



Roj: **SAN 5773/2022 - ECLI:ES:AN:2022:5773**

Id Cendoj: **28079220642022100014**

Órgano: **Sala de Apelación de la Audiencia Nacional**

Sede: **Madrid**

Sección: **64**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **13/2022**

Nº de Resolución: **16/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **ELOY VELASCO NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3680/2022,**
SAN 5773/2022

AUD.NACION AL SALA DE APELACIÓN

MADRID

CALLE GARCIA GUTIERREZ, 1

TELÉFONO: 917096590

FAX: 917096333

N.I.G.: 28079 27 2 2017 0002863

ROLLO DE SALA:RAR 13/2022

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 1ª - ROLLO P. A. 1/2019

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN 5 - DPPA 109/2017

SENTENCIA: 00016/2022

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN NAVARRO MIRANDA

MAGISTRADOS:

Ilma. Sra. D^a. MANUELA FERNÁNDEZ PRADO

Ilmo. Sr. D. ELOY VELASCO NÚÑEZ (ponente)

En la Villa de Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil veintidós.

VISTOS en grado de apelación con el número de Rollo RAR 13/2022 los presentes autos contra la sentencia de 13/07/22 de la sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, seguidos con el número Rollo PA 1/19 procedentes del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, y apareciendo como parte apelante **ABOGADO DEL ESTADO**, representado por la Abogada del Estado D^a María del Carmen Coello de Portugal Magallón, con la adhesión del **MINISTERIO FISCAL**, representado por la Ilma. Sra. D^a. Margarita Melero Tejerina, y de **ABANCA CORPORACIÓN BACARIA, SA.**, representada por el Procurador D. Rafael Silva López y como apelados, las representaciones de **Carlos Manuel**, representado por la Procurador D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN, **Luis Manuel**, representado por la Procurador D^a. SYLVIA SCOTT-GLENDONWYN ÁLVAREZ, **Luis Pedro**, representado por la Procuradora D^a. VIRGINIA ARAGÓN SEGURA, **Juan María**, representado por la Procuradora D^a BEATRIZ GONZÁLEZ RIVERO, **Juan Ramón**, representado por la Procuradora D^a M.^a DEL CARMEN CAMILO TISCORDIO, **Pedro Miguel**, representado por la Procuradora D^a. M.^a JOSÉ CARNERO LÓPEZ, **Abilio**, representado por el Procurador D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO, **Alejandro y Alexis**



, representado por el Procurador D. JAVIER GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, **Francisca**, representada por la Procuradora D^a ISABEL CAÑEDO VEGA, siendo ponente de la presente sentencia el Ilmo. Sr Magistrado D ELOY VELASCO NÚÑEZ; procede dictar sentencia fundada en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. - En los Autos de juicio oral Rollo PA 1/19 de la sección 1^a de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, en fecha 13/07/22 se dictó sentencia cuyos HECHOS PROBADOS, son del siguiente tenor:

" 1.- ACUSADOS E INCOACIÓN

1.1.- Se ejercita acusación contra las siguientes personas:

Carlos Manuel, administrador de "PROMALAR SL" durante los hechos objeto de este proceso, de nacionalidad española e identificado con NIF NUM000, ejecutoriamente condenado por Sentencia firme de 23.03.2017 dictada por el Juzgado de lo Penal n^o 1 de Vigo como autor, entre otros, por un delito de falsedad en documental a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 5 meses de multa con una cuota diaria de 6 €; por delito de defraudación Tributaria art. 305 CP, a la pena de cuatro meses de prisión, multa proporcional 63900,33 euros, inhabilitación especial subvenciones ayudas, beneficios, incentivos 9 meses; otro delito de Defraudación Tributaria art. 305 CP, prisión 4 meses, multa proporcional 112479 euros, inhabilitación especial subvenciones ayudas, beneficios, incentivos 9 meses; por otro delito de Defraudación Tributaria art. 305 CP, prisión de 4 meses, multa proporcional de 87536,69 euros e inhabilitación especial subvenciones ayudas, beneficios, incentivos 9 meses.

Luis Manuel, primero Director General y luego Presidente de CAIXANOVA durante los hechos objeto de este proceso, de nacionalidad española e identificado con NIF NUM001, ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de 21.09.2016 como cooperador necesario de un delito de Administración desleal a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 75.000 € e inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Luis Pedro, Director General Adjunto de CAIXANOVA durante los hechos objeto de este proceso, de nacionalidad española e identificado con NIF NUM002, ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de 21.09.2016 como autor de un delito de un delito de Administración desleal a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 75.000 € e inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Juan María, Director General de CAIXANOVA (sustituyendo a Luis Manuel) durante los hechos objeto de este proceso de nacionalidad española e identificado con NIF NUM003, ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de 21.09.2016 como autor del delito de administración desleal en concurso real con un delito de apropiación indebida a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 75.000 € e inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Juan Ramón, director de la oficina principal de CAIXANOVA durante los hechos objeto de este proceso de nacionalidad española e identificado con NUM004, de quien no constan anotados antecedentes penales.

Pedro Miguel, arquitecto técnico de TASAGALICIA durante los hechos objeto de este proceso de nacionalidad española e identificado con NIF NUM005, de quien no constan anotados antecedentes penales.

Abilio, Director General de TASAGALICIA durante los hechos objeto de este proceso de nacionalidad española e identificado con NIF NUM006, de quien no constan anotados antecedentes penales.

Alejandro, responsable del Departamento de Inversiones Crediticias de Caixanova durante los hechos objeto de este proceso de nacionalidad española e identificado con NIF NUM007, de quien no constan anotados antecedentes penales.

Alexis, de la Oficina de Empresas de Caixanova durante los hechos objeto de este proceso, de nacionalidad española e identificado con NIF NUM008, de quien no constan anotados antecedentes penales.

Francisca, de la Oficina de Empresas de Caixanova durante los hechos objeto de este proceso, de nacionalidad española e identificado con NIF NUM009, de quien no constan anotados antecedentes penales.

1.2.- La incoación de Diligencias Previas 109/17 del Juzgado Central de Instrucción n^o 5 tuvo lugar por auto de 16 de noviembre de 2017.

2.- ASPECTOS GENERALES



2.1.- Caja de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra (Caixanova), con sede en Vigo y ámbito de actuación principal en el sur de Galicia, es una entidad resultante de la fusión en 1999 de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo ("Caixa Vigo"), la Provincial de Orense y la Provincial de Pontevedra. El 1 de diciembre de 2010, CAIXANOVA se fusionó con la Caja de Ahorros de Galicia, surgiendo NOVACAIXA, Galicia Banco S.A., en la actualidad ABANCA, Corporación Bancaria S.A.

El órgano máximo de dirección de CAIXANOVA era el Consejo de Administración, que se servía de una Comisión Delegada encargada de la aprobación de un importante número de operaciones y de proponer al Consejo de Administración las que excedían de su competencia.

2.2.- En el momento de producirse los hechos, Caixanova contaba con un "Manual de Riesgo de Credito" de 15 de noviembre de 2004 (versión nº 5), que define el circuito de riesgos en sus páginas 98 y ss. Por otro lado, también consta la existencia del "Manual de Políticas de Riesgo de Credito" de febrero de 2009.

