



Roj: **SAN 3680/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3680**

Id Cendoj: **28079220012022100014**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **1/2019**

Nº de Resolución: **15/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JOAQUIN DELGADO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 1

MADRID

SENTENCIA: 00015/2022

PROCEDIMIENTO ABREVIADO: ROLLO DE SALA PAB 1/19

Origen: Diligencias Previas número 109/17

Juzgado Central de Instrucción número 5

SENT ENCIA Nº 15/22

Ilmos. Magistrados de la Sección 1ª

Don Francisco Javier Vieira Morante

Don Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez

Don Joaquín Delgado Martín (Ponente)

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

VISTO en juicio oral y público ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial el Rollo de Sala PA número 1/19, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Diligencias Previas nº 109/17), seguido por los delitos de **apropiación indebida o de administración desleal, falsedad documental y blanqueo de capitales**, en el que aparecen como acusados:

Constancio , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Lino Romero Alonso

Darío , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Enrique Luzón Campos;

Desiderio , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Manuel Ollé Sesé;

Edemiro , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por la Letrada doña Thais Argenti Fernández;

Efrain , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Alfredo Muñoz Naranjo;

Erasmus , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Jaime Barreras González-Pastoriza;

Eulogio , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Julio Loes Boedo;

Ezequiel , mayor de edad, de nacionalidad española, defendido por el Letrado don Antonio Miguel Platas Casteleiro;

Fausto , mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, defendido por el Letrado doña Antonio Miguel Platas Casteleiro;



Victoria , mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, defendido por el Letrado don Alberto Martín Menor.

Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Doña Pilar Melero Tejerina en el ejercicio de la acción pública; la Abogacía del Estado representada por la Ilma. Sra. Doña Lucía Pedreño, como acusación; y "Abanca Corporación Bancaria S.A." asistida por el Letrado don Abraham Castro Moreno, como acusación. Y siendo ponente el Ilmo. Sr. Don Joaquín Delgado Martín.

ANTE CEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el día 10.11.2017 tuvo entrada en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, procedente del Servicio de Registro y Reparto de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, denuncia de 08.11.2017 y Registro de Salida 6.814, presentada por el representante del Ministerio Fiscal el 10.11.2017. Dicha denuncia dio lugar a la incoación de las Diligencias Previas 109/17 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, mediante auto de 16 de noviembre de 2017, practicándose todas las diligencias de instrucción que resultaron pertinentes.

SEGUNDO.- Alcanzada la fase intermedia, formularon acusación el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y "Abanca Corporación Bancaria S.A.". Las defensas en igual trámite solicitaron la absolución de los respectivos acusados.

La Abogacía del Estado consideró que procede imponer las siguientes penas a cada uno de los acusados:

· A Constancio , por el delito continuado de administracion desleal tres anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitacion especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los articulos 45 y 107 CP, o alternativamente por el delito de apropiacion indebida cinco anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago conforme a lo dispuesto en el articulo 53 CP e inhabilitacion especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo.

· A Darío , por el delito continuado de administracion desleal tres anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los articulos 45 y 107 CP, o alternativamente por el delito de apropiacion indebida cinco anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago conforme a lo dispuesto en el articulo 53 CP e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo.

· A Desiderio , por el delito continuado de administracion desleal tres anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los articulos 45 y 107 CP, o alternativamente por el delito de apropiacion indebida cinco anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago conforme a lo dispuesto en el articulo 53 CP e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo.

· A Edemiro , por el delito continuado de administracion desleal tres anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los articulos 45 y 107 CP, o alternativamente por el delito de apropiacion indebida cinco anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago conforme a lo dispuesto en el articulo 53 CP e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo.

· A Efrain , por el delito continuado de administracion desleal quince meses de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitacion especial para la actividad bancaria por el mismo tiempo, alternativamente por el delito continuado de apropiacion indebida cinco anos de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo y diez meses de multa con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo dispuesto en el articulo 53 CP e inhabilitacion especial para el ejercicio de la actividad bancaria durante el mismo tiempo.

· A Erasmo por el delito continuado de administracion desleal quince meses de prision e inhabilitacion especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitacion especial para la actividad bancaria



por el mismo tiempo, alternativamente por el delito continuado de apropiación indebida cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez meses de multa con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo dispuesto en el artículo 53 CP e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria durante el mismo tiempo.

· A Eulogio por el delito continuado de administración desleal quince meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la actividad bancaria por el mismo tiempo, alternativamente por el delito continuado de apropiación indebida cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez meses de multa con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo dispuesto en el artículo 53 CP e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria durante el mismo tiempo.

· A Ezequiel por el delito continuado de administración desleal quince meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la actividad bancaria por el mismo tiempo, alternativamente por el delito continuado de apropiación indebida cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez meses de multa con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo dispuesto en el artículo 53 CP e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria durante el mismo tiempo.

· A Fausto por el delito continuado de administración desleal quince meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la actividad bancaria por el mismo tiempo, alternativamente por el delito continuado de apropiación indebida cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez meses de multa con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo dispuesto en el artículo 53 CP e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria durante el mismo tiempo.

· A Victoria por el delito continuado de administración desleal quince meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la actividad bancaria por el mismo tiempo, alternativamente por el delito continuado de apropiación indebida cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez meses de multa con una cuota diaria de 50 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo dispuesto en el artículo 53 CP e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria durante el mismo tiempo.

· Todos ellos deberán ser condenados al abono de las costas, incluidas las de esta acusación particular.

· Los acusados responderán de forma directa y solidaria en la cantidad de 80.564.755 euros, a favor del FROB, cantidad que devengará los intereses ex artículo 576 LECIVIL.

"Abanca Corporación Bancaria S.A." consideró que procede imponer las siguientes penas:

A los acusados Constancio, Darío, Desiderio, y Edemiro, por el delito de apropiación indebida, la pena de 5 años de prisión o, alternativamente, por el delito societario continuado en su modalidad de administración desleal de gestión fraudulenta de patrimonio social la pena de 3 años de prisión; en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena (art 56 CP).

A los acusados Eulogio y Erasmo, como cooperadores necesarios en el delito de apropiación indebida, la pena de 4 años de prisión o, alternativamente, como cooperadores necesarios en el delito societario continuado en su modalidad de administración desleal de gestión fraudulenta de patrimonio social, la pena de 2 años de prisión; en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena (art 56 CP).

En concepto de responsabilidad civil los acusados indemnizarán a mi mandante y al FROB en la cantidad de, al menos, 74.526.000 euros, más los intereses legales con aplicación del art. 576 LECV y 1.108 del CC.

TERCERO.- Señalada la vista oral, se celebró la misma durante los días 25 de abril de 2022; 9, 10, 11, 12, 23, 24, 25 y 31 de mayo de 2022; y 1 de junio de 2022; con asistencia de todas las partes y con el resultado que consta en el acta.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales en el siguiente sentido:

1.- Modifica la conclusión primera de su escrito de acusación en el sentido recogido en el escrito presentado al efecto.

2.- Considera que los hechos descritos en la conclusión primera son constitutivos de los delitos que a continuación se expondrán conforme a la legislación vigente en el momento de cometerse los hechos:



Un delito continuado de apropiación indebida tipificado en los arts. 252 C.P. en relación con el arts. 250 nº 5 y 74 del CP o alternativamente delito societario continuado tipificado en los arts. 295 y 74 C.P.

Delito de falsedad en documento mercantil continuado previsto y penado en los arts. 390.2, 392 y 74 del C.P.

Delito continuado de uso de documento falso del art. 393 del C.P.

3.- Estima que de los delitos relacionados anteriores son responsables:

Constancio es responsable:

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente del delito societario continuado.

A título de inductor conforme al art. 28 párrafo 2. a) C.P. del delito continuado de falsedad en documento mercantil.

Darío , es responsable:

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es autor conforme al art. 28 párrafo 1 del delito societario continuado.

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) del C.P. del delito continuado de uso de documento mercantil falso.

Desiderio , es responsable:

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es autor conforme al art. 28 párrafo 1 del delito societario continuado.

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) del C.P. del delito continuado de uso de documento mercantil falso.

Edemiro , es responsable:

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es autor conforme al art. 28 párrafo 1 del delito societario continuado.

Efrain , es responsable:

A título de autor conforme al art. 28 párrafo 1 C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es cooperador conforme art. 28 párrafo 2. b) y 65. 3º C.P. del delito societario continuado.

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) del C.P. del delito continuado de uso de documento mercantil falso.

Erasmus , es responsable:

A título de autor conforme al art. 28 párrafo 1 del C.P. del delito continuado de falsedad en documento mercantil.

Eulogio , es responsable:

A título de autor conforme al art. 28 párrafo 1 del C.P. del delito continuado de falsedad en documento mercantil.

Ezequiel , es responsable:

A título de autor conforme al art. 28 párrafo 1 C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es cooperador conforme art. 28 párrafo 2. b) y 65. 3º C.P. del delito societario continuado.

A título de cooperador necesario conforme al art. 28 párrafo 2. b) C.P. del delito continuado de uso de documento mercantil falso.

Fausto , es responsable:

A título de autor conforme al art. 28 párrafo 1 C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es cooperador conforme art. 28 párrafo 2. b) y 65. 3º C.P. del delito societario continuado.

Victoria , es responsable:

A título de autor conforme al art. 28 párrafo 1 C.P. del delito continuado de apropiación indebida o alternativamente es cooperador conforme art. 28 párrafo 2. b) y 65. 3º C.P. del delito societario continuado.

4.- Considera que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.



5.- Solicita a cada uno de los acusados las siguientes penas:

A Constancio :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

Por el delito continuado de uso de documento mercantil falso, 5 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 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P.

A Darío :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

Por el delito continuado de uso de documento mercantil falso, 5 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 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P.

A Desiderio :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

Por el delito continuado de uso de documento mercantil falso, 5 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 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P.

A Edemiro :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

A Efrain :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 15 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

Por el delito continuado de uso de documento mercantil falso, 5 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 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P.

A Erasmo :

Por el delito continuado de falsedad en documento mercantil 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 12 meses de multa con una cuota diaria de



50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de arquitecto por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

A Eulogio :

Por el delito continuado de falsedad en documento mercantil 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P.

A Ezequiel :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 15 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

Por el delito continuado de uso de documento mercantil falso, 5 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 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P.

A Fausto :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 15 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

A Victoria :

Por el delito de apropiación indebida 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 10 meses de multa con una cuota diaria de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del C.P. e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P. o alternativamente por el delito societario 15 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad bancaria por el mismo tiempo conforme a los arts. 45 y 107 C.P.

6.- En materia de responsabilidad civil solicita que los acusados indemnicen conjunta y solidariamente ex art. 116.2 C.P al FROB en **80.564.755 €**. Dichas cantidades devengarán, ex arts. 576 LEC y 1.100 CC., los intereses procesales desde la fecha de la sentencia y, en su caso, los moratorios desde la fecha del escrito de acusación presentado por las entidades perjudicadas; intereses que deberán cuantificarse en ejecución de sentencia.

7.- Por último, considera que procede la imposición de las **costas procesales** al amparo de lo dispuesto en el art. 123 del C.P.

CUARTO.- La Abogacía del Estado se adhirió a la modificación de las conclusiones del Ministerio Fiscal en lo que resulta compatible con su escrito de acusación, considerando a Erasmo y Eulogio como cooperadores necesarios de un delito de apropiación indebida o alternativamente de administración desleal. La acusación Particular ejercitada por Abanca modificó su conclusión provisional 6ª sobre responsabilidad civil en el mismo sentido del escrito de acusación del Ministerio Fiscal acogiendo al importe reflejado. Por último, todas las Defensas elevan sus conclusiones a definitivas.

HECHOS PROBADOS

1.- ACUSADOS E INCOACIÓN

1.1.- Se ejercita acusación contra las siguientes personas:

Constancio , 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 nº 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.

Darío , 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.

Desiderio , 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.

Edemiro , Director General de CAIXANOVA (sustituyendo a Darío) 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.

Efrain , 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.

Erasmus , 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.

Eulogio , 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.

Ezequiel , 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.

Fausto , 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.

Victoria , 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 nº 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 Crédito" 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 Crédito" 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 LAGO PEREZ como PROMOCIONES Y MADERAS LAGO REY SL, mediante la aportación de 20 fincas registrales heredadas. LAGO PEREZ 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 Guillermo y Daniela (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 "Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra-Caixanova" (representada por Efrain) a favor de "PROMALAR S.L." y de "Tiempo Libre y Ocio S.L" (representadas Constancio), 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 DIRECCION000 .

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 Constancio 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 DIRECCION000) 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 condiciona 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.- Sergio 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. Vidal 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 DIRECCION000 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 está firmada por "Eulogio . Consejero Director General" y por " Erasmo . Arquitecto Técnico".

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 Eulogio , 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. Eulogio 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 Eulogio 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 Constancio (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 Fausto) y "PROMALAR S.L." (representada por Constancio) 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 Fausto (en representación de Caixanova) y Constancio (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 Erasmo (Consejero Director General de TASAGALICIA) y Eulogio



(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.- PÓLIZA DE CRÉDITO 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 Victoria (Directora de la Oficina de Empresas, en representación de Caixanova) y por Constancio (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 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*"

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A.- SOBRE LAS CUESTIONES PREVIAS

1º- Sobre la **competencia de la Audiencia Nacional**, la defensa de Darío (con la adhesión de otras defensas) hace referencia a una resolución dictada en el caso denominado "Marina Atlántica": la STS 366/2022, de 8 de abril. Esta sentencia desestima sendos recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado contra el auto de 23 de octubre de 2020 de la Sala Penal (Sección 2ª) de la Audiencia Nacional, auto éste que desestimaba los recursos de súplica interpuestos contra el auto de la misma Sección de fecha 1 de octubre de 2020 que declaraba la falta de competencia de dicho tribunal para el conocimiento de este juicio. La propia STS 366/2022 hace referencia al caso presente: "La Sala de lo Penal estimó entonces, con buenas razones, que su resolución no resultaba susceptible de ser recurrida en casación y negó tenerlo por preparado". En definitiva, recuerda que, tras la reforma del recurso de casación por la LO 41/2015, la recurribilidad de dichas resoluciones no es la casación, sino el recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Por todo ello, la decisión sobre la competencia de esta Audiencia Nacional devino firme, sin que la misma pueda ser planteada de nuevo en fase de cuestiones previas del juicio.

