



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 724/2015, de 17 de noviembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 754/2015

SUMARIO:

Proceso penal. Legitimación para actuar como acusación particular. Delitos de administración desleal y apropiación indebida. Denegación irrazonable de legitimación para ejercer como acusación particular de la inicial persona jurídica ofendida por el delito y del Fondo de garantía de Depósitos. Sería verdaderamente anómalo que el acusador particular se encontrase en una situación de desventaja respecto al popular; de la misma forma que el Ministerio Fiscal, sostiene un derecho ajeno, que es el derecho penal subjetivo del Estado, careciendo de poder de disposición sobre el mismo. El sistema general de la LECrim., en punto al ejercicio de la acción penal, no se advierten divergencias básicas entre el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Mediante el ejercicio de la acción penal no se hace valer una exigencia punitiva sino que se crea el presupuesto para que el órgano jurisdiccional ejerza las funciones que le son propias en orden a la averiguación del delito y de su autor, e imponga al culpable la pena que le corresponda y no propiamente la solicitada por la acusación. Será perjudicado por el delito a efectos de tener legitimación procesal para poder ser acusador particular, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 21.6.

Constitución Española, arts. 24.1, 124.1 y 125.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 101, 104, 106, 109, 110, 270, 280, 651 y 653.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia N.º: 724/2015

RECURSO CASACION N.º : 754/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Declarando Nulidad



www.civil-mercantil.com

Señalamiento: 03/11/2015

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL. SALA PENAL. SECCIÓN CUARTA

Fecha Sentencia : 17/11/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Palomo Del Arco

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MPS

Delitos de administración desleal y apropiación indebida.

Denegación irrazonable de legitimación para ejercer como acusación particular de la inicial persona jurídica ofendida por el delito, CAM, así como del Fondo General de Depósitos que sana la entidad, entre otras finalidades normativamente explicitadas, para la preservación del sistema financiero nacional.

Nº: 754/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Fallo: 03/11/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 724/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón
D. Julián Sánchez Melgar
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Perfecto Andrés Ibáñez

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil quince.



www.civil-mercantil.com

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales interpuesto por el Procurador Sr. Vázquez Guillén en nombre y representación de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO (CAM) y del FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS (FGD) contra Sentencia de fecha veinticuatro de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Cuarta de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en causa seguida contra Sabino Y Jose Enrique por delitos de administración desleal y apropiación indebida, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida Jose Enrique representado por la Procuradora Sra. Medina Cuadros, Sabino representado por la Procuradora Sr. Julia Corujo; e intervienen a título lucrativo o como responsables civiles: Bernabe representado por la Procuradora Sra. González Diez, Eladio representado por la Procuradora Sra. López-Puigcerver Portillo, Héctor representado por la Procuradora Sra. Munar Serrano. Natalia representada por el Procurador Sr. Calvo Sebastia, Valentina representada por la Procuradora Sra. Palma Martínez, Angelina representada por la Procuradora Sra. Maestre Gómez, Evangelina representado por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, Santos representado por el Procurador Sr. Villanueva Ferrer, Carlos Miguel representado por el Procurador Sr. Sáez Silvestre, Noemi , Ana , Ambrosio y Cirilo representados todos ellos por el Procurador Sr. Montero Reiter, Esperanza representada por la Procuradora Sra. Martínez Martínez, Franco representado por el Procurador Sr. Pinto-Marabotto Ruíz, Justiniano representado por la Procuradora Sra. Rueda Quintero. Pascual representado por la Procuradora Sra. Gilsanz Madroño, Vicente representado por la Procuradora Sra. Ortiz-Cañavate Levenfeld, Raquel , Pedro Jesús , Avelino e Adriana representados todos ellos por la Procuradora Sra. Medina Cuadros; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción número 3 incoó Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 76/2012, contra Sabino , Jose Enrique , por delitos de administración desleal y apropiación indebida, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, cuya Sección Cuarta (Rollo de Sala núm. 4/2014) dictó Sentencia en fecha 24 de febrero de 2015 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

Primero.

Los estatutos de la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO (EN ADELANTE CAM), establecían en su artículo 9: "Los compromisarios, los Consejeros Generales, y los miembros de cualquier Órgano de Gobierno de la Caja, de sus comisiones delegadas y de los órganos de apoyo al Consejo de Administración, tendrán carácter honorífico y gratuito, y no podrán originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento que apruebe la Asamblea General a propuesta del Consejo de Administración, dentro de los límites máximos que en cada momento establezca la autoridad competente". A su vez, el artículo 6 de dichos estatutos establecía que los órganos de administración y gobierno de CAM son la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control.



www.civil-mercantil.com

El Consejo de Administración de CAM abordó el 16 de septiembre de 1999 la cuestión que planteó el Presidente relativa a que por la asistencia a los consejos de administración de las sociedades participadas mayoritariamente no se percibía ninguna dieta, entendiéndose que dicha situación debía modificarse, si bien inspirada en criterios de prudencia y de homogeneidad, considerando, que dichas dietas no deberían superar, en ningún caso, la dieta que, en cada momento tuviera establecida la Asamblea General de la Entidad para el propio Consejo de Administración de la Caja, que siempre estaban dentro de los límites establecidos por las autoridades administrativas competentes.

Fruto de tal planteamiento es lo que el Consejo de Administración de CAM acordó por unanimidad, el 16 de septiembre de 1999: "El o los representantes de la entidad en las juntas generales de las empresas mayoritariamente participadas por CAM, y para el supuesto de que las mismas o sus consejos de administración establezcan la percepción de dietas por asistencia a sus órganos de gobierno, se atengan al criterio de que el importe de las mismas, en ningún caso, supere al de la dieta que, en cada momento, tenga establecida la Asamblea General de la entidad para este Consejo de Administración".

En el año 2004, concretamente a partir del mes de octubre, siendo el acusado Sabino, mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de la entidad, cargo que ocupó entre las fechas de 16 de febrero de 2001 hasta el 9 de diciembre de 2010, se propició volver sobre aquel acuerdo de 16 de septiembre de 1999.

La persona a la que se planteó la cuestión fue al Presidente de CAM, que a su vez conforme a los estatutos es el Presidente de la Asamblea General, del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva.

El tema se suscitó porque miembros del Consejo de Administración de CAM, al mismo tiempo, formaban parte de los Consejos de Administración de dos sociedades participadas por la entidad, percibiendo en ambos casos dietas por razón de la asistencia a las sesiones del consejo de administración en la entidad y en las participadas.

Como quiera que los miembros de otro órgano de gobierno de CAM, la Comisión de Control, no percibieran más dietas que las derivadas de las reuniones en el seno de dicha comisión, fomentaron que se les diera una solución para equipararse al resto de consejeros.

Como paso previo, se encargaron unos informes jurídicos sobre la cuestión, que dictaminaron ser viable la idea, tras lo que, en la Comisión de Retribuciones, que es la que conforme a los estatutos tiene la función de informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones, y sobre las dietas por asistencia a reuniones y desplazamientos para los miembros de los órganos de gobierno conforme a lo establecido al respecto en las disposiciones legales, en reunión de 14 de marzo del año 2005, a la que asistió el acusado en su condición de Director General y al que el Presidente de dicha comisión, que la integran, conforme a los estatutos, tres consejeros de entre los miembros del Consejo de Administración, le cedió la palabra para someter una nueva propuesta para fijar las retribuciones en las empresas participadas mayoritariamente por CAM, lo que se trataría en una próxima sesión, proponiendo la revocación del citado acuerdo del Consejo de Administración de 9 de diciembre de 1999, lo que fue informado favorablemente por unanimidad de los miembros de la Comisión de Retribuciones.

El Consejo de Administración de 17 de marzo siguiente, al que nuevamente asistió el acusado por su cargo de Director General, en el apartado de informaciones y propuestas del Presidente, éste informó que se estaba estudiando la posibilidad de reestructurar el importe de las dietas para cada sociedad de las participadas por CAM, recordando los términos del acuerdo de 16 de septiembre de 1999, que proponía dejar sin efecto, acordándose por unanimidad y con el informe favorable de la Comisión de Retribuciones, dejar sin efecto el acuerdo de 16 de septiembre de 1999, en relación con el establecimiento de percepción de



www.civil-mercantil.com

dietas para los representantes de la Entidad en los órganos de gobierno de las empresas mayoritariamente participadas por CAM.

En la sesión de la Comisión de Retribuciones de 29 de diciembre de 2005, el acusado Sr. Sabino, informó a dicho órgano que el Presidente de la entidad, recogiendo las sugerencias de los miembros de la Comisión de Control, plantearía al Consejo de Administración una fórmula para que la Junta General de una de las empresas participadas por CAM adoptase el acuerdo de crear un órgano específico con una filosofía parecida a las funciones que ejercía la Comisión de Control de CAM, explicando con detalle las funciones de dicho órgano, que igualmente conllevaría una modificación de estatutos de la sociedad en la que se decidiera que se implantase la Comisión de Supervisión; asimismo, por asistencia a sus sesiones, percibirían sus integrantes dietas por importes similares a las establecidas para los consejos de administración de INCOMED o GESFINMED, dándose los reunidos por enterados.