2.3.- Según la escritura de constitución otorgada ante el Notario de Vigo Alvaro Moure Goyanes de fecha 7 de diciembre de 1999, "PROMALAR SL" fue constituida en diciembre de 1999 por Carlos Manuel como PROMOCIONES Y MADERAS LAGO REY SL, mediante la aportación de 20 fincas registrales heredadas. Carlos Manuel es el administrador único, y posee el 80%, cambiándose su denominación social, a partir de 2004, mediante Escritura Pública y pasando a denominarse "PROMALAR SL". Su objeto social es la adquisición, compraventa, promoción, construcción y explotación inmobiliaria

2.4.- Los órganos decisorios de Caixanova tuvieron pleno acceso a la información de las operaciones a las que se refieren los apartados 3, 4 y 5, dado que toda la información de las mismas se encontraba en "carpetas" a disposición de los miembros de la Comisión Delegada y del Consejo de Administración, tanto antes como durante la celebración de la reunión

2.5.- En la relación definitiva de créditos presentada por los administradores concursales Julio y Antonia (procedimiento de concurso de "PROMALAR S.L.") figura un crédito a favor de Novacaixagalicia por 80.564.564.755,43 euros, clasificado como "Priv. Especial art. 90.1, 1º"

3.- SOBRE EL PRESTAMO HIPOTECARIO (60 M €) Y POLIZA DE CREDITO (60 M €)

3.1- Dos operaciones que tuvieron lugar el día 20 de diciembre de 2005

3.1.1.- En primer lugar, el día 20 de diciembre de 2005 se otorgó escritura pública de **préstamo con garantía hipotecaria** otorgado por la "Caja de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra-Caixanova" (representada por Juan Ramón) a favor de "PROMALAR S.L." y de "Tiempo Libre y Ocio S.L" (representadas Carlos Manuel), por un valor de 60 millones de euros y con una hipoteca que recae sobre varias fincas rústicas situadas en el Ayuntamiento de Cangas de Morrazo (Pontevedra), parroquia de Aldán.

3.1.2.- En segundo lugar, una **Póliza de crédito con garantía personal** (Expediente nº NUM010) a favor de "PROMALAR S.L." de fecha 20 de diciembre de 2005 con un límite inicial de 60 millones de euros, con los siguientes elementos:

a) En dicha Póliza de crédito figura como "finalidad del crédito: financiación circulante"; con un interés nominal del 3,5%; con una fecha inicial de liquidación 31-12-2005 y vencimiento el 20-12-2006, con renovación por periodos 1 año hasta el 20-12-2020. Dicha póliza tiene la siguiente garantía: la cuenta corriente pignorada de 60 M€, que se deriva del préstamo hipotecario anteriormente concedido

b) Existe una "solicitud operación" de 7-10-2005 relativa "póliza indiciada renovación tácita" por 60 millones con un plazo de 5 años para "financiación de circulante", figurando PROMALAR SL como acreditado y Carlos Manuel como autorizado; no consta firma de los solicitantes

c) También existe un Informe de Inversiones Crediticias de fecha 7 de septiembre de 2005, que se refiere (planteamiento y justificación) a que se propone como garantía un solar de Cangas (parroquia de Aldán) con una superficie de 606.700 metros cuadrados con un valor de tasación de 133.249.609 euros; y se hace constar que se ha firmado el convenio Urbanístico con el Ayuntamiento de Cangas. Las finalidades de la póliza son:

compra de 1.100.000 m2 en Oleiros para la futura edificación de 550 viviendas y un campo de golf; compra de terreno para edificar 20.000 m2 de volumen en Rois (a 20 km de Santiago); y cancelar la póliza de crédito nº NUM011 de 16.000.000 €. En sus conclusiones figura que la póliza está condicionada a lo siguiente: la pignoración de una cuenta corriente Caixanova por el mismo importe (60.000.000 €) que será remunerada al 2,50%; y la cancelación de la Póliza de Crédito nº NUM011 de 16.000.000 €.

3.1.3.- Ambas operaciones se autorizan por el Comité de Riesgos del Área de Inversiones Crediticias el 7 de octubre de 2005, y es revisado posteriormente por el Director Comarcal, el Analista Financiero, el Letrado, el Director de la Oficina Principal y por la Comisión de Riesgos.



Esta operación de financiación a "Promalar S.L." fue aprobada por la Comisión Delegada de Caixanova el 13 de octubre de 2005. El Consejo de Administración ratificó la póliza de crédito el 27 de octubre 2005.

3.1.4.- No está acreditada una mala situación económica de "Promalar S.L." y de "Tiempo Libre y Ocio S.L." en el momento de realizarse las operaciones descritas en el anterior apartado 3.1.1 y 3.1.2.

3.1.5.- En cuanto al destino real de los fondos objeto de estas operaciones, el movimiento más relevante asciende a 31,0 M€: el día 2 de febrero de 2006 se transfiere a la cuenta NUM012 (Banco Pastor-Vigo), titularidad de "Promalar S.L.". En la misma fecha se transfiere desde esta cuenta a la NUM013 (en la nueva codificación de Abanca NUM014), titularidad de Bernardo Alfageme, S.A. Desde esta cuenta, salen 27,13 M€ mediante 36 cheques bancarios nominativos, cuyos destinatarios son los anteriores accionistas (24,2 M a 16 accionistas mediante 20 cheques) y otros destinatarios.

3.1.6.- No ha resultado probado que los acusados tuvieran un conocimiento cumplido de la imposibilidad efectiva del retorno o devolución del dinero a Caixanova; ni tampoco de que se representaran dicho resultado como probable.

3.1.7.- Victor Manuel fue presidente de Caixanova de 2002 a 2006 y consejero en años sucesivos; en los ejercicios 2005 a 2009 figura como administrador de "Conservas Antonio Alonso SA", "Fabricantes Conserveros Reunidos SA" (participada por "Bernardo Alfageme SA"), "Aquarium SA" (participada por "Bernardo Alfageme SA") y Caixanova. Bartolomé fue consejero de Caixanova desde 1998 a 2022; y figura como administrador hasta 2004 de "Auxiliar de Comercio Pesquero SA", "Bernardo Alfageme SA", "Fabricantes Conserveros Reunidos SA" y "Aquarium SA"; y en 2005 figura como administrador de "Fabricantes Conserveros Reunidos SA" y "Aquarium SA".

3.2.- Sobre la garantía hipotecaria y la tasación por "Tasaciones y Valoraciones de Galicia S.A." (TasaGalicia)

3.2.1.- La hipoteca se constituyó sobre terrenos situados en la parroquia de Aldán que pertenece al municipio de Cangas (Pontevedra), "Sector Sur - 3: Varalonga", con fundamento en la tasación realizada por TASA GALICIA con fecha de emisión 12-09- 2005 y fecha de caducidad 12-03-2006, que esta firmada por " Abilio . Consejero Director General" y por " Pedro Miguel . Arquitecto Tecnico".

3.2.2.- Entre otros elementos de la tasación realizada por TASA GALICIA, cabe destacar los siguientes:

Solicitante: PROMALAR S.L.

Finalidad: Garantía hipotecaria

Observaciones: Convenio Urbanístico del Concello de Cangas

Superficie del terreno: 606.700,00 M2

Tipo de calificación: Suelo urbanizable No Delimitado

Valor de tasación: 133.249.609,48 EUR

Observaciones: Se ha valorado por el método residual estático, por considerarse que en un plazo inferior a 1 año se pueden comenzar las edificaciones

Condicionantes: ninguno

Observaciones: La edificabilidad se ha calculado comprobando los datos indicados por la propiedad (Convenio Urbanístico de 17-12-2004)

Como documentación anexa figura el primer folio del Convenio Urbanístico de Cangas de fecha 17 de diciembre de 2004.

3.2.3.- En relación con la mencionada tasación, se confeccionó una "certificación de tasación" firmada con Abilio , cuyos elementos destacables son los siguientes:

Residual estático: 133.429.609,48 Euros

Siendo el método de valoración adoptado **Residual Estático**

Condicionantes: ninguno

Advertencias: ninguna

Advertencias específicas: variación de planeamiento y decreto de suspensión pueden variar tasación.

3.2.4.- TASA GALICIA era una entidad que no se encontraba vinculada a Caixanova. Estaba homologada por el Banco de España, estando sometida a la normativa aplicable a las tasaciones (norma ECO/508/2003, de 7 de marzo).



3.2.5.- TASA GALICIA elaboraba los informes de tasación de la siguiente forma: el tasador recibía el encargo de forma telemática por internet, tras lo cual procedía a realizar las operaciones necesarias de recopilación y análisis de la información, así como de comprobación y documentación. Una vez confeccionada la pericial, se insertaba por el perito en la plataforma informática para su validación; si se validaba (por el controlador), se insertaba automáticamente la firma del Sr. Abilio en el informe y en el certificado de la tasación, y se remitía a quien lo hubiera solicitado. En Tasagalicia había un controlador (para validar) por día, aunque más adelante había dos por día (turno por días). En la plataforma, cada tipo de bien tenía su propia modalidad de informe.

