un derecho en favor de los Altos directivos condenados, derecho que ingresa en su poder de disposición de forma tal que en el momento de su jubilación independientemente de que se hubieran provisionado siempre conforme a los nuevos contratos de Alta dirección de 2010 podrían hacer valer la provisión por esa Retribución complementaria parte fija por parte de la entidad (Tomador del Seguro), y obligarles a hacer tal provisión en cumplimiento de lo estipulado. Y este derecho se insiste no se tenía en la póliza colectiva. Además mediante las pólizas de aseguramiento individuales, se estableció el aseguramiento de una renta vitalicia a cargo de la entidad, por la diferencia en el salario en el momento de la jubilación, establecido en los contratos anteriores al 2010, y la suma de la pensión pública a percibir, mas el complemento de pensión derivada del plan de pensiones de la entidad. Estableciéndose que esa renta vitalicia sería actualizada anualmente. CaixaNovaGalicia además de pagar la prima de las nuevas pólizas debía provisionar, el total en el momento del devengo de su cobro. Además de abonar las actualizaciones para el supuesto de que alguno de los 3 Directivos decidiera capitalizar en un único pago el total de la renta vitalicia y aunque tal capitalización ya estaba en los contratos de Alta dirección anteriores al 2010, el aseguramiento establecido a través de las pólizas individuales referidas, supuso un derecho creado a favor de los Altos directivos condenados en detrimento de NovaCaixaGalicia.

Asimismo las nuevas pólizas de aseguramiento reforzaban los derechos de viudedad con relación a los anteriores contratos de Alta dirección de 2010, estableciendo que aunque de la póliza de aseguramiento los únicos beneficiarios eran los acusados, Altos directivos, su viuda tendrá los derechos que la correspondían conforme a los contratos de Alta dirección anteriores al 2010, y además los que se derivaran de la póliza individual de aseguramiento suscrita a raíz de los contratos de Alta dirección de 2010.

SEGUNDO .- Con pleno respeto a los hechos probados de nuestra primera sentencia, la declaración de nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento, incluidas en los contratos de Alta dirección de 2010 de los acusados Edemiro , Joaquín y Fulgencio viene dada, por consiguiente, tanto por el aspecto material de mejorar la posición económica de los Altos directivos condenados según lo anteriormente expuesto, como por el aspecto formal de cómo movieron la voluntad de los órganos de gobierno de NCG para la aprobación de estos contratos por la Comisión de Retribuciones, y el Consejo de Administración de la nueva entidad resultante NCG, siendo por consiguiente la nulidad de estas pólizas, entre otras, la consecuencia civil del delito cometido. Así se urdió por todos los acusados condenados, una estrategia en el que cada uno de ellos asumió una parcela funcional puesta al servicio final, que no era otro, que facilitar que Edemiro , Joaquín y Fulgencio pudieran ingresar importantes cantidades dinerarias con una mejora sustancial en el supuesto de cesar en sus

funciones en NCG, mejorando su situación respecto a los contratos de Alta dirección anteriores a 2010. Esta estrategia conjunta de los acusados condenados, meticulosamente urdida, *ocultando* aspectos relevantes ante los órganos de control de la entidad fusionada, movieron la voluntad de las respectivas comisiones de Retribución de Comisiones y Consejo de Administración de NCG. Esta ocultación, falseando la realidad, consistió, en decir a los órganos rectores de la nueva entidad creada, que los nuevos Contratos de Alta dirección que llevaban aparejados unas nuevas pólizas de aseguramiento, que afectaban a Edemiro , Joaquín y Fulgencio no suponían ninguna ventaja económica o de otro tipo, respecto a los que ya tenían anteriormente, lo cual es absurdo, pues si no suponían ventaja alguna de cualquier tipo, para qué los celebraban, toda vez que la entidad nacida de la fusión NovaCaixaGalicia, asumía todos los derechos y obligaciones contraídos frente a terceros por las Cajas fusionadas. Esa fue la acción ejercitada por los acusados condenados tendente a mover erróneamente la voluntad de los miembros de los órganos de Gobierno de la entidad nacida de la fusión de Caixa Nova y Caixa Galicia para conseguir, como consiguieron, que los nuevos contratos de Alta dirección fueran aprobados; contratos de Alta dirección que llevaban aparejados, como ya se ha dicho, pólizas de aseguramiento correspondientes a Edemiro , Joaquín y Fulgencio , por lo que si, los nuevos contratos de Alta dirección sirvieron para cometer el delito por el que han sido condenados, junto con Ricardo y Virgilio , ninguna efectividad pueden tener las pólizas de aseguramiento, puesto que su efectividad material sirvió también para realizar el delito cometido.

La cobertura legal conforme a las normas del C. Civil respecto a la nulidad de las pólizas de aseguramiento establecidas en los contratos de Alta dirección de 2010, la encontramos en que el art. 1265 CC . establece que será nulo el consentimiento prestado por error o dolo, siendo el consentimiento conforme al art. 1261 del C.C . un elemento esencial del contrato. Qué duda cabe que como ya se ha dicho, la aprobación de estos Contratos de Alta dirección incorporaban unas pólizas de Aseguramiento aprobadas por la estrategia de ocultación de aspectos esenciales de dichos contratos; ocultación idéntica a una maquinación por parte de los acusados Edemiro , Joaquín y Fulgencio con la cooperación necesaria e imprescindibles de Ricardo y Virgilio , para mover la voluntad de los miembros de los Comités de Retribuciones y Consejo de Administración a fin de aprobar unos contratos, que de ser sabedores de la realidad no habrían aprobado. En definitiva podemos decir que crearon una situación que vició el consentimiento de los miembros de los órganos rectores de NCG, y que les indujo al error de aprobar la concesión de los Contratos de Alta dirección que llevaban aparejadas las pólizas de aseguramiento. De aquí que se estimara la pretensión del Ministerio Fiscal y las demás Acusaciones.