En la misma fecha de 20 de diciembre de 2005, el Consejo de Administración de CAM, bajo la presidencia del Presidente de la entidad, volvió sobre la cuestión.

Así, dentro del apartado de información y propuestas del presidente, el mismo indicó que al objeto de estructurar los órganos rectores de las empresas participadas INCOMED y GESFINMED en línea similar a la de Caja, se precisaba que la Junta General de ambas sociedades adoptasen el acuerdo de crear un órgano específico en el seno de tales mercantiles con una filosofía parecida a las funciones que ejercía la Comisión de Control dentro del esquema de órganos de gobierno de la Caja, extendiendo su intervención, a detallar las funciones que tendría y a indicar que por asistencia a dichas sesiones, percibirían los miembros de las Comisiones de Supervisión, dietas por importes similares al consejo de dichas sociedades.

Tras un amplio debate, en el que intervinieron consejeros varios, el presidente tras un receso, redefinió su propuesta, en el sentido de que fuera trasladada a la sociedad Tenedora de Inversiones y Participaciones SL (TIP), participada en un cien por cien por CAM, la idea de creación de la comisión de supervisión, que es como se le llamó en dicha reunión, de modo que no sería constituido el órgano nuevo en el seno de las mercantiles INCOMED y GESFINMED, sino en aquella otra a modo de un órgano con una filosofía parecida a las funciones que ejercía la Comisión de Control dentro de los órganos de gobierno de la Caja. El que se ubicase en TIP el nuevo órgano, respondía a la demanda del Secretario del Consejo por entender que era dicha entidad la sociedad inmobiliaria con fuerte actividad, además de estar participada al cien por cien por CAM.

El acusado, que intervino, mencionó los estudios que se habían realizado al efecto, que a su entender amparaban la propuesta del presidente, toda vez que la limitación estatutaria se entendió según los dictámenes que no abarcaba a las sociedades participadas por la Caja, siendo corroborado ello por el letrado asesor, que intervino asimismo a requerimiento del presidente, acreditando conforme los estudios realizados, la compatibilidad del acuerdo con los estatutos y la legislación vigente.

Salvadas las diversas cuestiones que se plantearon por los consejeros, se adoptó finalmente, el acuerdo con una abstención, sin que el acusado en la decisión tuviera voto al no tratarse de un consejero, ni encabezar propuesta alguna, sino limitarse a intervenir dentro de sus funciones como Director General, en los términos referidos. De hecho, en esa misma sesión se abordaron otros temas en el apartado de informaciones y propuestas del Director General.

No consta el importe de las dietas por asistencia a los órganos de gobierno de las sociedades participadas INCOMED y GESFINMED.

En Junta General Universal de 23 de diciembre de 2005 de la mercantil Tenedora de Inversiones y Participaciones SL, a la que concurrieron sus dos socios, la propia CAM



www.civil-mercantil.com

representada por su presidente y G.I. CARTERA SA, sociedad también participada por CAM, se acordó modificar los estatutos sociales de TIP e incluir un artículo 14.0.bis, que preveía el nombramiento de una Comisión de Seguimiento y Control; se estableció que el cargo sería retribuido en concepto de dieta que debería fijar la Junta General de Socios. En la misma reunión se acordó fijar una dieta anual única de 8.200 euros para el año 2005 (del que solo quedaban ocho días naturales; y de 16.400 euros para el año siguiente.

En la sesión de 29 de diciembre de 2005, de la Comisión de Seguimiento y Control de TIP, presidida por el Presidente de CAM y por el administrador único de la mercantil participada aceptaron, tomaron posesión de sus cargos los diez miembros se procedió al nombramiento de cargos en el seno de dicha comisión.

La Junta General de TIP reunida el 26 de junio de 2006, estando nuevamente CAM representada por su presidente, acordó doblar las anteriores retribuciones, estableciendo para el segundo semestre de 2006, una dieta de 16.400 euros y para los años sucesivos de 32.800 euros.

La Comisión de Seguimiento y Control de TIP se reunió en dieciséis ocasiones, haciéndose coincidir en su mayoría, antes o después, con las reuniones de la Comisión de Control de CAM.

En la fijación de los importes a percibir por los componentes de la Comisión de Seguimiento y Control, en concepto de dieta y la forma de fijarlas, no tuvo intervención el acusado Don Sabino, ni en los sucesivos incrementos de su importe.

Por el concepto de dieta, y como miembros de la Comisión de Seguimiento y Control de TIP, figuraba en la documentación interna de la Caja, que las siguientes personas percibieron:

308.7000 (sic) euros, Don Jose Enrique
39.565 euros, Don Eladio
28.700 euros, Doña Ana
9.566 euros, Don Pascual
28.700 euros, Doña Angelina
83.500 euros, Doña Evangelina
83.500 euros, Don Ambrosio
138.000 euros, Doña Noemi
138.000 euros, Don Cirilo
109.800 euros, Natalia
82.300 euros, Doña Esperanza
54.800, Don Santos
82.300, Don Bernabe
55.000 euros, Don Héctor
27.500 euros, Don Vicente
27.500 euros, Don Justiniano
27.500 euros, Don Carlos Miguel
27.500 euros, Doña Valentina
27.500 euros, Don Franco .

Segundo.

"ROIG COLL SL", es una sociedad limitada constituida en el año 1995, estando su objeto social relacionado con la gestión y administración de la propiedad inmobiliaria, sociedad en la que el acusado Jose Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, tenía el 62,5%,



www.civil-mercantil.com

su esposa Adriana , el 17,5%, el hijo de ambos Pedro Jesús , el 10%, su otro hijo Avelino otro 10%.

Esta sociedad, a su vez, era propietaria del 97,24% del capital social de "LOS PORCHES DE SUCINA SL", y ésta era propietaria del 98,84% de las participaciones de "RESIDENCIAL SUCINA SL", sociedad limitada constituida en el año 2001 cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria. Esta última sociedad e Adriana , poseían, cada una, el 50% del capital de la sociedad "CAMPO DE SUCINA SL", que era titular del 98,41% de las participaciones sociales de "LA VEREDA DE SUCINA SL".

CAMPO DE SUCINA SL, es una sociedad limitada que se constituyó en el año 2001, y cuyo objeto social es la ejecución de obras de toda clase, tanto públicas como privadas, incluso, las hidráulicas, por cuenta propia o de terceros, tales como edificación, construcción, saneamiento, estructuras, desmontes y voladuras.

LA VEREDA DE SUCINA SL, es una sociedad constituida el 31 de diciembre de 2002, con un capital social de 251.510 euros y cuyo objeto social es la construcción de obras de nueva edificación urbana e industrial, comerciales, públicas y privadas, la construcción de estructuras para edificios, además de la adquisición, urbanización y venta de terrenos, y la promoción y venta de viviendas.

A LA VEREDA DE SUCINA, SL, se le concedieron por la CAM, dos préstamos hipotecarios para financiar la construcción de 174 viviendas, 228 plazas de garaje y 12 locales comerciales en Sucina (Murcia), otorgados el 18 de enero de 2008 por importe de 19 millones de euros, uno de 16.744.284 euros para la construcción de las viviendas y los garajes y otro de 2.784.275 para la construcción de los locales comerciales.

En julio de 2010, a solicitud del prestatario, se decidió una segregación y redistribución de los locales que garantizaban el préstamo promotor, último mencionado, liberándose garantías de cuatro locales sin reducir el importe del principal que garantizaba los locales liberados, todo autorizado por la CAM.

De otro lado, se le concedió el 6 de abril de 2009 a esa misma sociedad LA VEREDA SUCINA SL, un primer préstamo ICO liquidez 2009 por importe de 500.000 euros, siendo su finalidad financiar la dotación de capital circulante a aquellos autónomos y pequeñas y medianas empresas (PYMES), solventes y viables que se enfrentan a una situación transitoria de restricción de crédito. Y un préstamo ICO Renove Turismo, por importe de 660.000 euros el 8 de junio de 2009, cuya finalidad es la financiación para la adquisición de activos fijos, nuevos y productivos, materializados en la infraestructura y/o equipamientos relacionados con el sector turístico; y finalmente, el 16 de noviembre de 2010, la CAM le concedió un tercer préstamo soportado en la línea establecida por el ICO, de la región de Murcia (ICREF), por un importe de 1.869.479 euros, solicitado para la construcción de local comercial.

Llegados a la fecha de 27 de enero de 2011, el Consejo de Administración de CAM, aprobó la modificación al préstamo de 16.244.284 euros, cuyo titular es la VEREDA DE SUCINA SL, ampliando el plazo en 26 meses, siendo 2 meses de ampliación en periodo de disposición y 24 meses de carencia, siendo el saldo pendiente actual de 9.200.000 euros.