3.2.6.- La Ministra de Economía y Hacienda dictó una Orden fecha 2 de marzo de 2010, por la que se sanciona a "Tasaciones y Valoraciones de Galicia S.A." y a su Consejo de Administración. Entre otras sanciones, se impone a Abilio una multa por "la emisión de certificados o informes de tasación en cuyo contenido se aprecie de forma manifiesta la falta de veracidad en la valoración y, en particular, la falta de concordancia con los datos y pruebas obtenidos en la actividad de valoración efectuada".

3.2.7.- Está probada la existencia de un convenio urbanístico con Carlos Manuel (en nombre de "PROMALAR S.L. y "TIEMPO LIBRE Y OCIO 2000 S.L.") que fue ratificado por el Pleno del Concello de Cangas en su sesión de 3 de agosto de 2004. Se trata de un convenio "sometido a condición de aprobación definitiva del Plan General" (Estipulación 1ª al folio 217). Y también existían otros 6 o 7 convenios de este tipo. "Promalar S.L." había desembolsado aproximadamente 2,7 M como anticipo en ejecución del citado convenio urbanístico.

El Plan General de Ordenación Urbana llegó a ser aprobado por el Ayuntamiento de Cangas, aunque posteriormente dicha aprobación fue dejada sin efecto por presiones vecinales y razones políticas.

3.3.- Adquisición de "Bernardo Alfageme S.A."

3.3.1.- El 2 de febrero de 2006 "Promalar S.L." concedió a "Conservas Peña S.A." un préstamo participativo por importe de 31 millones de euros

3.3.2.- El 3 de febrero de 2006, "Conservas Peña S.A." adquirió el Grupo Bernardo Alfageme ("Grupo BASA") por un importe de 24.200.000 euros. El Grupo BASA estaba compuesto por "Bernardo Alfageme S.A." ("BASA"), "Mariscos San Cayetano, S.A." y "Basinter, S.A."

3.3.3.- El 19 de diciembre de 2006, el grupo Promalar adquiere Conservas Peña, y con ella el Grupo BASA, por un importe de 34 millones de euros

3.3.4.- El 4 de mayo de 2011 "Promalar S.L." presentó concurso de acreedores. Con fecha 8 de febrero de 2013, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra acordó archivar las actuaciones de la Sección Sexta del Concurso de "Promalar S.L.", dado que tanto el informe de la administración concursal como el dictamen del Ministerio Fiscal calificaron el concurso como fortuito

3.4.- Novación de fecha 7 de diciembre de 2007

3.4.1.- Por escritura pública de fecha 7 de diciembre de 2007, Caixanova (representada por Alexis) y "PROMALAR S.L." (representada por Carlos Manuel) modifican el tipo de interés pactado, el plazo y otras condiciones del préstamo hipotecario de 60 M otorgado mediante escritura pública de fecha 20 de diciembre de 2005: se amplía el plazo de vigencia, que queda expresamente fijado en 45 meses, a contar desde el día 1 de octubre de 2007; la prestataria se compromete a devolver el capital prestado mediante una única entrega de 60 M que se efectuará el 1-7-2011; y se modifica el tipo de interés: entre el 1-1-0-2007 y 1-1-2008, el 5,724%; y posteriormente, Euribor más 1 punto.

3.4.2.- Mediante esta novación no se produce aumento del importe del préstamo, no se reducen las garantías y no se produce un incremento del riesgo de la operación.

4.- SOBRE EL PRESTAMO HIPOTECARIO DE 9,25 M €

4.1.- Préstamo hipotecario

4.1.1.- Resulta probada una "escritura de préstamo hipotecario ordinario y distribución de responsabilidad hipotecaria", otorgada ante el Notario de Vigo Francisco Fernández Íñigo el día 9 de marzo de 2007, firmada por Alexis (en representación de Caixanova) y Carlos Manuel (en representación de "PROMALAR S.L."), en la que se constituye préstamo hipotecario por 9,25M € con una amortización única del principal el 1 de abril de 2010, estableciendo hipoteca sobre 4 fincas en el municipio de Moaña (Pontevedra).

4.1.2.- La operación fue aprobada por la Comisión Delegada en su reunión de 1 de marzo de 2007, tras haber superado el circuito de riesgos de la entidad. El 29 de marzo de 2007, el Consejo de Administración refrendó la operación.



4.1.3.- *El objeto de esta operación es doble: reducir riesgos de "Bernardo Alfageme S.A." con CaixaNova; e inyectar liquidez en "Bernardo Alfageme S.A.". En el momento de realizarse esta operación, la evolución de la situación económica de las sociedades "PROMALAR S.L." y Bernardo Alfageme S.A." no puede calificarse como negativa,*

4.1.4.- *No ha resultado probado que los acusados tuvieran un conocimiento cumplido de la imposibilidad efectiva del retorno o devolución del dinero objeto de esta operación a Caixanova; ni tampoco de que se representaran dicho resultado como probable*

4.2.- *Tasación de las fincas de Moaña*

4.2.1.- *Está probada la existencia de un Informe de tasación con fecha de emisión 19-10-2006 y con fecha de caducidad el 19-04-2007, firmado por Pedro Miguel (Consejero Director General de TASAGALICIA) y Abilio (Arquitecto Técnico) relativo a la finca situada en la AVENIDA000 de Moaña, con las siguientes características principales:*

"Observaciones: Convenio Urbanístico del Concello de Moaña de fecha: 28-07- 2005"

"Valor Tasación: 18.477.844,58 EUR" (página 8)

"Observaciones: Se ha valorado por el método residual dinámico, por considerarse que en un plazo inferior a 1 año no se pueden comenzar las edificaciones" (página 8)

"Condicionantes: Otros (ver observaciones); y seguidamente: "Observaciones: Condicionada a que se incluya el Convenio en el nuevo PGOM" (página 8)

4.2.2.- *En el momento de realizarse la operación descrita en el apartado 4.1, existía un convenio urbanístico entre "PROMALAR S.L." y el Ayuntamiento de Moaña. El Plan General de Ordenación Urbana fue definitivamente aprobado por el Ayuntamiento de Moaña el 26 de enero de 2017*

4.2.3.- *El Manual de Políticas de Riesgo de Caixanova de febrero de 2006, complementario del MRC de noviembre de 2004, contemplaba la posibilidad de admitir tasaciones condicionadas:*

"*Tasación con condicionantes. En el caso de financiación de suelo: calificación pendiente de desarrollos urbanísticos*", calificando en este caso el riesgo como medio-alto.

4.3.- *Novaciones de 31 de marzo de 2010 y de 30 de junio de 2010*

4.3.1.- *Primera novación. El 31 de marzo de 2010, mediante Escritura Pública se acuerda la novación de dicho préstamo, modificando el tipo de interés (se incluye suelo de 5,25%, antes era del 3,50%, y máximo de 11,50%), y plazo hasta el 01/07/2010 (se amplía 3 meses).*

4.3.2.- *Segunda novación. Tiene lugar el día 30 de junio de 2010, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Vigo Sr. Lucas Sánchez, estableciendo las siguientes condiciones:*

Plazo: 75 meses para la devolución del capital prestado; con vencimiento el 01-07-13

Tipo de interés inicial: 5% (un año)

Tipo de interés resto: Euribor + 2,00%

Mínimo 5,00%

Máximo 15,00% Liquidación de intereses: Anual

4.3.3.- *Ninguna de las dos novaciones determina un aumento de la cuantía del préstamo, ni una reducción de sus garantías, ni un incremento del riesgo de la operación.*

5.- POLIZA DE CREDITO DE 5 M €

5.1.- *Operación de crédito*

5.1.1.- *Resulta acreditada la existencia de una póliza de crédito (julio de 2009) de 5 millones de euros, por el plazo de 1 año, con un tipo de interés fijo del 5.25%;*

El Acta de la Comisión Delegada de 23 de julio de 2009 contiene el acuerdo de aprobar un crédito de 5 Millones a "PROMALAR S.L.". El Consejo de Administración ratificó la operación el 30 de julio de 2009.