Recuérdese que, por auto de fecha 14 de enero de 2021, esta Sección decidió " *Desestimar la cuestión de competencia extemporáneamente formulada por la representación de Darío y las adhesiones deducidas por los restantes acusados; denegando la inhibición a favor de la Audiencia Provincial de Pontevedra interesada y manteniendo el señalamiento efectuado para la celebración del juicio oral*". Por otra parte, el auto de 25 de febrero de 2021 desestima los recursos de súplica interpuestos contra el anterior auto; y el auto de 23 de marzo de 2021 acuerda no haber lugar a tener por preparado recurso de casación frente al auto de 25 de febrero de 2021. El Tribunal Supremo, por auto de fecha 2-06-2021, decidió " *Desestimar los recursos de queja interpuestos por la representación procesal de Edemiro, de Darío y de Desiderio contra auto de 23 de marzo de 2021, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, por el que se acordaba no tener por preparado el recurso de casación contra el Auto firme de fecha 11 de febrero de 2021 en el que se desestimaba el recurso de casación interpuesto contra el auto de 17 de diciembre de 2020, autos de ejecutoria n.º 32/2020, con imposición de costas al recurrente*".

2º.- Determinadas defensas solicitan la nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral, argumentando que ello tiene incidencia sobre el dies a quo para el cómputo de la prescripción: el último hecho potencialmente ilícito que sería objeto de enjuiciamiento fue la concesión de la póliza de crédito de 9,25 millones a PROMALAR en fecha 1 de marzo de 2007, dado que todas las operaciones posteriores, bien de novación de los créditos concedidos a PROMALAR, bien de concesión de una póliza de 5 millones de euros en julio de 2007, deben quedar fuera del objeto de enjuiciamiento en el plenario, por ser lícitas y no delictivas.

Sin embargo, **no concurre la nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral** porque no es cierto que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 declarara la atipicidad penal de la novación de 7 de diciembre de 2007 del préstamo hipotecario por importe de 60.000.000€; las novaciones de fechas 31 de marzo y 30 de junio de 2010; la concesión de la póliza de crédito de fecha 29 de julio de 2009.

Efectivamente, tanto el auto de transformación en procedimiento abreviado de fecha 3 de septiembre de 2018 (folios 12 y ss. del Tomo 2 de TOMOS PRINCIPAL) como el auto de 27 de septiembre de 2018 del Juzgado de Instrucción resolviendo sobre el recurso de reforma del Ministerio Fiscal contra el anterior (folios 304 y ss. Tomo 2), acuerdan el sobreseimiento provisional de las actuaciones frente a varias personas, valorando la ausencia de suficientes indicios concretos de participación de cada una de ellas; pero no se refiere a que varias de las operaciones objeto del auto de Procedimiento Abreviado no sean constitutivas de delito. Y, por otro lado, el auto de fecha 27 de noviembre de 2018 dictado por la Sección 2ª de esta Sala de lo Penal de la A.N. (folios 188 y ss. Tomo 4), desestima el recurso de apelación que interpuso el Ministerio Fiscal contra el sobreseimiento parcial de las actuaciones, confirmando de esta forma el sobreseimiento acordado respecto de D. Valentín.



3º.- Procede analizar seguidamente la alegación de prescripción. El **objeto del presente proceso** viene determinado por un conjunto operativo estructurado en tres fases: 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.

Hay que tener presente que, en casos de enjuiciamiento de comportamientos delictivos complejos que constituyen una unidad íntimamente conexiónada, no cabe apreciar la **prescripción** aislada de cada uno de los delitos mientras no prescriba el delito más grave o principal. En estos casos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, no siendo posible apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y, por otro lado, no hay que olvidar que las acusaciones ejercen acción penal por delito continuado, por lo que el plazo de prescripción comienza a transcurrir desde el último de los actos típicos.

Cabe recordar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 26 de Octubre de 2010, según el cual " *En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado*". Y este criterio ha sido recogido por diferentes resoluciones de la Sala Penal del Tribunal Supremo (SSTS 984/2013 de 17 de diciembre, y 507/2020 de 14 de octubre). Como afirma la STS 40/2018, de 25 de enero, " *en cuanto a la alegación de prescripción basta recordar que, cuando se trata de un delito continuado no comienza a transcurrir tal prescripción sino desde el último de los actos típicos. Y que, cuando se trata de concurso medial, análogos a estos efectos de prescripción, el plazo prescriptivo del conjunto delictivo será el que corresponda al delito más grave, computándose desde la fecha de consumación del delito-fin, cuando el delito-instrumento es anterior. La prescripción comienza cuando el delito termina, por lo que el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el concurso o continuidad delictivos se hayan perfeccionado, por la producción del resultado típico. La unidad delictiva prescribe de modo conjunto porque el transcurso del tiempo no puede excluir la necesidad de pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial*".

Por tanto, en el caso presente cabe empezar a contar el plazo de prescripción desde la última de las novaciones del préstamo hipotecario de 9,25M (30 de junio de 2010); y dicho plazo se interrumpe con la incoación de Diligencias Previas por auto de 16 de noviembre de 2017 (folios 14 y ss del Tomo 1 TOMOS PRINCIPAL). De esta manera, cabe concluir lo siguiente:

a) En primer lugar, **no ha transcurrido el plazo de prescripción de 10 años** previsto por el artículo 131 CP (redacción vigente al producirse los hechos) **para el delito de apropiación indebida** del artículo 252 con una agravación del artículo 250 CP (redacción vigente al producirse los hechos). Téngase en cuenta que este precepto establecía una pena de prisión de uno a seis años (pena abstracta)

b) En segundo lugar, **sí que ha transcurrido el plazo de prescripción de 5 años** previsto por el artículo 131 CP (redacción vigente al producirse los hechos) **para el delito de administración desleal** del artículo 295 CP (redacción vigente al producirse los hechos).

i. Téngase en cuenta que este precepto establecía una pena de prisión de seis meses a cuatro años.

ii. Las acusaciones ejercitan acción penal por delito continuado de delito de administración desleal. En estos casos, el artículo 44.1 CP contempla pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. En el caso presente, se podría llegar a imponer la pena de hasta cinco años; por lo que el plazo de prescripción es de cinco años, y ello por cuanto el artículo 131 CP establece el siguiente plazo de prescripción: " *A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco*".

La STS 505/2022, de 25 de mayo (que cita la STS 185/2021, de 3 de marzo), afirma lo siguiente: " *Conforme reiterada doctrina de esta Sala (STS núm. 575/2007, 9 de Junio de 2007 con remisión expresa a la STS núm. 700/2006, de 7 de junio), tratándose de un delito continuado, la pena en abstracto, "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, que se contiene en el art. 131 del actual CP, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar, por la aplicación de algún subtipo agravado o por la continuidad delictiva (Sentencia 222/2002 de 15 de mayo)*".

En el mismo sentido, señala la sentencia de esta Sala núm. 71/2004, de 2 de febrero 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 430/97, 690/2000 y 1937/2001...". En el mismo sentido, las SSTS 1590/2003 de 22 de abril y 1173/2005 de 27 de septiembre ". Idénticos pronunciamientos se efectúan, entre otras muchas, en las sentencias núm. 271/2010, de 30 de marzo ; 600/2007, de 11 de septiembre y 1173/2005, de 27 de septiembre ".

En el caso abordado por la STS 505/2022, de 25 de mayo, se parte de una pena de 6 meses a 3 años que, como consecuencia de la continuidad delictiva (art. 74.1 CP), puede alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado, llegando, así, a los 3 años y 9 meses; estimando, pues, que le correspondía un plazo de prescripción de 5 años: " *Con arreglo al art. 33.3.a) CP esta pena tiene la consideración de pena menos grave ("3. Son penas menos graves: a) la prisión de tres meses hasta cinco años") y el plazo de prescripción que le corresponde es el de 5 años a tenor de lo dispuesto en el art. 131.1 CP ("A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres y que no exceda de cinco")*".

4º.- También solicita la **nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral por vaguedad en relación con el delito del blanqueo**, argumentando que no se explican los hechos que fundamentarían dicho delito. Sin embargo, no es necesario entrar en esta cuestión previa dado que el Ministerio Fiscal retiró la acusación por blanqueo en fase conclusiones de definitivas.

La defensa Eulogio reitera la solicitud de prueba pericial que se denegó por auto de 19 de julio de 2019, habiendo ratificado este tribunal dicha denegación dado que se trata de una prueba sobre una cuestión jurídica (alcance de los efectos de la firma de una tasación por el representante legal de la entidad tasadora) cuya resolución es propia de la función de esta sala, sin que sean necesarios aportar al proceso conocimientos especializados de los que carece el tribunal.

B.- SOBRE EL OBJETO DE LA ACUSACIÓN Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

5º.- Las acusaciones consideran que existe un plan previamente concebido por la alta dirección de Caixanova (Darío , Desiderio y Edemiro) que se desarrolla por el resto de acusados quienes participan activamente en su ejecución. El Ministerio Fiscal establece un doble móvil del plan: en primer lugar, posicionarse en la recalificación de terrenos, financiando a una promotora que tenía firmado un convenio con el Ayuntamiento de Cangas a sabiendas de que no iba a prosperar el Plan General de Ordenación Urbana; y, en segundo lugar, para ayudar a viejos conocidos/amigos de Darío en Caixavigo (Sergio y Vidal), en relación con la adquisición de la empresa conservera "Bernardo Alfageme S.A."

Sergio fue presidente de Caixanova de 2002 a 2006 y consejero en años sucesivos (Informe AEAT de 30 de noviembre de 2015 a los folios 278 y ss del Tomo 1 de DI 32/14); 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. Vidal 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" (Informe AEAT de 30 de noviembre de 2015 a los folios 278 y ss del Tomo 1 de DI 32/14).

De esta manera, el Ministerio Fiscal entiende que Desiderio y Darío propusieron la operación al empresario Constancio , máximo responsable de un importante grupo promotor e inmobiliario a través de la constructora PROMALAR, S.L. y cliente de la sucursal de grandes empresas de la Caja. Y añade que Constancio carecía de experiencia en el sector conservero, pero estaba interesado en la adquisición de los terrenos sobre los que se asentaba la fábrica y a cambio de la promesa de una financiación generosa para su grupo empresarial destinada, entre otros fines, a la compra de BERNARDO ALFAGEME, S.A., finalmente accedió.

Sin embargo, no existe ninguna prueba de que los tres mencionados acusados hayan **concertado un plan para distraer dinero** en beneficio de PROMALAR S.L. y Constancio y/o en beneficio de viejos conocidos/amigos de Darío en Caixavigo (Sergio y Vidal). No existen testificales que acrediten de forma mínimamente suficiente dicho concierto de voluntades, ni tampoco comunicaciones telemáticas (correos electrónicos, mensajería instantánea, SMS...) ni grabaciones de conversaciones orales o telefónicas. A tal efecto, no son suficientes las sospechas aportadas por la acusación que proceden de otros procesos penales.

6º.- El primer móvil al que se refiere el Ministerio Fiscal consiste en **posicionarse en la recalificación de terrenos**, financiando a una promotora. Sin embargo, esta finalidad no puede considerarse por sí sola como ilegítima, teniendo en cuenta el objeto social de Caixanova. Otra cuestión es que la forma de posicionamiento determinara una asunción de riesgo inasumible para la sociedad, lo que nos conduciría a analizar la posible concurrencia de un delito de administración desleal; aunque, como se ha examinado, este posible delito de administración desleal se encontraría en todo caso prescrito.



Y tampoco puede afirmarse que los acusados realizaran las operaciones imputadas **a sabiendas de que no iba a prosperar el Plan General de Ordenación Urbana de Cangas**. En su informe final, el Ministerio Fiscal lo fundamenta en que la aprobación del Plan fue suspendida por un Pleno que necesariamente tenían que conocer los acusados, aludiendo a la existencia de protestas vecinales. Sin embargo: no resulta irrazonable pensar, desde el punto de vista de la lógica económica que justifique la decisión de Caixanova, que existían posibilidades reales de que las fincas rústicas de la parroquia de DIRECCION000 afectadas fueran calificadas como Suelo urbanizable en la ulterior aprobación del Plan General de Ordenación Urbana; los elementos que justifican esta conclusión se exponen al analizar la operación de póliza de crédito de 60 M y el préstamo hipotecario de 60 M.

7º.- Siguiendo la línea argumental, solamente quedaría el móvil consistente en ayudar a viejos conocidos/ amigos de Darío en Caixavigo (Sergio y Vidal), en relación con la adquisición de la empresa conservera "Bernardo Alfageme S.A.". Así las cosas, los acusados habrían concertado un plan para beneficiar de forma inmediata a Constancio y "PROMALAR SL.", y de forma mediata a Sergio y Vidal , todo ello mediante una operación destinada a reflotar la empresa conservera "Bernardo Alfageme S.A."

La maniobra de reflotamiento de la conservera "Bernardo Alfageme S.A." se habría realizado, según las acusaciones, mediante un grupo de operaciones que fueron aprobadas por los órganos decisorios de Caixanova a los que le habrían sido ocultados los datos de la situación real, "revistiendo" los expedientes para que fueran aprobados. Todo ello habría causado a la entidad Caixanova un perjuicio total derivado de las tres operaciones que asciende a 80.564.755 € en junio de 2011.