Los préstamos indicados, incluida la operación acabada de referir, debían ser aprobados en el Consejo de Administración de CAM, al tratarse el acusado de un alto cargo, y estar vinculado al mismo la sociedad para la que solicitaban, LA VEREDA DE SUCINA SL. Una vez efectuada dicha aprobación, se remitía el expediente al Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), al que le incumbía la autorización administrativa.

Previamente a la reunión del Consejo de Administración de 27 de enero de 2011, el 23 de diciembre de 2010, se había transmitido por venta a la hermana del acusado, Raquel , la VEREDA DE SUCINA SL. Ello, llevado a cabo por el hijo del acusado, Avelino , que intervino representando a la sociedad RESIDENCIA SUCINA SL, en su calidad de administrador único,



www.civil-mercantil.com

si bien el notario autorizante hizo constar en la escritura pública que el titular real de la misma era distinto del formal y que los titulares reales eran el acusado y su esposa Adriana . Esta última, en dicho acto, vendía a la hermana del acusado, Raquel , el 50% de las participaciones de CAMPO SUCINA SL, por 45.000 euros y el otro 50% fue vendido también a Raquel por RESIDENCIAL SUCINA SL, representada por Avelino , al mismo precio de 45.000 euros.

Así, a la fecha de 23 de diciembre de 2010, CAMPO DE SUCINA SL, era propietaria del 98,4% del capital de LA VEREDA DE SUCINA SL; el 1,6% restante era propiedad de Adriana , que, como se ha dicho, ese mismo día y en la misma notaría sita en Los Alcázares (Murcia), le vendió a su cuñada Raquel , por 4.000 euros, pasando así a ser Raquel la propietaria única de CAMPO DE SUCINA SL, y de LA VEREDA SUCINA SL y siendo nombrada en ambas sociedades, administradora única. A partir de dicha fecha, fue la nueva propietaria la que actuó como tal y con la que la CAM, siguió manteniendo la relación crediticia y se concertó operaciones.

Días antes, concretamente, el 9 de diciembre de 2010, desde una cuenta corriente titulada en CAM por Adriana , y en la que estaba autorizado para disponer el acusado, se traspasaron 90.000 euros a otra cuenta corriente de CAM titulada por Raquel .

El precio fue abonado mediante la entrega a cada uno de los vendedores de sendos cheques por importe de 45.000 euros, librados con cargo a una cuenta de CAM, concretamente a la gestora de empresas, que solo el día 8 de febrero siguiente lo comunicó a otros departamentos, y fue en oficio de 18 de febrero, cuando la directora General de CAM, solicitó al IVF, que desistiera de la solicitud de autorización que pendía, dado el cambio de titularidad de la mercantil La Vereda de Sucina SL, según escritura de compraventa de acciones de 23 de diciembre de 2010, pues tanto el consejero, el acusado Sr. Jose Enrique , como sus vinculadas, dejaban de ser titulares de acciones y de ostentar cargo alguno en la mercantil La Vereda de Sucina.

Se escrituró la novación de los préstamos el 13 de abril de 2011, conforme a lo acordado en el Consejo de Administración en la sesión de 27 de enero anterior.

El acusado, era miembro de la Comisión de Control en CAM, y desde la fecha de 29 de junio de 2007, fue nombrado Presidente de la Comisión de Seguimiento y Control de TIP, de la que formaba parte anteriormente, sin que conste, que la venta que de LA VEREDA DE SUCINA SL, se hizo a favor de su hermana Raquel el día 23 de diciembre del año 2010, fuera meramente formal y a los solos efectos de evitar, dado el cargo de aquel, que los préstamos concedidos y en concreto la última novación aprobada en el Consejo de Administración de CAM de 27 de enero de 2011, tuviera que someterse a la autorización administrativa del Instituto Valenciano de Finanzas (IVF)

Tampoco consta que con la venta a favor de la hermana del acusado, se buscara evitar que finalmente se calificasen los créditos de las sociedades vinculadas hasta la fecha al acusado, de dudosos por morosidad, lo que en todo caso incumbía a la CAM, de forma que no peligrase el cargo que ostentaba en la Comisión de Control de la entidad, que caso contrario, debía abandonar.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Sabino , de los delitos de apropiación indebida y de administración desleal de los que viene siendo acusado.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Jose Enrique del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero, del que venía siendo acusado.



www.civil-mercantil.com

Que debemos desestimar la pretensión deducida contra Eladio , Ana , Pascual , Angelina , Evangelina , Ambrosio , Noemi , Cirilo , Natalia , Esperanza , Santos , Bernabe , Héctor , Vicente , Justiniano , Carlos Miguel , Valentina y Franco como partícipes a título lucrativo.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas.

Se dejan sin efecto cuantas medidas cautelares personales y reales se hubieran acordado".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) y del Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

El Procurador Sr. Vázquez Guillén en nombre de la Caja de Ahorros del Mediterráneo basó el recurso en el siguiente MOTIVO :

Motivo Único.- Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim), que entendemos se ha producido al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE , por entender la sentencia de instancia que la CAM no está legitimada para ejercer la acusación particular.

El Procurador Sr. Vázquez Guillén en nombre del Fondo de Garantía de Depósitos alegó el siguiente MOTIVO :

Motivo Único.- Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim), que entendemos se ha producido al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE , por entender la sentencia de instancia que el FGD no está legitimado para ejercer la acusación particular.

Quinto.

Instruidas las partes, éstas impugnarón los recursos; y el Ministerio Fiscal interesó la admisión y posterior estimación de los recursos interpuestos; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera..

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 3 de noviembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- Recurren en casación la sentencia de instancia la representación procesal de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, subdenominada en esa resolución CAM -Obra Social- , así como



www.civil-mercantil.com

el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), ambos personados en las actuaciones como acusación particular, en cuyo concepto participaron en la vista oral y formularon conclusiones definitivas pero les fue negada su legitimación en la fundamentación de la sentencia, aún cuando sin pronunciamiento dispositivo alguno, su acusación no se tuvo en cuenta .

Recurren ambas entidades ese pronunciamiento tácito, anunciado en la fundamentación de no tenerlas en cuenta, que efectivamente la resolución lo observa, pues exclusivamente se pronuncia sobre las pretensiones acusatorias del Ministerio Fiscal y prescinde consiguientemente de las acusaciones formuladas por las recurrentes, especialmente en cuanto también dirigían la acción penal contra el acusado Jose Enrique por el cobro de 308.700 euros, que afirman indebidas e ilícitas, concepto por el que no era acusado por el Ministerio Fiscal; y por la concesión o refinanciación de créditos a sus empresas vinculadas, donde mientras la acusación pública integraba la actividad típica en el hecho de transmisiones simuladas de sus empresas para eludir el examen de los preceptivos órganos de control, estas acusaciones lo centraban en la concesión y novación de los préstamos en perjuicio de la entidad, dada su posición en el organigrama de la entidad.

Una y otra entidad, formulan un solo motivo, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE , al entender que el respectivo apartamiento de su condición como acusación particular, integra denegación arbitraria de su derecho de acceso a la jurisdicción que le ha originado una obvia indefensión.

Segundo.

- Aunque no existe, conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, exigencia derivada del art. 24.1 CE , que obligue al establecimiento de una acusación particular, toda vez que la función acusatoria aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE) (por todas, STC 9/2008, de 21 de enero , FJ 3), en atención a la exclusiva naturaleza pública y la titularidad estatal del ejercicio del ius puniendi (por todas, STC163/2001, de 11 de junio , FJ 2), lo que conlleva que la posibilidad de participación de la víctima del delito en el proceso penal a través del ejercicio de la acusación particular, al suponer la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, sólo resulta posible en los términos en que aparezca regulado por el legislador (por todas, STC 179/2004, de 21 de octubre , FJ 4); sin embargo, recuerda la STC 190/2011, de 12 de diciembre que en la medida en que el legislador ha optado por reconocer el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares y, más en concreto, al perjudicado por el delito o falta, dicho derecho entra a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE , en su concreta dimensión de acceso a la jurisdicción; por todas, STC 9/2008, de 21 de enero , FJ 3).

Si bien, precisa la citada STC 190/2011 , que el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular, no supone un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un ius ut procedatur , lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley (por todas, STC 106/2011, de 20 de junio , FJ 2), incluyendo la falta de legitimación activa de quien pretendía el ejercicio de la acción penal bien sea como acusación popular (por todas, STC 67/2011, de 16 de mayo , FJ 2) o particular (por todas, STC 163/2001, de 11 de julio , FJ 4).



www.civil-mercantil.com

Aunque en relación con estas causas de inadmisión y óbices procesales, el Tribunal remarca a continuación que si bien su apreciación constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria -por lo que a este Tribunal le correspondería sólo revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente-, el principio pro actione prohíbe, además, que se interpreten dichos requisitos procesales de manera tal que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que dichos requisitos preservan y los intereses que sacrifican, pero sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan (por todas, STC 237/2005, de 25 de septiembre, FJ 2).