5.1.2.- *NovaCaixaGalicia decidió resolver el contrato por impagos reiterados, cerrando la cuenta el 21 de diciembre de 2010, por Importe de 5,53 M€, que ascendía a 6,03 M€ con los intereses de demora*

5.1.3.- *Esta operación tenía como objeto una refinanciación para que "Promalar S.L." pudiera atender a sus compromisos de pago; sin que haya supuesto un incremento del riesgo que la entidad acreedora mantiene con su deudor*

5.2.- *Hipoteca*



5.2.1.- También está probada la existencia de una escritura pública de hipoteca de máximo de distribución de responsabilidad, otorgada el día 29 de julio de 2009 ante el Notario de Vigo Sr. Fernández Íñigo, firmada por Francisca (Directora de la Oficina de Empresas, en representación de Caixanova) y por Carlos Manuel (en representación de PROMALAR SL). Se trata de una escritura de superposición de garantía hipotecaria de máximo en garantía del saldo de la cuenta corriente hipotecaria, para responder de hasta un límite de 5 millones de euros de principal, 2.250.000 euros de intereses y hasta el 10% (500.000 euros) por costas y gastos; por el plazo de 1 año desde la fecha de la escritura pública; y constituyendo 27 hipotecas sobre un total de 22 fincas situadas en Moaña, Cangas de asimismo hipoteca sobre un total de 22 fincas situadas en Moaña, Cangas de Morrazo y Bueu.

5.2.2.- La inscripción de la escritura de hipoteca máximo y distribución de responsabilidad fue suspendida por el registrador de Cangas el 11 de noviembre de 2009 "por constituirse el derecho real de hipoteca en garantía de, entre otros conceptos, intereses ordinarios por un plazo de tiempo -tres años- superior al plazo de duración de la póliza de crédito garantizada hipotecariamente -un año-, plazo por el que además, según la cláusula segunda, se constituye la hipoteca".

La parte dispositiva de la sentencia, literalmente, dice: FALLAMOS:

"Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados Carlos Manuel, Luis Manuel, Luis Pedro, Juan María, Juan Ramón, Pedro Miguel, Abilio, Alejandro, Alexis y Francisca de todos los cargos que se les imputaban en el presente proceso; declarando como declaramos las costas de oficio.

Una vez firme esta sentencia, quedarán sin efecto todas las medidas cautelares adoptadas en el presente proceso.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma puede interponerse recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que podrá interponerse en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a la notificación de esta sentencia.

Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

SEGUNDO. - Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de Apelación por parte del **ABOGADO DEL ESTADO**, representado por D^a María del Carmen Coello de Portugal Magallón, con la adhesión del **MINISTERIO FISCAL**, representado por la Ilma. Sra. D^a. Margarita Melero Tejerina y **ABANCA CORPORACIÓN BACARIA, SA.**, representada por el Procurador D. Rafael Silva López.

La representación del apelante **ABOGACÍA DEL ESTADO** en representación y defensa del **FROB** (Autoridad de Resolución Ejecutiva) recurre, en primer término, por infracción de ley, al entender vulnerados los Arts. 295 y 74 del CP en relación con la aplicación de penas y prescripción.

Indica que, en la fecha de vigencia de los hechos, la prescripción del **delito continuado de administración desleal** (entonces contemplado en el Art. 295 CP, en relación con el 74.2 CP) no era de 5 años como acuerda la sentencia que impugna -aceptando la cuestión previa, sin entrar en el fondo del asunto ni en la valoración del resto de tipos por los que se acusaba- sino de 10 años, ya que, en resumen, al permitir el último precepto citado que por obra de la continuidad delictiva y por tratarse de delito económico, se pueda imponer una pena superior en uno o dos grados cuando nos encontremos ante hechos calificables de "notoria gravedad" o que "afecten o perjudiquen a una generalidad de personas", la sanción en abstracto podría alcanzar los 9 años de prisión, motivo por el que su prescripción, conforme al Art. 131.1 CP, operaría a los 10 años, y en su consecuencia interesa, la revocación de la sentencia y la retroacción de las actuaciones al momento de dictarla nuevamente, esta vez, sin apreciar la indicada cuestión previa, entrando en el fondo del asunto.

En segundo lugar, y ahora referente al **delito de apropiación indebida**, recurre igualmente por la que denomina vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al encontrar error en la valoración de la prueba -singularmente la pericial y documental- por insuficiencia y falta de racionalidad en la motivación fáctica de la sentencia impugnada y por entender se aparta manifiestamente de las máximas de la experiencia a la hora de apreciar la concurrencia o no de dolo en los acusados, ya que, resumidamente, no valora el carácter especulativo y arriesgado de las operaciones crediticias enjuiciadas, ni analiza las irregularidades en la concesión de fondos o su real aplicación al destino pactado, ni la suficiencia o correcta tasación de las garantías en el entorno circunstancial de planeamiento urbanístico de las fechas en que se concedieron los préstamos -y lo va analizando operación por operación-, que es lo que, sumado a la deslealtad y abuso de confianza de algunos acusados, a su parecer, determinó la imposibilidad real de retornar lo prestado, generando un perjuicio para la entidad crediticia -tras la intervención del FROB- de 80.564.755 euros y que, en contra de lo que sustenta la resolución impugnada, obró sobre la conciencia y voluntad de estos a la hora de burlar las expectativas de la corporación de recuperar el dinero prestado y su remuneración, solicitando en consecuencia, la revocación de la sentencia y la retroacción de las actuaciones al momento de iniciar de nuevo las sesiones de su juicio oral, modificando la composición de la sala enjuiciadora, para proceder a su nuevo enjuiciamiento oral.



Se adhiere a sendos motivos la representación del **MINISTERIO FISCAL**, interesando la nulidad de la sentencia tanto por inaplicación indebida del Art. 74.2 CP para subsanar, a su modo de entender, la incorrecta declaración de prescripción declarada, de un modo muy similar al argüido por la Abogada del Estado, y también por compartir que, además, la sentencia recurrida valora irracional e insuficientemente la prueba acorde las máximas de la experiencia, además de haber omitido la de otras, más relevantes, que, a su modo de ver, habrían llevado a un pronunciamiento condenatorio, descartando la concurrencia, mantenida por la resolución, del dolo o la posibilidad efectiva de retorno del dinero por las diferentes operaciones denunciadas -analizándolo, igualmente una a una-.

Igualmente se adhiere a la apelación la representación de la mercantil **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA**, a sendos motivos esgrimidos por la Abogacía del Estado, argumentando con esta que, respecto del primero, no está bien calculado el período de prescripción del delito continuado de administración desleal al haberse inaplicado la posibilidad contemplada en el Art. 74.2 CP de apreciar la subida en uno o dos grados a su pena básica en abstracto, cuando, como en el caso, concorra "notoria gravedad" y "perjuicio a una generalidad de personas", además de por no haber prescrito los hechos conexos coacusados -apropiación indebida del Art. 252 - 250.1.6 CP - que obligan a calcularla en función del delito más grave del conjunto y, respecto del segundo, por coincidir en que operó error en la apreciación de la prueba, ya que no valoró alguna sustancial -y lo analiza operación a operación- que si hubiera hecho, habría girado el signo absolutorio del fallo, solicitando en consecuencia lo mismo que el recurrente al que se adhiere.

A lo anterior, resumidamente, se oponen las representaciones de los acusados **Carlos Manuel**, al entender que: las Acusaciones, al solicitar en sus conclusiones, una pena de 3 años de prisión por delito -en el momento de su causación- societario de los Arts. 295 y 74 CP, están aplicando el párrafo 1º del meritado Art. 74 CP y no el segundo como ahora evocan en su recurso -infringiendo el principio acusatorio generándole indefensión y vulneración del Art. 24.2 CE -, lo que conlleva una prescripción de 5 años como la apreciada por la Sala, interesando por ello la confirmación de haber prescrito los Hechos.