Sin embargo, **no existen elementos que permitan afirmar que se ocultaron datos relevantes a los órganos decisorios de Caixanova** (Comisión Delegada y Consejo de Administración). En este sentido, el informe de investigación forense (forensic) de Deloitte, de marzo de 2015 (DP-109-2017-ANEXOS-DI 32/2014-TOMO 1-folios 25 a 29) indica lo siguiente: "... *no podemos concluir que existan evidencias suficientes que nos hagan cuestionamos el nivel de conocimiento o información al que han tenido acceso los Órganos de Gobierno de la entidad*" (primer párrafo de la página 6 del informe). Ténganse en cuenta los siguientes elementos:

- a) Los datos sobre las valoraciones de las fincas se encontraban en las respectivas tasaciones, tal y como se examina en otro lugar de esta sentencia
- b) Los datos relevantes sobre la finca hipotecada y su valoración estaban incluidos en los respectivos informes de análisis de riesgos, como se expone en otros Fundamentos de la presente resolución.
- c) Toda la información sobre cada operación se encontraba en "carpetas" a disposición de los miembros de la Comisión Delegada y del Consejo de Administración. Así se deduce de las numerosas testificales en el plenario de miembros de dichos órganos decisorios: Cornelio , Donato , Eloy , Nieves y Nuria . Estos testigos explican que un ponente llevaba todas las carpetas de todas las operaciones que se iban a tratar en la reunión del órgano ese día, y de cada una exponía un resumen explicativo. Toda la documentación relevante de cada operación se encontraba en una carpeta. Las carpetas podían ser consultadas durante la propia reunión, dado que pasaban en rueda por todos los miembros, aunque también se encontraban con anterioridad depositadas en Dirección a disposición de los mismos para su examen

8º.- Este plan concertado para reflotar "Bernardo Alfageme S.A." se habría concretado, según las acusaciones, en un mecanismo estructurado en tres fases:

- 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.
- c) Póliza de crédito de 5 M de fecha 29 de julio de 2009

Según la acusación ejercitada por Abanca, las operaciones segunda y tercera constituyen una "huida hacia delante", determinando que al final se causara un perjuicio a la entidad. En todo caso, procede examinar de forma individualizada la prueba sobre las características y circunstancias de cada una de las tres operaciones, lo que se aborda más adelante.

9º.- Las acusaciones consideran que este mecanismo estructurado en tres fases es constitutivo de un delito continuado de apropiación indebida tipificado en el art. 252 CP en relación con los arts. 250 y 74 del CP, o alternativamente delito societario continuado tipificado en los arts. 295 y 74 CP. Como se ha razonado en un Fundamento anterior, el posible delito societario continuado estaría en todo caso prescrito, por lo que debemos centrarnos en analizar si los hechos objeto de acusación son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida



Tras un amplio debate sobre la distinción entre el tipo de apropiación indebida del artículo 252 CP (redacción vigente antes de la reforma de 2015) y el tipo de administración desleal del artículo 295 CP (redacción vigente antes de la reforma de 2015), la jurisprudencia (SSTS 574/2017 de 19 de julio, 656/2013 de 22 de julio, 91/2013 de 1 de febrero, y 517/2013 de 17 de junio) ha establecido que la diferencia entre ambas figuras radica 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. En este sentido, la STS 163/2016, 2 de marzo afirma lo siguiente: " *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* ".

Con este elemento diferenciador se justifica la diferente respuesta punitiva en ambos casos: no se entendería una sanción más benévola cuando la conducta es cometida por el administrador en el ámbito societario; frente a la misma conducta cometida fuera de la sociedad por quien no tiene deberes de fidelidad y diligencia, que sería objeto de una pena mayor. Como afirma la STS 574/2017, de 19 de julio, " *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)*".

De esta manera, la apropiación indebida resulta aplicable cuando existan actos de apropiación del valor social (bienes de la sociedad) en beneficio propio o de tercero (misappropriation o distracción de fondos); concurriendo una infracción del deber de lealtad del art. 227.1 LSC (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) según el cual " *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*".

En cambio, el delito de administración desleal tendría lugar en supuestos de actos de gestión que, pese a suponer una disminución del valor social, no suponen redistribución alguna de valor en favor del administrador o un tercero (mismanagement o mala administración); concurriendo una infracción del deber de diligencia del artículo 225.1 LSC, según el cual " *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*".

En el delito de administración desleal, " *el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad*" (STS 1/2021, de 13 de enero). Y como afirma la STS 700/2016, de 9 de septiembre, " *es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal*".

10º.- En el caso presente, los acusados habrían diseñado y puesto en práctica un mecanismo destinado a privar del dinero a la entidad, mediante pólizas de crédito y préstamos hipotecarios que no tenían *ab initio* la posibilidad real de devolución o retorno del dinero. De esta manera, el dinero tiene salida de Caixanova entrando en manos de "PROMALAR S.L." para adquirir la conservera "Bernardo Alfageme S.A.", y termina en poder de los vendedores de esta última entidad conservera. De esta forma, los beneficiarios inmediatos (Constancio y "PROMALAR S.L.") y mediatos (quienes venden "Bernardo Alfageme S.A.") del mecanismo han hecho suyo el dinero, con la obligación formal de devolverlo, pero sin la posibilidad real de hacerlo. Por todo ello, las acusaciones consideran que los acusados son autores de un delito de apropiación indebida.

Sin embargo, como se examina más adelante al analizar las pruebas practicadas, **no está acreditado que concurra dolo de los acusados en relación con que no existía ab initio la posibilidad real de devolución o retorno del dinero**. No ha resultado probado que los acusados tuvieran un conocimiento cumplido de la imposibilidad efectiva del retorno del dinero a Caixanova (dolo directo); ni tampoco de que se representaran dicho resultado como probable (dolo eventual). En todo caso, es necesario tener presente que la tesis de la acusación apuntaría a un dolo directo: los acusados han concertado un plan para distraer dinero en beneficio de PROMALAR S.L. y Constancio y/o en beneficio de viejos conocidos/amigos de Darío en Caixavigo (Sergio y Vidal).



Recordemos que el delito de apropiación indebida exige, " 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" (STS 700/2016, de 9 de septiembre). En definitiva, " el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero" (STS 271/2010, de 30 de marzo)

11º.- Tanto los administradores y el personal de alta dirección, como los mandos intermedios y demás empleados, pueden ser autores idóneos (artículo 28, 1º CP), o en su caso partícipes (artículos 28, 2º y 29 CP), tanto en comisión activa como en comisión por omisión, en los delitos que se cometan en el ámbito de la empresa

En el caso presente, una primera posibilidad (**comisión activa**) radicaría en que los tres directivos acusados, con dominio del hecho de conformidad con sus funciones materiales en la entidad, dieran **órdenes o instrucciones a los mandos intermedios** para la ejecución de las operaciones a las que se refieren las acusaciones. Sin embargo, ninguna de las muchas personas que han declarado en el juicio oral han afirmado la existencia de las citadas órdenes o instrucciones; sin que exista ninguna otra prueba de las mismas.

Ante la citada falta de prueba, se ha planteado una segunda posibilidad que ha sido mantenida por las acusaciones en la fase de informe final de plenario: los tres directivos actuaron mediante **comisión por omisión dolosa** al ostentar la posición de garante. Cabría entender que pusieron en marcha el plan concertado, y no actuaron para evitar un resultado dañoso para la entidad. En la postura de la acusación se constata una **difícil compatibilidad entre dos realidades contrapuestas**: por un lado, una conducta plenamente activa consistente en la concertación y diseño de un plan por los directivos (que se ha de ejecutar por los mandos intermedios) para beneficiar a otros (reflotamiento de "Bernardo Alfageme S.A.") en perjuicio de la entidad Caixanova; y, por otra parte, una conducta omisiva que consistiría en el incumplimiento de la obligación de actuar en una situación de posición de garante.

Desde la acusación se estima que los tres directivos han de responder por comisión por omisión, al ostentar una posición de garante en relación con las actividades ejecutadas por los mandos intermedios de la entidad. Aquéllos habrían omitido la realización de los actos exigidos por la debida diligencia para evitar que se produjera el resultado dañoso para la entidad, incumpliendo sus deberes de diligencia y de lealtad.

La jurisprudencia (SSTS 292/2021 de 8 de abril y 1058/2010 de 13 de diciembre) admite la figura del coautor o cooperador en comisión por omisión cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que la omisión sea *conditio sine qua non* del resultado (presupuesto objetivo); b) que se encuentre el partícipe en posición de garante (presupuesto normativo); y c) conocimiento y voluntad de omisión (presupuesto subjetivo). Y el artículo 11 CP recoge una cláusula de equivalencia: " *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*" (STS 292/2021 de 8 de abril).

Profundizando en el presupuesto subjetivo (elementos del tipo subjetivo de la comisión por omisión) "es preciso que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe" (STS 234/2010, de 11 de marzo); es decir, **es necesario el conocimiento de la situación que genera el deber de actuar, de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar** .

En el caso presente, tal y como se desarrolla en otros lugares de esta sentencia, no está acreditada la concurrencia del presupuesto normativo en relación con la apropiación indebida, esto es, la imposibilidad efectiva del retorno o devolución del dinero a Caixanova por parte de los beneficiarios de las pólizas de crédito y/o préstamos; valoración ésta que debe realizarse **ex ante con la información obrante en el momento de su otorgamiento**, y no ex post con los datos que actualmente se conocen sobre el resultado final de las operaciones. Y tampoco está probado en forma alguna que los acusados tuvieran el conocimiento de las diferentes situaciones que generarían el deber de actuar determinando una **dolosa** falta de actuación (omisión).

Por todo ello, cabe dictar una sentencia absolutoria de los acusados por un delito de apropiación indebida. En todo caso, procede analizar con detenimiento cada una de las operaciones objeto de acusación.

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

12º.- Del conjunto de la prueba practicada, se deduce que el día **20 de diciembre de 2005** se realizaron dos operaciones. A estos efectos, cabe destacar los elementos probatorios que se encuentran en la



documentación en formato digital relacionada con esta operación que se encuentra principalmente en la carpeta NUM023 y NUM024 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal; así como en el informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España de fecha 26 de mayo de 2017 y que está firmado por el inspector Bartolomé, quien ha comparecido al juicio ratificando su contenido y sometiéndose a la contradicción de las partes.

Primera operación. Está probado que el día 20 de diciembre de 2005 se otorgó escritura pública de **préstamo con garantía hipotecaria** otorgado por la "Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra-Caixanova" (representada por Efrain) a favor de "PROMALAR S.L." y de "Tiempo Libre y Ocio S.L." (representadas Constancio), por un valor de 60 millones de euros y con una hipoteca que recae sobre 5 fincas rústicas situadas en el Ayuntamiento de Cangas de Morrazo (Pontevedra), parroquia de DIRECCION000. Así se deduce de la escritura pública nº 2467 del Notario de Vigo don José Luis Prieto Fenech. Consta también una certificación expedida por Desiderio, Director General Adjunto de Caixanova, que recoge la concesión del préstamo hipotecario y en el que se faculta para la firma a Efrain. En el archivo "NUM025" consta la certificación en la que se faculta expresamente a Efrain para la firma de la escritura.

Segunda operación. También resulta probado que existe (Poliza-hoja1.pdf del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal) 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. También están probados los siguientes elementos:

d) En dicha Póliza de crédito figura (Poliza-hoja1.pdf) 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 (página 5 del informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España de fecha 26 de mayo de 2017 y que está firmado por el inspector Bartolomé).

e) Existe (Solicitud-Analisis.pdf) 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 Constancio como autorizado; no consta firma de los solicitantes

f) Consta un Informe de Inversiones Crediticias (2005-09-07.Informe inversiones crediticias 60MM €.pdf) 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 DIRECCION000) 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 condiciona a:

· A la pignoración de una cuenta corriente Caixanova por el mismo importe (60.000.000 €) que será remunerada al 2,50%

· Cancelar la Póliza de Crédito nº NUM011 de 16.000.000 €.

Ambas operaciones se autorizan por el Comité de Riesgos del Área de Inversiones Crediticias (última página del Informe de Inversiones) 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 (página 6 del informe del Banco de España)

Esta operación de financiación a Promalar 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 de 2005 (folios 542 y ss Tomo 2 Diligencias de Investigación).

13º.- Según la tesis de la acusación, los elementos que determinarían la maniobra serían dos:

En primer lugar, en relación con la *póliza de crédito de 60M*: en el informe de riesgos figuraba vinculada a la compra de unos terrenos en Oleiros para la construcción de viviendas y de un campo de golf, así como para la cancelación de una póliza de crédito de 16 M. Sin embargo, la póliza de crédito se concede como de **libre disposición**, destinándose el dinero de la póliza a fines diferentes.

En segundo lugar, en relación con el *préstamo hipotecario de 60M*: el informe de tasación otorga un valor a las fincas hipotecadas de 133.249.609,48 €. Sin embargo, la **garantía hipotecaria es insuficiente**, dado que la hipoteca se fundamentó en una tasación que calificaba las fincas como Suelo urbanizable No Delimitado, mientras que las mismas eran en realidad terrenos rústicos de protección forestal con un valor mucho



menor. En este sentido, el Ministerio Fiscal recuerda que los mismos terrenos fueron tasados por la empresa TINSA, el 4 de mayo de 2010, siendo aún el suelo rústico -como sigue siendo en la actualidad- según las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico, por el método de comparación de rentas con un valor de 2.502.525,31 euros, 197 veces menos que la primera tasación, pasando de valorar a 813 €/m² a hacerlo a 4,12 €/m².

14º.- Abordamos seguidamente la *posible naturaleza de libre disposición de la póliza de crédito de 60 M*. En su escrito de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal considera que la póliza de crédito de 60 M fue concedida, según el informe de riesgos, para la compra de 1.100.000 m² en Oleiros (Coruña) para una futura edificación de 550 viviendas y campo de golf, así como para la cancelación de una póliza de crédito de 16 M que mantenía como la Caja solicitada para comenzar a urbanizar un suelo en la propiedad de DIRECCION000 . Y añade que los acusados eran plenamente conscientes de que los 60 M de la póliza de crédito no iban a ser utilizados para la finalidad descrita en el informe de Inversiones Crediticias; añadiendo posteriormente que, mediante la utilización de este artificio, los acusados lograron ocultar la verdadera finalidad de la financiación, logrando además que quedara fuera del control de los departamentos internos de la Caja el destino que Constancio diera a estos fondos.

El Ministerio Fiscal también estima que, siguiendo el plan previamente trazado por todos los acusados y para ocultar el destino final y consolidar el ocultamiento de la ya ilícita distracción de los fondos sin ser descubiertos:

El día 2 de febrero de 2006, Constancio efectuó una transferencia desde su cuenta corriente en CAIXANOVA al BANCO PASTOR por importe de 31M y que ese mismo día se transfirieron nuevamente a CAIXANOVA a la cuenta corriente de "BERNARDO ALFAGEME S.A."