De igual modo, la STS núm. 271/2010, de 30 de marzo, con cita de otras varias, recuerda que la interpretación de los requisitos consignados en el artículo 110 LECRIM debe hacerse por el órgano jurisdiccional en la forma que sea más favorable a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE.

Tercero.

- Por otra parte, concorde la STC 112/2015, de 8 de junio, que destaca la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del bis in idem, la anulación de una Sentencia penal absolutoria con orden de retroacción de actuaciones, dada la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, precisa que de principio, no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional, que no obstante, sigue indicando, que también ha reiterado el Tribunal Constitucional que el reconocimiento de esa limitación no puede comportar la negación a las acusaciones de la protección constitucional dispensada por el art. 24 CE, que asimismo les incumbe. Por tal motivo, en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del art. 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de "proceso" en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (SSTC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, ó 4/2004, de 16 de enero, FJ 4). En suma, la excepción afecta a aquellas resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, 168/2001, de 16 de julio, FJ 7, ó 12/2006, de 16 de enero, FJ 2).

Por ende, nada obsta a la viabilidad del recurso que la parte dispositiva de la resolución recurrida, sea absolutoria; tanto más en autos, cuando la acusación formulada por las recurrentes, no ha sido enjuiciada; formalmente, no se ha decretado la nulidad de la personación, ni se ha producido una absolución por los delitos que imputaban contra persona no acusada por el Ministerio Fiscal de esos ilícitos, ni materialmente se ha analizado el contenido de sus acusaciones divergentes con la pública.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

- Por su parte, la STS núm. 851/2006, de 5 de julio , luego reiterada, (por todas STS 72/2009, de 29 de enero), indica que "a diferencia de otros sistemas (Francia o Italia) en LECRIM no rige el principio del monopolio del Ministerio Fiscal en cuanto al ejercicio de la acción penal. El artículo 101 LECRIM consagra el principio de la acción popular (artículo 125 CE), en cuanto la acción penal es pública y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley, es decir, sean o no ofendidos por el delito. A su vez, el artículo 270 LECRIM , establece que todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley , incluso los extranjeros por los delitos cometidos contra su persona o bienes. La acción de los particulares, pues, concurre con la oficial que sólo se excluye en los casos enumerados en el artículo 104 LECRIM .

Como consecuencia de ello, formalmente el acusador particular es parte principal, no siendo coadyuvante sino litisconsorte en relación con el Ministerio Fiscal, de forma que en relación con la actividad procesal, apertura del juicio, determinación de su objeto o presupuestos de la condena, la acusación particular se encuentra en situación de igualdad, estando regulada por los mismos requisitos que la oficial representada por el Ministerio Fiscal.

Así, los artículos 651 y 653 LECRIM , no establecen ninguna restricción al escrito de calificación de la acusación particular.

Por otra parte, sería verdaderamente anómalo que el acusador particular se encontrase en una situación de desventaja respecto al popular al que son aplicables los artículos 270 LECRIM y las condiciones previstas en el 280, también LECRIM . De la misma forma que el Ministerio Fiscal, sostiene en el proceso un derecho ajeno, que es el derecho penal subjetivo del Estado, careciendo de poder de disposición sobre el mismo. Por todo ello del sistema general establecido en LECRIM en punto al ejercicio de la acción penal, no se advierten divergencias básicas entre el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Debemos tener en cuenta que mediante el ejercicio de la acción penal no se hace valer una exigencia punitiva sino se crea el presupuesto para que el órgano jurisdiccional ejerza las funciones que le son propias en orden a la averiguación del delito y de su autor, e imponga al culpable la pena que le corresponda y no propiamente la solicitada por la acusación".

Por ello, tras la misma cita, la STS 476/2007, de 3 de mayo , concluye que consiguientemente, existe vulneración de la tutela judicial efectiva cuando se esgrime un obstáculo procesal inexistente y ello constituye un razonamiento influyente en la decisión.

Si bien, dicha doctrina, diferencia la cuestión relativa a la personalidad procesal o capacidad para ser parte, la capacidad de obrar o de comparecer en juicio y la legitimación. "Las dos primeras son constatadas en abstracto, es decir, prescindiendo de su contenido objetivo, mientras que la legitimación implica un nexo del sujeto con el objeto o con el imputado o acusado, que es precisamente lo que le confiere el derecho a ejercitar la acción en el proceso de que se trate. Concurriendo esta relación el sujeto se incorpora al proceso como acusador particular (o popular o privado) en las mismas condiciones que el Ministerio Fiscal, es decir, la legitimación no delimita por sí misma el alcance del ejercicio de la acción penal sino que justifica la posición de litisconsorte del acusador".

De modo que, añade, cuando se trata de delitos conexos su calificación no está limitada a los que afecten exclusivamente al sujeto que ostente dicha legitimación, sin que existan razones para que aquélla se fragmente en función del derecho material que sirve de soporte a la legitimación, pues no debemos olvidar que el acusador en el proceso penal no hace valer un derecho material concreto, ni propio ni ajeno, como ya hemos señalado más



www.civil-mercantil.com

arriba. Por ello, la acción penal no se identifica subjetivamente con la persona del actor y además es irrenunciable en el sentido de que el acusador no puede evitar que mediante un acto propio de disposición recaiga un pronunciamiento sobre el fondo.

Quinto.

- Desde la formulación planteada y la doctrina jurisprudencial expuesta, cobra especial interés reseñar los sucesos históricos fundamentales, en el devenir de la persona jurídica de la CAM, la intervención que tuvo el FGD y la admisión de ambas como acusaciones particulares, como ya hiciera la sentencia de instancia y que para mejor comprensión del recurso reproducimos literalmente tal como allí se resumen:

-Con fecha de 30 de marzo de 2011, la Asamblea General ordinaria y extraordinaria de la Caja de ahorros del Mediterráneo (Caja Mediterráneo) aprobó el proyecto de segregación (de 28 de febrero de 2011) del conjunto de elementos patrimoniales que integraban el negocio financiero de CAM, como unidad económica autónoma, a favor de BANCO CAM, que asumía todas las obligaciones y quedaba subrogada en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el referido patrimonio que corresponden a dicha entidad, excluyéndose los elementos afectos a la obra social.

-El 8 de abril de 2011, el Consejo de Administración y la Asamblea General de Caja Mediterráneo, votaron a favor de segregar el negocio financiero a favor del Banco CAM, convirtiéndose la propia Caja en la única accionista de dicho banco.

-El 22 de julio de 2011, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la intervención de Caja Mediterráneo y de Banco CAM, sustituyéndose sus órganos de administración por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), como Administrador Provisional, con el objeto de proceder a su saneamiento, capitalización y posterior enajenación a otra entidad, mediante un proceso de subasta competitiva.

-El 7 de diciembre de 2011, la Comisión Rectora del FROB formuló un plan de reestructuración de Banco CAM en el que se contemplaban las medidas de apoyo en términos de capital por importe de 2.800 millones de euros y de liquidez necesarios a través de una línea de liquidez de 3.000 millones de euros y se formalizó el protocolo de que contemplaba su integración con Banco Sabadell, SA.

-El día 15 de diciembre de 2011 se procedió a la reducción de capital de Banco CAM, SAU, a cero, para ajustar el valor de la participación accionarial de Caja Mediterráneo al valor real de las acciones de Banco CAM, SAU, con carácter previo a la ampliación de capital prevista en el plan de reestructuración. De forma simultánea, se llevó a cabo una ampliación de capital por importe de 2.800 millones de euros suscrita y desembolsada íntegramente por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que desde ese momento quedó como accionista único del Banco CAM.

Con la reducción de capital a cero euros, de Banco CAM, y posterior ampliación suscrita por el FGD, como ya se ha dicho, la participación accionarial de Caja Mediterráneo en Banco CAM quedó reducida a cero euros, debiendo ésta última renunciar a su autorización para actuar como entidad de crédito y proceder a su transformación en una fundación de carácter especial. Siguió girando con la marca comercial CAM, la antigua Obra Social de la Caja Mediterráneo (CAM) hasta su constitución como Fundación, que en tanto quedó al frente una comisión gestora.

-El Plan de Reestructuración de Banco CAM, fue aprobado por las autoridades de competencia de la Unión Europea el 30 de marzo de 2012 y, una vez perfeccionada con todas las autorizaciones necesarias, la adjudicación en subasta pública competitiva a Banco de



www.civil-mercantil.com

Sabadell, SA, se materializó el 1 de junio de 2012, mediante la venta a Banco de Sabadell, SA, del 100% del capital de Banco CAM en poder del Fondo de Garantía de Depósitos

-Como hecho relevante, la reestructuración de Banco CAM, SAU, consistió, finalmente, en la aportación de 5.249 millones de euros en concepto de capital por parte del FGD y por los que ha recibido un euro en concepto de capital.