TERCERO .- Respecto al quantum de las indemnizaciones de las que se excluye el "plus convenio"; conforme a la Sentencia de la Sala 2ª del T. Supremo.

Conforme a los hechos probados los nuevos contratos de Alta Dirección de 2010 fueron ejecutados el 14 de septiembre de 2011 de la siguiente manera:

D. Edemiro : 7,7 millones de euros por su concepto de finiquito incluyendo su retribución hasta el cumplimiento de los 65 años. Se cubre asimismo 4 millones de euros de previsión social que faltaba por cubrir.

D. Fulgencio : 691 mil euros.

D. Joaquín : 4,8 millones de euros por su concepto de finiquito incluyendo su retribución hasta el cumplimiento de los 65 años. Se cubre asimismo 2,8 millones de euros de previsión social que faltaba por cubrir.

El Tribunal conforme a los hechos probados en la consideración de que los acusados condenados beneficiarios por los Contratos de Alta dirección de 2010 debían devolver todo lo indebidamente cobrado respecto a lo que les correspondía conforme a los anteriores contratos al 2010, no tuvo en cuenta que efectivamente el Ministerio Fiscal al que se adhirieron el resto de las acusaciones, efectuó una calificación alternativa en la responsabilidad civil; alternativa recogida en dos apartados separando los conceptos e importes que suponían y supusieron el total de una mejora en las cantidades que debían percibir Edemiro , Joaquín y Fulgencio , respecto a los contratos de Alta dirección anteriores a los de 2010.

Realmente la textura de la decisión sobre la propuesta por las acusaciones no es fácil, pues si se repara en ello, el acogimiento de la alternativa A/ referida a la indemnización por prejubilación, se excluye de toda reparación del daño económico causado a NCG, a Fulgencio . Si acogemos la alternativa B/, que hace que no pueda estimarse la alternativa A/, los conceptos de la Alternativa B/ hacen que los Directivos beneficiarios de los contratos de Alta dirección de 2010, si bien cada uno de ellos debe reparar lo indebidamente cobrado, Edemiro Edemiro y Joaquín tienen que abonar menor cantidad respecto a las cantidades que tienen que

abonar por la alternativa A/, que acoge la mayor percepción de las cantidades indebidamente cobradas, por Edemiro Edemiro y Joaquín de NCG.

En definitiva el monto total de la alternativa B/ asciende, s.e.u.o a 3.210.753,33 euros, que conjuntamente deberían abonar Edemiro , Fulgencio y Joaquín . La alternativa A/ supone un montante total a percibir por la entidad sucesora de NCG de 10.445.586,31 euros, aunque Fulgencio no abonaría cantidad alguna.

Estimamos, corregido el error sufrido, ante la sorprendente excisión de la responsabilidad civil, que como quiera que en el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, en atención al artículo 110 del C. Penal , debe atenderse entre otros supuestos, a la reparación del daño causado, en este caso patrimonial, al perjudicado, optamos por el apartado A/ de la responsabilidad civil derivada del delito de apropiación indebida en concurso de leyes con un delito de Administración Desleal, por considerar que la suma total del importe a recuperar por el "sucesor universal" de NocaCaixaGalicia, más de 10.000.000 euros, en concreto 10.445.586,31 euros, es muy superior a los tres millones cien mil euros que debería recuperar por la opción B/., que deberían pagar los tres acusados Edemiro , Joaquín y Fulgencio . El criterio de este Tribunal, sin que se nos haya ofrecido por las acusaciones otro criterio de porqué sorprendentemente, se desglosaron el total los daños patrimoniales causados por los tres acusados, Edemiro , Joaquín y Fulgencio es el de acoger la mayor reparación del daño patrimonial a la entidad perjudicada, siendo responsables civiles solidarios en aplicación del art. 116 del C.P . los acusados condenados.

Respecto a la indemnización que conforme a la alternativa A/ deben satisfacer Edemiro y Joaquín a la entidad que haya sucedido en sus derechos y obligaciones a Nova Caixa Galicia, la solidaridad de los otros acusados condenados viene establecida por ley para todos los autores condenados por la comisión del mismo delito.

La entidad beneficiaria de tal indemnización deberá ser quien haya sucedido en sus derechos y obligaciones a NovaCaixaGalicia que deberá acreditarse en ejecución de sentencia.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos la nulidad de las pólizas de aseguramiento que se establecen a favor de Edemiro , Fulgencio y Joaquín a raíz de la celebración de los contratos de Alta Dirección de 2010 que afectaban a cada uno de los acusados.

Asimismo Edemiro y Joaquín deberán indemnizar, como responsables civiles directos, a la entidad financiera sucesora en los derechos y obligaciones NovaCaixaGalicia que se acredite en ejecución de sentencia, en las siguientes cantidades:

- Edemiro en 6.476.237 euros
- Joaquín en 3.969.349,31 euros.

Siendo cada uno de los acusados condenados en este procedimiento, responsables civiles solidarios en el abono de la cantidad que cada acusado como responsable civil directo debe satisfacer individualmente a la entidad sucesora de los derechos y obligaciones de NovaCaixaGalicia. En consecuencia Fulgencio como responsable civil directo, no ha de satisfacer cantidad alguna, si bien es responsables civil solidario conforme se ha declarado, respecto a las cantidades que individualmente debe satisfacer Edemiro y Joaquín . Asimismo son responsables civiles solidarios de cada una de las indemnizaciones que individualmente deben satisfacer Edemiro y Joaquín ; Norberto y Virgilio .

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y será notificada a las partes con expresión de no ser firme, siendo susceptible de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados de la Sala.- Doy fe.