De dicha cuenta salieron 24,2 M € cuyos destinatarios, en su gran mayoría, eran los accionistas de la conservera, esto es, la familia del antiguo Consejero de Caixanova Vidal, su esposa Catalina y los hijos de ambos, a quienes se pagó paga por acción 1.222,22 € frente a los 404,74 € en los que contablemente estaba valorada.

El resto de los fondos de la póliza fueron destinados, a través de múltiples transferencias a sociedades pertenecientes a Constancio .

15º.- Pese a la argumentación de la acusación, cabe entender que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la póliza de crédito no estaba destinada a la compra de 1.100.000 m² en Oleiros (Coruña) para una futura edificación de 550 viviendas y campo de golf, sino a **financiación circulante**: tal y como consta expresamente en la propia póliza (Poliza-hoja1.pdf), tiene "finalidad del crédito: financiación circulante"; lo que se confirma con la "solicitud operación" (pese a su falta de firma, su realidad no ha sido negada por las partes) en la que figura para "financiación de circulante" (Solicitud-Analisis.pdf). En este sentido, el testigo Leovigildo, responsable de auditoría interna de Caixanova en el momento de producirse los hechos, explica que un 90% de las pólizas de crédito que se firmaban eran de libre disposición. De esta manera, la póliza de crédito está destinada a la financiación de circulante, es decir, para atender a las necesidades financieras derivadas del funcionamiento de la empresa beneficiaria, en este caso PROMALAR SL; sin que se encuentre jurídicamente vinculada a la compra de los terrenos en Oleiros. Como afirma Ezequiel en el juicio oral, el fundamento económico de la operación consiste en posibilitar la compra de terrenos de forma ágil según la necesidad del mercado.

En definitiva, una cosa es lo que cliente explique qué quiere llevar a cabo con el dinero de la póliza, que se recoge en el informe de riesgos, para ser valorado por la entidad en su proceso interno de decisión; y otra cosa es la finalidad jurídica, que en este caso de es libre disposición (manifestaciones en juicio del testigo Leovigildo, responsable de auditoría interna de Caixanova en el momento de producirse los hechos). En sentido similar, el testigo Sebastián (dirección de negocio de Caixanova) considera en juicio que sería un error interpretar que la operación está destinada a una finalidad exclusiva y concreta.

Esta forma de operar (póliza de crédito para disponer con agilidad de los fondos, junto con un préstamo hipotecario para garantizar el pago de los fondos dispuestos en la póliza de crédito) no era extraña al mercado inmobiliario de la época.

Es más, en relación con terrenos de Cangas, hubo otras dos operaciones (una con Banco Pastor y otra con Banco Popular) por las que "Promalar S.L." obtuvo financiación de 30 millones de euros cada una; y en ambas hubo tasaciones de Tasa Galicia; así se deduce de lo afirmado en juicio por el testigo Victorino. Explica en plenario Victorino que en aquella época el mercado inmobiliario era muy rápido; se me pidió que diseñase una operación que les permitiese señalar unas operaciones en 48 horas; cogimos unos terrenos en Cangas y les propusimos a dos bancos crear una hipoteca y una póliza para disponer de fondos; firmamos una con el Popular, la del Pastor costó más tiempo.



Resultando acreditado que la operación otorgada es de libre disposición, procede entrar a analizar si concurre un delito de apropiación indebida. Téngase en cuenta que solamente cabe plantear un posible delito de apropiación indebida; dado que el posible delito de administración desleal se encontraría en todo caso prescrito.

16º.- A efectos de valorar una posible calificación penal de los hechos como posible delito de apropiación indebida, lo relevante no es si el mecanismo construido determina o no una operación de libre disposición, sino si resulta razonable pensar que el dinero -otorgado jurídicamente como de libre disposición y utilizado por el prestatario de conformidad con su voluntad- podría o no ser devuelto o retornado a Caixanova.

Por otro lado, la entidad financiera Caixanova puede dedicar sus fondos a financiar aquellas operaciones (de préstamo y/o crédito) que considere oportuno, de conformidad con sus estatutos y normativa de funcionamiento, y teniendo en cuenta el marco económico y jurídico de la operación. Pero su actuación podría ser constitutiva de un delito de apropiación indebida en aquellos casos en los que, dadas las circunstancias concurrentes, resultara conforme a la razón estimar que el dinero no va a ser realmente retornado a Caixanova.

En el caso presente, no es irrazonable estimar que Constancio y PROMALAR S.L. podrían devolver las cantidades prestadas, lo que excluye la concurrencia de dolo de los acusados en relación con el delito de apropiación indebida; y ello por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la póliza de crédito de 60 millones de euros contaba con la garantía personal de la mercantil solicitante -"Promalar S.L."- y especialmente con la garantía de la pignoración del depósito que, por el mismo importe, se constituyó con ocasión del préstamo hipotecario que formaba parte del conjunto de la operación de financiación. De esta manera, la póliza de crédito estaba garantizada al 100% con el depósito constituido con el mismo importe; en este sentido se manifiesta en el plenario testigo Leovigildo (responsable de auditoría de Caixanova en el momento de producirse los hechos).

En segundo lugar, Caixanova cobra intereses a tipo fijo del 3% por el préstamo hipotecario de 60 M€, paga por la cuenta corriente pignorada con este importe un 2,5%, y cobra por el saldo dispuesto y disponible del crédito Eur a 3m+ 1,10%, con un suelo del 3,5%. Es decir, CaixaNova está ganando al menos un 4% (página 7 del Informe del Banco de España); "económicamente, el haber estructurado la operación de esta forma, puede ser más beneficioso para Caixanova, ya que cobra intereses por dos activos y remunera un pasivo a un tipo más bajo..." (página 8 del mismo Informe del Banco de España)

En tercer lugar, el riesgo se eliminó parcialmente porque 12,37 M€ sí se destinaron a la cancelación de la póliza de crédito de 16 M€, tal y como estaba estipulado en la escritura de concesión (página 6 del mismo del Informe elaborado por el Departamento de Inspección IV del Banco de España remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017)

En definitiva, el único riesgo efectivo para Caixanova se centraba en el préstamo hipotecario de 60 millones de euros (con la reducción de la póliza de crédito de 16 M). Sin embargo, dicho préstamo hipotecario de 60 millones de euros contaba con las siguientes garantías:

a) *La garantía personal ilimitada y solidaria de "Promalar S.L." y de "Tiempo Libre y Ocio S.L."*: en ese momento, no existían razones que justificaran una mala situación económica de ambas sociedades; no presentaban signos de insolvencia o iliquidez; y ambas mercantiles tenían capacidad de generar recursos (página 113 del informe pericial elaborado por Victor Manuel, María Consuelo y Amelia de fecha 4 de abril de 2022). Ahora bien, la justificación de la asunción de este riesgo se establece en las grandes plusvalías que la sociedad tendrá como consecuencia de ser propietaria de 1.572.000 m² en Cangas del Morrazo (valorado en 361 M€) y de 700.000 m² en Bueu (valoración interna en 42 M€), lo que nos sitúa en el núcleo de la cuestión: la efectividad o no de la garantía hipotecaria a la que se alude en la letra b).

b) Y la *garantía real derivada de la hipoteca constituida sobre las fincas situadas en la parroquia de DIRECCION000* (Ayuntamiento de Cangas). Como se analiza en otro lugar, no era irrazonable pensar que el Plan General de Ordenación Urbana de Cangas se acabaría aprobando, lo que hubiera determinado que las fincas rústicas objeto de hipoteca fueran calificadas como suelo urbanizable, llevando consigo una efectividad de la garantía hipotecaria que hubiera cubierto todo el riesgo de la operación.

Por otro lado, es necesario tener presente que la situación económica en diciembre de 2005 en España era buena: como afirma el informe pericial elaborado por Victor Manuel y otros (páginas 110 y 111), nuestro país ya acumulaba diez años de crecimiento económico ininterrumpido, años en los que España alcanzó el objetivo de incorporación a la UEM, habiendo cumplido con todos los criterios 201 exigidos de estabilidad; y durante este periodo claramente expansivo, el PIB mundial registró un aumento del 42%, con tasas de crecimiento anuales que en ningún momento se situaron por debajo del 2,5%.

17º.- Según la escritura de constitución otorgada ante el Notario de Vigo Álvaro Moure Goyanes de fecha 7 de diciembre de 1999 (capeta 2/Promalar-Escritura_Constitucion.pdf), PROMALAR SL fue constituida en diciembre de 1999 por Constancio como PROMOCIONES Y MADERAS LAGO REY SL, mediante la aportación de 20 fincas registrales heredadas. Constancio es el administrador único, y posee el 80%, cambiándose su denominación social, a partir de 2004, mediante Escritura Pública aportada, y pasando a denominarse PROMALAR SL. Su objeto social es la adquisición, compraventa, promoción, construcción y explotación inmobiliaria.

Sobre la situación de Promalar S.L. en 2005, el Informe del Banco de España (página 3) afirma lo siguiente:

Fue constituida en diciembre de 1999 por Constancio como Promociones y Maderas Lago Rey, S.L, mediante la aportación de 20 fincas registrales heredadas. Constancio es el administrador único, y posee el 80%, cambiándose su denominación social, a partir de 2004, mediante Escritura Pública aportada, y pasando a denominarse Promalar, S.L. Su objeto social es la adquisición, compraventa, promoción, construcción y explotación Inmobiliaria.

Sus Fondos Propios eran de 2,36 M€ en 2004 y 2,14 M€ en 2003. El activo total pasa de 5,4 M€ en 2003 a 17,3 M€ en 2004, vía el crecimiento de existencias en 6,6 M€ y de inmovilizado financiero en 4 M€, todo ello financiado con deuda bancaria a corto plazo. Los resultados caen de manera significativa en 2004, consecuencia de los menores ingresos, aunque en promotoras es habitual que estos no sean uniformes, ya que depende de la finalización de obras. Desde CaixaNova, en sus Informes de Inversiones, insisten en la existencia de fuertes plusvalías en sus activos no reconocidas contablemente al ser propietaria de 1.572.000 m2 en Cangas del Morrazo, valorado en 361 M€, y de 700.000 m2 en Bueu libre de cargas, estimando la valoración interna en 42 M€, si bien no se ha adjuntado tasación ni valoración interna o externa alguna que justifique estos valores y apreciación.

En la CIRBE de Caixanova no hay excedidos en 2004, y sus riesgos en esa fecha estaban calificados como normales.

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 (artículo 170.1 de la Ley Concursal). Pues bien, el informe de los administradores concursales Guillermo y Daniela , de fecha 28 de enero de 2013, se refiere expresamente a que " *la insolvencia de la concursada viene determinada por la crisis del sector inmobiliario*" (página 3). Y en relación con su vinculación con "Bernardo Alfageme S.A.", el informe de los administradores concursales afirma lo siguiente: " *La liquidación de su participada, dificultó a Promalar aún más la renovación de las líneas de crédito disponibles, así como la obtención de nuevas líneas. La decisión de invertir en dicha empresa, en el momento de crisis inmobiliaria que se atravesaba, no resultó acertada. Pero una cuestión es que la decisión empresarial no haya obtenido los resultados buscados, y otra que en la misma haya de verse dolo o culpa grave que haya incidido en el incremento de la insolvencia*" (página 3)

En la relación definitiva de créditos presentada por los administradores concursales Guillermo y Daniela (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".

18º.- Es cierto que los responsables de Caixanova han asumido un riesgo. Pero también es verdad que en la actuación de todo administrador ha de admitirse un **espacio de riesgo permitido**, de tal manera que la posición de garantía no le obliga a neutralizar cualquier posibilidad de menoscabo patrimonial, sino que le obliga a una gestión diligente (con riesgos) del patrimonio ajeno, rigiéndose por el interés de este último. Así las cosas, cabe considerar atípicas, por constituir un riesgo permitido, las conductas que generan riesgos de menoscabo patrimonial que *ex ante* tienen sentido económico y se mueven en un nivel de riesgo adecuado.

No se entra a valorar si esta operación podría generar una responsabilidad de los administradores de la sociedad en ámbitos no penales, dado que no es objeto del presente proceso, pero lo que sí que cabe afirmar es que no está probado el dolo exigible para la concurrencia de un delito de apropiación indebida.

19º.- Abordamos a continuación *la tasación de las fincas de la parroquia de DIRECCION000 (Cangas-Pontevedra) para el préstamo hipotecario de 60M*

El informe de tasación otorga un valor a las fincas hipotecadas de 133.249.609,48 €. Se trata de la tasación realizada por TASA GALICIA con fecha de emisión 12-09-2005 y fecha de caducidad 12-03-2006, siendo firmada por " Eulogio . Consejero Director General" y por " Erasmo . Arquitecto Técnico". Esta tasación obra en el archivo; "Tasacion.pdf" de carpeta NUM023 ; y el mismo archivo figura en carpeta NUM024 , pero en este segundo existe una "certificación de tasación" (que no esté en el mismo archivo de carpeta NUM023) firmada con Eulogio .



Sin embargo, argumentan las acusaciones que la garantía hipotecaria es insuficiente, dado que la hipoteca se fundamentó en una tasación que calificaba las fincas como Suelo urbanizable No Delimitado, mientras que las mismas eran en realidad terrenos rústicos de protección forestal con un valor mucho menor. En este sentido, el Ministerio Fiscal recuerda que los mismos terrenos fueron tasados por la empresa TINSA, el 4 de mayo de 2010, siendo aún el suelo rústico - como sigue siendo en la actualidad- según las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico, por el método de comparación de rentas con un valor de 2.502.525,31 euros, 197 veces menos que la primera tasación, pasando de valorar a 813 €/m² a hacerlo a 4,12 €/m².