Alternativamente, de ser ese argumento desestimado, entiende, por otra parte que de ser aplicable el párrafo 2º del meritado Art. 74 CP, igualmente, debe convalidarse el pronunciamiento de la instancia porque no concurren los requisitos exigidos por aquel de notoria gravedad y afección a una generalidad de personas.

En tercer lugar, y respecto de la Acusación por apropiación indebida del Art. 252 CP, también la impugna, al entender que el recurrente pretende imponer su personal apreciación subjetiva sobre la valoración, más neutral, de la prueba, hecha por el Tribunal quien no aprecia falsedades en las valoraciones de las fincas y sí garantías con qué enfrentarlas, al menos en algunas de las operaciones cuestionadas, explicando las restantes las causas de índole circunstancial social y política que llevaron a los impagos, solicitando mantener el pronunciamiento absolutorio de la sentencia.

La de **Luis Manuel**, al entender que: por un lado debe desestimarse de plano el recurso -del FROB- por estar manifiestamente infundado al no invocar los motivos por los que pide revisión, reiterar su calificación provisional, obviando el análisis probatorio de la Sala apelada y su racionalidad, pretendiendo imponer su valoración a la de la Sala a quo.

Igual suerte desestimatoria pretende respecto del motivo de no prescripción del delito de administración desleal, al entenderlo irrelevante porque la sentencia, pese a declarar prescrito ese delito -argumento adicional a mayores-, analiza el fondo y los hechos y concluye en su absolución.

A mayor abundamiento, entiende aplicable para compartir el fundamento de la sentencia, el párrafo 1º del Art. 74 CP que al momento de los Hechos era un delito societario y no un delito patrimonial, como exigía el párrafo 2º invocado erróneamente, y por el que el propio FROB no acusó, ya que al pedir 3 años de prisión, aplicó sólo el párrafo 1º del Art. 74 CP, precepto este al que niega capacidad para modificar el período de prescripción en contra del reo.

Finalmente interesa la desestimación del motivo referente a la irracional valoración de la prueba en sentencia absolutoria por entender que se pretende imponer -lo que está prohibido en la configuración actual del recurso de apelación penal- la propia valoración del recurrente frente a la expresada como fruto de su convicción racional por la Sala a quo, amén de porque se pretende la apreciación y reinterpretación de prueba personal en una apelación que ha carecido del beneficio de la inmediación, contraviniendo el derecho a un proceso con todas las garantías del Art. 24.2 CE y porque la sentencia recurrida razona y valora la prueba del plenario con evidente descarte de arbitrariedad significativa alguna.

La de **Luis Pedro**, al entender que: el recurso pretende alterar los Hechos probados por la sentencia recurrida pese a impetrar un error iuris, lo que sería incorrecto, pues sólo podría revisarse una hipotética subsunción jurídica errónea, que no opera y, en lo atinente al motivo afectante a la acusación por apropiación indebida, por



no ser la motivación de la prueba hecha por la sentencia ilógica ni irracional ni insuficiente, sino más completa y extendida que la que pretende imponer la recurrente, al abarcar periciales de signo favorable que se obvian en el recurso, cuyas operaciones concretas analizadas rebate, negando el carácter especulativo/arriesgado de las mismas, o que hubiese irregularidades graves en la concesión de los préstamos/novaciones, para lo que se apoya en periciales obrantes en la causa, solicitando junto con su desestimación, la condena en costas del recurrente y sus adhirerentes -excepto el Ministerio Fiscal- por la temeridad y mala fe de sus recursos.

La de Juan María , al entender que: no es de aplicación el párrafo 2º del Art. 74 CP, que sólo procede en los delitos masa y no en los continuados patrimoniales del párrafo 1º del Art. 74 CP por el que únicamente se acusó, donde no se aprecia la notoria gravedad ni el perjuicio a una generalidad de personas, -circunstancias no invocadas en la instancia por las Acusaciones- y deberse calcular el transcurso temporal para la prescripción -sin afectar el principio acusatorio, ni exceder los términos de la acusación misma- según las concretas penas solicitadas en este caso como se indicó en uno parecido (en la s TS 954/2010 de 3 de noviembre) y respecto de la petición por apropiación indebida, por entender que, so pretexto de irracionalidad, desacierto e insuficiencia en el juicio probatorio, lo que pretende quien recurre -y analiza la prueba en las diversas operaciones económicas sometidas a enjuiciamiento- es sustituir la valoración de la Sala a quo -especialmente en lo que hace a la inferencia de ausencia de dolo y en la posibilidad o no de retornar lo prestado- por la propia -eso sí, silenciando clamorosas pruebas del plenario que le perjudican el motivo-, solicitando la confirmación y la condena en costas de esta alzada a la recurrente y a Abanca -adherida- por mala fe.

La de Juan Ramón , al entender que: no es de aplicación el párrafo 2º del Art. 74 CP para calcular el plazo de prescripción, pues la apreciación de la circunstancia de "afectación a una generalidad de personas" no puede hacerse ex post, porque debe operar ex ante, ni mezclarse con consideraciones que sólo tienen un valor interino cuando se hacen para interpretar normas de determinación de la competencia o no de la Audiencia Nacional, como tampoco pueden afirmarse planes preconcebidos de gestión inadecuada para desembocar en crisis bancarias inconcebibles sin utilizar figuras aparecidas mucho después en el tiempo, de modo que entiende que la determinación de las penas máximas posibles en abstracto para calcular la prescripción no descarta analizar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, obligando las del presente a la de 5 y no 10 años tal y como declara la Sala a quo, con la que coincide, y respecto del segundo motivo de recurso, incide en que se pretende sustituir la valoración de la prueba del plenario por la propia, apelando a una irracionalidad valorativa inexistente, solicitando en consecuencia la confirmación de la sentencia.

La de Pedro Miguel , al entender que: al haberse acusado por delito continuado de administración desleal, la pena máxima aplicable sería la de 5 años -mitad inferior de la pena superior en grado-, que conlleva un plazo de prescripción de 5 años, que es lo correctamente aplicado en la sentencia recurrida, y, en lo que hace al segundo motivo de recurso, combate en la línea argüida por la sentencia que comparte la mendacidad de la acusada falsedad en: la tasación de la finca de la parroquia de Aldán en Cangas (Pontevedra), confeccionada según método -residual- de cálculo estático, permitido por la ley (orden ECO/805/2003, de 27 de marzo) posible al preverse su edificabilidad en el plazo de un año conforme al Convenio urbanístico aplicable y en la de los terrenos de Moaña-Paseo Marítimo, que indicaba su condicionamiento a ser incluida en el nuevo Plan General de Ordenación Urbana, coincidiendo con el pronunciamiento absolutorio de la sentencia que pide confirmar.

La de Abilio , al entender que: no cabe aplicar el párrafo 2º del Art. 74 CP por no ser el descrito en el Art. 295 CP al momento de los hechos un "delito patrimonial", sino sólo societario; porque las Acusaciones no solicitaron la imposición de "pena superior en uno o dos grados" -necesaria para alcanzar la prescripción de 10 años ahora impetrada-, como demuestra que lo hicieran por "delito continuado" por el que pidieron pena no superior a 3 años de prisión, además de por considerar inane esta cuestión de la prescripción, al haber acordado la sentencia recurrida la inexistencia del delito de administración desleal al rechazar cualquier infracción al deber de fidelidad/deslealtad en la gestión de patrimonio ajeno -resultando elocuente que los recurrentes no analicen los requisitos, como el señalado, que deberían haber concurrido para poderlo condenar como pretenden- y en lo referente al segundo motivo de recurso, solicita también la confirmación del pronunciamiento absolutorio de la instancia, porque su justificación, aunque formalmente tilda de irracional, insuficiente y desacertado el razonamiento probatorio hecho por la sentencia, sencillamente al discrepar de él, por serle adverso, debe descartarse, por ser más acorde con lo que se produjo en el plenario y más convincentes las pruebas -pericial de tasaciones de terrenos y testificales- de cariz personal y practicadas con inmediatez, que analiza detalladamente mostrando su racionalidad.