En lo que respecta a la CAM, la Administración Provisional, centró su labor relativa a la Obra Social en profundizar en el ahorro de costes, la contención de los gastos de mantenimiento de la misma así como en orientar los esfuerzos a garantizar su viabilidad y proyecto de futuro, fomentando la actividad propia, trazándose líneas estratégicas con la aprobación de un Plan Estratégico para la Obra Social, transversal a los tres pilares que ya se venía trabajando, a saber, desarrollo social (desempleados, emprendedores, personas dependientes y discapacitados), medio ambiente y cultura.

De otro lado, con fecha de 6 de julio de 2012 (folio 257 y siguientes), por dos de los Administradores Provisionales del FROB en Caja de Ahorros del Mediterráneo y Banco CAM SA, se otorgó poder especial a favor del procurador Don Argimiro Vázquez Guillén y del letrado Don Carlos Gómez Jara Díez, en nombre y representación de Caja de Ahorros del Mediterráneo, para que, entre otras facultades, se pudiera interponer querrela criminal contra Don Jose Enrique, por los presuntos delitos de apropiación indebida y administración desleal.

-En escritura pública de apoderamiento de fecha 13 de noviembre de 2012 (folios 518 y siguientes), en nombre del Fondo de Garantías de Depósitos de Entidades de Crédito (FGD), se confirió poder a favor de los mismos profesionales, procurador y letrado, para ejercer las facultades que se enumeran en dicha escritura, en relación, con las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado número 170/2011, seguidas en el Juzgado Central de Instrucción número 3 de la Audiencia Nacional, las Diligencias Previas seguidas en el mismo juzgado bajo el número 76/2012 y las Diligencias Previas 77/2012, también de ese juzgado.

-Finalmente, obra la querrela formulada en nombre de CAM, y que se turnó al Juzgado Central de Instrucción número 3, dando lugar a las diligencias previas 76/2012, figurando sello de registro de entrada en la Audiencia Nacional, de fecha 6 de julio de 2012 (folio 5).

En autos de fechas 27 de julio de 2012 y de 21 de enero de 2013 (folios 79 y 532), se tuvo por personados como acusación particular a CAM y al FGD.

Recurso de la Caja de Ahorros del Mediterráneo

Sexto.

- 1.- La sentencia de instancia, tras la narración de las vicisitudes acaecidas en la CAM, concluye su falta de legitimación en el proceso, en base al siguiente razonamiento:

(...), ya en fecha de 30 de marzo de 2011, se produjo la segregación en la Caja Mediterráneo, entre la parcela negocial y la de obra social, pasando la primera a llamarse Banco CAM, y la segunda denominada CAM, siendo a partir de 15 de diciembre de ese año, cuando dejó de ostentar CAM, participación alguna en la entidad Banco CAM, a la que se le había segregado el negocio financiero, como heredero de la actividad de esa naturaleza de Caja Mediterráneo.

A partir de esa fecha de 30 de marzo de 2011, aun cuando ambas quedan intervenidas y con una administración provisional a cargo del FROB, es el Banco CAM SAU, al que se le inyecta miles de millones de euros (parcela negocial) y es el que finalmente es adjudicado al Banco de Sabadell por un euro. Con ello, a partir de la repetida segregación, podría ser en nombre de Banco CAM SAU, en cuanto es la parcela negocial viva a partir de 30 de marzo de



www.civil-mercantil.com

2011, la que podría haber iniciado actuaciones penales, al margen de quien la administrase, que hasta la adquisición por el Banco de Sabadell, se encomendó al FROB.

Sin embargo, a la fecha de la querrela formulada el 6 de julio de 2012 en nombre de CAM, aun siendo los poderes conferidos por los administradores provisionales de esa misma fecha, tanto por su cargo en Caja de Ahorros del Mediterráneo como en Banco CAM SA, la obra social, que es la que se ha personado, pues así obra en diversos pasajes del procedimiento, es de todo punto ajena a la actividad en la que se enmarcarían los hechos, lo que en su momento sería factible desde Banco CAM, tal como se dijo, en cuanto que es el que asumió en la Caja Mediterráneo toda la actividad patrimonial, en la que podríamos ubicarle como ofendido por los hechos de la querrela formulada.

Acontece, además, que a la fecha de la querrela, tampoco podría ser el Banco CAM, acusación particular, dado que se había adjudicado esa entidad con anterioridad al 6 de julio de 2012, al Banco de Sabadell.

De hecho en el escrito de calificación provisional formulado en nombre de CAM, se afirma que el Banco de Sabadell adquirió la entidad Banco CAM, que es diferente a su representada.

2.- Argumenta por contra la recurrente, que la sentencia incurre en un doble error:

a) En primer lugar, para determinar quién sea el perjudicado por la comisión del delito no puede atenderse al momento de interposición de la querrela (acto en virtud del cual una persona se constituye en parte del proceso), sino que habrá que estar al momento de comisión de los hechos delictivos (los que causan el perjuicio); y.

b) El que sufre el perjuicio derivado de la comisión de los supuestos delitos en el caso concreto no es el negocio financiero, sino la Obra Social, en cuanto tiene una posición asimilada al accionista de una compañía mercantil, es el beneficiario del resultado de la actividad financiera/bancaria de la Caja de Ahorros, que por Ley debe destinar una parte de sus beneficios a la Obra Social.

3. Si bien, en autos, lo que niega la fundamentación de la sentencia es la legitimación de la recurrente, alguna de las partes recurridas, llega a negar su capacidad para ser parte, al no constar tras la escisión, la inscripción de la CAM como Fundación Especial.

La capacidad para ser parte y consecuentemente para comparecer de la CAM a través de sus representantes legales, derivará de que posea efectivamente la condición de persona jurídica (art. 6.1.3º LEC , en cuanto normativa de aplicación supletoria) y su legitimación, de si presenta la condición de ofendido o perjudicado por el delito (arts. 109 y ss. LECr).

En la regulación de las Cajas de Ahorro, en relación al tiempo en que las acusaciones en sus escritos provisionales imputan la comisión delictiva, es decir, desde finales de 2005 hasta mediado 2011, así como la normativa ulterior que determina sucesivas transformaciones en su forma jurídica, fue el siguiente:

a) Real Decreto 2290/1977 por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorros ; que si bien instituye una Comisión de Obras Sociales, con la misión específica de seleccionar y administrar las obras de esta naturaleza que hayan de nutrirse de los excedentes libres de las Cajas y deslinda de este modo las tareas asistenciales de las instituciones de las gerenciales relativas al plano financiero típico de las entidades crediticias, mantiene ambas labores sin alterar la personalidad jurídica de tipo fundacional previa; en el caso de autos, conforme la documental aportada, Institución benéfico social.



www.civil-mercantil.com

b) Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros , deroga la anterior, salvo sus capítulos II y III; atiende a un triple objetivo de democratizar los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, conciliar esa democratización con las exigencias de una gestión eficaz y adaptar la normativa a los principios que inspira la nueva organización territorial del Estado; sin afectaren absoluto a su forma de personalidad jurídica.

c) Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros , cuyo art. 5.1 establecía que las cajas de ahorros podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero. Igualmente podrán aportar todos o parte de sus activos no financieros adscritos al mismo.

En su art. 6, luego reformado por el art. 4 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero , de saneamiento del sector financiero, regulaba la transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial.

d) Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de entidades de crédito , que en su DF decimotercera otorga nueva redacción al apartado 7 del artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio , que resta redactado como sigue:

«Si una caja de ahorros dejase de ostentar el control en los términos del artículo 42 del Código de Comercio o redujese su participación de modo que no alcance el 25% de los derechos de voto de la entidad de crédito a que se refiere la presente Disposición, procede la transformación en fundación de carácter especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente y con pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946.»

Mientras que la DT novena de esta Ley 9/2012 , establecía:

«Disposición transitoria novena. *Régimen transitorio de la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial.*

1. Las Cajas de Ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, estén incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial con independencia de que hayan solicitado la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito, contarán con el plazo que reste de los cinco meses a que se refiere el artículo 6.2 de este Real Decreto-ley a contar desde que hubiesen incurrido en dicha causa.

Por su parte, las Cajas de Ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, llevaran incursas en causa legal de transformación un periodo superior a los cinco meses , quedarán automáticamente transformadas con disolución de todos sus órganos y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España conforme al procedimiento previsto en el citado artículo 6.2 de este Real Decreto-ley.

2. El régimen previsto en el apartado anterior se aplicará igualmente a las Cajas de Ahorros que hayan iniciado el proceso de transformación en fundación de carácter especial.»

e) Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, que deroga la Ley 31/1985 y el Real Decreto- ley 11/2010 (salvo el Título III, concretas disposiciones del Título V y la DT sexta); cuyo artículo 2 establece:

www.civil-mercantil.com

"1.- Las cajas de ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas. (...)

2.- La obra social de las cajas de ahorros podrá tener como destinatarios a los impositores, a los empleados de la propia caja y a colectivos necesitados, así como dedicarse a fines de interés público de su territorio de implantación.

3.- Sin perjuicio de la normativa de las comunidades autónomas donde las cajas de ahorros tengan su domicilio social, estas se regirán, con carácter básico, por lo previsto en esta Ley y, supletoriamente, en cuanto sea de aplicación, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y demás normas del ordenamiento jurídico-privado".

Además en, en el apartado 2 de su DT primera, establece:

2. (...) Por su parte, las cajas de ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, llevaran incursas en causa legal de transformación un periodo superior a los seis meses de acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, continuarán el procedimiento de transformación en fundación bancaria u ordinaria según corresponda, sin que el mismo pueda extenderse más allá de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos, las comisiones gestoras de las fundaciones tendrán plenas facultades para aprobar sus estatutos, nombrar al patronato, determinar los bienes o derechos procedentes del patrimonio de la caja de ahorros que se afectarán a la dotación fundacional y adoptar cuantos actos o acuerdos sean necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa aplicable.

En definitiva; de la imbricación de la historia y devenir de la CAM con la normativa que la regía en cada momento resulta que:

a) de la inicial Caja de Ahorros del Mediterráneo, institución benéfico-social con personalidad jurídica propia, se escinde o segrega la parte financiera en escritura de 21 de junio de 2011, pero resta la personalidad "matriz", en la parte no segregada, la obra social, conforme expresamente recoge el séptimo de los otorgamientos de la referida escritura, de ahí que conserve su NIF pues mantiene su personalidad jurídica primigenia; e inclusive, conforme la referida escritura sigue siendo la única accionista del Banco CAM, al que transfiere por la escisión referida, la actividad financiera; ello, hasta la operación acordeón de 15 de diciembre de 2011, donde su participación en la entidad de crédito resta a cero y consiguientemente pierde esa condición.

b) ulteriormente y como a la entrada en vigor de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, consecuencia de la referida operación acordeón, es que lleva más de cinco meses en causa legal de transformación en Fundación Especial, al no alcanzar el 25% de los derechos de voto de entidad de crédito alguna, concorde a la DT novena de esta Ley 9/2012, queda automáticamente transformada en Fundación Especial; y

c) debiendo restar en Fundación ordinaria, al carecer de participación y banco alguno, igualmente por ministerio de la ley, en este caso la DT primera de la Ley 26/2013, dentro del plazo establecido en la misma, según resulta en autos, opera dicha conversión, por escritura pública de 28 de marzo de 2014.



www.civil-mercantil.com

De modo que, la personada en autos como CAM, hoy Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social Caja de Mediterráneo, en todo momento ha disfrutado de la condición de persona jurídica, lo que determina que no pueda negarse su personalidad procesal o capacidad para ser parte; tampoco su capacidad de obrar o de comparecer en juicio, en cuanto que actúa a través de Procurador con poder otorgado por sus legítimos representantes legales; y derivado de ello, tampoco su legitimación, pues no es solo que devenga perjudicada como afirma la recurrente, sino que resulta la parte ofendida en la forma que viene imputados los delitos al Sr. Pedro Jesús , en cuanto que es la propia CAM, la titular del capital que se afirma indebidamente dispuesto en dietas; y es también la propia CAM, la que directamente resulta perjudicada a través de créditos que se afirman irregularmente concedidos o novados.

En la fecha que los delitos se imputan, no existía más entidad, ni personalidad jurídica que la CAM, de modo que ofendida y perjudicada en los términos que los ilícitos resultan imputados, en ese momento comisivo, surge la especial relación que determina la legitimación para poder personarse como acusación particular. Legitimación que en modo alguno debe seguir la suerte que se depare a la responsabilidad civil; el lesionado que ha recibido su indemnización, no pierde por ello su condición de acusador particular si estuviere personado; el ejercicio de la acción penal no queda condicionado al ejercicio de la acción civil, sea cual fuere éste, pues aun cuando se considere desde la perspectiva de la condición semipública del delito societario, en ningún momento ha renunciado a la acción civil (vd. art. 106 LECr.); de igual modo que el titular de un vivienda destruida en incendio doloso, aunque enajene posteriormente la vivienda, no pierde por ello su legitimación para actuar como acusación particular.

Estamos ante delitos patrimoniales y socioeconómicos, donde conforme a la imputación realizada, el titular de los bienes distraídos o del patrimonio en cuyo perjuicio se contraen obligaciones, en el momento de la comisión, es la CAM; circunstancia que legitima su posición como acusación particular; sin que las sucesivas y ulteriores transmisiones de ese patrimonio tengan virtualidad alguna, para alterar esa condición, incluso cuando eventualmente, ello tuviere incidencia en el pronunciamiento de la responsabilidad civil ya directa o meramente indirecta, en la relación interna con sus causahabientes.

Dicho de forma resumida, la CAM, indivisa orgánica y funcionalmente, con personalidad jurídica única en la época de los delitos imputados, fue directamente la ofendida y perjudicada por los ilícitos en la forma que vienen imputados.

A dicha conclusión no resulta óbice la alegación de que la actual CAM, no ha sido inscrita en el registro autonómico correspondiente como Fundación Especial, pues la constitución de esa concreta forma fundacional como hemos descrito, no deviene de negocio fundacional ex novo , sino de transformación automática ope legis , de conformidad con la Disposición transitoria novena de la Ley 9/2012 , antes trascrita.

Tampoco integra impedimento, que la dietas que se afirman ilícita e indebidamente percibidas, se percibieran formalmente como consecuencia de la actividad dentro del Comité de Seguimiento y Control de la entidad Tenedora de Inversiones y Participaciones, SL (TIP) y no de la CAM, por cuanto se trataba de una sociedad participada por la CAM, directamente en un 50% y el otro 50%, a través de G.I. CARTERA SA otra sociedad participada íntegramente por la CAM, de modo, que no ya a través de la doctrina del levantamiento del velo, sino de la exigencia material y formal de atender a balances consolidados, pues en cuanto la CAM poseía la totalidad del accionariado, cualquier resultado beneficioso o perjudicial del TIP lo sería en la misma medida de la propia CAM, era, en principio, fin y definitivamente, la ofendida y perjudicada. Especialmente en cuanto que el contenido de la imputación era que la actividad dentro del Comité de Seguimiento y Control de la entidad Tenedora de Inversiones y Participaciones, SL (TIP) era nula, meramente formal, a modo de mera estrategia primero



www.civil-mercantil.com

para duplicar y luego multiplicar varias veces, el importe que percibía como integrante del Comité de Control de la CAM.

Por otra parte, recordemos que bastaría justificar la legitimación con uno de los ilícitos, pues dada la conexidad existente, de conformidad con el criterio jurisprudencial antes expuesto en la STS 476/2007, de 3 de mayo, bastaría para ampliar su ámbito sobre las dos infracciones imputadas; valga repetir que "su calificación no está limitada a los que afecten exclusivamente al sujeto que ostente dicha legitimación, sin que existan razones para que aquélla se fragmente en función del derecho material que sirve de soporte a la legitimación".

Séptimo.

- Consecuentemente, denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito, para aunar exclusivamente la suerte de esa condición de acusador particular, a quien sucesivamente fuera el titular del patrimonio dañado, en ilícitos de apropiación indebida o administración desleal, deviene un error manifiesto; al igual que entender que quien no pudiera ejercitar la acción civil, aunque fuere el ofendido directamente por el delito en el momento de la comisión, tampoco estaría legitimado para actuar como acusación particular, pues entonces, todo aquel que hubiere sido indemnizado, perdería su condición de acusador penal.

Por otra parte, en la evolución de la CAM, respecto de la denominada segregación, del examen de la escritura pública de 21 de junio de 2011, resulta operación, donde la escidente, CAM, no se extingue, sino que aporta su negocio financiero a otra entidad de nueva creación; por ende la inicial personalidad jurídica persiste en la CAM, expresamente convenido en dicha escritura, y las ulteriores operaciones de transformación en Fundación Especial consecuencia de la DT novena de la Ley 9/2012, así como la ulterior transformación, en Fundación ordinaria, consecuencia en este caso la DT primera de la Ley 26/2013, concretada en escritura pública de 28 de marzo de 2014, en cuanto meros cambios en la forma fundacional, no conllevan alteración de su personalidad jurídica, concorde jurisprudencia de la Sala Primera y el criterio de la DGRN, en cuanto que el acto de transformación supone que no se ha producido la disolución de la entidad transformada, su personalidad jurídica sigue siendo la misma; y consiguientemente no afectan en modo alguno a su legitimación.

De modo, que entender que no persiste la misma personalidad jurídica en quien se personó como acusación particular y especialmente vincular la existencia de su legitimación para actuar como tal, a que mantuviera la titularidad de su patrimonio y no que fuera la titular en el momento de la comisión delictiva de los ilícitos patrimoniales y societarios imputados, carece de razonabilidad alguna.

Error que ha generado manifiesta indefensión a la recurrente, por cuanto no ha sido considerada por el Tribunal de instancia, el contenido de su acusación, con diversidad relevante en su contenido fáctico, especialmente en relación con la imputación deferida por apropiación indebida contra Jose Enrique por el cobro de las dietas referidas, conducta que la acusación pública no imputaba. El contenido de esta acusación, tampoco resulta abarcado ni resuelto, en virtud de las consideraciones vertidas en la resolución recurrida, cuyo objeto resultaba únicamente determinado por la acusación formulada por el Ministerio Fiscal; y primordialmente en cuanto que no pondera la especial incidencia en la percepción de esas dietas de la actuación del referido Jose Enrique como Presidente de la Comisión de Control.

En definitiva, el recurso debe ser estimado, pues las objeciones de las partes recurridas, no integran impedimento; ni siquiera la afirmación de que Jose Enrique, ya ha sido juzgado como partícipe lucrativo y ha sido absuelto, lo que implicaría que tanto más justificado hubiera sido la absolución si se hubiera considerado su condición de autor material delictivo. Primeramente, por cuanto si bien es verdad que en relación con el cobro de dietas, la



www.civil-mercantil.com

acusación pública como tal lo consideraba conjuntamente con otras dieciocho personas, y así se recoge en el antecedente de hecho tercero de la sentencia recurrida, no se recoge su absolución en la parte dispositiva de la sentencia, como sí se hace con los otros dieciocho acusados como partícipes lucrativos; de otra, porque precisamente la condición de partícipe lucrativo en todo caso implica previamente no tener participación en el hecho delictivo penal, es decir, no resultan compatibles; y por último, porque en todo caso, su "absolución implícita" como partícipe lucrativo, deriva directamente de que el único acusado penalmente por el Ministerio Fiscal de ese delito, Sabino fue absuelto; de modo, que la concreta participación típica de Jose Enrique ni fue examinada, ni podía serlo por cuanto a quien le acusaba por el cobro ilícito e indebido de dietas, se le deniega legitimación, también de manera implícita, en cuanto nada consta en la parte dispositiva.

Recurso del Fondo de Garantía de Depósitos

Octavo.

- En el caso de la denegación de legitimación al FGD como acusación particular, viene así argumentada en la resolución recurrida:

En cuanto al FGD, que se personó como acusación particular, los hechos que se atribuyen a los acusados, fueron anteriores en el tiempo a la actuación de dicho organismo, con lo que, no sería su posición la de ofendido, en tanto que no fue el agraviado o sujeto pasivo del daño criminal, dado que se había consumado el delito, de haberse perpetrado, mucho antes de la irrupción de aquel, una vez intervenida la entidad, efectuando una ingente aportación dineraria al Banco CAM. Como mucho, su posición podría haber sido la de actor civil, si de reclamar importe alguno se trata, pero tampoco ni con una interpretación amplia de aquel concepto, pues una cosa es la inyección económica que el FGD llevó a cabo en el Banco CAM, y otra es la derivación que por un hecho penal, da lugar al daño civil indemnizable al perjudicado o sujeto pasivo del mismo, sin que, tal como se dijo más arriba, dicha circunstancia alcanzase al FGD, al ser los hechos denunciados (y por ende el aspecto civil de tales), acontecidos con anterioridad a la intervención del Fondo de Garantías de Depósitos.

Por su parte, el recurrente argumenta que la doctrina mayoritaria define al ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral, por la comisión de un hecho delictivo (así, por ejemplo STS núm. 316/2013 de 17 de abril). El perjudicado por un delito es, por tanto, quien sufre las consecuencias perjudiciales del hecho delictivo. Por exponerlo en palabras de la STS núm. 199/2007, de 1 de marzo "será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo". Por ejemplo, entre dichas consecuencias civiles se han encontrado tradicionalmente los gastos sanitarios y de traslado en los que hayan incurrido mutuas sanitarias, hospitales privados o el sistema sanitario público. La víctima directa que sufrió el daño en un primer momento fue la propia entidad CAM, y precisamente el FGD ha sido el que ha sufrido el perjuicio ya que ha sido esta entidad la que ha tenido que reparar las consecuencias que las conductas de los directivos de la entidad provocaron tanto para la propia entidad como para el sistema financiero. El derecho a la tutela judicial efectiva ampara de forma equivalente a ambos, ofendido lesionado o dañado y perjudicado material; mientras que la sentencia recurrida no ha tenido en consideración que el



www.civil-mercantil.com

Código Penal vigente distingue entre el daño al ofendido a agraviado que debe ser reparado, y el perjuicio, que debe ser objeto de indemnización no sólo cuando se haya irrogado a la víctima -en este caso la CAM-, sino también a terceros (arts. 109 , 110 , 113).

Efectivamente, dicho criterio es compartido por esta Sala y así la STS 900/2006, de 22 de septiembre , reiterada luego por la 316/2013, de 7 de abril o la 413/2015, de 30 de junio :

(...) tanto a los ofendidos como a los perjudicados directa y personalmente por la acción material del delito como, en su caso, a los no ofendidos pero si perjudicados por el hecho punible, debe instruírseles según proceda, de la posibilidad de ser parte en el proceso conforme al art. 109 LECrim ., siendo a todos ellos (tanto a los ofendidos y perjudicados como a los perjudicados no ofendidos) a los que se refiere el art. 110 LECrim ., cuando fija el momento preclusivo en que pueden constituirse como parte y cuando define cual pudieser el contenido de su actuación en el proceso, según que decidan ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o sólo unas y otras.

La diligencias de ofrecimiento de acciones al ofendido o al perjudicado..., tiene por objeto la instrucción precisa a dichos sujetos de sus concretas posibilidades de actuación en el proceso, para que puedan ejercitar oportunamente las acciones civiles y penales que sean procedentes o solamente unas y otras, según les conviniere.

La cuestión por tanto estriba en relación al caso de autos, en examinar la actuación del FGD en relación con los delitos imputados, para concluir si su actuación fue meramente voluntaria sin relación causal con los hechos objeto de imputación, o por contra, directamente derivados, dada su función pública en la preservación del sistema financiero.

La propia resolución de instancia, afirma y antes hemos recogido que la reestructuración de Banco CAM, SAU, consistió, finalmente, en la aportación de 5.249 millones de euros en concepto de capital por parte del FGD y por los que ha recibido un euro en concepto de capital.

Pero se objeta por la representación de las partes recurridas, que ese perjuicio, muy posterior a la comisión de los ilícitos imputados, ninguna relación causal tienen con las comisiones delictivas afirmadas, que se trata de una relación indirecta y que en todo caso, su actuación bien sería voluntaria o bien estaría asimilada a la posición de una entidad aseguradora, que tras la indemnización del daño, tendría legitimación para actuar como actor civil, pero no como acusación particular.

Citan en su sustento la STS 867/2002, de 29 de julio :

Sin perjuicio de las peculiaridades que se han reseñado sobre la naturaleza jurídica de la institución del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, lo cierto es que desde una perspectiva puramente penal y material y manteniendo la exigencia de que debe existir una relación de causalidad entre el hecho punible y el perjuicio ocasionado, lo verdaderamente determinante para atender las pretensiones de la parte recurrente sería establecer una conexión clara, precisa y nítida entre las operaciones que se reseñan en el apartado de los artificios contables y la situación económica, que determina la intervención de la entidad bancaria por el Banco de España, así como su repercusión por vía penal sobre la entidad recurrente.

(...) La condición de tercero perjudicado no puede predicarse extensivamente, a cualquier persona o entidad, que de manera más o menos indirecta, haya sido afectada por el hecho delictivo.

Como ha señalado la doctrina de esta Sala, entre otras la sentencia de 13 de Febrero de 1.991 , terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo,



www.civil-mercantil.com

y no los titulares de la acción de repetición, ni los que están enlazados con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible, y que, en realidad, no devienen de él sino de la sentencia condenatoria.

En el caso presente estimamos que la posición del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, pudiera ser equiparada, con todos los matices diferenciales necesarios, a una compañía aseguradora, que no tiene la condición de tercero perjudicado, pero que sí ostenta la facultad de repetir para recuperar, si lo estima oportuno, aquellas cantidades que ha tenido que desembolsar como consecuencia de la crisis de la entidad financiera Banesto, en la que indudablemente han influido los hechos delictivos que han sido objeto de persecución en la presente causa, en confluencia con otras circunstancias cuya naturaleza delictiva no está determinada, y que aparecen reflejadas en el apartado que se conoce como Artificios Contables.

Dicha resolución, recaída en el caso Banesto, omite las partes recurridas que mantiene al Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, como acusación particular, sin objeción alguna; que se deniega la indemnización entre otras circunstancias porque se interesa el importe total de las pérdidas derivadas de su actividad de saneamiento en el Banco, no exclusivamente las derivadas de los ilícitos enjuiciados, que no aparecía individualizada; y que tal Fondo se encontraba regulado por un Real Decreto-ley 4/1980 de 28 de Marzo, fecha previa a la regulación derivada de la última crisis financiera.

Así, el actual Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito fue creado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, unifica los anteriores fondos existentes, Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, precisando en el I apartado expositivo, la evolución de la institución; una primera etapa tras la constitución de esos tres fondos, a partir de 1977, con una finalidad, así explicitada:

Desde aquel momento, los fondos de garantía de depósitos españoles han mantenido como una segunda señal de identidad - junto a la contribución ex ante- su doble objetivo o función: por un lado, garantizar los depósitos en dinero (y más tarde también en valores) constituidos en las entidades de crédito; y, por otro, realizar aquellas actuaciones necesarias para reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades en dificultades, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo. En definitiva esa doble función se identifica con un objetivo inmediato y eventual, la garantía de los ahorros de los depositantes, y un objetivo mediano y permanente, el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país, a través de la confianza de los depositantes. En lo sucesivo, tras el papel desempeñado en beneficio de la estabilidad financiera en la crisis bancaria de finales de los setenta y principios de los ochenta, la doble función de los fondos los consolidará como un elemento indispensable de seguridad de nuestras instituciones financieras, junto a la regulación y a la supervisión financiera.

A partir de mediados de los años noventa, explicita una tercera función, directamente relacionada con nuestra participación en el proceso de construcción europea y, más concretamente, con la integración financiera considerada imprescindible para la consecución de un mercado interior, su inserción en una red de seguridad paneuropea.

Desde cuyos presupuestos históricos, avanza cuáles son los principales objetivos de este Real Decreto-ley que viene a culminar la recapitalización y reestructuración del sistema financiero manteniendo los rasgos esenciales del mismo:

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

- La unificación de los hasta ahora tres fondos de garantía de depósitos en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que mantiene las funciones y rasgos característicos de los tres fondos a los que sustituye.

- La actualización y fortalecimiento de la segunda función del sistema: el reforzamiento de la solvencia y funcionamiento de las entidades , también conocida como función de resolución, a fin de garantizar la actuación flexible del nuevo Fondo unificado.

Finalidad coincidente con los bienes jurídicos tutelados por el delito de administración desleal: "en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico" (SSTS 279/2007, de 11 de abril ó 769/2006, de 7 de junio).

Dicho de otro modo, la actuación del Fondo en el saneamiento de la entidad financiera, no es consecuencia de decisión discrecional, sino que es la normativamente encomendada a esta entidad, cuando los prepuestos de la misma resulten necesarios para el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país ; función potenciada tras las crisis de los años ochenta, época en la que se ubica los hechos que contempla la sentencia del caso Banesto antes citada.

Consecuentemente, el FGD, resulta efectivamente directamente perjudicado no ofendido por el delito, del mismo modo, como indica la recurrente, que el servicio de bomberos en un delito de incendio, o quien resulta lesionado en acción de salvamento tras un delito de estragos (STS 30/2001, de 17 de enero); la relación causal es directa, en cuanto que el saneamiento financiero por parte del Fondo, no deriva de un mero voluntarismo discrecional, sino exigida por la estabilidad financiera del país; ello al margen de que la responsabilidad civil en su caso, se limite al importe concreto que la actividad delictiva imputada haya originado (cuestión sobre la que obra informe pericial y ratificación en la vista) e inclusive de a quien corresponda percibirla, en función de las condiciones de adjudicación del Banco CAM, por parte del Fondo. Refuerza esta conclusión, la consideración que obra en la autorización como ayuda estatal por parte de la Comisión Europea, de la referida adjudicación a favor del Banco de Sabadell, obrante en el DOUE (2013/C 371/01, de 19 de junio), donde en la casilla correspondiente al objetivo se indica remedio de una perturbación grave en la economía.

Consecuentemente, esos concretos daños patrimoniales, aunque integren una cifra menor en relación con el monto total del saneamiento, resultan originados por la actividad delictiva en la forma que se formula la acusación, de manera directa, pues concurren a generar esa necesidad de saneamiento de la entidad (así ponderado por la propia Comisión de la Unión Europea, que de otro modo no hubiera aprobado la adjudicación al Banco de Sabadell por un euro, operación calificada como de ayuda estatal a los efectos de los artículos 107 y 108 del TFUE), precisa para a la estabilidad financiera, por quien tiene encomendada normativamente esta función.

Desde criterios de imputación objetiva, en la formulación de la relación de causalidad, el peligro generado según la acusación enunciada, por Jose Enrique , obviamente en concurrencia no consensuada con otros muchos, genera el peligro para la estabilidad financiera, que el FGD debe solucionar por encomienda legal; de modo que los daños originados, en esa tarea de salvamento, deberían ser pechados por quien crea la situación de peligro, en la proporción que su conducta conlleva. La situación de peligro generada es conducta calificada como delictiva, luego quien realiza las tareas de salvamento o saneamiento y reflotación, es perjudicado directo con plena legitimación para actuar como acusación particular.



www.civil-mercantil.com

Noveno.

- En definitiva, el FGD, no debería haber sido apartada de su condición de acusación particular y de nuevo la argumentación para denegar la legitimación por parte de la resolución recurrida, carece de razonabilidad, al derivarla de criterios exclusivamente temporales, que su intervención es posterior y no coetáneo a la consumación del delito; cuando el perjuicio no resulta extraño que se origine ulteriormente, como sucede en los casos que tras la comisión delictiva, una persona resulte dañada (o cause daños a un tercero) durante el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero; lo determinante no es el cuándo, aunque fuere lo más frecuente, sino la existencia de relación de causalidad directa con el ilícito penal; atendido siempre desde la perspectiva de la esfera de la víctima. En autos, no sólo se trataba de un patrimonio, sino: a) de la propia vida jurídica de una persona moral de tipo fundacional, donde justamente el patrimonio puesto al servicio de un fin social, le otorga su personalidad jurídica; y b) del propio sistema financiero, como hemos reseñado y admite la propia Comisión de la Unión Europea.

Así la STS 225/2005, de 24 de febrero, luego reiterada por la 560/2009 de 27 de mayo y la 954/2010, de 3 de noviembre indica que "será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo".

En autos, el FGD, no actúa en virtud de una relación previa con el imputado; sino como la entidad especializada que normativamente sustituye la acción directa del Estado, prevista tanto para garantizar los depósitos existentes en las entidades de crédito, como para reforzar de solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito; y en esta última condición actúa, finalidad coincidente con el bien jurídico colectivo tutelado a través del delito de administración desleal, conforme antes hemos descrito; actuación llevada a cabo en defensa de los intereses de los depositantes, subsistencia de la entidad financiera y del propio Fondo, lo que evitó que alternativamente tuviera que responder frente a los depositantes hasta la cantidad de 100.000 euros si hubiera acaecido que no hubiera logrado sanear la entidad; además de evitar el riesgo que para el conjunto financiero hubiera supuesto el hundimiento de la entidad, que finalmente se logró sanear. Su actuación, por ende, no se debió, a responder en función de la garantía contraída con los depositantes; sino al saneamiento de la entidad, ante la "perturbación grave de la economía", que ponía en riesgo el sistema financiero en su conjunto.

En definitiva, la argumentación de la resolución recurrida para denegar la legitimación al FGD, también deriva de un patente error, que le origina un obvio perjuicio y obvia indefensión.

Indefensión material, por cuanto no ha sido ponderada su acusación que a diferencia de la formulada por el Ministerio Público, sustentada en la simulación contractual para eludir los controles preceptivos (calificada de contrato simulado en perjuicio de tercero) la fundamentaba en la posición institucional de la Comisión de Control -tanto en su condición de órgano de Gobierno y Administración como en su función de Comité de Auditoría- y de las específicas funciones del imputado, Presidente de dicho órgano con la concesión de créditos en perjuicio de la entidad (que consecuentemente calificaba como administración desleal). En definitiva hechos y tipificaciones diversas, que al no haber tenido en cuenta su acusación, no han recibido respuesta alguna por el Tribunal de instancia.

Ello conllevará la nulidad interesada, pues supone, tanto en relación con este recurso como el formulado por la otra recurrente, que el perjuicio que se origina no sólo existe de manera individual para cada una de las acusaciones particulares indebidamente apartadas;



www.civil-mercantil.com

sino para la acusación en general, al comprometer gravemente la eficacia persecutoria de los delitos imputados.

Décimo.

- La imposición de las costas causadas se rige por el artículo 901 LECr , que conlleva la declaración de oficio si se estimare el recurso.

III. FALLO

Con estimación del recurso de casación interpuesto por la representación de la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO (CAM) y el interpuesto por la representación del FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS (FGD) contra Sentencia 6/2015, de 24 de febrero de 2015, dictada por la Sección Cuarta de la Sala Penal de la Audiencia Nacional , anulamos la misma, con devolución al Tribunal sentenciador, para que por los propios Magistrados de la instancia, dicten una resolución judicial motivada, donde tras aceptar la legitimación de ambas entidades recurrentes, CAM y FGD para ejercer la acusación particular, resuelvan todas las cuestiones que fueron objeto de acusación en sus conclusiones definitivas.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Alberto Jorge Barreiro
Andrés Palomo Del Arco Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Andrés Palomo Del Arco, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.