Frente a este planteamiento de las acusaciones, esta sala considera que **no resulta irrazonable pensar, desde el punto de vista de la lógica económica que justifique la decisión de Caixanova, que existían posibilidades reales de que las fincas rústicas de la parroquia de DIRECCION000 afectadas fueran calificadas como Suelo urbanizable en la ulterior aprobación del Plan General de Ordenación Urbana**; y ello por las siguientes razones:

a) La tasación fue realizada por una **entidad homologada por el Banco de España**, que está sometida a la normativa aplicable a las tasaciones (norma ECO/508/2003, de 7 de marzo); aunque posteriormente hubiera un expediente que terminó con la sanción a Tasa Galicia. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que Tasa Galicia no era una entidad de tasación vinculada a Caixanova, sino que estaba vinculada con su entidad rival en ese momento (Caixagalicia)

b) Existía un **convenio urbanístico** con Constancio (en nombre de "PROMALAR S.L. y "TIEMPO LIBRE Y OCIO 2000 S.L.") que fue ratificado por el Pleno del Concello en su sesión de 3 de agosto de 2004 (Diligencia obrante al folio 206 de Tomos Principal). El citado convenio ha sido aportado por el Concello de Cangas y figura en los folios 206 y ss de Tomos Principal. 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 (manifestaciones en juicio del arquitecto del Ayuntamiento de Cangas Primitivo). Por otro lado, el testigo Roque (Departamento de investigaciones crediticias de Caixanova), confirma que en la entidad tenían conocimiento de la existencia de dicho convenio urbanístico y que se habían pagado varios millones en ejecución del mismo (así se lo comentó Luis María)

c) "Promalar S.L." había **desembolsado aproximadamente 2,7M** como anticipo en ejecución del citado convenio urbanístico (testifical en plenario del arquitecto del Ayuntamiento de Cangas Primitivo). El desembolso otorga mayor apariencia de realidad de las posibilidades de aprobación del Plan

d) 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 (declaración en plenario del arquitecto del Ayuntamiento de Cangas Primitivo). Esta sala otorga efectos probatorios a las manifestaciones en el plenario como testigo de Primitivo , atendiendo a su función de arquitecto del Ayuntamiento de Cangas y teniendo en cuenta su falta de vinculación con la entidad Caixanova. Este testigo afirma que, cuando se firmó el convenio, el Plan General se encontraba en fase de elaboración; añadiendo que dicho Plan llevaba 7 u 8 convenio urbanísticos. También explica que el Plan General se aprobó inicialmente por el Pleno, aunque posteriormente se dejó sin efecto por el propio Pleno; explicando que esta "desaprobación" por el Pleno se produjo por presiones de los vecinos -hubo manifestaciones- y por razones políticas.

20º.- El conjunto de esta operación fue aprobado por los órganos decisorios de Caixanova: por la Comisión Delegada de Caixanova el día 13 de octubre de 2005. El Consejo de Administración ratificó la póliza de crédito el 27 de octubre 2005.

No existen elementos que permitan afirmar que se ocultaron datos relevantes a los mencionados órganos decisorios. En este sentido, véanse los elementos destacados en el Fundamento 7º de esta resolución.

2 1º.- El mismo día de concesión (20.12.2005), PROMALAR SL retira la totalidad del saldo (58,6M€, una vez descontados los gastos de formalización y provisión de fondos); así se deduce del Informe elaborado (página 8) por el Banco de España (Departamento de Inspección IV) remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017 (folios 439 y ss en Tomo 2-Diligencias de Investigación NUM017). Asimismo, 12,37 M€ sí se destinaron a la cancelación de la póliza de crédito de 16 M€, tal y como estaba estipulado en la escritura de concesión (página 6 del mismo informe).

El movimiento de disposición más significativo, 31,0 M€, mediante transferencia, en 02.02.2006, se transfiere a la cuenta NUM012 (BANCO PASTOR-Vigo), titularidad de PROMALAR. En la misma fecha se transfiere desde esta cuenta a la NUM013 (en la nueva codificación de ABANCA NUM014), titularidad de BERNARDO ALFAGEME SA (antes CONSERVAS PEÑA SA), procedente, según el concepto, "OR. 0072- PSTRESMM". Así se deduce del Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 8 de octubre de 2015 (folio 95 y ss del Tomo 1- Diligencias Investigación NUM017)



En el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2006 de esta entidad, CONSERVAS PEÑA SA, consta reflejada una "deuda con empresas de grupo" por dicho importe de 31 millones de euros (Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 8 de octubre de 2015 al folio 97 del Tomo 1- Diligencias Investigación NUM017)

Según el Informe elaborado por el Banco de España (Departamento de Inspección IV) remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017 (folios 439 y ss en Tomo 2-Diligencias de Investigación NUM017), el destino real de los fondos obtenidos (movimientos más relevantes), en la cuenta NUM015 , a partir de 20.12.2005, fecha de la escritura, es el siguiente:

El destinatario principal en grandes importes es la propia sociedad Promalar (al menos 35,87 M€), y en menor medida importes a sociedades participadas (Feyju Galicia, S.L. -8,28 M€- y Granitos Aldán, S.A.) en cuentas abiertas en otras entidades bancarias, además de 12,37 M€ destinados a la cancelación de la póliza de crédito, tal y como estaba estipulado en la escritura de la nueva concesión.

En algún caso, no figura concepto de gasto o el beneficiario, por ejemplo: en 20.03.2006 por 0,047 M€, 0,054 M€ y 0,043 M€; en 16.05 por 0,109 y 0,077 M€; en 12.06 por 0,0159 M€, en 16.06 por 0,147 M€, 0,127 M€ y 0,03 M€, en 19.06 por 0,04 M€ y 0,038 M€ y en 03.07.2006 por 0,55 y 0,45 M€.

A partir de mediados de mayo de 2006, fecha en la que prácticamente se agota el importe concedido (hasta 59,5 M€), se produce algún ingreso, siendo significativos: 1,0 M€ en 15.05 de Promociones Illas de San Simón, S.L.; 3,256 M€ en 29.05 de Promalar; 0,6338 M€ en 30.06 de Promalar; 2,445 M€ en 22.06 de Promalar y 0,0216 M€ de Feyju Galicia en 30.06.2006. Dado que a partir de esta fecha se entremezclan alguna entrada de efectivo con la tipología de salidas de efectivo vistas, no tiene el mismo interés el análisis de la cuenta.

El movimiento de disposición más significativo, 31,0 M€ mediante transferencia, en 02.02.2006, se transfiere a la cuenta NUM012 (Banco Pastor-Vigo), titularidad de Promalar. En la misma fecha se transfiere desde esta cuenta a la NUM013 (en la nueva codificación de Abanca NUM014), titularidad de Bernardo Alfigeme, S.A. Desde esta cuenta, los fondos salen: 27,13 M€ mediante 36 cheques bancarios nominativos, cuyos destinatarios son los anteriores accionistas (24,2 M a 16 accionistas mediante 20 cheques) indemnizaciones a cuatro empleados (0,43 M€) y 12 cheques a cuatro directivos (2,50 M€) de Bernardo Alfigeme, S.A. (A36600294); y otros importes mediante otras transferencias, con varios beneficiarios, incluso la propia Conservas Peña, S.L. en cuentas abiertas en otras entidades bancarias, agotando prácticamente los 31 M€ en el mismo mes de febrero de 2006.

A Promalar, S.L. se transfieren también (además de los 31,0 M€) 1,2 M€ en 27.12.2005; 2,0 M€ el 12.01.2006; y 1.393.661,51 € en 16.01, además de otras transferencias de menor importe en fechas posteriores: tres importes de 55.000 € en 13.01, 20.000 € en 20.01; 17.000 € el 06.02; 6.000 € el 20.02; 15.000 € en 02.03; 21.500 € el 05.04.2006; 10.000 € en 16.05.2006; 16.300 € en 24.05.2006; 70.500 € en 5.07; 34.000 € en 7.07; 200.060 € en 18.07; 280.000 € en 2.08; y 38.500 € en 3.08.2006.

A la sociedad Feyju Galicia, S.L. se realizan al menos cuatro transferencias (4,0 M€ en 10.01.2006, 1.393.661,51 € el 16.01, 0,05 M€ el 05.04.2006 y 1,25 M€ el 11.04.2006), y dos órdenes de traspaso (990.114,67 € el 16.01.2006 y 591.600,00 € el 17.01.2006), y otras tres transferencias observadas a la sociedad Granitos Aldán S.A.

22º.- 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 (DP-109-2017-ANEXOS (DI 32/2014)-TOMO 1-f. 322-Doc. Constancio - Contrato compromiso opción compra- NUM016 Préstamo Participativo Promalar Alfigeme.pdf). El préstamo participativo se concedió con vencimiento el día 3 de abril de 2006. El importe se transfirió desde una cuenta de Banco Pastor titularidad de Promalar a una cuenta de Caixanova titularidad de Conservas Peña. Figura la transferencia efectuada por PROMALAR y el ingreso de la cantidad en una cuenta a nombre de "Conservas Peña S.A." en el Banco Pastor (Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 26 de febrero de 2016 al 367 del Tomo 2- Diligencias Investigación NUM017)

El 3 de febrero de 2006, Conservas Peña adquirió el Grupo Bernardo Alfigeme ("Grupo BASA") por un importe de 24.200.000 euros, según contrato de compraventa que figura con el nº 246 del Protocolo del Notario Don Antonio A. Silgueiro Armada; el precio de cada acción se ha fijado en 1222,22 euros (Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 26 de febrero de 2016 al 367 del Tomo 2- Diligencias Investigación NUM017). El Grupo BASA estaba compuesto por "Bernardo Alfigeme S.A." ("BASA"), "Mariscos San Cayetano, S.A." y "Basinter, S.A." (folios 369 y 370 del mismo informe).

Los titulares de las acciones del GRUPO BASA (Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 26 de febrero de 2016 a los folios 369 y 370 del Tomo 2- Diligencias Investigación NUM017) que vendieron dichas acciones a Conservas Peña son Araceli ,

Alicia , Catalina (esposa de Vidal como se deduce del Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 30 de noviembre de 2015 al folio 286 Tomo 1- Diligencias Investigación NUM017), Carina y Carmen , así como otras con un número menor de acciones. Vidal figura como administrador de "Bernardo Alfageme S.A." hasta el ejercicio 2004 (Informe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de la AEAT de 30 de noviembre de 2015 al folio 286 Tomo 1- Diligencias Investigación NUM017)

El 14.03.2006, con objeto de garantizar el reintegro del préstamo participativo, y reconociendo que Conservas Peña, S.A. es titular del 100% de las acciones de Bernardo Alfageme. S.A. y ésta del 99% de sus filiales Mariscos San Cayetano, S.L. y Basimter, S.L. (el 1% restante es propiedad de Conservas Peña, S.A.), las sociedades Promalar, S.L., Conservas Peña, S.A. y Bernardo Alfageme, S.A. firman un contrato de compromiso y opción de compra por el que se reconoce a Promalar. S.L. a obtener en compraventa el 100% de Bernardo Alfageme, S.A., así como un derecho de opción para la adquisición preferente de las siguientes propiedades inmuebles; a) pertenecientes a Bernardo Alfageme, S.A. la nave y fábrica de conservas de 14.355 m² en Coya, Bouzas, Vigo, con precio de 25 M€, más IVA, pudiendo aplicar el importe del préstamo hasta el 3.04.2006, y almacenes y servicios de la fábrica de 4.756 m² en Figueiras, Bouzas, Vigo; y b) pertenecientes a sus filiales varias fincas rústicas y urbanas en El Grove. Así se deduce del Informe (página 16) elaborado por el Banco de España (Departamento de Inspección IV) remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017 (folios 439 y ss en Tomo 2- Diligencias de Investigación NUM017); así como del contrato de compromiso y opción (DP-109-2017-ANEXOS (DI 32/2014)-TOMO 1-f. 322-Doc. Constancio -Contrato compromiso opción compra- NUM018 contrato de compromiso y opción Promalar_Peña.pdf.) entre Promalar por un lado, y Conservas Peña y BASA por otro lado, en virtud del cual se garantizaba el reintegro del préstamo participativo por importe de 31 millones de euros.

En 11.09.2006, Promalar, S.L. y el despacho de abogados de Garrigues, firman un contrato con la finalidad de interponer las acciones judiciales pertinentes y recibir dirección letrada con el objeto de dar cumplimiento al contrato de 14.03.2006 (página 16 del informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017). Posteriormente, en 2006, el grupo Promalar adquiere Conservas Peña, y con ella el Grupo BASA por un importe de 34 millones de euros: 31 millones del préstamo participativo; y 3 millones por la compra del 72,73% de Conservas Peña a Inversiones Louredo, según escritura pública de compraventa de acciones otorgada ante el Notario de Vigo don Miguel Lucas Sánchez (20061219_Escritura compraventa acciones.pdf)

El 4 de mayo de 2011 Promalar presentó concurso de acreedores (página 7 del informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017).

23º.- Seguidamente nos ocupamos de la **novación de fecha 7 de diciembre de 2007**. Está probada ("Escritura de novacion") la existencia de una escritura pública de fecha 7 de diciembre de 2007 en la que Caixanova (representada por Fausto) y "PROMALAR S.L." (representada por Constancio) 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.

Como afirma el informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España de fecha 26 de mayo de 2017 (página 7), Constancio , socio principal de Promalar, solicita una reestructuración de las operaciones con novación de plazo e Intereses, con la Intención de tener mayor holgura financiera. Esta novación de condiciones consiste en:

Cancelar la póliza de crédito de 60 M€, utilizando los fondos pignorados en cuenta corriente de 60 M€ que se derivan del préstamo hipotecarlo.

Modificación de las condiciones del préstamo hipotecario: se amplía en 6 meses su vencimiento (el nuevo vencimiento es 1 de julio de 2011); el tipo de interés pasa del 3% fijo a un 5,724% los primeros meses, y luego se aplica Euribor +1 %, con suelo de 2,90% y máximo de 10%.