La de Alejandro y Alexis , al entender que respecto de ellos: no hay operaciones más allá de marzo de 2007 con relevancia fáctica para apreciar los delitos acusados, discrepando incluso con la Sala a quo en la fijación del día de inicio para el cómputo del plazo de prescripción (que aquella fijaba en junio de 2010) y en cualquier caso, negándolo igualmente respecto de ellos, al ser su concreto dies ad quem el 19/01/2018 -día de su inicial citación a la causa en que esta se empieza a dirigir contra ellos-, para cuando incluso los 10 años



indicados por los recurrentes también habrían operado sin interrupción; amén de considerar que al no haberse solicitado acusación concreta superior a los 3 años de prisión en las conclusiones definitivas tras el juicio oral, no es posible calcular su plazo prescriptivo en perjuicio del reo atendiendo a la pena en abstracto con todos los incrementos punitivos que en concreto no se han solicitado; ni variar los Hechos probados -entre los que se remarca la inexistencia de dolo ni de plan para distraer dinero en favor de PROMALAR, SL, o terceros- que concluyen el descarte del delito de administración desleal, lo que igualmente haría inane, en su caso, la existencia de su posible prescripción y respecto del segundo motivo, niega la denunciada irracionalidad en la valoración probatoria, analizando las operaciones económicas y actuaciones personales enjuiciadas, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

Y la de **Francisca**, al entender que: al haberse alegado infracción jurídica se deben respetar los Hechos Probados en la sentencia que hacen inaplicable el párrafo 2º del Art. 74 CP, al no haber un perjuicio patrimonial superior a los 805 Millones de euros, siendo correcta la prescripción de 5 años aplicada por la Sala a quo; además de por no operar respecto de la impugnante el plazo de prescripción pretendido, pues siendo el día de iniciación de su cómputo el de la operación de 29/03/2007 -descartando interrupciones en las novaciones por haber sido beneficiosas- y el en que se dirige la causa penal contra ella el 18/01/2018, igualmente habrían transcurrido incluso los 10 años alegados ahora por la Acusación y en lo referente al segundo motivo, niega la irracionalidad argumentativa en el análisis probatorio hecha por la Sala a quo, analizando la corrección del razonamiento absolutorio respecto de las operaciones económicas propias por las que fue acusada, solicitando la confirmación de la sentencia con imposición de las costas de la alzada a la recurrente por su temeridad.

Tramitada conforme a Derecho, se remitió la causa a esta Sala de Apelación, donde, se procedió al señalamiento para deliberación y fallo el día 20 de diciembre de 2.022, conforme al régimen de señalamientos, quedando las actuaciones listas para resolver.

TERCERO. - Se aceptan los Hechos Probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO. - La sentencia recurrida por la representante de la Abogacía del Estado con las dos adhesiones indicadas, analiza la a) Operación de 20 de diciembre de 2005 consistente en préstamo hipotecario de 60 M y en póliza de crédito de 60 M; y su ulterior novación por escritura de 7 de diciembre de 2007; b) Préstamo hipotecario de 9,25 M de fecha 9 de marzo de 2007; y sus novaciones de 31 de marzo de 2010 y de 30 de junio de 2010; y c) Póliza de crédito de 5 M de fecha 29 de julio de 2009 y concluye absolviendo a todos los acusados de las peticiones alternativas por delito continuado de apropiación indebida (Art. 252 en relación con el 250.5 y 74 CP), societario continuado (Art. 295 y 74 CP), falsedad en documento mercantil continuado (Art 390.2 , 392 y 74 CP) y continuado de uso de documento falso (Art 393 y 74 CP), respecto de las acusaciones por delito continuado de administración desleal, -FJ A, apartado 3º-, porque aprecia la concurrencia de prescripción, y las de apropiación indebida, -FJ B 5ª-38º- y las de las falsedades, -FJ F 39º-46º-, por inexistencia de prueba de cargo que pueda sustentar las hipótesis acusatorias.

Las Acusaciones, como decimos, sólo recurren las dos primeras, haciendo devenir firme la absolución por las falsedades -principio acusatorio-.

SEGUNDO. - La representación de Luis Manuel solicita desestimar de plano el recurso -de la Abogacía del Estado, representando al FROB- por entenderlo manifiestamente infundado al no invocar los motivos por los que pide revisión, sin embargo, tal argumentación formalista debe rechazarse en beneficio de la tutela efectiva, porque amén de la redacción elegida (la recurrente alude a infracción de la ley en un motivo y en el otro al error en la valoración de la prueba), es lo cierto que los dos fundamentos aducidos por la recurrente son entendibles desde la doble óptica de permitir contra alegar a la parte contraria y al Tribunal tomar cabal posición jurídica, como efectivamente pasamos a hacer a continuación:

En lo tocante a la acusación por **presunto delito de administración desleal**, y acudiendo para la delimitación objetiva del proceso a los escritos definitivos de acusación, es lo cierto que las que la ejercieron (Abogacía del Estado, Ministerio Fiscal y Abanca Corporación Bancaria S A), invocaron la concurrencia del delito de administración desleal como continuado, citando el Art. 74 CP sin señalar párrafo concreto, pidiendo una pena privativa de libertad concreta para los acusados de 3 años de prisión.

Sobre esta premisa, hemos de coincidir con los argumentos de muchas de las Defensas y de la sentencia impugnada, de que esos Hechos estaban prescritos, confirmando en este punto la resolución.

En efecto, y en lo que hace a la **delimitación objetiva de la posible prescripción** hay que tener en cuenta que nos encontramos en la causa ante una unidad delictiva -5 operaciones bancarias ocurridas desde el 20 de diciembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2010 de cuestionada lealtad- cuya posible prescripción se debe analizar de



manera conjunta -ver s TS 955/2021, de 3/12/21, que cita la s TS 570/2008, de 30/09, que indicaban que en los "comportamientos delictivos complejos, ... la jurisprudencia de esta Sala de antiguo ha entendido que opera un plazo de prescripción único, residenciado en el que corresponde a la infracción más grave") pues es la forma de calcularla en supuestos como el presente de **complejos/conjuntos delictivos en que haya unidad o conexidad de infracciones**, descartando cálculos aislados o según cada hecho, aplicándola, en consecuencia, sobre la sanción de la **infracción más gravemente penada del complejo** (Art. 131.4ºCP : "en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave").

Señala la s TS 904/2022, de 17/11/22 que "el delito continuado se encuentra formado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el Art. 74 del Código Penal, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una **unidad jurídica** a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos".

Y respecto de la **delimitación subjetiva**, sin embargo, como recuerdan algunas de las Defensas, debe tenerse en cuenta el momento en que **a cada concreto acusado** le comience a contar el mismo en función de (**dies a quo**) cuándo "se haya cometido la infracción punible" que, en el caso de delito continuado se computará "desde el día en que se realizó la última infracción" (Art. 132 1.1 CP), esto es, desde el 30 de junio de 2010, y, (**dies ad quem**) de cuándo se haya **dirigido la causa en su contra** mediante resolución de naturaleza judicial que "le atribuya presuntamente participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito" (Art. 132.2 1º CP).

Que lo solicitado en la presente causa -principio acusatorio delimitador del objeto de interpretación judicial- **fu e un delito continuado** (Art. 74.1 CP) de administración desleal **y no un delito agravado por la doble concurrencia de notoria gravedad y perjuicio a una generalidad de personas** (Art. 74.2 CP) -como se pretende ahora en el recurso por primera vez- y que resulta cuestión prohibida por impedir la tutela judicial en la primera instancia, ya que no caben en esta fase de apelación en que nos encontramos pronunciamientos ex novo sobre cuestiones no suscitadas en la instancia- se deriva, como señalan algunas Defensas, del **do ble hecho** de que:

a) sólo se explicitó la condena por delito continuado y no por delito masa (ninguna Acusación menciona específica ni expresamente la concurrencia de la "notoria gravedad y perjuicio a una generalidad de personas" necesarias para diferenciar una y otra figura), y,

b) porque, de haberlo pretendido, como a diferencia del continuado, la concurrencia de la doble segunda circunstancia permite la imposición, si está motivada, de "la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente", estas no habrían solicitado la concreta de 3 años de prisión, sino una superior.

Como el **plazo de prescripción** se calcula sobre pena diferente en uno y otro caso, porque: mientras en el Art. 74.2 CP "cuando se trate de infracciones contra el patrimonio"... "el hecho revista notoria gravedad y perjudique a una generalidad de personas" se hace,"sobre la pena superior en uno o dos grados en la extensión que se estime conveniente", en el **continuado** (Art. 74.1 CP) se aplica sobre "la mitad superior de la infracción más grave que podía llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado", y ya hemos concluido que en el presente sólo fueron acusados por delito continuado, es acertado el cálculo hecho por la sentencia a quo.

En consecuencia, como a la fecha de causación de los Hechos y aplicando el Código Penal vigente (que posteriormente se modificó por L. O. 1/2015, de 30 de marzo) el delito de administración desleal invocado se sancionaba en el entonces Art. 295 CP con una pena de prisión de seis meses a cuatro años (o multa), su prescripción se calculaba sobre la fijada:

-entre los 2 años, 3 meses y 1 día y los 5 años de prisión, si se cometía como **delito continuado** -conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial que parte del Acuerdo del Pleno del TS de 30 de octubre de 2007 y que se ratifica en numerosas sentencias posteriores, entre las que se pueden citar las s TS 211/2017, de 29 de marzo ; 828/2016, de 3 de noviembre ; 883/2016, de 3 de noviembre ; o 737/2016, de 5 de octubre -, en los **5 años** a que se refiere el Art. 131.1.4 CP, o

-entre los 4 años y 1 día y los 9 años de prisión, si se cometía como **delito masa**, que según s TS 19/04/2011 : "es una construcción jurisprudencial mediante la cual se castiga adecuadamente al sujeto que realiza una puesta en escena, en ejecución de un designio criminal único, encaminada a defraudar a una masa de personas -"una colectividad amorfa de personas", o "una colectividad indeterminada y difusa de individuos"-, mediante una misma acción, o varias repetidas pero homogéneas, dirigidas a aquél grupo de personas que se encuentran en



una determinada situación a quienes se embauca con el mismo artificio" y cuya base legal aparece formulada en el Art. 74.2 CP, en los **10 años** a que se refiere el Art. 131.1.3 CP.

De manera que, como hemos señalado, al deber calcularse el transcurso temporal para la prescripción sin afectar al principio acusatorio, ni exceder los términos de la acusación misma, según las concretas penas solicitadas como se indicó en uno parecido (ver la s TS 954/2010 de 3 de noviembre), en el caso concreto enjuiciado, habiéndose acusado por delito continuado de administración desleal -descartado el delito masa-, el plazo de prescripción era el de 5 años, que **corresponde "en abstracto" al de la pena máxima señalada a aquel**, dentro de su máxima posibilidad, esto es, incrementada con la continuidad delictiva.

No cabe interpretar, menos por primera vez en vía de recurso en fase de apelación, y en contra del reo, la pena, en abstracto con todos los incrementos punitivos que en concreto no se han solicitado, como, por ejemplo, en caso de muerte, no cabe calcular el plazo de su prescripción acudiendo al asesinato cuando se haya acusado única y definitivamente por homicidio.

Cuando la s TS 71/2004 de 2 de febrero indica que "las expresiones "pena señalada al delito" --CP 1973-- o "pena máxima señalada al delito" --CP 1995--, no es la que corresponde imponer en

cada caso, **ni la que ha sido objeto de la acusación**, sino la que establezca la propia Ley como máxima posibilidad, es decir la pena incrementada con la continuidad delictiva..... así también s TS 430/97, 690/2000 y 1937/2001 ...", se interpreta dentro del respeto a la homogeneidad por lo acusado en concreto, dado que al exigir elementos normativos diferentes el delito masa respecto del continuado, y haberse alcanzado la fase de acusación, no opera la que permitiría hacerlo, sólo en abstracto y sobre la hipótesis más grave, como ocurre cuando nos hallamos en fase de instrucción. Incide aquí, por tanto, el principio acusatorio.

A mayor abundamiento, como señala la s TS 505/2022, de 25/05/2022 "la pena en abstracto máxima posible legalmente, tratándose de un delito continuado, ..., debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de **pena máxima que puede serle impuesta**, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término "pena máxima" señalada al delito", lo que en nuestro caso descarta apreciar penas que, por no haber sido pedidas por ninguna de las Acusaciones, no pueden ser impuestas.

En consecuencia, y como quiera que entre (dies a quo) la fecha del hecho que marca el inicio de su cómputo -30 de junio de 2010- y la de la incoación del presente procedimiento penal contra el más temprano de los acusados (dies ad quem) -Auto de 16 de noviembre de 2017, f.14-31 del tomo I- transcurrieron más de los indicados 5 años, la infracción está prescrita.

El motivo se desestima.

La invocación, por otra parte, hecha por alguna Defensa, de que, en favor del reo, en la época de la presunta comisión del delito, el societario no era de carácter **patrimonial** -como también exigía el Art. 74 del CP vigente antes de la reforma de 2015-, no es atendible dado que el Capítulo en que entonces se enmarcaba, (el XIII) estaba recogido dentro del Título XIII que expresamente se describía como "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico".

Igualmente el hecho de considerar que el delito más grave a analizar no es el masa sino el continuado, nos exige de entrar a dilucidar, como hacen algunas Defensas, si concurrieron en el caso los requisitos de "**notoria gravedad** y afección a una **generalidad de personas**", si su interpretación debe ser ex ante o ex post, o incluso si la sentencia recurrida declara la inexistencia del delito de administración desleal al rechazar cualquier infracción al deber de fidelidad/deslealtad en la gestión de patrimonio ajeno, para no alterar con ello los Hechos Probados de la misma en este motivo de recurso que, como propio de error iuris, impide otra labor interpretativa que no sea la de reanalizar la correcta subsunción de tipos normativos, en el presente caso el Art 74 1 y 2 CP en relación con los Arts. 130, 131 y 132 del mismo cuerpo punitivo.

TERCERO. - En lo que hace al alegado segundo motivo del recurso, sobre la **Irracionalidad de la prueba en lo referente al presunto delito de Apropiación indebida**, debemos recordar que la resolución combatida manifiesta, resumidamente que:

(FJ B 5º) No hay prueba exteriorizada de la existencia de un plan preconcebido urdido entre los acusados la alta Dirección de Caixanova y la de la constructora Promalar SL para distraer dinero en su beneficio.

(6º) ni se financió a la Promotora, posicionándola en la recalificación de terrenos -pues estaba dentro del fin social de Caixanova-, ni las operaciones practicadas se hicieron a sabiendas de que el Plan General de Ordenación Urbana de Cangas no iba a prosperar, ni, a mayores

(7º) se ayudó a viejos amigos de Luis Manuel en Caixanova (los señores Victor Manuel y Bartolomé, a través del señor Carlos Manuel y Promalar SL) a reflotar y adquirir la conservera Bernardo Alfageme SA, ya que no hay



elementos probatorios que permitan afirmar que se ocultó a los órganos decisores -Comisión delegada y Consejo de Administración- de Caixanova datos relevantes que ocultaran la situación real, y por el contrario, constaban las tasaciones de las fincas, los informes de análisis de riesgos y en cada operación, la carpeta para cada uno de los miembros decisores, que según testigos, fueron explicadas por su Ponente y cuya documentación podía ser comprobada con días de antelación.

(8º) Tampoco se asume que el préstamo hipotecario de 9,25 M de fecha 9 de marzo de 2007; sus novaciones de 31 de marzo de 2010 y de 30 de junio de 2010 y la Póliza de crédito de 5 M de fecha 29 de julio de 2009 fueran una "huida hacia adelante"

(9º) Concluyendo que no hay apropiación indebida porque no hay una expropiación indebida y definitiva de los bienes dispuestos o administrados ni en beneficio propio ni en el de tercero, ya que

(10º) no hay prueba de que los acusados supieran y quisieran (dolo) no devolver lo que se les prestaba, pues no era ab initio (ex ante) imposible hacerlo, no siendo cierto que tuvieran voluntad de burlar las expectativas de devolver el dinero prestado, y al contrario

(11º) los testigos -mandos intermedios ejecutores- no sufrieron órdenes de "maquillar" las valoraciones ni hacer pasar por suficientes las garantías a que obliga -garantes- la debida diligencia de los mandos superiores al prestar dinero y a continuación

(FJ C, D y E 12º-38º) se explica la convicción y su extracción probatoria con copioso detalle que no vamos a repetir -baste releerlo de la propia resolución recurrida- pero tampoco a reinterpretar, a la luz de la valoración de la parte recurrente, por no ser el objeto del recurso de apelación ex Art. 790.2.3 LECrim, cuando lo impetrado es "error en la apreciación de las pruebas" en sentencia absolutoria, pues no opera insuficiencia ni falta de racionalidad en esa motivación fáctica, sino, como denuncian numerosas Defensas, tan sólo discrepancia valorativa respecto de la hecha por el Órgano enjuiciador.

Co mo establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, v. gr.: s TS 6/2017, de 18/01/2017 : "la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con **la personal discrepancia del Acusador** recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés. Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en **sentencias absolutorias** los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa **inocencia** tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable".

Criterio igualmente reiterado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que "al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1997, de 10 de marzo , F. 4), tampoco existe una especie de «derecho a la **presunción de inocencia** invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2006 , F.J. 3)", y, continuando el resumen de la racionalidad motivadora practicado correctamente por la Sala a quo, que, y resumimos mucho para no reiterar innecesariamente, señala:

-(préstamos: hipotecario y de crédito, cada uno de 60 M euros) estaban autorizados por el Comité de Riesgos del Área de Inversiones crediticias; revisados por un Analista financiero y por la Comisión de Riesgos, aprobada por la Comisión Delegada de Caixanova, ratificada por el Consejo de Administración; no hubo incorrecta libre disposición sobre su importe, sino propiamente financiación de circulante; no estaba insuficientemente garantizada; el dinero podía ser devuelto/retornado a la Entidad crediticia -contaba con garantía personal ilimitada y solidaria de PROMALAR S L y de Tiempo Libre y ocio S L y real de la hipoteca sobre las fincas de Aldán, que estaban tasadas en la expectativa de que fueran calificadas en breve como suelo urbanizable-; la entidad bancaria ganaba un 4% de interés; se redujo el riesgo al dedicar un alto porcentaje a cancelar la póliza de crédito de 16 M; a fecha del doble préstamo (diciembre 2005) la situación económica todavía era buena; la solvencia de PROMALAR S L no era discutida; encontrándonos en una situación, dentro del negocio bancario, de "riesgo permitido", que, regida por la gestión diligente no era desleal.

-(novación de 7/12/2007) de plazo e intereses que no generan aumento del importe, ni reduce las garantías ni, en consecuencia, incrementa el riesgo de la operación.

-(préstamo hipotecario de 925 M Euros) con intención de reducir riesgos e inyectar liquidez al prestatario Bernardo Alfageme S A, que no impedía ab initio la devolución o retorno de su importe, dado que las sociedades afectadas no estaban en situación económica negativa y las fincas de Moaña que lo garantizaban hipotecariamente iban a ser calificadas como suelo urbano consolidado en la ulterior aprobación del PGOU.



-(novaciones de 31/03/2010 y de 30706/2010) de plazo e interés, que tampoco aumentaron cuantía, ni redujeron garantías ni incrementaron el riesgo de la operación.

(préstamo 5 M euros) autorizado por la Comisión Delegada de Riesgos, firmado por el Director Territorial, el Director de la División de Control y Planificación, el Letrado y el analista, así como por los miembros de la Comisión de Créditos, ratificada por el Consejo de Administración; con superposición de garantía hipotecaria de máximo en garantía del saldo de la cuenta corriente hipotecaria, para responder de hasta el límite de 5 M, con intención de refinanciar sus posiciones, como ocurría en el tiempo que tuvo lugar; que no impedía ab initio la devolución o retorno de su importe, sino que pretendía atender los compromisos de pago; que tenía como garantía 11 fincas en Cangas, 6 terrenos en Bueu y 4 fincas en Moaña, que no fueron inscritas por motivos independientes de la voluntad de la entidad, no exteriorizando voluntad preconcebida de incumplir.

El motivo se desestima igualmente, y con él, se confirma la resolución de la instancia.

CUARTO. - *Algunas Defensas han solicitado la condena en costas expresamente del recurrente y de sus adheridos -excepto el Ministerio Fiscal- por la supuesta temeridad y mala fe de sus recursos.*

El artículo 239 LECrim establece la necesidad de que la sentencia que resuelve el recurso de apelación contenga un pronunciamiento sobre las costas del recurso, al señalar con carácter general como "en los autos y sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales".

La jurisprudencia, S del TS 286/2019 de 30 de mayo, señala como "en materia de costas respecto del recurso de apelación no es aplicable la norma específica del vencimiento objetivo, prevista para el recurso de casación en el artículo 901 de la LECrim, y a falta de pronunciamiento específico por la ley procesal, será la prevista los artículos 239 y 240 de LECrim, esto es, el criterio de la imposición desde la regla de temeridad o mala fe".

Esto supone que la regla del vencimiento, imposición de las costas a la parte cuyo recurso se desestima -siempre excluyendo, claro, al Ministerio Fiscal- sólo será aplicable cuando concurra en el recurrente temeridad o mala fe, siendo además necesario que medie petición de parte para su imposición. En los demás casos deberán declararse de oficio.

La temeridad hace referencia al modo objetivo de ejercer las acciones legales, suponiendo un desempeño que resulta claramente infundado respecto del marco legal regulatorio. La mala fe tiene un contenido subjetivo e intencional, aparece como contrario a la buena fe, entendida esta última como la calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, esto es con el sincero convencimiento de hallarse asistido de la razón. Tanto la temeridad como la mala fe perturban el normal desarrollo del proceso penal, reflejando el deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que critican su existencia. La jurisprudencia viene exigiendo para poder apreciarlas que la temeridad y la mala fe sean notorias y evidentes, afirmando la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, de ahí que la regla general será su no apreciación y en consecuencia la declaración de oficio pese a la desestimación del recurso de apelación.

No apreciándose en los recurrentes ni temeridad ni mala fe -ya que el recurrente y los adheridos plantean motivos de recurso razonables, semejantes a los de muchos impugnantes en otras causas parecidas en apelación, combinados entre fácticos y jurídicos que han exigido análisis y estudio detallado y búsqueda jurisprudencial, para acabar siendo desestimados-, las costas de esta instancia serán de oficio.

Vistos los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **LA ABOGACÍA DEL ESTADO**, con la adhesión del **MINISTERIO FISCAL** y de **ABANCA CORPORACIÓN BACARIA, SA.**, contra la sentencia dictada en fecha 13 de julio de 2022 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional en su causa Rollo de juicio oral PA 1/19, de que a su vez dimana la presente, **CONFIRMANDO** dicha resolución, declarándose de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer ante esta misma Sala de Apelación de la Audiencia Nacional recurso de casación para ante la sala 2ª del Tribunal Supremo en el improrrogable término de los cinco días siguientes al de la última notificación y una vez firme, llévese certificación al Rollo de sala, anótese en los registros correspondientes y remítase testimonio junto con las actuaciones originales a la Sala de lo Penal de procedencia, archivándose el Rollo de esta.

Así por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados arriba consignados.



PUBLICACION. - Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, en el mismo día de la fecha, de lo que yo, como la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