24º.- Examinados los términos de esta novación cabe afirmar que **no se produce aumento del importe del préstamo, no se reducen las garantías y no se produce un incremento del riesgo de la operación**. Téngase en cuenta, asimismo, que el plazo de vencimiento se modifica en 6 meses, si bien nunca llegó a entrar en aplicación porque Caixanova anunció a Promalar la resolución anticipada del préstamo en diciembre de 2010, antes del vencimiento original de la Operación 1 en enero de 2011 (informe pericial del Sr. Victor Manuel y otros); en efecto, se notificó a Promalar la resolución del contrato de préstamo hipotecario por impagos reiterados el 28 de diciembre de 2010 (página 7 del informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España). Y, por otra parte, la modificación del tipo de interés no se redujo en favor del prestatario, sino



que se incrementó en beneficio de la entidad prestamista. De esta manera, cabe concluir que la existencia y condiciones de esta novación no introduce ninguna novedad relevante que pueda determinar la concurrencia de elementos del delito de apropiación indebida objeto de acusación.

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

25º.- Las acusaciones también se refieren al 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. El Ministerio Fiscal considera que los máximos gestores y directivos de CAIXANOVA, continuando con la intención de seguir financiando irregularmente a Constancio, aceptaron, como garantía del préstamo, cuatro fincas situadas en Moaña, una urbana y tres rústicas, tasadas otra vez por TASAGALICIA el 19 de octubre de 2006 en 18.477.844,58 €, de forma condicionada al haberse firmado un Convenio con el Ayuntamiento. Y estima que la tasación firmada por Erasmo y Eulogio partía de simples hipótesis, y valoraba los terrenos como si estos fueran un solar con uso residencial, con la urbanización ejecutada y quedando pendiente determinadas infraestructuras. Y recuerda que el artículo 9 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras prohíbe que una tasación condicionada pueda servir de garantía hipotecaria

2 6º.- Resulta probada ("escritura de hipoteca" de carpeta NUM026 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal) la existencia de 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 Fausto (en representación de Caixanova) y Constancio (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).

La operación fue aprobada por la Comisión Delegada el 1 de marzo de 2007 (folios 382 y ss del tomo 2 de la Pieza Separada de Prueba Admitida), tras haber superado el circuito de riesgos de la entidad. El 29 de marzo de 2007, el Consejo de Administración refrendó la operación (folios 519 y ss Tomo 2 Diligencias de Investigación NUM017).

También está acreditado que 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 este sentido, el informe del Banco de España (página 11) afirma lo siguiente: *"El objeto del préstamo hipotecario es doble: reducir riesgos de Bernardo Alfageme SA con CaixaNova por importe de 3,1 M€ (se aplicará a líneas de descuento y facturas); e inyectar liquidez en Bernardo Alfageme S.A por importe de 6,15 M€ (de los cuales 3,3 M€ se destinaron a la reducción de riesgos de Bemardo Alfageme S.A con Caixa Gral y Banco Popular, según señala el Preforensic aportado. Es de señalar, que en 2006 Promalar, a través de tres sociedades patrimoniales del grupo, adquirió Conservas Peña S.A, y como ya hemos anticipado, a través de ésta adquirió en 02.02.2006 la propiedad de Bernardo Alfageme SA, Mariscos San Cayetano S.A, y Basinter. Desde entonces Promalar, S.L. ha detectado déficit de liquidez en Bernardo Alfageme S.A. (antes Conservas Peña, S.A.) y tras haber inyectado entre 5 y 6 M€ anteriormente, solicita un nuevo préstamo hipotecario para subsanar dicho déficit"*.

En la misma dirección, el "informe de empresas" de 29 de enero de 2007 ("INFORME OPERACIÓN" de carpeta NUM026 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal), tras recordar (Planteamiento Actual y Justificación) que recientemente el Grupo adquirió la propiedad de "Conservas Peña S.A.", y a través de ésta, "Bernardo Alfageme S.A.", "Mariscos San Caetano S.A." y Bansiter; afirma lo siguiente: *"Desde entonces (Dic-06) Promalar ya se ha visto obligada a realizar varias aportaciones de liquidez a Alfageme al objeto de que esta pudiera hacer frente a sus pagos corrientes, en concreto a fecha de este informe ya se habían aportado entre 5 y 6 M, detraídos, en su totalidad, de la tesorería de Promalar".* Y añade que *"aún así, y después de que los nuevos accionistas han realizado una revisión de las cuentas de Alfageme, así como sus provisiones de tesorería, han detectado un déficit importante por lo que nos plantean la formación del Ptmo Hipotecarios sobre un terreno propiedad de Promalar en Moaña cuyo importe se aplicará a inyectar liquidez a Alfageme, y en concreto aproximadamente 3,1 M Euros a cancelar riesgos comerciales con la Caja, materializados en Línea de Descuento y de Facturas"*.

27º.- Esta sala considera que **no está acreditado que concurra dolo de los acusados en relación con que no existía ab initio la posibilidad real de devolución o retorno del dinero de este préstamo hipotecario de 9,25 M.** No ha resultado probado que los acusados tuvieran un conocimiento cumplido de la imposibilidad efectiva del retorno del dinero a Caixanova (dolo directo); ni tampoco de que se representaran dicho resultado como probable (dolo eventual). Y ello por dos razones: a) porque la evolución de la situación económica de las sociedades afectadas "PROMALAR S.L." y Bernardo Alfageme S.A." no podía calificarse como negativa; y b) porque no resulta irrazonable pensar, desde el punto de vista de la lógica económica que justifique la decisión de Caixanova, que existían posibilidades reales de que las fincas de Moaña afectadas fueran calificadas como



Suelo Urbano consolidado en la ulterior aprobación del Plan General de Ordenación Urbana. Examinemos por separado estos dos elementos.

28º.- En primer lugar, **la evolución de la situación económica de las sociedades afectadas no podía calificarse como negativa**, de tal forma que impidiera económicamente esta operación de financiación.

Por un lado, la situación de PROMALAR (página 11 del informe del Banco de España) es la siguiente: " Para la concesión de este préstamo se adjuntan cuentas abreviadas de Promalar, S.L. (ver resumen en anexo) destacando el significativo crecimiento en 2005 y 2006 de su balance total, consecuencia en parte de la fusión por absorción de su filial Tiempo Libre y Ocio 2000 SL, así como el notable crecimiento en existencias e inversiones financieras temporales, todo ello financiado en gran medida por su endeudamiento a corto y largo plazo. Las ventas también aumentan de manera sustancial en 2006, mejorando notablemente los resultados aunque, como se comentó anteriormente, esta es una empresa promotora y sus resultados son muy cíclicos, dependiendo de la entrega de promociones terminadas. Prueba de este crecimiento durante los años 2005 y 2006, financiado con deuda bancada principalmente, es el aumento de su ratio de endeudamiento, que pasa de ser un 6% a finales de 2004 a alcanzar un 33% en 2006". Como puede observarse, se habla de un significativo crecimiento en 2005 y 2006, así como de una mejora notable de los resultados.

Por otra parte, la situación de "Bernardo Alfageme S.A." (páginas 11 y 12 del informe del Banco de España) es la siguiente: " Así mismo, se adjuntan las cuentas anuales de Bernardo Alfageme, S.A. (ver resumen en anexo), en las que a diciembre de 2006, y tras la Inyecciones de dinero previas de Promalar, parece una empresa viable, con fondos propios de un 28% y considerable reducción de los resultados negativos, aunque con escasa liquidez aparentemente. En cambio, la sociedad que aparentemente está en peor situación es Conservas Peña, S.A. (ver resumen en anexo), tenedora de la participación directa en Bernardo Alfageme SA, y que presenta alto endeudamiento, escasos fondos propios a 2006, y resultados negativos en 2004 y 2005, con considerables oscilaciones y sin tendencia. En el informe de inversiones se hace mención a una ampliación de capital por conversión de pasivos en forma de préstamos participativos de sociedades del grupo de Constancio por importe de 10 M€, sin que se manifieste explícitamente en los estados de que disponemos ". Se hace referencia a una considerable reducción de los resultados negativos de "Bernardo Alfageme S.A.", y a que parece una empresa viable; aunque también se advierte de una peor situación de "Conservas Peña S.A."

29º.- En segundo lugar, cabe abordar la **suficiencia de la garantía hipotecaria de este préstamo**. Consta en autos (archivo "tasación" de la Carpeta NUM026 del folio 069 de las Diligencias de Investigación del Fiscal; también se encuentra en ANEXOS-Diligencias de Investigación NUM019 - "Tasación TasaGalicia Ptmo Moaña 2006.pdf") el Informe de tasación con fecha de emisión 19-10-2006 y con fecha de caducidad el 19-04-2007, firmado por Erasmo (Consejero Director General de TASAGALICIA) y Eulogio (Arquitecto Técnico) relativo a la finca situada en la AVENIDA000 de Moaña:

"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)

Atendiendo al valor derivado de la tasación de TasaGalicia (18.477.844,58 EUR), la operación suponía el 50% de dicha tasación (9,25M EUR).

30º.- Es cierto que se trata de una **tasación condicionada**: "Condicionada a que se incluya el Convenio en el nuevo PGOM". Y también es verdad que **la normativa aplicable contiene la prohibición de la tasación condicionada**: Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (BOE 9 de abril de 2003 y copia obrante a los folios 492 y ss de los Tomos Principal). Según su artículo 2, " La presente Orden será de aplicación siempre que el valor de tasación se utilice para alguna de las finalidades siguientes: a) Garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen o vayan a formar parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios emitidos por las entidades, promotores y constructores...". Y, por otro lado, su artículo 9 establece que " Salvo lo previsto en el artículo 14, para que el valor de tasación calculado de acuerdo con la presente Orden pueda ser utilizado para alguna de las finalidades señaladas en su artículo 2 (Ámbito de aplicación) ha de ser expresado sin sujeción a ningún condicionante".

Pero, a efectos de la valoración jurídico penal (posible existencia de un delito de apropiación indebida), cabe valorar si era o no razonable la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Moaña; y, por tanto, si



se trataba de un riesgo asumible por la entidad, o bien concurría un peligro real de que no se aprobara de tal manera que sería difícil la efectiva devolución del dinero por parte del prestatario.

Según el informe del Departamento de Inspección IV del Banco de España de fecha 26 de mayo de 2017 (página 13), " *En este caso, CaixaNova debería haber valorado correctamente el riesgo real de la operación y haber empleado un valor más prudente que la tasación de TasaGalicia. No obstante, era habitual conceder riesgos que supusiesen el 50% del valor de una garantía soportada por una tasación de tasadora oficial, aunque eso no exime de una valoración prudente y acorde a la realidad por parte de la Caja y de sus intervinientes, en los diferentes niveles de aprobación*". Y añade que " *A nuestro entender, CaixaNova tenía demasiada confianza en plusvalías latentes del patrimonio de Promalar S.L, lo que no ha demostrado documentalmente, descuidando un análisis de riesgos eficaz y una valoración de las garantías prudente y acorde a la realidad*".

Sin embargo, en este proceso no se está analizando la existencia de posibles responsabilidades distintas de la penal, y ni siquiera hay que abordar si concurre el tipo del delito de administración desleal del artículo 295 CP (redacción vigente en el momento de los hechos) dado que el este delito se encontraría prescrito, sino que hemos de analizar la posible existencia de apropiación indebida: si existía o no ab initio la posibilidad real de devolución o retorno del dinero de este préstamo hipotecario de 9,25 M.

31º.- Esta sala considera que **no resulta irrazonable pensar, desde el punto de vista de la lógica económica que justifique la decisión de Caixanova, que existían posibilidades reales de que las fincas de Moaña afectadas fueran calificadas como Suelo Urbano consolidado en la ulterior aprobación del Plan General de Ordenación Urbana;** y ello por las siguientes razones:

Por un lado, existía un **convenio urbanístico**. En el denominado "informe de empresas" de fecha 29 de enero de 2007 ("INFORME OPERACIÓN" de carpeta NUM026 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal) sobre "préstamo personal con garantía hipotecaria de 9,25 M" (encabezamiento del informe), se recoge que "PROMALAR S.L." es titular, entre otras fincas, de: " *Solar en MOAÑA- PASEO000 : De una superficie de 7.400 m2, firmándose un Convenio con el Ayuntamiento pendiente de la aprobación del PGOU de la localidad. Se trata del solar sobre el que recaerá la hipoteca objeto del presente informe*" (página 3). Asimismo, se afirma lo siguiente (Riesgo Económico-Financiero a la página 5: " *... Nos comentan nuestros compañeros de Moaña, la aprobación del PGOU de la localidad se encuentra muy avanzado puesto que desde el Concello se ha dado respuesta ya a las alegaciones que planteaba la Xunta de Galicia y según nos aseguran no existen mayores inconvenientes en que se apruebe en los próximos meses, si bien esto ha de ser tomado con todas las reservas por cuanto la experiencia nos dice que las expectativas sobre la aprobación de un Plan General y lo que finalmente ocurre no mantienen, a veces, una relación muy directa*". Y, cuando se refiere al Riesgo jurídico patrimonial (página 6), afirma que " *la principal garantía de la operación en estudio la constituye la propiedad que se hipoteca cuyo valor de tasación alcanza los 18,47 M (una vez aprobado el Plan General), por lo que el importe solicitado representa tan sólo el 50% de su valor en dicho supuesto*"; y añade que " *... el valor de tasación está condicionado a la aprobación del PGOU de Moaña que ya se encuentra en la Xunta de Galicia; habiendo contestado el Ayuntamiento a las alegaciones presentadas por la Consellería de Ordenación del Territorio, por lo que se espera que sea definitivamente aprobado en los próximos meses sin mayores incidencias*"

Por otro lado, atendiendo al valor derivado de la tasación de TasaGalicia (18.477.844,58 EUR), la operación (9,25M EUR) suponía el **50% de dicha tasación**.

Por otra parte, el **Plan General de Ordenación Urbana fue aprobado** por el Ayuntamiento de Moaña el 26 de enero de 2017 (informe de Pablo Jesús al folio 77 del Tomo 5 de la Pieza Principal). De esta manera, dicho Plan consta publicado en el Boletín Oficial da Provincia de Pontevedra (BOPPO) de fecha 24 de febrero de 2017, donde se hace referencia a que fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de 29 de diciembre de 2016, con correcciones con fecha 26 de enero de 2017.

Por último, y aunque la tasación se encuentra condicionada incumpliendo la normativa aplicable, también es verdad que la tasación fue realizada por una **entidad homologada por el Banco de España**; si bien posteriormente hubiera un expediente que terminó con la sanción a Tasa Galicia. Y, por otra parte, 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 (página 24): " *Tasación con condicionantes. En el caso de financiación de suelo: calificación pendiente de desarrollos urbanísticos*", calificando en este caso el riesgo como medio-alto.

32º.-Primera novación de 31 de marzo de 2010. Mediante Escritura Pública de esta fecha (DP-109-2017-ANEXOS (DI 32/2014)-TOMO 1-f. 69-FLASHDRIVE-Carpeta NUM026 - ESCRITURA NOVACIÓN 31-03-2010.pdf) 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). Como afirma el informe del Departamento IV del Banco de España, " *no se incluye nueva tasación ni se da información sobre la*



garantía hipotecaria, en relación a si finalmente se aprobó el PGOU al que el valor obtenido en la tasación estaba condicionado" (página 12).

Sin embargo, como puede observarse, esta novación consiste en un mero alargamiento del plazo (ampliación por 3 meses), con un incremento del tipo de interés en beneficio de la entidad. De esta manera, **no existe un aumento de la cuantía del préstamo, ni una reducción de sus garantías, ni tampoco un incremento del riesgo de la operación**; por lo que cabe concluir que la existencia y condiciones de esta novación no introduce ninguna novedad relevante que pueda determinar la concurrencia de elementos del delito de apropiación indebida objeto de acusación.

33º.- Segunda novación de fecha 30 de junio de 2010. Esta segunda novación tiene lugar el día 30 de junio de 2010, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Vigo Sr. Lucas Sánchez (DP-109/2017-TOMO 1-folios 426 y ss), 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

Según del documento "Análisis de Riesgo de Crédito" (DP-109/2017-TOMO 1-folio 446), " *Ante el vencimiento el 01/07/2010 del préstamo hipotecaria de 9.250.000 € de Promalar, se plantea su novación ampliando el plazo en 3 años más. Decir que el préstamo cuenta como garantía con hipoteca de 1er rango s/unos terrenos en Moaña (incluidos dentro del "Convenio Paseo Marítimo" que pretenden introducir en el nuevo plan en curso de la localidad con una edificabilidad de 1,774 m2/m2, lo cual aportaría una superficie construible de 11.691 m2), y que en la fecha de formalización del préstamo (09/03/2007) fueron valorados por Tasagalicia en 18.477.844 €, condicionada a la inclusión de dicho Convenio en el nuevo PXOM, y aprobación del mismo en dichos términos". Y añade que " En cuanto a la situación del mismo, decir que se está planteando la posibilidad de compra por parte de Proinova, si bien dada la proximidad de su vencimiento y de cara a que no venza el préstamo y perjudicar una futura subrogación, se plantea dicha ampliación de plazo. Además la oficina informa de que Tinsa está elaborando una nueva tasación condicionada a que se apruebe el nuevo PXOM del Concello de Moaña con la edificabilidad prevista en este Convenio". A estos efectos, consta una tasación de Tinsa de junio de 2010 que otorga a estos terrenos una valoración de 7.515.865,33 € (DP-109/2017-TOMO 1-folios 449 y ss)*

Independiente mente de los motivos que determinaron la existencia de esta segunda novación (fueron objeto de análisis en el plenario por los peritos que declararon el mismo; según el informe del perito Sr. Victor Manuel y otros -página 132- se habría planteado para la subrogación por parte de Proinova en el marco de un proceso de recobro de todas las posiciones), también cabe afirmar que en esta novación **tampoco existe un aumento de la cuantía del préstamo, ni una reducción de sus garantías, ni un incremento del riesgo de la operación**, por lo que no aporta elemento alguno al escenario de la apropiación indebida que defiende la acusación.

E.- SOBRE LA PÓLIZA DE CRÉDITO DE 5 M €

34º.- 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%; tal y como se deduce de la solicitud de formalización de operación de 17 de julio de 2009 ("Anticipo operación" carpeta NUM020 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal); solicitud de operación de julio de 2009 que no está firmada por el solicitante ("solicitud" de la misma carpeta NUM020); y acta de aprobación por la Comisión de Créditos de 23 de julio de 2009 ("Carpeta Expediente" carpeta NUM020).

La operación es autorizada por la Comisión Delegada de Riesgos el 17 de julio de 2009, y firmada 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 el 23 de julio de 2009 (página 14 del informe del Banco de España). El Acta de la Comisión Delegada de 23 de julio de 2009 (folios 386 y ss del tomo 2 de la Pieza Separada de Prueba Admitida) 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 (folios 525 y ss Tomo 2 Diligencias de Investigación NUM017) que era necesaria por acumulación de riesgo.

También está probada la existencia de una escritura pública de hipoteca de máximo de distribución de responsabilidad ("Escritura Hipoteca Máximo" carpeta NUM020 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal), otorgada el día 29 de julio de 2009 ante el Notario de Vigo Sr. Fernández

Íñigo, firmada por Victoria (Directora de la Oficina de Empresas, en representación de Caixanova) y por Constancio (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 asimismo hipoteca sobre un total de 22 fincas

En relación con las anteriores operaciones, consta un documento denominado "Análisis de Riesgo de Crédito" de julio de 2009 (Archivo "informe.pdf"-ANEXOS - Diligencias Investigación NUM020), que califica "el Riesgo Global como Alto"; y en el que se recoge: *"Promalar nos plantea para regularizar su situación actual de créditos impagados, así como para disponer de fondos para atender la carga financiera de los próximos meses, formalizar operaciones con garantía hipotecaria sobre los terrenos que posee en Aldán y Beluso, en los que pretenden que se desarrolle el futuro "Parque Empresarial del Morrazo"*.

35º.- 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 (página 14 del informe del Banco de España).

36º.- Nos encontramos con una **operación de recuperación para la entidad en relación con financiaciones concedidas en años anteriores, con objeto de refinanciar sus posiciones**. En este sentido, el propio informe del Banco de España (página 14) concluye lo siguiente: *"A julio de 2009, en Promalar, S.L y en el resto de sociedades del grupo de Constancio ya habían comenzado los impagos, y CaixaNova concede esta operación, que podría calificarse de refinanciación, con objeto de subsanar impagos, calificándola esta vez como de Riesgo Global Alto. La refinanciación aparentemente era la única opción de la que disponía CaixaNova para que Promalar, S.L. pudiese atender a su riesgo vencido y continuar en su actividad"*. Ello no resulta anormal en el sector el tiempo en la que tuvo lugar: el informe del Banco de España (página 15) afirma que *"en esta cuarta operación no observamos nada especialmente atípico y diferente del sector en aquellos años"*. Y explica lo siguiente: *"Durante los años de mayor severidad de la crisis inmobiliaria, han sido habituales (aunque esto no quiere decir que sea una forma adecuada de gestionar la morosidad) las refinanciaciones, exigiendo garantías adicionales, eficaces y con valor contrastado por tasación oficial. La refinanciación puede constituir una herramienta útil y eficaz, en determinados casos, de reconducción de los riesgos con objeto de evitar la dilación de un procedimiento concursal o una ejecución de bienes hipotecados por los que probablemente puede obtenerse menos dinero"*.

En definitiva, no concurren razones que justifiquen la existencia de dolo de los acusados relativo a que eran conscientes de que el dinero objeto de la operación no fuera a ser devuelto a la entidad sino que, al contrario, dicha operación tenía como objeto una refinanciación para que Promalar pudiera atender a sus compromisos de pago. Téngase en cuenta que una refinanciación no incrementa el riesgo que la entidad acreedora mantiene con su deudor, salvo que el mismo conlleve la entrega de nueva financiación distinta de la necesaria para el pago de intereses además de la renegociación de la deuda pendiente; y que la financiación para el pago de intereses ya devengados y que constituyen ya una obligación, o que se devengarán y generarán una obligación futura, responde a la lógica contable, a razones jurídicas y a una justificación económica (página 199 del informe pericial elaborado por Victor Manuel , María Consuelo y Amelia de fecha 4 de abril de 2022).

37º.- Sobre las garantías de esta operación, el informe del Banco de España concluye (página 15) que *"Caixanova concede esta operación, que se considera una refinanciación, exigiendo al menos una parte de nuevas garantías eficaces aunque, analizando las tasaciones posteriores a 2012 el valor de los terrenos disminuyó de manera sustancial (la suma de las garantías tasadas a 2012 asciende a 3,82 lo que supone solamente un 76% de los 5 M€ de riesgo concedido)"*.

Según el Informe elaborado por el Banco de España (Departamento de Inspección IV) remitido al Juzgado con fecha 26 de mayo de 2017 (folios 439 y ss en Tomo 2-Diligencias de Investigación NUM017), *"la Garantía de la operación consiste en primera hipoteca sobre terrenos de Promalar, S.L. en Cangas de Morrazo (11 fincas que responden por 1,69 M€), en Bueu (6 fincas que responden de 1,93 M€), así como segundas hipotecas sobre terrenos ya hipotecados en Moaña, que responden, según el Informe de Análisis, de 1,37 M€ ya hipotecados anteriormente como garantía del préstamo hipotecarlo de 9,25 M€"* (página 13)

Sobre la valoración de las 11 fincas de Cangas; es adecuada, según el informe del Banco de España (página 14): la valoración de las 11 fincas, en el municipio de Cangas, la realizó Tinsa el 1 de julio de 2009, empleando el método de actualización a 30 años (descontando valores especulativos, ya que es un suelo protegido y no se puede comenzar a edificar hasta que se apruebe el plan de urbanización, por lo que estamos de acuerdo con esta valoración), al ser terrenos rústicos, de acuerdo a la Orden ECO, y obtuvo un valor de 1,69 M€. Se nos aporta en la documentación tasación sobre estas mismas fincas de Sociedad de Tasación de 8 de febrero de 2012, con objeto probablemente de determinar la masa activa del Concurso por parte de la Administración

Concursal, por importe de 1,02M€, pero entendemos que esta disminución del valor (de 1,69 a 1,02) es realista de acuerdo a la situación del sector inmobiliario de estos tres años transcurridos

Sobre valoración de los 6 terrenos en Bueu: " para la valoración de los 6 terrenos en Bueu no hemos dispuesto de tasación a julio de 2009 que justifique el valor de 1,37 M€ facilitado en el informe de Análisis de Riesgo. No obstante, se nos aporta tasación de Sociedad de Tasación de febrero de 2012 de 492.045 €, probablemente a efectos concursales (no se incluye en esta última tasación la finca nº NUM021 incluida inicialmente)" -página 14 del informe del Banco de España.

Sobre la valoración de las 4 fincas en Moaña: "En relación a las 4 fincas en Moaña, sobre las que se constituye segunda hipoteca, no se aporta tasación a 2009. Se aporta tasación, de enero de 2012 realizada por Sociedad de Tasación a efectos concursales, según el Método de Actualización, en 2,26 M€, sin que todavía se haya aprobado el PGOU y sin tener en cuenta dicha hipotética aprobación en la tasación. Estos terrenos se valoraron por TasaGalicia en 2007 con objeto de constituir primera hipoteca sobre el préstamo de 9,25 M€, quedando valorados en 18,477 M€. según el método residual dinámico, dando por supuesta la aprobación del PGOU que parece que no se ha materializado en 2012. Esta tasación, realizada dos años antes, no debería ser válida a la hora de constituir garantía" (página 14 del informe del Banco de España)

38º.- El Ministerio Fiscal considera que esta operación se realiza sin ninguna garantía, porque el Registro de la Propiedad denegó la inscripción.

Sin embargo, desde la perspectiva del posible dolo de los acusados, hay que tener en cuenta que el 11 de noviembre de 2009 se produjo una suspensión de la inscripción de la escritura de hipoteca máximo y distribución de responsabilidad por cuestiones técnicas por el Registrador de Cangas: " 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". En definitiva, de la suspensión de la inscripción por los mencionados motivos no puede deducirse la existencia de un dolo de los acusados en relación con que la operación se realiza sin garantía hipotecaria; y menos aún en lo relativo a que eran conscientes de que el dinero objeto de la operación no fuera a ser devuelto a la entidad.

F . - SOBRE LA FALSEDAD DOCUMENTAL

39º.- En materia de falsedad documental, el Ministerio Fiscal formula acusación contra las siguientes personas:

Autores del delito de falsedad documental continuado previsto y penado en los artículos 390.2, 392 y 74 CP: Erasmo y Eulogio como;

Inductor el delito de falsedad documental continuado previsto y penado en los artículos 390.2, 392 y 74 CP: Constancio

Cooperadores necesarios del delito continuado de uso de un documento falso del artículo 393 CP: Darío , Desiderio , Efrain y Ezequiel .

Esta acusación se fundamenta en la falsedad de las tasaciones de las fincas de la parroquia de DIRECCION000 que pertenece al municipio de Cangas, así como de las fincas localizadas en el Concello de Moaña

40º.- Abordamos, en primer lugar, la posible **falsedad cometida en la tasación de terrenos situados en la parroquia de DIRECCION000 que pertenece al municipio de Cangas (Pontevedra), "Sector Sur - 3: Varalonga", realizada por TASAGALICIA** , fijando un valor de dichos terrenos 133.249.609,48 €, firmada el 12 de mayo de 2005 por Erasmo , Consejero Director General de TASAGALICIA y Eulogio , Arquitecto Técnico.

El Ministerio Fiscal considera que los autores de la tasación afirman que, según el Planeamiento vigente, Plan General de Ordenación Municipal se trataba de suelo clasificado como "Suelo Urbanizable No Delimitado" de uso "residencial, recreativo, deportivo, comercial, sociocultural y administrativo". Y añade que dicha tasación fue falaz, encargada por Constancio y realizada para ocultar la realidad ya que bastaba con consultar el planeamiento urbanístico vigente, así como las referencias del registro de la propiedad para comprobar que se trataba de fincas "rústicas" de protección forestal. Dicha tasación no sólo contravenía la normativa establecida en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, que establecía otro método de valoración para los terrenos rústicos, sino que dio lugar a la imposición de una sanción por el Servicio de Inspección del Banco de España en el expediente NUM022 al haber valorado los terrenos en atención a unos aprovechamientos urbanísticos inexistentes al tiempo de la tasación.

Esta sentencia no ha de entrar en analizar si la tasación cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento, sino en la posible concurrencia de los presupuestos fácticos que determinan la existencia del delito de falsedad documental objeto de acusación.

41º.- Obra en autos un archivo (Tasacion.pdf de carpeta NUM023) con la tasación realizada por TASA GALICIA con fecha de emisión 12-09-2005 y fecha de caducidad 12-03-2006, siendo firmada por " Eulogio . Consejero Director General" y por " Erasmo . Arquitecto Técnico". Entre otros elementos, 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.

El mismo archivo figura en carpeta NUM024 , pero en este segundo existe una "certificación de tasación" (que no esté en el mismo archivo de carpeta NUM023) firmada con Eulogio , 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

42º.- Como puede observarse en los dos documentos citados, el **método de valoración** adoptado es el "**Residual Estático**". Se trata de un método contemplado por la normativa vigente, que regula tanto los supuestos en los que procede como su forma de cálculo.

El artículo 15 Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (BOE 9 de abril de 2003 y copia obrante a los folios 492 y ss de los Tomos Principal) contempla los métodos técnicos de valoración, siendo uno de ellos el Método residual que se encuentra regulado en ellos artículos 34 y ss. Según el artículo 34.1, el valor por el método residual se calculará siguiendo uno de los procedimientos siguientes:

a) *Procedimiento de análisis de inversiones con valores esperadas (Procedimiento de cálculo «dinámico»).*

b) *Procedimiento de análisis de inversiones con valores actuales (Procedimiento de cálculo «estático»).*

Téngase en cuenta que " *El método residual sólo se podrá aplicar mediante el procedimiento estático, a los solares e inmuebles en rehabilitación en los que se pueda comenzar la edificación o rehabilitación en un plazo no superior a un año, así como a los solares edificados*" (artículo 34.3).

El Ministerio Fiscal considera que dicha tasación contravenía la normativa establecida en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, que establecía otro método de valoración para los terrenos rústicos; y añade que ello dio lugar a la imposición de una sanción por el Servicio de Inspección del Banco de España en el expediente NUM022 al haber valorado los terrenos en atención a unos aprovechamientos urbanísticos inexistentes al tiempo de la tasación. Por el contrario, la defensa de los acusados Erasmo y Eulogio defienden su adecuación, aludiendo a la existencia de un convenio urbanístico firmado entre el Ayuntamiento de Cangas y Constancio (en nombre de "PROMALAR S.L. e TIEMPO LIBRE Y OCIO 2000 S.L."). Se podrá discutir si debía utilizarse este método u otro, pero lo cierto es que la tasación recoge el método realmente empleado.



No concurre ningún elemento falaz o falso en relación con el método de valoración utilizado: en la tasación objeto de análisis se recoge expresamente que se ha utilizado el método residual estático, que es el que efectivamente se ha empleado, tratándose de uno de los métodos reconocidos por la normativa aplicable.

Otra cuestión es la posible responsabilidad (no penal) por el incumplimiento de la normativa administrativa reguladora de la actividad de valoración de inmuebles. En este sentido, consta la existencia de una Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de fecha 2 de marzo de 2010, por la que se imponen determinadas sanciones a "Tasaciones y Valoraciones de Galicia S.A." y a su Consejo de Administración (archivo "Tasagalicia_Orden Minist" del CD de informe del Banco de España obrante al folio 195-DP 109/17); así como la previa Resolución aprobada por el Consejo de Gobierno del Banco de España con fecha 27 de enero de 2010 en el expediente NUM022 (archivo "Resolución Consejo Gob. Tasagalicia" del CD de informe del Banco de España obrante al folio 195-DP 109/17). La citada Orden, entre otras sanciones, se impone a Eulogio 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". Pero ello no determina la comisión del delito de falsedad documental objeto de acusación.

43º.- La valoración por el método residual estático se fundamentó, según el acusado Eulogio, en que consideró que se podía comenzar la edificación en un plazo no superior a un año; y a tal efecto tuvo en cuenta el convenio urbanístico firmado entre el Ayuntamiento de Cangas y Constancio (en nombre de "PROMALAR S.L. e TIEMPO LIBRE Y OCIO 2000 S.L."). Así se deduce de dos elementos del informe de tasación:

En primer lugar, en el apartado "Observaciones" se afirma lo siguiente: *Se ha valorado por el método residual estático, por considerarse que en un plazo inferior a 1 año se pueden comenzar las edificaciones*

En segundo lugar, en otro apartado "Observaciones" se recoge lo siguiente: *"La edificabilidad se ha calculado comprobando los datos indicados por la propiedad (Convenio Urbanístico de 17-12-2004)*

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

Por otro lado, el certificado de tasación contiene las siguientes "Advertencias específicas: *variación de planeamiento y decreto de suspensión pueden variar tasación*". Y, por último, el convenio urbanístico con Constancio (en nombre de "PROMALAR S.L. e TIEMPO LIBRE Y OCIO 2000 S.L.") fue ratificado por el Pleno del Concello en su sesión de 3 de agosto de 2004 (Diligencia obrante al folio 206 de Tomos Principal). El citado convenio ha sido aportado por el Concello de Cangas y figura en los folios 206 y ss de Tomos Principal. Se trata de un convenio "sometido a condición de aprobación definitiva del Plan General" (Estipulación 1ª al folio 217).

En definitiva, la tasación no oculta en ningún momento que la valoración se realiza contemplando la existencia de un convenio urbanístico firmado, lo que da pie a valorar las fincas como Suelo urbanizable No Delimitado, y no como Rústico.

No hay que olvidar que Benita declara como testigo que en enero de 2006 realizó una tasación para Tecnicasa en función de un convenio urbanístico de 17 de diciembre de 2004 (que todavía no estaba aprobado) otorgando a los terrenos (unos 336.000 metros cuadrados) un valor de unos 63 Millones como urbanizables, y que lo hizo por el método residual dinámico

44º.- El concreto funcionamiento de TASAGALICIA en la elaboración de tasaciones se deduce de las declaraciones en juicio de los testigos Faustino, Gabino y Gregorio, y de los acusados Sres. Eulogio y Erasmo; así como de la documental practicada.

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. Eulogio 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 tipo de informe

En este sentido, el artículo 64 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (BOE 9 de abril de 2003 y copia obrante a los folios 492 y ss de los Tomos Principal), establece que "el informe se elaborará con los siguientes requisitos formales: c) *Se firmará por un representante de la entidad tasadora y por el profesional competente que haya realizado el informe...*". Por otro lado, el artículo 63.1 f) de la misma Orden ECO/805/2003 dispone que el certificado "se firmará por un representante de la entidad que emita el certificado o de la entidad financiera a cuyos servicios pertenezca el tasador".



Sobre el valor de la firma en la tasación del representante legal de la sociedad de tasación, obra en autos un documento confeccionado por Macarena, Secretaria General de la Asociación Española de Análisis de Valor (AEV), que ha sido ratificado en juicio por su autora, cuyo último párrafo afirma lo siguiente: "... es práctica muy común que se un cargo directivo de la empresa quien forme los informes en representación de la misma, sin que exista, no obstante, ninguna norma o estándar al respecto en la AEV, ya que, al no tratarse éste de un asunto técnico, sino mercantil, y que depende a la voluntad y organización de cada empresa (pues la firma del representante legal de la empresa no conlleva que éste valide ni el método utilizado por el tasador ni el resultado de la valoración, por ser éste un trabajo que lleva a cabo el validador o supervisor), no requiere, a nuestro juicio, de armonización". Es necesario tener presente que el Sr. Eulogio carecía de conocimientos técnicos para confeccionar informes periciales, dado que el mismo es economista, sin tener la titulación de aparejador o de arquitecto.

Téngase en cuenta, por último, que TasaGalicia no tiene ninguna vinculación con Caixanova en el momento de producirse los hechos, sino que era participada por Caixagalicia que era el principal competidor de Caixanova (declaración en juicio del testigo Ricardo que en 2005 trabajaba en Caixagalicia).

El convenio urbanístico con Constancio (en nombre de "PROMALAR S.L. e TIEMPO LIBRE Y OCIO 2000 S.L.") fue ratificado por el Pleno del Concello en su sesión de 3 de agosto de 2004 (Diligencia obrante al folio 206 de Tomos Principal). El citado convenio ha sido aportado por el Concello de Cangas y figura en los folios 206 y ss de Tomos Principal. Se trata de un convenio "sometido a condición de aprobación definitiva del Plan General" (Estipulación 1ª al folio 217)

El municipio de Cangas cuenta con Normas Subsidiarias de Planeamiento aprobadas definitivamente por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de la Xunta de Galicia, en fecha 7 de octubre de 1994.

En conclusión, no concurre el delito de falsedad documental en relación con la tasación de terrenos situados en la parroquia de DIRECCION000 que pertenece a el municipio de Cangas (Pontevedra), por el que formula acusación el Ministerio Fiscal, por lo que procede dictar sentencia absolutoria por este delito.

45º.- Abordamos, en segundo lugar, la posible **falsedad cometida en la tasación de terrenos situados en el Concello de Moaña**. Como se ha examinado en otro lugar de esta sentencia, está probada una "escritura de préstamo hipotecario ordinario y distribución de responsabilidad hipotecaria" ("escritura de hipoteca" de carpeta NUM026 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal), otorgada ante el Notario de Vigo Francisco Fernández Íñigo el día 9 de marzo de 2007, firmada por Fausto (en representación de Caixanova) y Constancio (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.

La finca hipotecada en relación con dicho préstamo es el "Solar en MOAÑA- PASE0000 : De una superficie de 7.400 m2, firmándose un Convenio con el Ayuntamiento pendiente de la aprobación del PGOU de la localidad. Se trata del solar sobre el que recaerá la hipoteca objeto del presente informe", según consta en la página 3 del "informe de empresas" de fecha 29 de enero de 2007 ("INFORME OPERACIÓN" de carpeta NUM026 del Folio 069 de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal) sobre "préstamo personal con garantía hipotecaria de 9,25 M" (encabezamiento del informe).

Pues bien, consta en autos (archivo "tasación" de la Carpeta NUM026 del folio 069 de las Diligencias de Investigación del Fiscal; también se encuentra en ANEXOS-Diligencias de Investigación NUM019 - "Tasación TasaGalicia Ptmo Moaña 2006.pdf") el Informe de tasación con fecha de emisión 19-10-2006 y con fecha de caducidad el 19-04-2007, firmado por Erasmo (Consejero Director General de TASAGALICIA) y Eulogio (Arquitecto Técnico) relativo a la finca situada en la AVENIDA000 de Moaña:

"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)

Como puede observarse, la tasación no oculta en ningún momento que la valoración se realiza de forma condicionada a que se incluya el Convenio urbanístico en el nuevo Plan General de Ordenación Urbana del Concello de Moaña. De esta manera, no puede afirmarse que se introduzca un elemento falaz o irreal en el documento, por lo que no puede dar lugar a la existencia de un delito de falsedad documental



46º.- Y, en todo caso, aunque hipotéticamente se planteara la existencia de algún elemento falso o falaz en las dos tasaciones a las que se han hecho referencia (fincas de Cangas y fincas de Moaña), tampoco nos encontraríamos con conductas constitutivas de delito de falsedad documental dado que la **falsedad ideológica cometida por un particular es atípica**.

Cabe recordar que el artículo 390.1, 2º CP impone pena por la siguiente conducta falsaria: " *Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*". Tras una serie de sentencias discrepantes, la jurisprudencia ha fijado una doctrina que permanece invariable en nuestros días (STS 672/2019, de 15 de enero de 2020) y que fue establecido por el Pleno no jurisdiccional de 26/02/1999. Esa doctrina se condensa, entre otras, en la STS 817/1999, de 14 de diciembre, en la que se afirma lo siguiente: " *un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva es decir la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir -con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido- presupone como realidad objetiva verdadera. Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2 del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4 del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido*".

Como recuerda la reciente STS 232/2022, de 14 de marzo, la línea jurisprudencial que finalmente se ha impuesto " *considera que se produce total o parcial simulación cuando el documento se crea exprofeso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia-vid. Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999-*". En el caso concreto sometido a su consideración, esta STS considera que " *el hecho probado identifica mutaciones de algunos contenidos contractuales, no la creación ni la simulación del contrato-documento, que resultarían atípicas por su carácter meramente ideológico*".

En el primero de los casos de inautenticidad destacado por la jurisprudencia, el documento objeto de la falsedad no obedece al origen objetivo para que el (aparentemente) se creó, de tal manera que se introduce en el tráfico jurídico una realidad inexistente. Este supuesto no concurre en el presente proceso porque nos encontramos con una tasación real, realizada por una empresa tasadora y firmada por sus autores, que ha sido encargada para ser utilizada en sendas hipotecas. En definitiva, **no puede afirmarse que se trate de una realidad jurídica inexistente, sino que la tasación fue efectivamente realizada**; otra cosa es que su contenido pueda recoger distintas irregularidades, lo que se ha examinado anteriormente.

El segundo de los casos de inautenticidad existe cuando el documento aparezca realizado por una persona distinta del autor real, lo que no ocurre en el presente proceso: la tasación fue firmada por Erasmo (Consejero Director General de TASAGALICIA) y Eulogio (arquitecto Técnico), lo que no es objeto de discusión por ninguna de las partes. Por ello, **tampoco puede afirmarse que la tasación haya sido realizada por personas diferentes de quienes figuran como autoras en el documento**; otra cosa es la contribución real de cada uno a la elaboración de la tasación, que se examina en otro lugar.

En definitiva, **los informes contienen un sustrato de tasación real tanto en su dimensión objetiva como subjetiva**, utilizando terminología empleada por la STS 232/2022, de 14 de marzo.

G.- COSTAS PROCESALES

47º.- El artículo 123 del Código Penal manifiesta taxativamente que las costas procesales se entienden impuestas por ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, por lo que no cabe condenar en costas a los acusados.

En atención a lo expuesto y Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados Constancio , Darío , Desiderio , Edemiro , Efrain , Erasmo , Eulogio , Ezequiel , Fausto y Victoria 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.

E./

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la suscribieron, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, por ante mí el Secretario de lo que doy fe.-

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la **notificación** de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS