

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 700/2016, de 9 de septiembre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 41/2016

SUMARIO:

Apropiación indebida y administración desleal. Personal de alta dirección. Caixanova y Novacaixagalicia. Cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3, 24 y 25.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 741, 849, 852, 884 y 885.

Código Civil, art. 2.3.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 5.4.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8, 28, 53, 65, 109, 110, 116, 250, 252, 253 y 295.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Sentencia Nº: 700/2016

RECURSO CASACION Nº : 41/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 29/06/2016

Recurso Nº: 41/2016

Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección Tercera

Fecha Sentencia : 09/09/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

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

Escrito por : MAJN

Recurso Nº: 41/2016

PRUEBA PERICIAL. IMPROCEDENCIA DE PERITAJES JURÍDICOS: algunos de los informes periciales a partir de los cuales se ha concluido el carácter típico de la conducta imputada, han sido tan útiles para los Jueces de instancia como innecesarios en el plano conceptual. En efecto, cuando de lo que se trata es de determinar si lo pactado en el año 2010 implicó o no una mejora retributiva respecto de los contratos de 4 de enero de 1999 y de 13 de enero de 2005, lo que se pide del órgano jurisdiccional es su valoración acerca de un fenómeno estrictamente jurídico, que no es otro que la novación contractual. El Tribunal a quo incurre en el extendido error de valerse de peritajes jurídicos para resolver aquello que tenía que haber resuelto por sí solo. El análisis comparativo de dos o tres modelos contractuales que se suceden en el tiempo no es nada distinto a un análisis estrictamente jurídico. No debería exigir el apoyo de peritos. La prueba pericial -cfr. art. 456 LECrim - resulta procedente cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el proceso, fueran necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos. Y, desde luego, el contraste entre los distintos negocios jurídicos otorgados por los recurrentes debería ser apreciado por quien ha de interpretar si aquéllos implicaron o no una mejora sustancial, pactada ante la incertidumbre que ofrecía el inmediato futuro.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA y DEFECTOS FORMALES DE LA SENTENCIA RECURRIDA: no ha existido el vacío probatorio asociable a la vulneración del derecho proclamado en el art. 24.2 de la CE . Las pruebas valoradas son lícitas y de inequívoco signo incriminatorio. La resolución recurrida, cierto es, puede ser tildada de asistemática. De hecho, algunos de sus ejes argumentales se ofrecen con un llamativo desorden expositivo. La valoración probatoria se incorpora a la fundamentación jurídica mediante una censurable metodología que hace de la transcripción literal de documentos, actas e informes su principal técnica. Pese a todo, bajo ese desconcertante modo de aproximación valorativa a las principales fuentes de prueba, la sentencia de instancia ofrece pasajes que, con mayor o



www.civil-mercantil.com

menor acierto sintáctico, permiten concluir que ha existido una valoración de la prueba de cargo y de descargo que no desborda los límites del canon de racionalidad exigido por nuestro sistema constitucional.

APROPIACIÓN INDEBIDA-ADMINISTRACIÓN DESLEAL: arts. 252 y 253 del CP redactados por la reforma de la LO1/2015, 30 de marzo. DIRECTIVOS DE UNA ENTIDAD BANCARIA que ante la previsión de que no siguieran en sus puestos como consecuencia del proceso de fusión que afectaba a la entidad financiera para la que trabajaban, modifican sus contratos de alta dirección y amplían sus indemnizaciones por desistimiento o despido hasta repartirse 22 millones de euros. Pues bien, a la vista del actual estado de la jurisprudencia, la Sala concluye que la conducta imputada a los acusados, lejos de haber quedado despenalizada, encuentra adecuado encaje en el art.253 del CP . Sus respectivas acciones no pueden ser interpretadas como el resultado de actos de deslealtad con el patrimonio administrado, como el fruto de decisiones equivocadas en el ámbito de la administración que les incumbía. Los acusados hicieron suyas esas cantidades a través de un mecanismo expropiatorio que va mucho más allá de la adopción de actos erróneos en el ejercicio de sus facultades de administración. De ahí que no haya errado el Tribunal de instancia cuando, conforme a la anterior regulación, ha subsumido los hechos en el delito de apropiación indebida del previgente art. 252 del CP . Que ese desenlace sea la consecuencia de un razonamiento jurídico manifiestamente mejorable y necesitado de actualización, no añade ningún obstáculo para estimar correcta la formulación del juicio de tipicidad que ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

INCIDENCIA EN LA TIPICIDAD DE LOS HECHOS DE LA NORMATIVA EUROPEA QUE A PARTIR DE 2010 HA IMPUESTO LÍMITES A LAS RETRIBUCIONES DERIVADAS DE CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN: la publicación el 14 de diciembre de 2010 de la Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración, no define un antes y un después en la tipicidad de los delitos de apropiación indebida cometidos por los directivos de las entidades bancarias. El carácter delictivo de la utilización de las retribuciones como instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad que se traducen en decisiones lucrativas de carácter expropiatorio, no necesitaba entonces, ni necesita ahora, de la vigencia de normas comunitarias o internas de cobertura. Es indudable que, a partir de la fecha de su publicación, la consciente vulneración de los parámetros fijados en la Directiva 2010/76/UE o en las normas de transposición (cfr. Ley 2/2011, 4 de enero, de Economía Sostenible; Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas; Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifican el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito, Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras), ofrecerá un dato de especial significado en el momento de ponderar el juicio de tipicidad. Pero la decisión acerca de la trascendencia penal de unos contratos promovidos estratégicamente y anticipadamente por los directivos que temen no poder prolongar su actividad en la entidad bancaria resultante de un agónico proceso de fusión, no depende del simple examen



www.civil-mercantil.com

de la vigencia de una legislación administrativa de control. Dicho con otras palabras, la entrada en vigor de un conjunto normativo encaminado a evitar los actos de deslealtad en esta materia no santifica los que ya se hayan producido con anterioridad a la fecha de publicación de la nueva norma.

Ni la Directiva 2010/76/UE ni las normas que la han transpuesto pueden ser interpretadas, al amparo del principio constitucional de irretroactividad (art. 9.3 CE), como una ley de punto final llamada a la convalidación de prácticas delictivas anteriores cuyo encaje en el histórico art. 252 o en el actual art. 253 del CP resulta incuestionable.

Nº: 41/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 29/06/2016

Recurso Nº: 41/2016

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 700/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Juan Saavedra Ruiz

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 nueve de Septiembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones procesales de Estanislao Torcuato ; Artemio Gerardo ; Ernesto Maximiliano ; Belarmino Nazario y Basilio Adriano , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) de fecha 22 de octubre de 2015 en causa seguida contra Belarmino Nazario



www.civil-mercantil.com

; Estanislao Torcuato ; Ernesto Maximiliano ; Artemio Gerardo ; Jesus Torcuato y Basilio Adriano , por los delitos de administración desleal en concurso de leyes con un delito de apropiación indebida y alternativamente por un delito de estafa, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por las procuradoras Dña. María del Carmen Ortiz Cornago; Dña. Silvia Elisa Scott Glendonwyn Álvarez y por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente y como parte recurrida FROB representada por el Abogado del Estado; NCG BANCO S.A. representado por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero y ADICAE representado por la procuradora Dña. María del Mar de Villa Molina. Siendo magistrado ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez .

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

1. El Juzgado Central de instrucción nº 2, incoó procedimiento abreviado núm. 28/2012, seguido ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, rollo de Sala: procedimiento abreviado núm. 4/2014, contra Belarmino Nazario ; Estanislao Torcuato ; Ernesto Maximiliano ; Artemio Gerardo ; Jesus Torcuato y Basilio Adriano que, con fecha 22 de octubre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Como consecuencia de la situación económica y financiera que atravesaba Caixa Galicia, que estaba en situación de insolvencia, y Caixanova, cuya situación era no tan grave como la de Caixa Galicia, pero tenía serios problemas de viabilidad, a finales de 2009, ambas cajas iniciaron contactos para llevar a cabo un proceso de integración mediante la fusión de ambas Cajas, con el fin de asegurar su desenvolvimiento y estabilidad futura en el mercado financiero, y así constituir una nueva entidad con presencia relevante en su natural ámbito geográfico, la Comunidad Autónoma de Galicia.

El 11 de mayo de 2010 los Consejos de Administración de ambas cajas mostraron su voluntad para su integración mediante fusión, y el día 28 de junio de 2010 ambos Consejos aprobaron el protocolo y el Plan de integración solicitando del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), 1162 millones de euros, límite máximo autorizado por la U.E., que se correspondía con el 2% de los activos ponderados por el riesgo del conjunto de las dos entidades; apoyo que se materializó mediante la adquisición el día 21 de diciembre de 2010 por parte del FROB, de participaciones preferentes convertibles que emitió la entidad financiera resultante de la fusión, CaixaNovaGalicia. La comisión ejecutiva del Banco de España en su sesión de 29 de junio de 2010 aprobó el mencionado plan de integración, que incluía la emisión por la nueva entidad resultante de la fusión, de las referidas participaciones preferentes convertibles en cuota participativas por el importe dicho de 1162 millones que suscribió el FROB, órgano constituido en virtud de RD Ley 9/2009 de 26 de junio, como entidad pública de carácter administrativo con personalidad jurídica propia, que el día 29 de junio de 2010 a través de su comisión rectora, aprobó las condiciones para la suscripción por su parte, de la referida cantidad de 1162 millones de euros.

Llegado el 21 de Diciembre de 2010 mediante escrituras públicas tras la aprobación el 20 de Diciembre de 2010 en la Asamblea General Extraordinario de C. de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra, se suscribieron las participaciones preferentes que en dicho acto fueron íntegramente adquiridas por el FROB efectuándose el desembolso por la adquisición el



www.civil-mercantil.com

30 de diciembre de 2010. Así mismo se estableció que devengarían las participaciones preferentes convertibles, un tipo de interés inicial de 7,75% estableciéndose sucesivos incrementos.

La entidad emisora con motivo del desembolso por el FROB de los 1162 millones de euros, adquirió entre otros los siguientes compromisos:

1. Recomprar las Participaciones Preferentes Convertibles tan pronto como esté en condiciones de hacerlo en los términos comprometidos en el Plan de integración aprobado por el Banco de España. (Condición que jamás cumplió); y entre tanto las participaciones preferentes seguirían siendo de la titularidad del FROB, como así han resultado finalmente, pues nunca se han recomprado dichas participaciones preferentes.

2. Ajustar las políticas de retribución de sus altos directivos a los criterios señalados por la normativa comunitaria aplicable y a lo dispuesto por la Comisión Europea en sus Recomendaciones de 30 de abril de 2009 o en sus posteriores modificaciones (condición que tampoco se cumplió). En cuanto al plan de integración se contemplaba lo siguiente entre otros aspectos, respecto a los activos aportados por la Caja de Ahorros de Galicia a la nueva entidad, se hacía una estimación total de pérdidas esperadas de 2090 millones de euros (1463 millones netos de efecto fiscal), a sanear con reversas en el momento inicial, aspecto muy significativo de la situación en que nacía la nueva entidad.

Este proyecto de fusión entre Caixa Nova y Caixa Galicia suscrito el 6 de septiembre de 2010 por los Consejos de Administración de ambas Cajas fue aprobado por sus respectivas Asambleas Generales el 18 de octubre de 2010, y se fijó el 30 de noviembre de 2010 como fecha de la fusión y por lo tanto, el momento a partir del cual las operaciones efectuadas por las entidades que se fusionaban se entenderían realizadas por cuenta de la nueva entidad que pasaba a denominarse Nova Caixa Galicia.

La fusión fue autorizada por la Xunta de Galicia, el 18 de noviembre de 2010.

2. La aportación por parte del FROB el 21/12/2010 de la cantidad de 1162 millones de euros, fue solicitada por los acusados para la viabilidad en sus inicios de la nueva entidad nacida de la fusión, toda vez que como se ha dicho, Caixa Galicia era una entidad prácticamente inviable, y Caixa Nova si bien no presentaba una situación como Caixa Galicia su situación era bastante mala. Ahora bien dicha aportación no fue suficiente para la buena marcha de la entidad nacida de la fusión, y por ello fue necesario acudir a una ampliación de capital en Nova Caixa Galicia que suscribió íntegramente el FROB por 2465 millones de euros, haciéndose el FROB con el 93,16% del capital social con fecha 10 de octubre de 2011 previa su aprobación por dicha entidad pública en la reunión que celebró el 29 de septiembre de 2011. Con motivo de esta nueva aportación procedió el FROB a controlar prácticamente el capital social de NCG, y valoró la entidad resultante de la fusión (Nova Caixa Galicia), por 3 entidades (Ernst&Youn, Societé Generale y Rothschild), resultando que NCG tenía un valor de 181 millones de euros, cantidad a la que se llegó de la siguiente manera:

"FROB Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

5. FIJACION DEL PRECIO DE ADQUISICION.

5.1 Valoración de la entidad.

El valor asignado a NCG por los expertos independientes contratados por el



www.civil-mercantil.com

FROB ha sido:

- i. Rothschild obtiene un valor de 188 millones de euros
- ii. Ernst & Young obtiene un valor de 174 millones de euros
- iii. Societe Generale obtiene un valor de -287 millones de euros

5.2 Fijación del valor económico de la entidad

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2. a) de la Norma cuarta del acuerdo de la Comisión Rectora por el que se detallan los criterios y condiciones a los que se ajustará su actuación en los procesos de reforzamiento de los recursos propios de entidades de crédito previstos en los artículos 9 y 10 del Real Decreto-ley 9/2009, al ser una de las valoraciones inferior en más de un 15% a la que ocupa la posición central, queda descartada y el valor económico de la entidad se fija como la media aritmética de las otras dos valoraciones que difieren entre ellas menos de un 15% es decir:

$188+174=362$ millones de euros

$362:2=181$ millones de euros

por lo que el valor económico de NCG queda fijado en 181 millones de euros.

5.3 Fijación del precio de la participación económica del FROB y del porcentaje del capital del Banco NCG que le corresponde.

Valor económico de la entidad antes de la ampliación de capital que suscribirá el FROB: 181 millones de euros.

Fondos que aportara el FROB en la ampliación de capital: 2.465 millones de euros.

Total valor de la entidad después de la ampliación: $181+2.465 = 2.646$ millones de euros.

Porcentaje que supone 2.465 sobre 2.646 = 93,16%.

Porcentaje que le corresponde al FROB en el capital del Banco NCG = 93,16%."

En Diciembre de 2012 ante las imposibilidad por parte de NovaCaixaGalicia de recomprar las participaciones preferentes a que se había obligado por la primera aportación del FROB a la referida entidad (1162 millones de euros), se produjo la conversión de dichas participaciones preferentes en capital de Nova Caixa Galicia. No obstante dada la situación financiera que presentaba la entidad nacida de la fusión, en dicho mes de Diciembre de 2012, se inyectaron por el FROB, 5425 millones de euros más, ascendiendo a 9052 millones de euros el total de las ayudas financieras aportadas por el FROB a la entidad nacida de la fusión de ambas cajas al 18 de diciembre de 2013 en que se vendió en pública subasta el Banco NCG, creado tras el traspaso de todo el negocio bancario de la Caja nacida de la fusión, siguiendo el proceso que se explicitará a continuación, adquiriendo el BNCG, Bandesco por 1003 millones de euros, de los que correspondieron al FROB 712 millones de euros por la venta de su participación, habiendo vendido en el año 2012 el FROB acciones por valor de 71 millones de euros. En julio de 2014 tomo el control definitivo del BNCG el grupo bancario referido, creando la marca Abanca.

3. La entidad nacida de la fusión, NCG; como consecuencia de la aportación por el FROB de los 2462 millones de euros, se le impuso unas condiciones por el organismo público citado, que determinaron que en la Asamblea General de NovaCaixaGalicia celebrada el 21 de julio de 2011, se acordaba el traspaso de todo su negocio financiero a un Banco que pasó a



www.civil-mercantil.com

denominarse NovaCaixaGalicia Banco, SA, íntegramente participado por Nova Caixa Galicia, pero cuyo capital en un 93,6% pertenecía al FROB, teniendo NCG solo un 6% del Banco, el cual adquirió por sucesión universal la totalidad de activos, pasivos, derechos y obligaciones así como expectativas que integraban el patrimonio de la Caja, con la excepción de determinados activos que como Caja, se vincularon a la obra benéfica/social de NCG, sin que este proyecto tampoco funcionara lo que determinó, que en diciembre de 2012 cuando el FROB inyectó 5425 millones de euros dejó fuera del BNCG a NCG, adquiriendo el FROB el control íntegramente del Banco NovaCaixaGalicia, SA. NCG como Caja terminó como obra social, para pasarse al final convirtiéndose en una Fundación ordinaria el 28 de diciembre de 2012. En diciembre de 2013 el FROB en pública subasta vendió por 1003 millones de euros el Banco Nova Caixa Galicia.

4. Los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , mayores de edad y sin antecedentes penales, era Altos Directivos de Caixa Nova, siendo los máximos gestores ejecutivos de esta entidad, lo mismo que Jesus Torcuato , mayor de edad y sin antecedentes, lo era de Caixa Galicia, acusados que en el momento de la fusión quedaron como máximos gestores de la entidad nacida de la fusión. (NCG).

Los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo provenientes de Caixa Nova antes de la fusión de la cajas gallegas tenían cada uno de ellos con Caixa Nova un contrato de Alta Dirección; no así Jesus Torcuato , que provenía de Caixa Galicia, al no considerar oportuno este acusado en dicha entidad celebrar un contrato de Alta Dirección.

5. No obstante sabedores los cuatro acusados referidos, de la situación real de las entidades que se fusionaban; -(donde por sí solas Caixa Galicia era prácticamente inviable, y Caixa Nova tenía serias dificultades de viabilidad, situaciones que a pesar de su fusión necesitaban imperiosamente de las ayudas pública del FROB para la viabilidad de esta fusión. Viabilidad tan comprometida, que tuvo que crearse como se ha dicho el Banco denominado Nova Caixa Galicia Banco SA, al que traspasaron los activos y pasivos tóxicos, entidad que recién creada tuvo que acudir a un ERE, que produjo 1850 despidos)-; con la colaboración esencial e imprescindibles de los acusados Belarmino Nazario , presidente de Caixa Nova y copresidente en la entidad nacida de la fusión, y Basilio Adriano , asesor jurídico, vinculado a Belarmino Nazario desde la existencia de Caixa Nova, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de NovaCaixaGalicia resultaran beneficiados en el supuesto más que probable, razonable y lógico de que una vez acabadas las ayudas públicas, los nuevos inversores dueños de la entidad decidieran prescindir de sus servicios al ser señalados como máximos gestores de las Cajas fusionadas que habían llevado, o no habían sabido gestionar adecuadamente los intereses de las Cajas en las que prestaban sus servicios, llevándolas a la situación de práctica insolvencia en que se encontraban.

6. Así y dentro de la previsión de ser cesados los altos directivos acusados, en sus puestos con la finalidad de obtener unas ventajas económicas mayores a las que podían acceder con sus contratos de alta dirección; -(como así, cumpliéndose dicha previsión lo impusieron los nuevos inversores en septiembre de 2011 al nuevo presidente del Banco creado para la viabilidad de la Caja, NOvaCaixaGalicia, Edmundo Teofilo de que la condición para invertir en el Banco NovaCaixaGalicia Banco era que no lo gestionaran los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo ; respecto a Jesus Torcuato su cese se debió sus desencuentros con Efrain Cristobal nuevo Consejero Delegado en el Banco



www.civil-mercantil.com

NovaCaixaGalicia); a pesar de tener contratos de Alta dirección Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo celebraron unos nuevos contratos de Alta Dirección. Jesus Torcuato que no tenía en Caixa Galicia contrato de Alta Dirección también celebró un contrato de Alta Dirección en la Caja nacida de la fusión. Los nuevos contratos mejoraban económicamente a los acusados que ya disfrutaban de ellos, y por supuesto a Jesus Torcuato que no tenía contrato alguno, asegurándose a costa de una entidad financiera que finalmente resultó inviable que tuvo que funcionar con dinero público una mejor posición económica, a la que ya se contemplaba en los contratos anteriores de alta dirección de los directivos de Caixanova, y que se le concedió "ex novo" a Jesus Torcuato , al cesar unilateralmente mediante desistimiento de su relación laboral cada uno de ellos en la Caja nacida de la fusión.

7. A/. Así, respecto al acusado Estanislao Torcuato , el día 13 de enero de 2005 celebró un contrato de Alta Dirección con Caixa Vigo por el que se le nombraba Director General Adjunto de la Entidad referida. Caixa Vigo con posterioridad se integró con otras cajas pasando a constituir Caixa Nova. En dicho contrato le fueron reconocidas a Estanislao Torcuato facultades de extinción voluntaria de la relación laboral, bien por prejubilación a partir del cumplimiento de la edad de 60 años, bien por desistimiento, en este caso por alteración de las características de contratación que en el documento se especificaban.

En fecha 21 de junio de 2006, se suscribió un anexo al citado contrato ya con Caixa Nova constituida, en el que se adoptaron los siguientes ACUERDOS:

"De tal forma que, ambas partes, CAIXANOVA y D Estanislao Torcuato , la primera representada en el presente acto por su Presidente D. Martin Teodosio , deciden celebrar el presente acuerdo que viene a completar el contrato de alta dirección así como los contratos modificativos posteriores, todos ellos recogidos en el Acta de Protocolización otorgada ante el notario de Vigo, D. José Piñeiro Prieto el día 27 de octubre de 2005 y registrada con el número 1.838 de su Protocolo. A tal efecto, se modifica la Cláusula Octava del contrato de alta dirección suscrito el día 13 de enero de 2005, así como se introduce una nueva Cláusula Adicional, ambas con la siguiente redacción:

Cláusula Octava:

Se modifica la referida cláusula del contrato de alta dirección celebrada entre las partes, específicamente en lo referente al apartado f), que queda redactado en los siguientes términos:

"Apartado f) Plus Equipo Directivo, establecido por la Caja según acuerdo del Consejo de Administración de fecha 16 de enero de 1989 y modificado con posterioridad el día 25.05.06 por acuerdo del mismo Órgano de Gobierno, incrementando el importe hasta ahora vigente, liquidándose en todas las pagas (18,5) teniendo la condición de pensionable y actualizable anualmente y teniendo presente el ajuste del peso de la retribución variable".

En consideración de la modificación establecida anteriormente, y teniendo en cuenta las actualizaciones producidas en los distintos conceptos retributivos desde la firma del contrato de alta dirección antes referidas, la estructura retributiva del Director General Adjunto, Sr. Estanislao Torcuato , queda fijada en esta fecha conforme al siguiente detalle:

51.885,60
15.339,20
22.838,40



www.civil-mercantil.com

942.60
240,00
264.956,57

Sueldo base..... 2.594,28x2
Incremento caja+100M 766,96x20
Plus Categoría 1.141,92x20
Plus Esp. Comp..... 78,55x12
Plus Convenio..... 240,00x1
Plus Equipo Directivo 14321,98x18.5

En todo caso, y complementariamente a los conceptos anteriormente reseñados se mantiene en su totalidad lo dispuesto en la Cláusula Octava del citado contrato, con lo que los importes antes citados se complementarían con los correspondientes a los conceptos retributivos a los que se refieren los apartados b), g), h), j) y k) que figuran en la citada cláusula, manteniéndose la actualización anual que corresponda a los distintos conceptos retributivos.

Cláusula Adicional:

Se incorpora una nueva cláusula adicional al contrato de alta dirección conforme a la siguiente redacción:

"Un eventual pronunciamiento judicial que afectare a la naturaleza jurídica del vínculo de relación laboral especial que ambas partes decidieron otorgarse, deviniendo, como consecuencia de aquél, en relación laboral ordinaria, no incidirá en la validez del objeto, causa y condicionado del contrato laboral, pasando a incorporarse al patrimonio del alto cargo el conjunto de elementos y mejoras que lo integran.".

El 20 de octubre de 2010, una vez aprobadas por el Consejo de Administración de CaixaNova y CaixaGalicia el protocolo de integración de ambas cajas y ya habiendo solicitado del FROB para la viabilidad de la fusión la primera aportación de 1162 millones de euros, habiendo sido aprobado por el Banco de España en junio de 2010 el protocolo de integración, así como por la Comisión Rectora del FROB en junio de 2010, la entrega que se materializó en Diciembre de 2010 de los referidos 1162 de euros; Caixa Nova actuando en su nombre y representación Belarmino Nazario celebró con Estanislao Torcuato, bajo la cobertura de producirse con la fusión claras alteraciones de carácter organizativo, al nombrar a Estanislao Torcuato Director General de la Caja resultante de la fusión, un nuevo contrato de Alta Dirección bajo el disfraz de un complemento del anterior contrato, en el que se establecieron las estipulaciones que mejoraban económicamente a este acusado respecto al anterior contrato que tenía antes de la fusión.

El nuevo contrato señalaba:

"Ratificación del conjunto de las condiciones establecidas en el contrato de Alta Dirección celebrado el día 13 de enero de 2015 y su anexo de 21 de junio de 2006.

Tercera: Remuneración por todos los conceptos a percibir por el Sr. Estanislao Torcuato en función del desempeño de la responsabilidad de Dirección General.



www.civil-mercantil.com

El desempeño del cometido y funciones que comporta la responsabilidad que le es asignada al Sr. Estanislao Torcuato , dará lugar al respeto del nivel económico salarial que viniere disfrutando hasta la fecha de la integración efectiva de las dos Entidades, sin merma alguna de su remuneración percibida por todos los conceptos a la fecha en qua asume su nueva responsabilidad en la Caja resultante de la fusión, respetándose en todo caso su estructura retributiva, en conceptos, números de pagas a importes, que figura en el anexo 3, que se incrementaran con las actualizaciones que puedan corresponder a cualquiera de alias. Cualquier modificación en su estructura retributiva, distinta a los incrementos de los importes, requerirá la explícita aceptación del Sr. Estanislao Torcuato , sustituyéndose - en todo caso- este anexo 3 por el que corresponda como consecuencia de la, en su caso, aceptada modificación.

Cuarta: Prejubilación o jubilación

A partir de la fecha en que D. Estanislao Torcuato pase a situación de prejubilación a jubilación, percibirá, además de la prestación-pública, las siguientes cantidades:

a. Comenzará a percibir, coma beneficiario, el complemento de pensión que le corresponda en el Plan de Pensiones de la Entidad, para el supuesto de jubilación, de conformidad con los derechos que acredite en ese momento, cesando -en consecuencia- en la candición de participe del Plan. El cálculo de este complemento se efectuara conforme al sistema establecido con carácter general en el Plan de Pensiones.

b. Tendrá derecho a percibir una renta de carácter vitalicio a cargo de la Entidad que instrumentara este compromiso mediante una póliza de aseguramiento/contrato de seguro conforme a lo dispuesto en la estipulación sexta de este acuerdo, por la diferencia entre el salario en activo de la estipulación Octava del contrato de 13 de enero de 2005 y su anexo de fecha 21 de junio de 2006, compuesto por los conceptos reseñados en el Anexo 3, y la Recurso Nº: 41/2016 suma de la prestación pública de pensión de jubilación y el complemento de pensión que perciba del Plan de Pensiones de la Entidad.

La cantidad resultante en concepto de Renta Vitalicia será abonada conforme a las condiciones establecidas en el contrato de seguro y será objeto de actualización anual conforme al mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la actualización a primeros de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización.

Quinta: Renta Vitalicia Total a reconocer al Sr. Estanislao Torcuato en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 10ª del contrato de 13 de enero de2005, pare el supuesto de instar su aplicación por el interesado, v Renta Vitaliciaconforme a la anterior estipulación cuarta. b .

La Renta Vitalicia Total a percibir por D. Estanislao Torcuato , en un eventual caso de extinción del contrato de trabajo, acogiéndose a lo estipulado en las cláusulas Décima, Decimosegunda y Decimotercera del mencionado contrato, estará constituida por el importe coincidente con el último salario anual percibido por él como activo, por todos los conceptos (actualizados a este feche en el Anexo 3) a los que se refiere la estipulación Octava del contrato reiteradamente mencionado de 13 de enero de 2005 y en su anexo de 21 de junio de 2006, con sus correspondientes actualizaciones, excepto los del apartado h).

Para conocer exactamente el importe de la renta vitalicia a reconocer al Sr. Estanislao Torcuato , y a la que se refiere la anterior estipulación Cuarta, se descontaran de la Renta



www.civil-mercantil.com

Vitalicia Total las cantidades que la Seguridad Social reconozca en concepto de pensión pública de jubilación en favor de D. Estanislao Torcuato y la que le sea reconocida por el Plan de Pensiones en función de sus derechos consolidados a la fecha en que se produzca la prejubilación o jubilación del Sr. Estanislao Torcuato, siendo esta Renta Vitalicia la que se considerará a efectos de las provisiones matemáticas de la póliza de aseguramiento a que se refiere la estipulación Séptima de este acuerdo.

Sexta: Participe v beneficiario del Plan de Pensiones .

Durante el periodo que medie desde la fecha de firma de esta prórroga, y la de extinción de su contrato, D. Estanislao Torcuato continuará siendo partícipe del Subplan 1 del Plan de Pensiones "Personal Caixanova" a del que, en su caso, lo sustituya a íntegro, pasando a la condición de beneficiario del mismo en el momento de acceder a la prejubilación o jubilación.

Caixanova o la nueva Entidad resultante de la fusión efectuará las aportaciones al Plan de Pensiones necesarias para mantener, cubrir y atender las prestaciones que le correspondan a D. Estanislao Torcuato conforme a las actuales especificaciones del Plan y a las referencias del Anexo 3, correspondiente a la estipulación Cuarta, y a las aplicables de este acuerdo y del contrato de 4 de enero de 1999.

Asimismo, deben efectuar anualmente las aportaciones necesarias para atender las actualizaciones requeridas por las prestaciones futuras que deberán estar totalmente dotadas en la fecha de extinción del contrato de 4 de Enero de 1999 y cumplir los requerimientos del Plan de Pensiones en su condición de beneficiario del mismo.

Séptima: Póliza de aseguramiento para complementar la percepción de la renta vitalicia.

Caixanova suscribirá, antes del 25 de noviembre de 2010, una póliza de aseguramiento/contrato de seguro destinada a complementar la Renta Vitalicia que le corresponda a D. Estanislao Torcuato en el momento de acceder a la prejubilación y/o jubilación complementaria según la estipulación Décima del contrato de 13 de enero de 2005, en la cual D. Estanislao Torcuato será el beneficiario único, cuya provisión matemática podrá rescatar total o parcialmente en el momento de acceder a la prejubilación o jubilación.

La citada póliza de aseguramiento, está destinada a cubrir la Renta Vitalicia a que se refiere la anterior estipulación Cuarta de este acuerdo y deberá estar totalmente provisionada en la fecha del devengo del cobro de la Renta Vitalicia, conforme a los correspondientes cálculos actuariales, debiendo ser anualmente actualizada en el importe necesario para atender en cada momento el pago de la renta vitalicia complementaria que le corresponda a D. Estanislao Torcuato hasta alcanzar la cantidad total que le corresponda en el momento de la prejubilación o jubilación junto, con las cantidades que le acredite la Seguridad Social por pensión pública, y como complemento a las que perciba del Plan de Pensiones de la Entidad del que es partícipe y del que será beneficiario, conforme a lo dispuesto en la anterior estipulación Cuarta.

A efectos de cumplir con lo dispuesto en esta estipulación se acuerda formalizar un contrato de seguro con la Compañía de Seguros CASER, S.A. instrumentado en la póliza de aseguramiento número NUM004 cuyo modelo se incluye como Anexo 4 y cuyo único asegurado y beneficiario es D. Estanislao Torcuato, facilitándole la Entidad una copia de la póliza formalizada.



www.civil-mercantil.com

Octava: Actualización de la Renta Vitalicia Total .

La cantidad inicialmente establecida en concepto de Renta Vitalicia Total, será objeto de revisión una vez al año de acuerdo con el mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la actualización a primero de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización, aplicándose la posible diferencia que pudiese existir a la actualización de la Renta Vitalicia, una vez actualizadas, en su caso, las prestaciones de la pensión pública y del Plan de Pensiones.

Novena: Capitalización de la renta v aseguramiento del capital resultante . Conforme a lo establecido en la Estipulación Décima del contrato de 13 de enero de 2005, la renta vitalicia que pudiera generar el Sr. Estanislao Torcuato , de decantarse por esta opción, según lo establecido en su contrato, podrá ser capitalizada a la fecha de la definitiva extinción del contrato de trabajo del Sr. Estanislao Torcuato con la Entidad resultante de la fusión. La decisión de capitalización de La renta es una decisión que depende de la voluntad del Sr. Estanislao Torcuato .

La Entidad se compromete a garantizar la renta vitalicia y, por tanto, su eventual capitalización por medio de una póliza de aseguramiento/contrato de seguro en la que el beneficiario único sea el Sr. Estanislao Torcuato , para lo que procederá al debido cumplimiento de esta estipulación a partir de la firma del presente contrato, con objeto de que se proceda al estricto cumplimiento de lo que recoge la Cláusula Décima del contrato de 13 de enero de 2005 y las estipulaciones Cuarta y Séptima del presente contrato.

Décima: Delimitación del ejercicio de la facultad de desistimiento que ostenta el señor Estanislao Torcuato reconocida en la cláusula Duodécima del contrato de Alta Dirección que suscribió con Caixanova, derivada de lo dispuesto en el art. 10.3 del R.D. 1382J1985 de 1 de Agosto .

El ejercicio de la facultad que tiene reconocida el señor Estanislao Torcuato en su contrato de Alta Dirección suscrito con Caixanova (y cuya vigencia ha sido ratificada por mor de lo establecido en la Estipulación Primera del presente pacto), para desistir de la relación laboral, por sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, se mantiene vigente y podrá hacerlo efectivo en cualquier momento dentro del periodo transitorio de 36 meses establecido en el Proyecto de Fusión de Caixanova y CaixaGalicia, e incluso, dicha facultad se extenderá hasta los tres meses siguientes desde la finalización del mismo y en todo caso hasta el momento de la toma de posesión de los nuevos Órganos de Gobierno que resulten del proceso electoral para la asignación de los de la nueva Caja una vez terminado el periodo transitorio de la fusión y conocido su cargo, responsabilidades competencia y funciones en la nueva organización, por considerarse que el plazo del ejercicio del derecho de extinción por voluntad del Alto Directivo en los tres meses siguientes a la producción de tales cambios que dispone el apartado d) del art. 10.3 del R.D. 1382/1985 , comienza a correr, en el momento en que haya finalizado el periodo aludido de 36 meses, que se ha establecido para la culminación del periodo transitorio de fusión, y su necesaria prórroga hasta poder clarificar su situación en la Entidad tras la ejecución del proceso de renovación de sus Órganos de Gobierno



www.civil-mercantil.com

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo interior, se mantiene intacta la facultad del Directivo de desistir de la relación laboral de Alta Dirección por el resto de las causas previstas en el contrato de 13 de enero de 2005.

Undécima: Licencia retribuida o Desistimiento

En el supuesto de que D. Estanislao Torcuato no pueda acceder a la situación de prejubilación o jubilación por no cumplir las condiciones requeridas para acceder a la prestación de pensión pública o por cualquier otra razón que a su libre voluntad estime que se lo dificulta, el Sr. Estanislao Torcuato podrá optar por acogerse a una situación de licencia retribuida, de conformidad con lo establecido en la estipulación Décima del contrato de 13 de enero de 2005.

Decidido por D. Estanislao Torcuato su acogimiento a la situación de licencia retribuida, continuará percibiendo, desde la fecha de eficacia de esta y hasta aquella en que puede acceder a la jubilación, las mismas retribuciones que se le vengán reconociendo en activo en la fecha en que acceda a la situación de licencia retribuida, respetándose en todo caso su estructura retributiva, en conceptos, número de pagas e importes que figuran en el Anexo 3, actualizados estos importes en lo que puede corresponder a cualquiera de los conceptos, aplicándose el mismo incremento salarial anual que se le aplique a los empleados de la Entidad en activo.

Durante el periodo en que D. Estanislao Torcuato se encuentre en situación de licencia retribuida., Caixanova o la Entidad resultante de la fusión continuara pagando las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al mismo, el cual continuara teniendo a todo los efectos los mismos derechos y condiciones que si permaneciera en activo con su actual rango directivo.

D. Estanislao Torcuato se compromete a anunciar con una antelación mínima de 1 (uno) mes su voluntad de pasar a la situación de licencia retribuida.

Asimismo, el Sr. Estanislao Torcuato podrá acogerse -de forma alternativa y por su estricta voluntad- al ejercicio de su facultad de desistimiento de acuerdo con lo estipulada en su contrato de 13 de enero 2005, aplicándose en tal caso las condiciones establecidas en el mismo y complementadas con lo dispuesto en el presente acuerdo.

Duodécima: Derechos de viudedad

En el supuesto de fallecimiento de D. Estanislao Torcuato , su viuda ostentará los derechos que le correspondan conforme a lo contemplado en el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros, en el actual Reglamento del Plan de Pensiones "Personal Caixanova" y en la póliza individual de aseguramiento a la que se hacer referencia en la estipulación cuarta y de la que D. Estanislao Torcuato es beneficiario único, así como -adicionalmente y en su caso- por lo aplicable como consecuencia de posibles acuerdos de los Órganos de Gobierno.

Decimotercera: Beneficios sociales

Mientras D. Estanislao Torcuato continúe en activo o en situación de licencia retribuida continuará disfrutando de la totalidad de beneficios sociales que actualmente le correspondan o que en el futuro le puedan corresponder.

Al acceder a la situación de jubilación mantendrá las mismas condiciones que le son aplicables en las operaciones de crédito o préstamo que tenga concertadas con la Entidad en tal momento.



www.civil-mercantil.com

Decimocuarta: Fiscalidad .

A los efectos de las retenciones que se practiquen por IRPF las rentas obtenidas tendrán la consideración de regular o irregular según proceda, practicándose los descuentos y retenciones que correspondan legalmente."

Este nuevo contrato de Alta dirección, supuso para Estanislao Torcuato una mejora económica respecto al anterior contrato de alta dirección que ya tenía antes de la fusión, de: 6476237 euros por la indemnización percibida por prejubilación; 117.871,05 euros por el concepto de retribución complementaria por resultados parte fija, sin establecer tasa de descuento alguno por la capitalización de la renta vitalicia que para este acusado debía ascender a 1.179253,97; y 933.156 euros por retribución variable o "premio" por su especial dedicación al desarrollo y expansión y crecimiento de la entidad, más un plus convenio de 304,50 euros.

B. El acusado Artemio Gerardo celebró a primeros de febrero de 1991 un contrato de alta Dirección con la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, integrante posterior de Caixanova, en su función de Subdirector de la Caja de Ahorros referida con vigencia hasta la edad de 65 años, estableciéndose en el contrato en el apartado de retribuciones, lo siguiente:

" QUINTA .- Retribuciones:

Con independencia de las gratificaciones que pudiera percibir por el cargo de Subdirector, tanto si ocupa dicho puesto como otro adecuado a su categoría laboral de Jefe de 2ª, D. Artemio Gerardo percibirá los salarios, tréanos, pluses (asignación individual, extrasalarial, etc.) y demás prestaciones sociales (prestamos, ayuda de estudios, etc.) de acuerdo con lo establecido por la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL EE VIGO en sus convenios laborales y demás Reglamentaciones y acuerdos de su Consejo de Administración que le puedan afectar y que expresamente se reconoce que le son aplicables.

En todo aquello no previsto expresamente o por remisión en el presente contrato, será de aplicación la legislación reguladora de la relación laboral común, general y especial del sector Cajas de Ahorros y acuerdos del Consejo de Administración o pactos internos de la Entidad siempre que resulten más favorables para el Sr. Artemio Gerardo en la condición o materia específica de referencia.

Por lo que se refiere a la revaloración de los emolumentos de D. Artemio Gerardo como Subdirector, merecerá la consideración anual que en cada momento determine el Consejo de Administración de la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO, sin perjuicio de la actualización de la escala salaria del Convenio que suele producirse anualmente.

Y en cuanto a la suspensión y extinción del contrato de Alta Dirección se estableció lo siguiente:

NOVENA .- Suspensión de la relación laboral común:

Ambas partes convienen que, desde el momento de la promoción de D. Artemio Gerardo al cargo de Subdirector, quedó suspendida la relación laboral común que le vinculaba con la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO, pero con pervivencia latente de todos los derechos y obligaciones inherentes a aquélla.

En el supuesto de que se extinguiere el contrato especial de Alta Dirección, por cualquiera de las causas previstas en este documento, con excepción de la de despido



www.civil-mercantil.com

disciplinario declarado procedente, D. Artemio Gerardo tendrá derecho a ejercitar las opciones establecidas en la cláusula undécima de este contrato.

DÉCIMA. - Extinción del contrato:

El contrato podrá extinguirse por las siguientes causas: A) Por voluntad de la Caja :

1. Por desistimiento de la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO: en cuyo caso deberá mediar un preaviso mínimo de tres meses; si se produce incumplimiento de este plazo, por parte de la Caja, se indemnizará al Subdirector, con una cantidad equivalente a los salarios globales de D. Artemio Gerardo de los tres meses aludido.

2. Por decisión de la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO, basado en incumplimiento grave y culpable del Subdirector, de acuerdo con las causas especificadas en el artículo 54º del Estatuto de los Trabajadores .

3. Por causas objetivos, en la forma y con los efectos previstos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores por falta de adaptación del directivo a las modificaciones de cualquier genero operadas en el puesto de trabajo dentro del ámbito do la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

B) Por desistimiento del trabajador como personal de Alta Dirección :

1. D. Artemio Gerardo podrá extinguir el presente contrato especial de trabajo, debiendo mediar un preaviso mínimo de tres meses. No será preciso respetar el preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario.

La extinción del presente contrato por voluntad de D. Artemio Gerardo , podrá fundarse, entre otras, en las causas siguientes:

A) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad profesional o sean decididas ante grave transgresión de la buena fe, par parte del empresario.

B) La falta de pago o retraso continuado en el abono de cualquiera de las partidas que componen la retribución pactada en la cláusula quinta de este contrato.

C) En los casos de cambio notable en el contenido y planteamiento de la actividad que viene desarrollado la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO, como consecuencia o por efecto de la renovación de sus actuales Órganos Rectores, tales como fusión con otra u otras Cajas, designación o existencia de un Presidente ejecutivo, designación de Subdirector/es Adjuntos/s o cargos similares, que únicamente se mencionan título enunciativo y por vía interpretativa respecto de lo prevenido en el a artículo 10ª 3 d) del Real Decreto de 1 de agosto de 1985 .

d) Cualquier incumplimiento grave de las obligaciones con-tractuales asumidas en el presente contrato por parte del empresario, que a juicio del Alto Cargo, imposibiliten dificulten el normal ejercicio de las amplias facultades que a su cargo atribuyen los Estatutos de la Entidad y apoderamientos y/o delegaciones conferidas por el Consejo de Administración de la misma.

UNDÉCIMA .- Consecuencias de la extinción:



www.civil-mercantil.com

La extinción de este contrato ya sea debida a decisión unilateral de la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO -en el supuesto previsto en el apartado A)1, de la anterior cláusula, es decir, por desistimiento de la Caja a incluso en el caso de que se declarara improcedente el despido en los supuestos A) 2., y A)3., igualmente de la cláusula precedente; es decir, por decisión de la Caja basada en incumplimiento grave y culpable del Subdirector, así como por falta de adaptación a las modificaciones de cualquier género operadas en el puesto de trabajo del Subdirector- o bien por decisión del Alto Cargo, dará a éste derecho a cualquiera de opciones siguientes:

Segunda: Jubilarse anticipadamente, garantizándole la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO, con independencia y al margen de lo que establezca el Fondo de Pensiones de la Entidad o los Convenios Colectivos, su derecho al complemento de pensión de jubilación hasta el 100 por 100 de sus retribuciones activas globalmente percibidas por todos los conceptos obligatorios y voluntarios -sea cual fuere el origen y naturaleza de los mismos- computando, a los efectos de su determinación, la máxima anualidad percibida.

En todo caso, la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO garantiza al Alto Cargo la revalorización de su pensión de jubilación conforme al incremento del IPC o índice que le sustituya, de forma anual y con sujeción a los índices conocidos o publicados.

Si el cese se produce con antelación al cumplimiento de los sesenta años y con objeto de obtener la prestación de la Seguridad Social y reducir el coste que hasta esa edad sería a cargo de la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO, el Alto Cargo, al cesar, suscribirá con el Instituto Nacional de la Seguridad Social el convenio especial de cotización a que se refiere la Orden de 30 de octubre de 1985, siendo a cargo de la Caja las cuotas de cotización, en cuyo caso, al causar la pensión de jubilación en la Seguridad Social, los importes que percibía de ésta se rebajarán de la satisfecho por la CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE VIGO.

La pensión, su conversión en invalidez, viudedad, orfandad, etc., se regirá en lo que sea asimilable, dentro de la letra del espíritu de los apartados anteriores, por las normas del Estatuto de los Empleados de Cajas de Ahorros, no siendo nunca inferior a lo que habría percibido en situación activa.

En el supuesto de que el Alto Cargo optare por la segunda opción, también tendrá derecho a la indemnización pactada en la opción primera, si bien se reducirá progresivamente según se aproxime a la edad reglamentaria de jubilación, con sujeción a la escala siguiente:

A los 54 años de edad, una anualidad por cada 20 años o parte proporcional. A los 55 años de edad, una anualidad por cada 27 años o parte proporcional. A los 56 años de edad, una anualidad por cada 34 años o parte proporcional. A los 57 años de edad, una anualidad por cada 41 años o parte proporcional. A los 58 años de edad, una anualidad por cada 48 años o parte proporcional. A los 59 años de edad, una anualidad por cada 55 años o parte proporcional.

A los 60 años de edad, una anualidad por cada 62 años o parte proporcional.

A los 61 años de edad, una anualidad por cada 69 años o parte proporcional.

A los 62 años de edad, una anualidad por cada 78 años o parte proporcional. A los 63 años de edad, una anualidad por cada 83 años o parte proporcional. A los 64 años de edad, una anualidad por cada 90 años o parte proporcional. A los 65 años de edad, ninguna."

Con fecha 21 de junio de 2006 celebró el acusado Artemio Gerardo Estada un Anexo a este contrato de Alta Dirección, que entre otros aspectos acomodaba la estructura retributiva de dicho acusado.

El día 25 de octubre de 2010, cinco días después de haber celebrado Caixanova, representada por el acusado Belarmino Nazario el nuevo contrato de Alta Dirección con el



www.civil-mercantil.com

acusado Estanislao Torcuato , este último actuando ahora en nombre y representación de Caixanova celebró un nuevo contrato de Alta Dirección con el también acusado Artemio Gerardo del tenor siguiente:

"Cuarto: Que previsiblemente el día 1 de diciembre de 2010 se va a llevar a término la efectiva fusión de Caixanova y Caixa Galicia, dando lugar a claras alteraciones de carácter organizativo, que encajan en las referencias establecidas en el mencionado contrato.

Quinto: Que D. Estanislao Torcuato , era en su calidad de Director General de Caixanova designado Director General de la Caja resultante de la fusión (Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra), ha ofrecido a D. Artemio Gerardo la continuidad en la prestación de servicios dentro de la nueva Entidad, como responsable de la Oficina de integración y las unidades de Obra Social, Patrimonio y Secretaría de Dirección.

Sexto: Que es voluntad de D. Artemio Gerardo , como así lo ha comunicado oportunamente a la Dirección General de Caixanova, proceder a la extinción de su contrato de trabajo, acogándose a lo establecido en las cláusulas 10, 12 y 13, del contrato de Alta Dirección de fecha 4 de enero de 1999 al que antes se ha hecho referencia.

Séptimo: Que D. Artemio Gerardo acepta el ofrecimiento de continuidad en la actividad laboral que le ha sido realizada por D. Estanislao Torcuato en la inteligencia de que le son respetadas y reconocidas las condiciones para la prórroga de su condición laboral de modo expreso, posponiendo y aplazando el desistimiento y/o la prejubilación a la que tiene derecho (en el Anexo 1 se recogen los distintos documentos relativos a los exponendos Quinto, Sexto y Séptimo).

Octavo: Que el Consejo de Administración de Caixanova, en sesión celebrada el 18 de octubre de 2010, acordó facultar ampliamente al Director General D. Estanislao Torcuato para formalizar el presente documento.

Noveno: Que estando de acuerdo en la celebración del presente pacto que refleje convenientemente las condiciones por las que se regirá la prórroga de su condición laboral, lo materializan con arreglo a las siguientes estipulaciones."

En definitiva este nuevo contrato de Alta Dirección estableció la prórroga del contrato de 4 de enero de 1999 y de su anexo de fecha 21 de junio de 2006 si bien estableció mejoras económicas sustanciales respecto a su situación anterior en cuanto a su jubilación, y la correspondiente extinción de su relación laboral; según las estipulaciones que se exponen:

"Segunda: Extensión o duración de la prórroga en la actividad laboral del Sr. Artemio Gerardo .

El Sr. Artemio Gerardo , continuará trabajando en la Entidad resultante de la fusión, y con la responsabilidad que a continuación se determina, hasta previsiblemente el día 30 de junio de 2011, haciendo depender de su estricta voluntad la duración de la presente prórroga de contrato.

Tercera: Responsabilidad que pasará a desempeñar el Sr. Artemio Gerardo en la nueva estructura .

El Sr. Artemio Gerardo formará parte del Comité de Dirección de la nueva Entidad y se le encomiendan específicamente las funciones de responsable de la Oficina de Integración y de las unidades de Obra Social, Patrimonio y Secretaria de Dirección.



www.civil-mercantil.com

Cuarta: Remuneración mínima garantizada .

El desempeño del cometido y funciones que comporta la responsabilidad que le es asignada al Sr. Artemio Gerardo , dará lugar al respeto del nivel económico salarial que viniere disfrutando hasta la fecha de la integración efectiva de las dos Entidades, sin merma alguna de su remuneración percibida por todos los conceptos a la fecha en que asume su nueva responsabilidad en la Caja resultante de la fusión, respetándose en todo caso su estructura retributiva, en conceptos, números de pagas e importes, que figura en el Anexo 3, que se incrementaran con las actualizaciones que en el futuro puedan corresponder a cualquiera de ellos.

Cualquier modificación en su estructura -retributiva, distinta a los incrementos de los importes, requerirá la explicitada aceptación del Sr. Artemio Gerardo , sustituyéndose -en todo caso- este anexo 3 por el que corresponda como consecuencia de la , en su caso, a aceptada modificación.

Quinta: Licencia retribuida o Desistimiento

Por su estricta voluntad, D. Artemio Gerardo podrá acogerse, a partir del 1 de diciembre de 2010, a una situación de Licencia retribuida, de conformidad con lo establecido en la Estipulación Décima del contrato de 4 de enero de 1999.

Decidido por D. Artemio Gerardo su acogimiento a la situación de licencia retribuida, continuará percibiendo, desde la fecha de eficacia de ésta y hasta aquella en que pueda acceder a la jubilación, las mismas retribuciones que se le vengán reconociendo en activo en la fecha en que acceda a la situación de licencia retribuida, respetándose en todo caso su estructura retributiva, en conceptos, números de pagas e importes que figuran en el Anexo 3, actualizados estos importes en lo que pueda corresponder a cualquiera de los conceptos, aplicándose el mismo incremento salarial anual que se le aplique a los empleados de la Entidad en activo.

Durante el periodo en que D. Artemio Gerardo se encuentre en situación de licencia retribuida, Caixanova o la Entidad resultante de la fusión continuara pagando las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al mismo, el cual continuara teniendo a todos los efectos los mismos derechos y condiciones que si permaneciera en activo con su actual rango directivo.

D. Artemio Gerardo se compromete a anunciar con una antelación mínima de 1 (uno) mes su voluntad de pasar a la situación de licencia retribuida.

Asimismo, el Sr. Artemio Gerardo podrá acogerse -de forma alternativa y por su estricta voluntad- al ejercicio de su facultad de desistimiento de acuerdo con lo estipulado en su contrato de 4 de enero de 1999, aplicándose en tal caso las condiciones establecidas en el mismo y complementadas con lo dispuesto en el presente acuerdo.

Sexta. Jubilación

A partir de la fecha en que D. Artemio Gerardo pase a la condición de personal pasivo por el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada (previsiblemente en junio de 2012), percibirá, además de la prestación pública, las siguientes cantidades:

a. Comenzará a percibir, como beneficiario, el complemento de pensión que le corresponda en el Plan de Pensiones de la Entidad, para el supuesto de jubilación de conformidad con los derechos que acredite en ese momento, cesando -en consecuencia- en la condición de participante del Plan . El cálculo de este complemento se efectuara conforme al sistema establecido con carácter general en el Plan de Pensiones,



www.civil-mercantil.com

b. Tendrá derecho a percibir una renta de carácter vitalicio a cargo de la Entidad que instrumentara este compromiso mediante una póliza de seguro de vida/contrato de seguro conforme a lo dispuesto en la estipulación Novena de este acuerdo, por la diferencia entre el salario en activo de la estipulación Octava del contrato de 4 de Enero de 1999, y su anexo de fecha 21 de junio de 2006, compuesto por los conceptos reseñados en el Anexo 3, y la suma de la prestación pública de pensión de jubilación y el complemento de pensión que perciba del Plan de Pensiones de la Entidad.

La cantidad resultante en concepto de Renta Vitalicia será abonada conforme a las condiciones establecidas en el contrato de seguro y será objeto de actualización anual conforme al mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la actualización a primeros de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización.

Séptima: Renta Vitalicia Total a reconocer al Sr. Artemio Gerardo en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 10ª del contrato de 4 de enero de 1999 y Renta Vitalicia conforme a la anterior estipulación Sexta, b.

La Renta Vitalicia Total a percibir por D. Artemio Gerardo estará constituida por el importe coincidente con el último salario anual percibido por él como activo, por todos los conceptos (actualizados a esta fecha en el Anexo 3) a los que se refiere la Estipulación Octava del contrato reiteradamente mencionado de 4 de enero de 1999 y en su anexo de fecha 21 de junio de 2006, con sus correspondientes actualizaciones, excepto los del apartado h).

Para conocer exactamente el importe de la Renta Vitalicia a reconocer al Sr. Artemio Gerardo, y a la que se refiere la anterior estipulación Sexta, se descontarán de la Renta Vitalicia Total las cantidades que la Seguridad Social reconozca en concepto de pensión pública de jubilación en favor de D. Artemio Gerardo y la que le sea reconocida por el Plan de Pensiones en función de sus derechos consolidados a la fecha en que se produzca la jubilación pensionable del Sr. Artemio Gerardo, siendo esta Renta Vitalicia la que se considerará a efectos de las provisiones matemáticas de la póliza de seguro de vida a que se refiere la estipulación Novena de este acuerdo.

Octava: Participe y beneficiario del Plan de Pensiones.

Durante el periodo que medie desde la fecha de firma de esta prórroga y la de extinción de su contrato, D. Artemio Gerardo continuará siendo partícipe del Subplan 1 del Plan de Pensiones "Personal Caixanova" o del que, en su caso, lo sustituya a íntegro, pasando a la condición de beneficiario del mismo en el momento de acceder a la jubilación, previsiblemente con efectos 30 de junio de 2012.

Caixanova o la nueva Entidad resultante de la fusión efectuará las aportaciones al Plan de Pensiones necesarias para mantener, cubrir y atender las prestaciones que le correspondan a D. Artemio Gerardo conforme a las actuales especificaciones del Plan y a las referencias del Anexo 3, correspondiente a la estipulación Cuarta, y las aplicables de este acuerdo y del contrato de 4 de enero de 1995.

Asimismo, deben efectuar anualmente las aportaciones necesarias para atender las actualizaciones requeridas por las prestaciones futuras que deberán estar totalmente dotadas en la fecha de extinción del contrato de 4 de enero de 1999 y cumplir los requerimientos del Plan de Pensiones en su condición de beneficiario del mismo.

Novena: Póliza de seguro de vida para complementar la percepción de la renta vitalicia.

Caixanova suscribirá, antes del 25 de noviembre de 2010, una póliza de seguro de vida/contrato de seguro destinada a complementar la Renta Vitalicia que le corresponda a D. Artemio Gerardo en el momento de acceder a la prejubilación y jubilación.



www.civil-mercantil.com

complementaria según la estipulación Décima del contrato de 4 de Enero de 1999, en el cual O. Artemio Gerardo será el beneficiario único, cuya provisión matemática podrá rescatar total o parcialmente en el momento de acceder a la jubilación.

La citada póliza de aseguramiento, -esta destinada a cubrir la Renta Vitaliciaa que se refieren anteriores estipulaciones Sexta y Séptima de este acuerdo ydeberá estar totalmente provisionada en la fecha del devengo del cobro de laRenta Vitalicia , conforme a las correspondientes cálculos actuariales realizados estimando la jubilación al 30 de junio de 2012; debiendo ser anualmente actualizada en el imparte necesario para atender en cada momento el pago de la renta vitalicia complementaria que le corresponda a D. Artemio Gerardo hasta alcanzar la cantidad total que le corresponda en el momento de la jubilación junto con las cantidades que le acredite la Seguridad Social por pensión pública, y como complemento a las que perciba del Plan de Pensionesde la Entidad del que es participe y del que será beneficiario, conforme a lo dispuesto en la anterior estipulación sexta .

A efectos de cumplir con lo dispuesto en esta estipulación se acuerda formalizar un contrato de seguro con la Compañía de Seguros CASER, S.A.

Instrumentado en la póliza de aseguramiento número NUM003 cuyo modelo se incluye como Anexo 4 y cuyo único asegurado y beneficiario es D. Artemio Gerardo , facilitándole la Entidad una copia de la Póliza formalizada.

Décima: Materialización de la extinción definitiva de la relación laboral del Sr. Artemio Gerardo con la nueva Entidad.

D. Artemio Gerardo se compromete a anunciar con una antelación mínima de 1 mes su voluntad de extinguir el contrato de trabajo que le unirá a la nueva Entidad.

A su vez la Entidad y con tiempo previa suficiente pondrá a disposición de O. Artemio Gerardo el documento de liquidación de la relación laboral de ambas partes, que comprenderá los salarios devengados y no percibidos, el importe de la renta vitalicia a la que se refiere la cláusula 10ª del contrato de 4 de enero 1999 con el instrumento de aseguramiento individual de la propia renta vitalicia (póliza número 52526 formalizada con la Compañía de Seguros CASER) y el complemento de esta procedente del Plan de Pensiones de Empleados de CAIXANOVA, ambos de acuerdo con lo dispuesto en la estipulación sexta de este acuerdo.

En el anexo 5, que se adjunta como referencia y modelo, se detalla el cálculo de la pensión que le correspondería a D. Artemio Gerardo de acceder a la jubilación en la fecha de firma de este acuerdo, procedimiento que deberá ser aplicado con los datos debidamente actualizados a la fecha en que aquella efectivamente se produzca.

Undécima: Actualización de la Renta Vitalicia Total .

La cantidad inicialmente establecida en concepto de Renta Vitalicia Total, será objeto de la revisión una vez al año de acuerdo con el mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la actualización a primero de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización, aplicándose la posible diferencia que pudiese existir a la actualización de la Renta Vitalicia a la que se refieren las estipulaciones Sexta, y Séptima de este acuerdo, una vez actualizadas, en su caso, prestaciones de la pensión pública y del Plan de Pensiones

Duodécima: Capitalización de la renta vitalicia y aseguramiento del capital resultante .

Conforme a lo establecido en la Estipulación Décima del contrato de 4 de enero de 1999, la renta vitalicia podrá ser capitalizada a la fecha de la definitiva extinción del contrato de trabajo del. Sr. Artemio Gerardo con la Entidad resultante de la fusión. La decisión de capitalización total o parcial de la renta es una decisión que depende de la voluntad del Sr.



www.civil-mercantil.com

Artemio Gerardo , que deberá comunicar a la Caja y a la Compañía de Seguros con una antelación de, al menos, un mes.

La Entidad se compromete a garantizar la renta vitalicia y, por tanto, su eventual capitalización por media de una póliza de aseguramiento/contrato de seguro en la que el beneficiario único sea el Sr. Artemio Gerardo , para lo que procederá al debido cumplimiento de esta estipulación a partir de la firma del presente contrato, con objeto de que se proceda al estricto cumplimiento de la que recoge la Cláusula Décima del contrato de 4 de enero de 1999 y las estipulaciones Sexta y Novena del presente acuerdo.

Decimotercera: Gratificación personal v especial par la dedicación v laaportación al desarrollo crecimiento y expansión de la Entidad y por laresponsabilidad asumida como alto cargo de la Caja .

En la fecha en que el Sr. Artemio Gerardo acceda a la situación de licencia retributiva la Entidad le hará efectiva al alto cargo una cantidad en concepto de gratificación personal y especial por dedicación y aportación al desarrollo, crecimiento y expansión de la Entidad y por la responsabilidad asumida como alto cargo de la Caja, de conformidad con lo establecido en la estipulación Décima del contrato de 4 de enero de 1999, consistente en la cantidad de 225.000- euros, que se ha calculado atendiendo a la fecha de comunicación de la intención de desistimiento de D. Artemio Gerardo (27 de julio de 2010) y computando también dentro de dicho importe la retribución complementaria por resultados del año 2011, conforme a lo dispuesto en el contrato de 4 de enero de 1999.

Decimocuarta: Gratificación por retribución complementaria por resultados,parte variable .

A la fecha en que se firme este acuerdo la Entidad le hará efectivo al altocargo el importe completo de la retribución complementaria por resultados partevariable, en consideración al ejercicio 2010 . El importe total a percibir, será de 204.000- euros considerando lo dispuesto en el contrato que le une a D. Artemio Gerardo con la Entidad.

Decimoquinta: Derechos de viudedad .

En el supuesto de fallecimiento de D. Artemio Gerardo , su viudaostentara los derechos qua le correspondan conforme a lo contemplado en elConvenio Colectivo de Cajas de Ahorros, en el actual Reglamento del Plan dePensiones "Personal Caixanova" y en la póliza individual de aseguramiento a laque se hace referencia en las estipulaciones Novena, Décima y Duodécima y dela que D. Artemio Gerardo es beneficiario único y respetándose asimismo íntegramente la aplicación de lo acordado en la estipulación Decimotercera, salvo en lo relativo a la fecha de efectividad que será la de fallecimiento.

Decimosexta: Beneficios sociales .

Mientras D. Artemio Gerardo continué en activo o en situación de licencia retribuida continuara disfrutando de la totalidad de beneficios sociales que actualmente le correspondan o que en el futuro le puedan corresponder.

Al acceder a la situación de jubilación mantendrá las mismas condiciones que le son aplicables en las operaciones de crédito o préstamo que tenga concertadas con la Entidad en tal momento.

Decimonovena: Fiscalidad .



www.civil-mercantil.com

A los efectos de las retenciones que se practiquen por IRPF las rentas obtenidas tendrán la consideración de regular o irregular según proceda, practicándose los descuentos y retenciones que correspondan legalmente.

Vigésima: Colaboración

D. Artemio Gerardo manifiesta su disposición a colaborar con Caixanova o la Entidad resultante de la fusión, con posterioridad a la fecha de extinción de su contrato, en funciones tales como de asesoramiento, supervisión o representación, de forma totalmente gratuita.

La Entidad, atendiendo a la experiencia profesional y al conocimiento que de la misma tiene D. Artemio Gerardo, podrá solicitarle tal colaboración con carácter puntual transitorio.

Vigésimo primera: Elevación a público.

Las partes, de común acuerdo, deciden elevar a público el presente acuerdo y sus anexos como prórroga del contrato de D. Artemio Gerardo de fecha 4 de enero de 1999.

Y en prueba de conformidad firman ambas partes en lugar y fecha indicados."

Artemio Gerardo desistió de su relación con Caixa Nova alrededor del 30 de noviembre de 2010.

Con motivo del nuevo contrato de alta dirección de 2010, que sí se refiriera al Contrato de alta dirección de 4 de enero de 1999, si bien no para complementarlo sino para mejorar este acusado su situación económica en caso de salir de la Entidad. Así percibió en demasía al rescindir unilateralmente su relación laboral, respecto al anterior contrato: 14.904,18 euros por retribución complementaria por resultados parte fija, 225.000 euros por retribución variable "gratificación o premio" por su especial dedicación al desarrollo, crecimiento y expansión de la entidad y 440,90 euros por el plus convenio.

C/. El acusado Ernesto Maximiliano suscribió el 13 de noviembre de 1990 un contrato de alta Dirección con Caixa Vigo representada por el acusado Belarmino Nazario, contrato actualizado con fecha 4 de enero de 1999 al acceder Ernesto Maximiliano al cargo de Subdirector General de Caixa Vigo. Contrato de duración indefinida, que establecía las siguientes condiciones económicas.

"Retribución anual bruta. Conceptos anuales:

El salario o sueldo base correspondiente a la categoría laboral de Jefe de Primera (nivel económico "D" de la Caja) establecido en cada momento por el Convenio Colectivo y pacto de Empresa, que para el año 1999 (y a falta de las posibles actualizaciones anuales, pendientes de aplicar desde 1997, que resulten de las negociaciones del Convenio Colectivo) comporta la cantidad anual de 6.931.340 (seis millones novecientas treinta y una mil trescientas cuarenta) pesetas;

Los trienios que tenga acumulados en su trayectoria profesional en la Caja y los que para la categoría de Jefe de Primera (nivel económico "D" de la Caja) y de acuerdo con el mismo Convenio, correspondan a D. Ernesto Maximiliano.

Los demás conceptos económicos contemplados en el artículo 44 y siguientes del Estatuto de Empleados, Convenio Colectivo de Empresa, Pactos de Empresa o Acuerdos del Consejo de Administración que le puedan corresponder por su condición de Jefe de Primera, nivel económico "D". Plus de Categoría, establecido por la Caja según acuerdo del Consejo de Administración de fecha 21 de diciembre de 1973.

Plus Especial Compromiso, establecido por la Entidad según acuerdo del Consejo de Administración de fecha 30 de mayo de 1980.

Plus Equipo Directivo, establecido por la Caja según acuerdo del Consejo de Administración de fecha 16 de enero de 1989.



www.civil-mercantil.com

Retribución Complementaria por Resultados, parte fija, establecida por la Entidad según Pacto de Empresa de septiembre de 1989 y al que se refiere el artículo 26, h) de los "Estatutos de la Entidad".

Retribución Complementaria por Resultados, parte variable, establecida por la Caja según Pactos de Empresa de septiembre de 1989 y al que se refiere el artículo 26, h) de los Estatutos de la Entidad.

Plus por Caja de más de 100 millones de pesetas, aprobado por la Caja (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 del Estatuto de Empleados de Cajas de Ahorros) según acuerdo del Consejo de Administración de fecha 23.12.98.

Cualquier otro concepto que por Convenio Colectivo, Pacto de Empresa o acuerdo del Consejo de Administración le corresponda percibir en el futuro.

Revalorización de los emolumentos de D. Ernesto Maximiliano : la retribución pactada será objeto de la consideración anual que en cada momento determine el Consejo de Administración de la Caja, sin perjuicio de la actualización de la escala salarial] del Convenio que suele producirse anualmente

y le resulta de aplicación e igualmente de la actualización de los complementos salariales extraconvenio que viniera percibiendo.

Si en un futuro se llevase a cabo en la Entidad alguna reordenación de conceptos retributivos que afectase, total o parcialmente, a los reseñados anteriormente en los apartados d), el f), g) h) e i), los nuevos conceptos que sustituyan o subsuman a algunos de los citados serán los que se tomen en consideración a efectos de la aplicación de lo dispuesto en las estipulaciones novena y duodécima de este contrato.

NOVENA: COMPLEMENTOS DE PENSIONES.

A efectos de que el Sr. Ernesto Maximiliano , en el momento de alcanzar la edad reglamentaria de su jubilación puede obtener la complementariedad de la pensión de la Seguridad Social hasta el cien por cien de sus haberes, de acuerdo con el sistema de cálculo que en ese momento establezca la legislación en vigor, se le establecerá un plan de pensiones, viudedad, orfandad, incapacidad permanente y gran invalidez, igual en cuanto a las bases de cálculo, forma y disposición, que el desarrollado para el personal de la Entidad que presta sus servicios en la misma con anterioridad al ejercicio de 1986, para lo cual la Caja habrá de aportar las cuotas anuales establecidas por el Subplan 2º del Plan de Pensiones "Personal Caixavigo", y hasta la cantidad fiscalmente neutra en cada momento, mediante aportación empresaria a un fondo individual de pensión externo y si fuese necesario, por el resto según los cálculos actuariales, al fondo interno de la Caja o Instrumento que, en su caso, lo sustituya.

DÉCIMA: PREJUBILACIÓN Y JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA .

A partir de los 60 años de edad, D. Ernesto Maximiliano podrá, solicitándolo con la mayor antelación que sea posible, acceder a situación de prejubilación o, en su caso, de jubilación.

En ambos supuestos, la Caja de Ahorros Municipal de Vigo-Caixavigo garantizará a D. Ernesto Maximiliano la percepción, con carácter vitalicio, de una cantidad anual en concepto de renta, cuyo primer importe coincidiría con

el último salario anual percibido por D. Ernesto Maximiliano , coma activo, por todos los conceptos a que se refiere la estipulación séptima, excepto los de los apartados g) y h).

La cantidad inicialmente establecida será objeto de revisión una vez al año, de acuerdo con el mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo.

A los efectos de determinar el importe de la renta que se establece en la presente estipulación a cargo de la Entidad, se descontarán las cantidades que la Seguridad Social acredite en cada momento, en concepto de pensión, a favor de D. Ernesto Maximiliano .



www.civil-mercantil.com

La renta vitalicia objeto de la presente estipulación, podrá ser capitalizada a voluntad del Sr. Ernesto Maximiliano , por lo que la cantidad necesaria deberá estar totalmente provisionada y a disposición de D. Ernesto Maximiliano , a la fecha de la extinción de este contrato, por prejubilación y/o jubilación.

Asimismo, en ambos supuestos a los que se refiere esta estipulación, la Caja de Ahorros Municipal de Vigo-Caixavigo, garantizará a D. Ernesto Maximiliano la percepción, por una sola vez, de una cantidad en concepto de gratificación personal y especial por la dedicación y la aportación al desarrollo, crecimiento y expansión de la Entidad y la responsabilidad asumida como alto cargo de la Caja, cuyo importe será el resultado de efectuar una multiplicación en la que actuará como multiplicando la mitad del periodo de tiempo que medie entre la edad en que accede a la prejubilación o jubilación y la de 65 años (por ejemplo, 2,5 si se accede a la prejubilación o jubilación con 60 años de edad), y como multiplicador la cuantía total acreditada más elevada por los conceptos de Retribución Complementaria por Resultados, parte fija y parte variable (apartados g) y h) de la estipulación séptima), de entre las percibidas por estos mismos conceptos en los últimos tres años anteriores a la fecha de la prejubilación o jubilación a la última acreditada si no hubiese percibido estos conceptos durante dicho periodo.

El Sr. Ernesto Maximiliano determinará la forma (número de plazos, cuantía correspondiente -en su caso- a los mismos, fecha/s de percepción, etc...) en que percibirá dicha gratificación personal y especial, comunicándosela a la Entidad a los efectos oportunos antes de acceder a la situación de prejubilación o jubilación.

De ejercer D. Ernesto Maximiliano el derecho que se le reconoce en esta estipulación sin causar pensión pública, por no reunir las condiciones de edad y/o de cotización exigidas por las normas de Seguridad Social, la Entidad asumirá a su exclusivo cargo la renta anual a conceder a D. Ernesto Maximiliano , hasta que éste cause pensión pública

La situación en la que queda el contrato, mientras D. Ernesto Maximiliano no cause pensión pública, es de interrupción de la prestación de servicios, teniendo la consideración de salario la renta que se perciba, manteniendo la Entidad el alta en Seguridad social de D. Ernesto Maximiliano hasta que cumpla la edad, pensionable con carácter general, de 65 años.

De jubilarse D. Ernesto Maximiliano , al cumplimiento de la edad pensionable de 65 años, tendrá derecho a un complemento de la pensión de jubilación cuyo importe será la diferencia entre el importe de la pensión pública reconocida por la Seguridad Social a D. Ernesto Maximiliano y el cien por cien del salario percibido por éste en el último año en activo en la Entidad por todos los conceptos a que se refiere la estipulación séptima, excepto los de los apartados g) y h).

El complemento así calculado será objeto de actualización anual conforme al mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la revisión a primero de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización.

Asimismo, tanto en el caso de prejubilación o jubilación anticipada, como en el de jubilación al cumplimiento de la edad pensionable de 65 años, D. Ernesto Maximiliano percibirá, por una sola vez y además de la gratificación personal referida anteriormente en esta misma estipulación, el importe completo de los conceptos g) y h) de la estipulación séptima, en consideración al último periodo de actividad desempeñado en la Entidad, considerando como tal el comprendido entre el 1 de Enero y el día del mismo año en que se materialice la prejubilación o jubilación. El importe total a percibir por esta condición - con independencia de la duración de dicho último periodo de actividad en la Entidad de D. Ernesto Maximiliano - será, como hímico, el equivalente a la cuantía total acreditada más elevada por los citados conceptos g) y h) de la estipulación octava, de entre los percibidos por estos mismos conceptos



www.civil-mercantil.com

en los últimos tres años anteriores a la fecha de la prejubilación o jubilación o la última acredita si no hubiese percibido estos conceptos durante dicho periodo.

UNDÉCIMA: BENEFICIOS SOCIALES.

D. Ernesto Maximiliano disfrutará de todos los beneficios sociales que el Estatuto de Empleados o los diversos Convenios Colectivos del sector de Cajas de Ahorros tengan reconocidos para los empleados al servicio de la Caja de ahorros, así como de los específicos establecidos por la Caja de ahorros Municipal de Vigo-Caixavigo.

DUOCÉDIMA: EXTINCIÓN DEL CONTRATO .

El presente contrato podrá extinguirse, con independencia de lo dispuesto en la estipulación cuarta, por las siguientes causas:

A) Por voluntad de la Caja .

1. Por desistimiento de la Caja, en cuyo caso deberá mediar un preaviso mínimo de tres meses. Si se produce incumplimiento de este plazo por parte de la Caja, se indemnizará en una cantidad equivalente a los salarios globales que tuviere acreditados D. Ernesto Maximiliano de los tres meses mencionados incluyendo a los efectos del cómputo de aquéllos todos los conceptos detallados en la estipulación séptima, aplicándose en lo que respecta a la Retribución Complementaria por Resultados (parte fija y parte variable) la cuarta parte del total anual correspondiente a la misma.

2. Por decisión de la Caja basada en incumplimiento grave y culpable del Subdirector General, de acuerdo con las causas especificadas en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores .

3. Por causas objetivas, en la forma y con los efectos previstos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores , por falta de adaptación del directivo a las modificaciones de cualquier género operadas en el puesto de trabajo dentro del ámbito de la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

B) Por desistimiento del trabajador como personal de Alta Dirección .

D. Ernesto Maximiliano podrá extinguir el presente contrato especial de trabajado por desistimiento del mismo, debiendo mediar un preaviso mínimo de tres meses. No será preciso respetar el preaviso en el supuesto de la incumplimiento contractual grave del empresario.

La extinción del presente contrato por voluntad del Sr. Ernesto Maximiliano podrá fundarse, entre otras, en las causas siguientes:

a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional, en reducción o limitación de las responsabilidades y funciones profesionales que tuviese encomendadas, en menoscabo de su dignidad o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario. Se entiende especialmente comprendidas dentro de estas modificaciones las previsiblemente derivadas del anuncio o culminación de un proceso de fusión de la Entidad contratante, o de la ejecución del mismo, que pueda predeterminar un cambio sustanciales en el contenido de la prestación o devenir en dicho cambio, así como los cambios que afecten a la composición de los órganos de gobierno, representación y de dirección de la Entidad.

b) La falta de pago o retraso en el abono de la retribución pactada en la estipulación séptima de este contrato.

c) El cambio notable en el contenido y planteamiento de la actividad principal que viene desarrollando la Caja de Ahorros Municipal de Vigo- Caixavigo siempre que la extinción se produzca dentro de los doce meses siguientes a la producción de tales cambios. A título meramente enunciativo se entiende por cambios notables en el contenido y planteamientos de la actividad principal: el adoptar estrategias de especialización



www.civil-mercantil.com

no compatibles con una actuación de la Caja de tipo universal; el reducir o limitar los mercados territoriales en que se actúa; el reducir o limitar los productos o servicios comercializados; limitar la actividad en los mercados financieros, o el cambio en la personalidad jurídica de la entidad.

d) Cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones contractuales asumidas en el presente contrato por parte del empresario.

DECIMOTERCERA: CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN .

1. En el supuesto de lo previsto en el apartado A), 1, de la estipulación anterior, es decir, por desistimiento de la Caja, e incluso en el caso de que se declarara improcedente o nulo el despido por los supuestos A), 2 y A) 3, igualmente de la cláusula precedente, es decir, por decisión de la Caja basada en incumplimiento grave o culpable del Subdirector General, así como por falta de adaptación a las modificaciones de cualquier género operadas en el puesto de trabajo del directivo.

El Sr. Ernesto Maximiliano podrá optar por una de las siguientes soluciones, (que serán vinculantes para la Entidad):

a) Percibir una indemnización consistente en el importe tres anualidades y media del salario percibido en el año inmediatamente anterior a la fecha de la extinción . Se computarán a estos efectos todos los conceptos a los que se refiere la estipulación séptima, considerando a efectos de determinar la cuantía que le corresponde por el concepto de Retribución Complementaria por Resultados (parte variable) la cuantía total acreditada más elevada de entre las percibidas por este mismo concepto en los últimos tres años anteriores a la fecha de optar por esta solución , o la última acreditada si no hubiese percibido este concepto durante dicho periodo;

b) Seguir en la Entidad con la categoría de jefe de 1ª con derecho a una ocupación efectiva y con respeto, amén de su dignidad profesional, de las condiciones retributivas convenidas en la estipulación séptima de este contrato, considerando a efectos de determinar la cuantía que le corresponde por el concepto de Retribución Complementaria por Resultados (parte variable) la cuantía total acreditada más elevada de entre las percibidas por este mismo concepto en los últimos tres años anteriores a la fecha de optar por esta solución,

o la última acreditada si no hubiese percibido este concepto durante dicho periodo, cuantía que no podrá ser menor en los años siguientes a la ejecución de esta opción;

c) Prejubilarse o jubilarse en los términos que establece la estipulación décima, pese a que en el momento de elegir esta opción, no hubiera cumplido los 60 años de edad.

2. En el supuesto previsto en la letra B) de la estipulación precedente, es decir, por desistimiento del trabajador como personal de Alta Dirección, D. Ernesto Maximiliano podrá decidirse formal y explícitamente por cualquiera de las siguientes opciones, que serán vinculantes para la Entidad:

a) Pasar a desempeñar sus funciones en la Caja de Ahorros Municipal de Vigo-CaixaVigo de acuerdo con su categoría profesional de Jefe de Primera, dentro de una relación laboral común, con derecho a una ocupación efectiva que no menoscabe su rango, jerarquía y dignidad profesional, respetándose a título personal y particular, las mismas condiciones retributivas convenidas en la estipulación séptima de este contrato, considerando a efectos de determinar la cuantía que le corresponde por el concepto de Retribución Complementaria por Resultados (parte variable) la cuantía total acreditada más elevada de entre las percibidas por este mismo concepto en los últimos tres años anteriores a la fecha de optar por el desistimiento, o la última acreditada si no hubiese percibido este concepto durante dicho periodo;



www.civil-mercantil.com

b) Extinguir totalmente su vínculo laboral, causando baja voluntaria en la Entidad y con derecho a la misma indemnización señalada en el punto 1 apartado a) anterior de esta estipulación;

c) Prejubilarse o jubilarse en los términos que establece la estipulación décima, aunque en el momento de elegir esta opción no hubiera cumplido los 60 años de edad.

DECIMOCUARTA: CONTINUIDAD DEL CONTRATO .

En el supuesto de que D. Ernesto Maximiliano , en el desarrollo de su carrera profesional, ascendiese a un nivel económico superior dentro de los que tenga establecidos la Entidad para su categoría profesional o fuese designado para otro cargo de mayor relevancia o significación que el Subdirector General dentro de la estructura organizativa de la Caja, el presente contrato mantendrá su pleno vigor en todos sus exponendos y estipulaciones, bastando para su correcta interpretación sustituir la categoría profesional, el nivel económico y/o la denominación del cargo que figuran en el presente contrato por los que, en su caso, D. Ernesto Maximiliano tenga asignados en el futuro en cada momento.

DECIMOQUINTA: LEGISLACIÓN SUPLETORIA.

En lo no estipulado expresamente en este contrato, se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1382/85 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección y normas subsidiaria del mismo."

Como quiera que la nueva entidad Caixa Nova Galicia entraba en funcionamiento el 30 de noviembre de 2010, el 20 de octubre de 2010, el acusado Estanislao Torcuato en nombre y representación de Caixanova suscribió con el también acusado Ernesto Maximiliano un nuevo contrato de Alta Dirección que también como el de los otros dos acusados, Estanislao Torcuato y Belarmino Nazario , suponía una mejora ostensible en sus condiciones económicas, y ampliando las facultades de desistimiento para el caso de que la ejecutara como así hizo.

"Las cláusulas del nuevo contrato de 2010, y exposición de los motivos son los siguientes:

Primero: Que con fecha 4 de enero de 1999, Caixavigo, representada por D. Landelino Roman y D. Ernesto Maximiliano celebraron un contrato al que se le otorgó la denominación y naturaleza de Alta Dirección.

Segundo: Que en el mencionado contrato le fueron reconocidas a D. Ernesto Maximiliano facultades de extinción voluntaria de la relación laboral, bien por prejubilación a partir del cumplimiento de la edad de 60 años, bien por desistimiento, en este caso, por alteración de las circunstancias de contratación que en el documento se especifican, pudiendo prejubilarse sin alcanzar la edad mencionada.

Tercero: Que con fecha 21 de junio de 2006 se suscribió un anexo al citado contrato, estando representada Caixanova por su Presidente D. Martin Teodosio , en el que - entre otros aspectos- se redactaba el apartado f) de la cláusula octava y se determinaba la estructura retributiva correspondiente en esa fecha a D. Ernesto Maximiliano .

Cuarto: Que previsiblemente el día 1 de diciembre de 2010 se va a llevar a termino la efectiva fusión de Caixanova y Caixa Galicia, dando lugar a claras alteraciones de carácter organizativo.

Quinto: Que D. Estanislao Torcuato , en su calidad de Director General de Caixanova y designado Director General de la Caja resultante de la fusión (Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra), ha ofrecido a D. Ernesto Maximiliano la continuidad en la prestación de servicios dentro de la nueva Entidad, come responsable del Grupo Inmobiliario de la Caja resultante de la fusión.

Sexto: Que es voluntad de D. Ernesto Maximiliano proceder a la extinción de su contrato de trabajo con CaixaNova, acogiéndose a lo establecido en las cláusulas 10, 12y 13,

del contrato de Alta Dirección de fecha 4 de enero de 1999 al que antes se ha hecho referencia .

Séptimo: Que D. Ernesto Maximiliano acepta el ofrecimiento de continuidad en la actividad laboral que le ha sido realizado por D. Estanislao Torcuato en la inteligencia que le son respetadas y reconocidas las condiciones para la prórroga de su condición laboral de modo expreso, posponiendo y aplazando la prejubilación a la que tiene derecho , en aplicación de lo establecida en las cláusulas Décima, Decimosegunda y Decimotercera del contrato mencionado (en el Anexo I se recogen los distintos documentos cruzados entre las partes referidos al proceso relacionado con los exponendos Quinto, Sexto y Séptimo.

Octavo: Que el Consejo de Administración de Caixa Nova, en sesión celebrada el 18 de octubre de 2010, acordó facultar ampliamente al Director General D. Estanislao Torcuato para formalizar el presente documento.

Noveno: Que estando de acuerdo en la celebración del presente pacto que reflejen convenientemente las condiciones por las que se regirá la prórroga de su condición laboral, lo materializan con arreglo a las siguientes

ESTIPULACIONES

No obstante exponer en el motivo 6º que su voluntad era extinguir su relación laboral en Caixa Nova y actuar lo estipulado en las condiciones 10, 12 y 13 del contrato de Alta dirección de 1999 , en donde se trataban los supuestos de prejubilación por desistimiento unilateral y los efectos de la extinción de contratos, se estipuló lo siguiente:

"Primera: Prórroga del contrato de 4 de enero de 1999, que se adjunta al presente .

Ambas partes deciden prorrogar el contrato que les une desde la fecha 4 de enero de 1999, sustituyendo, en la condición de sujeto empresarial, la Caja resultante de la fusión de Caixa Nova y Caixa Galicia (es decir, Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra) a CaixaVigo, que fue la Entidad que celebró con D. Ernesto Maximiliano el contrato de Alta Dirección al que hace referencia la presente estipulación.

Para mayor claridad, las partes deciden adjuntar al presente contrato el de Alta Dirección de 4 de enero de 1999 y su Anexo de fecha 21 de Junio de 2006, con los documentos que oportunamente se elevaron a público (Anexo 2)."

Prórroga que en modo alguno fue tal prórroga pues con el nuevo contrato de Alta dirección de 2010 se mejoraron sustancialmente las prestaciones económicas frente al de 1999, para el supuesto de prejubilación por desistimiento unilateral por voluntad del acusado.

"Segunda: Responsabilidad que pasará a desempeñar el Sr. Ernesto Maximiliano en la nueva estructura .

El Sr. Ernesto Maximiliano formará parte del Comité de Dirección de la nueva Entidad y se le encomiendan específicamente las funciones de responsable del Grupo Inmobiliario de la Caja resultante de la fusión.

Tercera: Remuneración mínima garantizada .

El desempeño del cometido y funciones que comporta la responsabilidad que le es asignada al Sr. Ernesto Maximiliano , dará lugar al respeto del nivel económico salarial que viniere disfrutando hasta la fecha de la integración efectiva de las dos Entidades, sin merma alguna de su remuneración percibida por todos los conceptos a la fecha en que asume su nueva responsabilidad en la Caja resultante de la fusión, respetándose en todo caso su estructura retributiva, en conceptos, número de pagas e importes, que figura en el anexo 3, que se incrementarán con las actualizaciones que puedan corresponder a cualquiera de ellos. Cualquier modificación en su estructura retributiva, distinta a los incrementos de los importes,



www.civil-mercantil.com

requerirá la explícita aceptación del Sr. Ernesto Maximiliano , sustituyéndose, en tal caso, este Anexo 3 por el que corresponda como consecuencia de la, en su caso, aceptada modificación.

Cuarta: Prejubilación o jubilación .

A partir de la fecha en que D. Ernesto Maximiliano pase a la situación de prejubilación o jubilación, percibirá, además de la prestación pública, las siguientes cantidades:

a. Comenzara a percibir, como beneficiario, el complemento de pensión que le corresponda en el Plan de Pensiones de la Entidad, para el supuesto de jubilación, de conformidad con los derechos que acredite en ese momento , cesando -en consecuencia- en la condición de participe del Plan. El cálculo de este complemento se efectuara conforme al sistema establecido con carácter general en el Plan de Pensiones.

b. Tendrá derecho a percibir una renta de carácter vitalicio a cargo de la Entidad que instrumentara este compromiso mediante una póliza de seguro de vida/contrato de seguro conforme a lo dispuesto en la estipulación Séptima de este acuerdo , par la diferencia entre el salario en activo de la estipulación Séptima del contrato de 4 de Enero de 1999 compuesto por los conceptos reseñados en el Anexo 3, y la suma de la prestación pública de pensión de jubilación y el complemento de pensión que perciba del Plan de Pensiones de la Entidad .

La cantidad resultante en concepto de Renta Vitalicia será abonada conforme a las condiciones establecidas en el contrato de seguro y será objeto de actualización anual conforme al mismo porcentaje de incremento salarial que se

aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la actualización a primeros de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización.

Quinta: Renta Vitalicia Total a reconocer al Sr. Ernesto Maximiliano en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 10ª del contrato de 4 de enero de 1999 v Renta Vitalicia conforme a la anterior estipulación Cuarta, b .

La Renta Vitalicia Total a percibir por D. Ernesto Maximiliano , en un eventual caso de extinción del contrato de trabajo acogándose a lo estipulado en las cláusulas Décima, Decimosegunda y Decimotercera del mencionado contrato, estará constituida por el importe coincidente con el último salario anual percibido por él como activo, por todos los conceptos (actualizados a esta fecha en el Anexo 3) a los que se refiere la Estipulación Séptima del contrato reiteradamente mencionado de 4 de enero de 1999, con sus correspondientes actualizaciones, excepto los del apartado h).

Para conocer exactamente el importe de la renta vitalicia a reconocer al Sr. Ernesto Maximiliano y a la que se refiere la anterior estipulación Cuarta se descontaran de la Renta Vitalicia Total las cantidades que la Seguridad Social reconozca en concepto de pensión pública de jubilación en favor de D. Ernesto Maximiliano y la que le sea reconocida por el Plan de Pensiones en función de sus derechos consolidados a la fecha en que se produzca la prejubilación a jubilación del Sr. Ernesto Maximiliano .

Sexta: Participe y beneficiario del Plan de Pensiones .

Durante el periodo que medie desde la fecha de firma de esta prorrogación y la de extinción de su contrato, D. Ernesto Maximiliano continuara siendo participe del Subplan 2 del Plan de Pensiones "Personal Caixanova" o del que, en su caso, la sustituya o integre, pasando a la condición de beneficiario del mismo en el momento de acceder a la prejubilación a jubilación.

Caixanova o la nueva Entidad resultante de la fusión efectuara las aportaciones al Plan de Pensiones necesarias para mantener, cubrir y atender las prestaciones que le correspondan a D. Ernesto Maximiliano conforme a las actuales especificaciones del Plan y a las referencias



www.civil-mercantil.com

del Anexo 3, correspondiente a la estipulación Cuarta, y a las aplicables de este acuerdo y del contrato de 4 de enero de 1999.

Asimismo, deben efectuar anualmente las aportaciones necesarias para atender las actualizaciones requeridas por las prestaciones futuras que deberán estar totalmente dotadas en la fecha de extinción del contrato de 4 de Enero de 1999 y cumplir los requerimientos del Plan de Pensiones en su condición de beneficiario del mismo.

Séptima: Póliza de aseguramiento para complementar la percepción de la renta vitalicia

Caixanova suscribirá, antes del 25 de noviembre de 2010, una póliza de de seguro de de seguro destinada a complementar la Renta Vitalicia que le corresponda a D. Ernesto Maximiliano en el momento de acceder a la jubilación y/o jubilación complementarla según la estipulación décima del contrato de 4 de Enero de 1999, en la cual D. Ernesto Maximiliano será el beneficiario único, que podrá optar por recibir una Renta en el momento de acceder a la jubilación o jubilación a poder rescatar parcialmente la provisión matemática, conforme a lo estipulado en la póliza de aseguramiento.

La citada póliza de aseguramiento, está destinada a cubrir la Renta Vitalicia a que se refiere la anterior estipulación Cuarta de este acuerdo y deberá estar totalmente provisionada en la fecha del devengo del cobro de la Renta Vitalicia, conforme a los correspondientes cálculos actuariales, debiendo ser anualmente actualizada en el importe necesario para atender en cada momento el pago de la renta vitalicia complementaria que le corresponda a D. Ernesto Maximiliano hasta alcanzar la cantidad total que le corresponda en el momento de la jubilación o jubilación junto con las cantidades que le acredite la Seguridad Social por pensión pública, y como complemento a las que perciba del Plan de Pensiones de la Entidad del que es partícipe y del que será beneficiario, conforme a lo dispuesto en la anterior estipulación Cuarta.

A efectos de cumplir con lo dispuesto en esta estipulación se acuerda formalizar un contrato de seguro con la Compañía de Seguros CASER, S.A., instrumentado en la póliza de aseguramiento número NUM002 cuyo modelo se incluye como Anexo 4 y cuyo único asegurado y beneficiario es D. Ernesto Maximiliano, facilitándole la Entidad una copia de la póliza formalizada.

Octava: Actualización de la Renta Vitalicia Total .

La cantidad inicialmente establecida en concepto de Renta Vitalicia Total, será objeto de revisión una vez al año de acuerdo con el mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la Entidad en activo, haciéndose efectiva la actualización a primero de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización, aplicándose la posible diferencia que pudiese existir a la actualización de la Renta Vitalicia, una vez actualizadas, en su caso, las prestaciones de la pensión pública y del Plan de Pensiones.

NOVENA: Capitalización de la renta y aseguramiento del capital resultante . Conforme a lo establecido en la Estipulación Décima del contrato de 4 de enero de 1999, la renta vitalicia que pudiera generar el Sr. Ernesto Maximiliano, de decantarse por esta opción, según lo establecido en su contrato, podrá ser capitalizada a la fecha de la definitiva extinción del contrato de trabajo del Sr. Ernesto Maximiliano con la Entidad resultante de la fusión. La decisión de decapitalización de la renta es una decisión que depende de la voluntad del Sr. Ernesto Maximiliano .



www.civil-mercantil.com

La Entidad se compromete a garantizar la renta vitalicia y, por tanto, su eventual capitalización por medio de una póliza de aseguramiento/contrato de seguro en la que el beneficiario sea el Sr. Ernesto Maximiliano, para lo que procederá al debido cumplimiento de esta estipulación a partir de la firma del presente contrato, con objeto de que se proceda al estricto cumplimiento a lo que recoge la Cláusula Décima del contrato de 4 de enero de 1999 y las estipulaciones Cuarta y Séptima del presente contrato.

Décima: Delimitación del ejercicio de la facultad de desistimiento que ostenta el señor Ernesto Maximiliano reconocida en la Cláusula Duodécima del contrato de Alta Dirección que suscribió con Caixanova, derivada de lo dispuesto en el art. 10.3 del R.D. 1382./1985 de 1 de Agosto.

El ejercicio de la facultad que tiene reconocida el señor Ernesto Maximiliano en su contrato de Alta Dirección suscrito con Caixanova (y cuya vigencia ha sido ratificada por mor de lo establecido en la Estipulación Primera del presente pacto), para desistir de la relación laboral, por sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, se mantiene vigente y podrá hacerlo efectivo en cualquier momento dentro del aludido periodo transitorio de 36 meses, e incluso, dicha facultad se extenderá hasta los tres meses siguientes desde su finalización del mismo y en todo caso hasta el momento de la toma de posesión de los nuevos Órganos de Gobierno que resulten del proceso electoral para la asignación de los de la nueva Caja una vez terminado el periodo transitorio de la fusión y conocido su cargo, responsabilidades competencia y funciones en la nueva organización, por considerarse que el plazo de ejercicio del derecho de extinción por voluntad del Alto Directivo en los tres meses siguientes a la producción de tales cambios que dispone el apartado d) del art. 10.3 del R.D. 1382/1985, comienza a correr, en el momento en que haya finalizado el periodo aludido de 36 meses, que se ha establecido para la culminación del periodo de fusión, y su necesaria prórroga hasta poder clarificar su situación en la Entidad tras la ejecución del proceso de renovación de sus Órganos de Gobierno.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, se mantiene intacta la facultad del Directivo de desistir de la relación laboral de alta Dirección por el resto de las causas previstas en el contrato de 4 de enero de 1999.

Undécima: Licencia retribuida o Desistimiento

En el supuesto de que D. Ernesto Maximiliano no puede acceder a la situación de prejubilación o jubilación por no cumplir las condiciones requeridas para acceder a la prestación de pensión pública o por cualquier otra razón que a su libre voluntad estime que se le dificulta, el Sr. Ernesto Maximiliano podrá optar por acogerse a una situación de licencia retribuida, de conformidad con lo establecido en la estipulación Décima del contrato de 13 de enero de 2005.

Decidido por D. Ernesto Maximiliano su acogimiento a la situación de licencia retribuida, continuara percibiendo, desde la fecha de eficacia de este y hasta aquella en que pueda acceder a la jubilación, las mismas retribuciones que se le vengán reconociendo en activo en la fecha en que accede a la situación de licencia retribuida, respetándose en todo caso su estructura retributiva, en conceptos, número de pagas e importes que figuran en el Anexo 3, actualizados estos importes en lo que pueda corresponder a cualquiera de los conceptos, aplicándose el mismo incremento salarial anual que se le aplique a los empleados de la Entidad en activo.

Durante el periodo en que D. Ernesto Maximiliano se encuentre en situación de licencia retribuida, Caixanova o la Entidad resultante de la fusión continuara pagando las cotizaciones a



www.civil-mercantil.com

la Seguridad Social correspondientes al mismo, el cual continuará teniendo a todos los efectos los mismos derechos y condiciones que permaneciera en activo con su actual rango directivo.

D. Ernesto Maximiliano se compromete a anunciar con una antelación mínima de 1 (uno) mes su voluntad de pasar a la situación de licencia retribuida.

Asimismo, el Sr. Ernesto Maximiliano podrá acogerse -de forma alternativa y por su estricta voluntad- al ejercicio de su facultad de desistimiento de acuerdo con lo estipulado en su contrato de 4 de enero de 1999, aplicándose en tal caso las condiciones establecidas en el mismo y complementadas con lo dispuesto en el presente acuerdo.

Duodécima: Derechos de viudedad

En el supuesto de fallecimiento de D. Ernesto Maximiliano, su viuda ostentará los derechos que le correspondan conforme a lo contemplado en el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros, en el actual Reglamento del Plan de Pensiones "Personal Caixanova" y en la póliza individual de aseguramiento a la que se hace referencia en la estipulación cuarta y de la que D. Ernesto Maximiliano es beneficiaria único, así como -adicionalmente y en su caso- por lo aplicable como consecuencia de posibles acuerdos de los Órganos de Gobierno.

Decimotercera: Beneficios sociales.

Mientras D. Ernesto Maximiliano continúe en activo o en situación de licencia retribuida continuara disfrutando de la totalidad de beneficios sociales que actualmente le correspondan o que en el futuro le puedan corresponder.

Al acceder a la situación de jubilación mantendrá las mismas condiciones que le son aplicables en las operaciones de crédito a préstamo que tenga concertadas con la Entidad en tal momento.

Decimocuarta: Fiscalidad

A los efectos de las retenciones que se practiquen por IRPF las rentas obtenidas tendrán la consideración de regular o irregular según proceda, practicándose los descuentos y retenciones que correspondan legalmente.

Decimoquinta: Elevación a público

Las partes, de común acuerdo, deciden elevar a público el presente acuerdo y sus anexos."

Ente nuevo contrato de Alta dirección supuso una mejora económica a Ernesto Maximiliano frente al anterior contrato de Alta dirección que ya tenía; de 3.969.349,31 por la capitalización de renta vitalicia, y 90.369,13 euros por retribución complementaria por resultados parte fija, sobre las que no se aplicó tasa de descuento alguno que en el caso de Ernesto Maximiliano hubiese supuesto una cantidad de 642.213,79 euros. Asimismo percibió 580.986 euros por retribución variable como premio a su dedicación al desarrollo, crecimiento y expansión de la entidad y 250,95 por el plus convenio. Además siguió disfrutando de las mismas prerrogativas del contrato de alta dirección de 4 de enero de 1999 (cláusula undécima y décima) en el nuevo contrato de 2010, que es lo que permitió que cobrara en caso de prejubilación por desistimiento a su voluntad, la retribución complementaria por resultados, por parte fija y parte variable.

d/ En cuanto al acusado Jesus Torcuato, proveniente de Caixa Galicia, el 30 de diciembre de 2010 una vez funcionando Caixa Galicia celebró, representando a la entidad nueva Estanislao Torcuato, un contrato de Alta Dirección del tenor literal siguiente:

CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN

"En la ciudad de Vigo, a 30 de diciembre de 2010.



www.civil-mercantil.com

REUNIDOS.

De una parte, D. Estanislao Torcuato , mayor de edad, provisto de D.N.I. nº 32.620.405-B, actuando en nombre y representación de Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, en su calidad de Director General de esta Institución y autorizado expresamente para la formalización del presente contrato por el Consejo de Administración de la Entidad.

De otra, D. Jesus Torcuato , provisto de D_N.I. NUM000 , actuando en su propio nombre.

1. Jesus Torcuato inicio su relación profesional con CAIXA DE GALICIA el día 5 de de mayo de 1999, suscribiéndose contrato de trabajo de naturaleza común de dicha fecha, que regulaba las relaciones entre las partes.

2. Con fecha 17 de enero de 2002 fue nombrado Director General Adjunto de CAIXA GALICIA en virtud de acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad del día de la fecha.

3. El día 31 de marzo de 2010 fue nombrado Director General Adjunto Ejecutivo de Caixa Galicia en virtud de acuerdo del Consejo de Administración informando favorablemente la Comisión de Retribuciones y Nombramientos en su reunión de la misma fecha.

4. Posteriormente, el día 16 de septiembre de 2010, se le encomiendan las funciones de Director General de CAIXA de GALICIA, por jubilación del anterior Director General, mediante acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad del día de la fecha.

5. El día 1 de Diciembre de 2010 tuvo lugar la materialización, con la inscripción registral, de la fusión de las Entidades Caja de Ahorros de Galicia y Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra, dando lugar a Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra

6. Como consecuencia de la estructuración de los órganos de gobierno de esta Entidad recién constituida, el Consejo de Administración ha acordado, en su reunión de 1 de diciembre de 2010, nombrar a D. Jesus Torcuato Director General Adjunto Ejecutivo de la Caja tomando la decisión de proceder a la formalización de un contrato de trabajo de Alta Dirección que regule la relación de las partes y facultando expresamente al Director General D. Estanislao Torcuato , para suscribir dicho contrato en representación de la Institución.

7. Por la especial naturaleza jurídica de la relación laboral del personal de alta dirección, es interés de ambas partes la celebración del presente contrato, al objeto de confirmar, ordenar y, en su caso, actualizar las condiciones laborales por las que se rige la relación que media entre ellas, mediante un nuevo contrato, y así lo llevan a efecto de acuerdo con las siguientes.

ESTIPULACIONES

PRIMERA: Naturaleza jurídica:

De conformidad con el artículo 2.1 apartado a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , la naturaleza jurídica del presente contrato es la de relación laboral tiene carácter especial de personal de alta dirección, formalizándose aquel por imperativo y con respeto del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Se acoge igualmente el presente contrato a lo dispuesto en los artículos 44 a 46 del RD. Legislativo 1/2005 de 10 de marzo (Texto Refundido de la Ley de de Ahorros de Galicia) , en los que se regula el nombramiento, funciones y dedicación del Director General.

No obstante, en el caso de que la naturaleza jurídica de este contrato fuese cuestionada judicialmente, declarándola finalmente de derecho común a contrato laboral ordinario, ambas partes convienen que las condiciones establecidas en este contrato tendrán plena validez, obligándose la Caja a su cumplimiento.



www.civil-mercantil.com

TERCERA: Objeto del contrato y dependencia:

Constituye el objeto de este contrato la prestación por parte de D. Jesus Torcuato de los servicios inherentes al cargo de Director General Adjunto Ejecutivo de Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, con las atribuciones que a dicho cargo corresponden de acuerdo con el artículo 21 de la Disposición Transitoria Única de los Estatutos por los que se rige la institución con la categoría personal y rango que se consigna en el mismo, ejerciendo las facultades y responsabilidades en el descritas y las atribuciones que le delegue el Director General de acuerdo con lo dispuesto estatutariamente. En el ejercicio de sus funciones el Sr. Jesus Torcuato dependerá exclusivamente del Director General de la Entidad, sustituyéndole cuantas veces proceda, bien por ausencia, bien por delegación expresa, en el ámbito de las funciones que se establecen en el art. 44 del R.D. Legislativo 1/2005 de 10 de marzo, respetándose en todo caso lo regulado en los Estatutos de la Entidad.

CUARTA: Afiliación a la Seguridad Social:

D. Jesus Torcuato figurara en alta en el régimen general de la Seguridad Social.

QUINTA: Duración del contrato:

El contrato de trabajo es de duración indefinida.

Elo no obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en consonancia con lo establecido en el artículo 42.3 de los Estatutos de la Entidad, el presente contrato se extinguirá con carácter general por jubilación o por alcanzar la edad de 65 años D. Jesus Torcuato, con observancia, en este caso, de lo dispuesto en la Estipulación Undécima de este contrato y al amparo de lo establecido en el art. 45.2 del R.D. Legislativo 1/2005.

SEXTA: Antigüedad:

Al SR. Jesus Torcuato se le reconoce expresamente, a todos los efectos, la antigüedad que ostentaba en el sector de Cajas de Ahorros de 1 de marzo de 1987.

SEPTIMA: Suspensión de la relación laboral común:

Como consecuencia de la promoción interna que en su día se efectuó de D. Jesus Torcuato desde categorías profesionales inferiores, a la condición de Director General Adjunto de Caja de Ahorros de Galicia, ambas partes reconocen la suspensión de la relación laboral como originaria a partir del momento en que fue designado Director General Adjunto Ejecutivo, en funciones de Director General, de Caja de Ahorros de Galicia, en fecha 16 de septiembre de 2010, como - se ha recogido en la Manifestación Cuarta del presente contrato.

OCTAVA: Retribuciones:

Con independencia de las gratificaciones que pudiera percibir D. Jesus Torcuato por el cargo de Director General Adjunto, tanto por ocupar este puesto como otro adecuado al Nivel Salarial 1 que por lo que se refiere a la revaporización de los emolumentos de D. Jesus Torcuato en su condición de Director General Adjunto Ejecutivo, aquella merecerá la consideración anual que determine el Consejo de Administración de la Entidad, sin perjuicio de la actualización aplicable al nivel que ostenta en aplicación del Convenio Colectivo del sector de Cajas de Ahorros y en las normas internas correspondientes al resto de la plantilla de personal de la Entidad.

En la retribución convenida se entenderá comprendida, en la medida en que no la exceda, la que corresponda al Director General Adjunto de la Entidad según la normativa



www.civil-mercantil.com

laboral en vigor en cada momento, así como cualquier otra asignación que le pudiera estar atribuida por su relación de servicio con la Entidad.

UNDECIMA: Jubilación complementaria:

Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra reconoce por medio de este contrato, a D. Jesus Torcuato la posibilidad de prejubilarse, o jubilarse, en su caso, a partir del cumplimiento de la edad de 60 años y veinticinco de antigüedad, con derecho a la percepción, con carácter vitalicio, de una cantidad anual en concepto de renta que, sumada a la pensión pública de jubilación, represente el cien por cien del último salario anual recibido en activo.

El complemento de la pensión de jubilación a cargo de la Entidad, para completar la renta total, consistente en pensión pública y complemento adicional, será financiado por la Caja e instrumentado en la póliza en la que actualmente tiene reconocidos D. Jesus Torcuato los compromisos por pensiones a cargo de la Caja, modificando a tal efecto las coberturas y compromisos existentes para adaptarlos al contenido del presente contrato. La póliza de exteriorización del compromiso recogerá en todo caso el derecho de rescate a favor de la persona asegurada en los mismos términos y condiciones que el plan de pensiones de emplea vigente en la Caja para el colectivo de empleados de prestación definida.

En el supuesto de que el SR. Jesus Torcuato acceda a la prejubilación conforme a lo dispuesto en este contrato, Novacaixagalicia deberá tener, a dicha fecha, totalmente provisionadas las cantidades necesarias, según los correspondientes cálculos actuariales, para atender los pagos a realizar al SR. Jesus Torcuato desde la fecha de inicio de la situación de prejubilación hasta la de jubilación, formalizando para atender este compromiso un contrato de seguro con la correspondiente aportación al mismo del importe de la prima de la póliza de aseguramiento que resulte necesaria a tales efectos.

El complemento de la pensión de jubilación, que perciba D. Jesus Torcuato y por su importe global será objeto de revalorización anual conforme al mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la entidad en activo, haciéndose efectiva la revisión a primeros de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización.

De no cumplir el Sr. Jesus Torcuato con los requisitos establecidos legalmente para acceder a la jubilación pensionable, la Entidad satisfará el cien por cien de las percepciones que le han sido reconocidas en la Estipulación Octava y que constituyen su remuneración en activo, durante todo el periodo que permanecerá en situación de prejubilado y hasta el momento en que acceda a la jubilación. De ser necesaria la suscripción de Convenio Especial con la Seguridad Social por el periodo de prejubilación, los costes serán satisfechos por la Entidad.

DUODECIMA: Viudedad y orfandad complementarias:

En caso de fallecimiento del D. Jesus Torcuato , Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra reconocerá a su viuda un complemento de la pensión pública de viudedad hasta alcanzar el 50 por 100 del importe de la base de los haberes pasivos que se le venían acreditando a D. Jesus Torcuato en su condición de jubilado a prejubilado.

En caso de fallecimiento de D. Jesus Torcuato en su condición de jubilado o prejubilado, Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra reconocerá a sus huérfanos menores de 22 años un complemento calculado sobre la misma base anterior, de hasta el 20% y hasta la edad de 22 años.

De fallecer D. Jesus Torcuato estando el presente contrato de Alta Dirección en vigor, a su viuda y/o huérfanos les será reconocidos el mismo importe de complemento de la pensión de viudedad y/u orfandad antes dicho.



www.civil-mercantil.com

DECIMOTERCERA: Extinción del contrato:

El presente contrato podrá extinguirse, por las siguientes causas: A) Por voluntad de la Caja:

1. Por desistimiento de la Caja; en cuyo caso, deberá mediar un preaviso mínimo de tres meses, que de no cumplirse se indemnizara a Jesus Torcuato en una cantidad equivalente a los salarios globales del mismo, de los tres meses mencionados. El desistimiento comprenderá la extinción por causas objetivas prevista en el Art. 53 del Estatuto de los Trabajadores .

2. Por decisión de la Caja basada en incumplimiento grave y culpable de D. Jesus Torcuato , do acuerdo con las causas especificadas en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores .

B) Por desistimiento del trabajador como personal de alta dirección:

D. Jesus Torcuato podrá extinguir el presente contrato por desistimiento del mismo, debiendo mediar un preaviso mínimo de tres meses. En el supuesto de incumplimiento contractual grave atribuible a Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, no será preciso respetar este preaviso mínimo de tres meses.

C) La extinción del presente contrato por voluntad del Sr. Jesus Torcuato podrá fundarse, entre otras, en las siguientes causas:

a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario. Se entienden especialmente comprendidas dentro de estas modificaciones las previsiblemente derivadas del anuncio de un proceso de fusión de la Entidad contratante que determine la disolución de esta, y como consecuencia de ello, la consiguiente extinción de este contrato.

b) La falta de pago o retraso en el abono de la retribución pactada en la Estipulación Octava de este contrato.

c) El cambio notable en el contenido y planteamiento de la actividad principal que viene desarrollando Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios.

d) Cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones contractuales asumidas en el presente contrato por parte del empresario.

DECIMOCUARTA: Consecuencias de la extinción:

1. En el supuesto de lo previsto en el apartado A) 1, de la cláusula anterior, es decir, por desistimiento de la Caja, e incluso en el caso de que se declarara improcedente o nulo el despido por los supuestos A) 2, así como en el C), todos ellos de la cláusula precedente, el Sr, Jesus Torcuato podrá optar par una de las siguientes soluciones, que serán vinculantes para la Entidad: a) Seguir en la Entidad con derecho a una ocupación efectiva y acorde con el Nivel Salarial que ostenta y con respeto, amen de su dignidad profesional, de las condiciones retributivas convenidas en la Estipulación Octava de este contrato;

b) De cumplir en dicho momento los requisitos de edad, jubilarse en los términos que establece la Estipulación Undécima, pese a que en el momento de elegir esta opción no hubiera cubierto el periodo mínimo exigido de veinticinco años de antigüedad.

c) En el caso de no cumplir con los requisitos para el acceso a la jubilación, prejubilarse del modo previsto igualmente en la Estipulación Undécima, pese a que en el momento de elegir



www.civil-mercantil.com

esta opción no alcance los veinticinco años de antigüedad ni hubiera cumplido la edad mínima de 60 años de edad.

2. En el supuesto previsto en la letra B) de la cláusula precedente, es decir, por desistimiento del trabajador como personal de Alta Dirección, D. Jesus Torcuato podría decidirse formal y explícitamente por cualquiera de las siguientes opciones:

a) Pasar a desempeñar sus funciones en Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra de acuerdo con su clasificación profesional de Nivel 1 que tiene reconocido dentro de una relación laboral común, con derecho a una ocupación efectiva que no menoscabe su dignidad profesional, respetándose a título personal y particular, las mismas condiciones retributivas convenidas en la Estipulación Octava de este contrato;

b) Extinguir totalmente su vínculo laboral, causando baja voluntaria en la Entidad pasando a la situación de prejubilado, conforme a lo establecido en la Estipulación Undécima, aunque en el momento de elegir esta opción no hubiera cubierto el período mínimo exigido de 25 años de antigüedad y/o no cumplierse los 60 años de edad.

c) De cumplir los requisitos legales, jubilarse en los términos que establece la Estipulación Undécima, aunque en el momento de elegir esta opción no hubiera cubierto el período mínimo exigido de veinticinco años de antigüedad.

3. Asimismo, D. Jesus Torcuato percibirá, por una sola vez, el importe completo de la retribución variable que pudiese venir percibiendo, en consideración al último período de actividad desempeñado en la Entidad, considerando como tal el comprendido entre el 1 de enero y el día del mismo año en que se materialice la resolución de este contrato. El importe total a percibir por esta condición -con independencia de la duración de dicho último período de actividad en la Entidad del Sr. Jesus Torcuato - será, como mínimo, el equivalente a la cuantía total acreditada más elevada por el citado concepto de retribución variable, de entre los percibidos por este mismo concepto en los últimos tres años anteriores a la fecha de la resolución del contrato o la última acreditada si no hubiera percibido este concepto durante dicho período."

No obstante este contrato celebrado entre los acusados Estanislao Torcuato y Jesus Torcuato, fue modificado inicialmente por el contrato celebrado entre ambos con fecha 1 de julio de 2011 del siguiente tenor literal; modificación debida al deseo del acusado Jesus Torcuato, quien sabedor de las graves dificultades en las que había nacido NCG, le parecía excesiva la remuneración por todos los conceptos en caso de cese de su cargo.

Este nuevo contrato que supuso una rebaja considerable, aunque no cuantificada, de Jesus Torcuato decía lo siguiente:

"De una parte, D. Estanislao Torcuato, mayor de edad, provisto de D.N.I. nº NUM001 actuando en nombre y representación de Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense Pontevedra (en adelante "NOVACAIXAGALICIA"), en su calidad de Director General de esa Institución y autorizado expresamente para la formalización del presente contrato por el Consejo de Administración de la Entidad.

De otra, D. Jesus Torcuato, provisto de D.N.I. nº NUM000, actuando en su propio nombre (en adelante, el "Alto Directivo", EXPONEN

I. Relación laboral existente: Que desde el día 1 de Diciembre de 2010 el Alto Directivo ha venido prestando sus servicios como Director General Adjunto Ejecutivo en NOVACAIXAGALICIA amparo de una relación laboral especial de alta dirección conforme a lo establecido en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de Agosto (en adelante el "Real Decreto").

Que asimismo, con fecha 30 de Diciembre de 2010, ambas partes suscribieron condiciones laborales, económicas y personales en que se desarrolla dicha relación laboral



www.civil-mercantil.com

especial de alta dirección, integrándolas en el correspondiente Contrato de Trabajo de Alta Dirección, actualmente en vigor (en adelante "El Contrato").

II. Que teniendo en cuenta el entorno económico actual del sector financiero, que conlleva una mayor exigencia en los requerimientos de capital y liquidez de la Entidades financiera y, en consecuencia, de Novacaixagalicia, y con el objetivo de reducir el coste que supone para la Caja las condiciones inicialmente pactadas "El Contrato" para los supuestos de jubilación y prejubilación, se procede, por medio del presente acuerdo a redefinir el porcentaje del complemento para supuesto de jubilación, incorporando al mismo la mejora correspondiente a las aportaciones futuras del complemento inicialmente previsto y prescindiendo de las aportaciones correspondientes a los servicios pasados, de donde resulta el nuevo porcentaje de cobertura para la prestación de jubilación menor que el inicial. Asimismo se redefine el porcentaje a percibir en la situación de prejubilación situándolo en la media que resulta del actual proceso de prejubilaciones que Novacaixagalicia esta llevando a cabo.

INTERÉS Y ACUERDO DE LAS PARTES:

Que ambas partes tienen interés en modificar la cláusula undécima del contrato relativa a "jubilación complementaria" sustituyendo el contenido actual de la misma por el que figura a continuación, firmándose por las partes en prueba de conformidad y por duplicado ejemplar.

"UNDECIMA: Jubilación complementaria:

Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra reconoce por media de este contrato, a D. Jesus Torcuato la posibilidad de prejubilarse, o jubilarse, en su caso, a partir del cumplimiento de la edad de 60 años y veinticinco de antigüedad, con derecho a la percepción, con carácter vitalicio, de una cantidad anual en concepto de renta que, sumada a la pensión pública de jubilación, represente el sesenta y cuatro por ciento (64%) del último salario anual recibido en activo. En el supuesto de haber accedido con carácter previo a la situación de prejubilación, se entenderá como salario anual pensionable de jubilación el último salario anual percibido en activo incrementado en el mismo porcentaje de actualización salarial aplicado a la plantilla de la Entidad durante el periodo de prejubilación

El complemento de la pensión de jubilación a cargo de la Entidad, para completar la renta total, consistente en pensión pública y complemento adicional, será financiado por la Caja e instrumentado en la póliza en la que actualmente tiene reconocidos D. Jesus Torcuato los compromisos por pensiones a cargo de la Caja (o en otra que la sustituya), modificando a tal efecto las coberturas y compromisos existentes para adaptarlos al contenido del presente contrato. La póliza de exteriorización del compromiso recogerá en todo caso el derecho de rescate a favor de la persona asegurada en los mismos términos y condiciones que el plan de pensiones de empleo vigente en la Caja para el colectivo de empleados de prestación definida.

En el supuesto de que el Sr. Jesus Torcuato acceda a la prejubilación conforme a lo dispuesto en este contrato, Novacaixagalicia deberá tener, a dicha fecha, totalmente provisionadas las cantidades necesarias, según los correspondientes cálculos actuariales, para atender los pagos a realizar al Sr. Jesus Torcuato desde la fecha de inicio de la situación de prejubilación hasta la de jubilación, formalizando para atender este compromiso un contrato de seguro con la correspondiente aportación al mismo del importe de la prima de la póliza de aseguramiento que resulte necesaria a tales efectos.

El complemento de la pensión de jubilación, que perciba D. Jesus Torcuato y por su importe global será objeto de revalorización anual conforme al mismo porcentaje de incremento salarial que se aplique anualmente para los empleados de la entidad en activo, haciéndose efectiva la revisión a primeros de enero de cada año o lo antes posible una vez determinado el índice de actualización.



www.civil-mercantil.com

De no cumplir el Sr. Jesus Torcuato con los requisitos establecidos legalmente para acceder a la jubilación pensionable, la Entidad satisfará el noventa y cinco por cien (95%) de las percepciones que le han sido reconocidas en la Estipulación Octava y que constituyen su remuneración en activo, durante todo el periodo que permanecerá en situación de prejubilado y hasta el momento en que acceda a la jubilación. De ser necesaria la suscripción de Convenio Especial con la Seguridad Social por el periodo de prejubilación, los costas serán satisfechos por la Entidad."

8. Todos los contratos celebrados por los Altos Directivos acusados (Estanislao Torcuato el 20/octubre/2010, Artemio Gerardo el 25/octubre/2010, Ernesto Maximiliano 20/octubre de 2010 y Jesus Torcuato el 30/diciembre de 2010) con motivo de la fusión de Caixa Nova y Caixa Galicia, lo fueron con la colaboración y beneplácito del Belarmino Nazario , copresidente de NCG y la ayuda imprescindible de Basilio Adriano , como asesor fiscal, para que fueran aprobados en la Comisión de Retribuciones y en el Consejo de Administración de la nueva entidad resultante, con toda urgencia, moviendo la voluntad de los componentes de ambos organismos en el sentido de "promover y aprobar las nuevas condiciones necesarias para que los nuevos contratos de Alta Dirección pudieran celebrarse". Estos contratos celebrados sin necesidad alguna en 2010 toda vez que ya existían otros anteriores, se hicieron bajo la coartada de que nacía una nueva entidad con la fusión, pero no necesariamente tenían que suponer una sustancial y considerable ventaja económica para cada uno de los acusados altos directivos, como así sucedió, sobre todo porque eran sabedores de la situación económica y financiera de cada Caja fusionada, tal como así lo reconoció Jesus Torcuato en el complemento al contrato de Alta dirección que le otorgó el NCG, donde se exponen las serias dificultades del sector financiero, y sobre todo en NCG, que suponían un sobre coste para la entidad nacida de la fusión frente a lo que debiera de haber percibido de haberse hecho efectivos los contratos de alta dirección existentes anteriormente a los de 2010, y de haberse respetado las Recomendaciones de la UE, y las normas legales reguladoras en nuestra legislación para la remuneración de altos directivos, más la tasa de descuento no aplicada, que obligatoriamente debían haberse aplicado por la capitalización de renta vitalicia en los contratos de Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Jesus Torcuato en cada uno de ellos respectivamente, bajo la añagaza de que los contratos que entre todos los acusados habían urdido torticeramente no contemplaban dicha tasa de descuento.

8. Así, previo informe de la comisión de Retribuciones de Caixanova de 18/octubre/2010, ese mismo día 18 de octubre de 2010 el Consejo de Administración de Caixanova se reunió en Sesión Extraordinarias donde se sentaron las bases para los nuevos contratos de alta Dirección que suponían ventajas económicas para los cuatro acusados Altos Directivos y que tenía el siguiente orden del día, acordando lo siguiente en lo que importa al presente proceso penal:

- 1.- Celebración de la Asamblea General Extraordinaria.
- 2.- Información sobre el proceso de posible integración de las Cajas de Ahorros Gallegas.
- 3.- Propuestas de la Comisión de Retribuciones.
- 4.- Lectura y Aprobación en su caso, del acta de la sesión.

El consejo se dio por enterado y acordó, por unanimidad, refrendar el modo de actuación propuesto por el Presidente para el ordenado desarrollo de la Asamblea General Extraordinarias de Caixanova que va a celebrarse a continuación.

2.- INFORMACION SOBRE EL PROCESO DE POSIBLEINTEGRACION DE LAS CAJASS DE AHORROS GALLEGAS .- El Presidente informa sobre las actuaciones llevadas a



www.civil-mercantil.com

cabo desde la fecha de la celebración de la última sesión del Consejo, relativas al proceso de integración de Caixanova y Caixa Galicia, siendo las más relevantes las siguientes:

1.- Publicación en el Diario Oficial de Galicia, el pasado 4 de octubre, de la Ley 612010 de 29 de septiembre, por la que se incluye una nueva Disposición Transitoria a 6ª en la Ley 10/09, de 30 de diciembre, dirigida a que la fusión de las Cajas Gallegas pueda llevarse a cabo, ya que su finalidad es la de otorgar protección legal a los acuerdos alcanzados en el Protocolo de Integración. Aunque la aprobación de la norma se había producido en el Parlamento de Galicia el pasado 28 de septiembre, y de ello informo el Presidente en la anterior sesión del Consejo, su entrada en vigor se produjo al día siguiente de su publicación en el DOGA.

Por ello, se considera que el marco jurídico actualmente en vigor, ofrece una razonable seguridad jurídica de cobertura del Periodo Transitorio, tanto en su duración como en la composición de los Órganos de Gobierno de la nueva Caja.

2.- Firma del Pacto Laboral entre ambas Cajas y las organizaciones representantes de los trabajadores de las mismas, CC.00. y CSICA, que tienen el respaldo del 65,43% de los delegados sindicales elegidos en Caixanova y Caixagalicia. El Pacto Laboral aunque no es un elemento necesario para concluir la fusión, significa sin embargo, un respaldo muy importante para el desarrollo de la misma, por cuanto establece un escenario pactado de resolución del necesario proceso de adelgazamiento de las plantillas contemplado en el Plan de Integración, y un marco de confluencia para las condiciones laborales del equipo humano de la nueva Caja.

Intentar alcanzar la materialización de las expectativas de desinversión recogidas en el Plan de Integración, tanto de red comercial como de cartera industrial.

6.- Tramites CNC. El 7 de octubre ha tenido entrada en el registro de la Comisión Nacional de la Competencia, la notificación de la operación de fusión proyectada, debiendo resolver aquella antes del 8/11/2010.

El Consejo se dio por enterado y acordó, por unanimidad, considerar que, con razonabilidad suficiente, pueden darse por cumplidos aquellos condicionantes aprobados en anteriores sesiones del Consejo que pudieran haber incidido en el sometimiento de los acuerdos de fusión que van a ser presentados a la Asamblea.

3.- PROPUESTAS DE LA COMISION DE RETRIBUCIONES .- El Presidente cede la palabra al Director General que informa de que complementariamente al "Pacto Laboral de Fusión", se ha analizado la situación propia de las condiciones laborales aplicables a Caixanova en relación con las características aplicadas en CaixaGalicia, concluyendo en la existencia de ciertas divergencias de tratamiento de la política retributiva y de clasificación profesional que pueden subsanarse - al menos en parte y prácticamente sin incremento de costes de personal, ejecutando determinadas acciones.

Por ello se ha sometido hoy a la Comisión de Retribuciones las propuestas, contrastadas con los asesores externos de la Caja en esta materia (despacho Pradas y Cebrian) de las que se ha informado ampliamente al Banco de España y a la dirección de CaixaGalicia, cuya descripción expositiva figura en el acta de la citada Comisión, que ha aprobado por unanimidad someter al Consejo de Administración la adopción de los siguientes acuerdos:

1.-CONDICIONES ESPECIALES DE JUBILACIÓN ANTICIPADA O PREJUBILACIÓN DE DIRECTIVOS

1. Aprobar la concesión a los directivos de una compensación o premioespecial por su dedicación y aportación caso de acceder a una jubilaciónanticipada o prejubilación a percibir por una sola vez, facultando ampliamente alDirector General de la Entidad o al directivo en quien delegue para determinarsu cuantía en función de las características propias y profesionales y de carrerade cada uno de los directivos implicados, tomando como referencia el



www.civil-mercantil.com

importe de la Retribución Complementaria por Resultados percibida y el tiempo que media entre su edad y el cumplimiento de los 65 años .

2. Aprobar la jubilación anticipada, prejubilación , baja incentivada o similar rescisión de la relación laboral en Caixanova de aquellos directivos que así los soliciten y cumplan los requisitos establecidos en el Pacto Laboral de Fusión aplicándoles las mismas condiciones que las establecidas en este, facultando ampliamente al Director General o al directivo en quien delegue para acordar, interpretar, tramitar y formalizar las situaciones de estas características que se presenten .

2.- REASIGNACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN COMPLEMENTARIA POR RESULTADOS.

1. Aprobar la consolidación, de la Retribución Complementaria por Resultados-Parte Fija, cuyo importe se incorpora a la retribución fija a percibir en las pagas anuales de conformidad con lo establecido en el Pacto Laboral de Fusión, desapareciendo el concepto antes denominado RCR parte fija .

2. Con su correspondiente consolidación, aprobar la actualización retributiva de los grupos de actividades y responsabilidades 1,2,3,4 y 5 (de las tablas que figuran en los anexos 1 y 2 del acta de la Comisión de Retribuciones de fecha 25.05.06, consistente en incrementar el importe del concepto "Plus Equipo Directivo", aplicable a todas las pagas que ya lo venían percibiendo (18,5) y que tiene la condición de pensionable y revisable, dejándolos establecidos con efectos 1 de noviembre de 2010, de forma que esta actualización se efectúe incrementando el citado "Plus Equipo Directivo" en el importe correspondiente a la cantidad en que el RCR-PV percibido por cada directivo en 2010 (devengado en 2009) exceda del 25% de la retribución bruta total fija anual (sin computo de la RCR-PV ni la antigüedad) para los grupos profesionales 1,2, y 3 (Director General, Directores Generales Adjuntos y Subdirectores Generales) y del 20% para los grupos 4 y 5 (Subdirectores y Directores de Área o similar).

3. Facultar ampliamente al director General en pleno ejercicio de las facultades que tiene conferidas en los Estatutos de la Entidad, o al Directivo en quien delegue, para desarrollar, interpretar, aplicar.

4. Facultar ampliamente al Director General o al directivo en quien delegue para, implantar estos acuerdos, interpretarlos y desarrollarlos, formalizarlos en los correspondientes documentos, firmarlos y completarlos, en su caso, para perfeccionar su contenido.

7.- CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN .

1. Darse por enterado de los efectos que tiene la aprobación por Caixanova de su fusión con otra Entidad en lo que respecta a los vigentes contratos de Alta Dirección y a aprobar el cumplimiento de los compromisos contraídos en los mismos en el supuesto de que se produzcan desistimiento de los trabajadores como personal de Alta Dirección.

2. Respetar y aceptar ahora y en el futuro por aplicación del marco general de subrogación legal de obligaciones previamente contraídas los derechos que les fueron reconocidos, en materia de extinción del contrato de trabajo, a iniciativa del alto cargo, por desistimiento y por prejubilación o jubilación, que se prorrogan para su eventual ejecución .

3. Aprobar el suscribir unas pólizas individuales de aseguramiento, siendo sus respectivos beneficiarios D. Estanislao Torcuato , D. Artemio Gerardo y D. Ernesto Maximiliano , con la condición de que puedan efectuar el rescate de su prima o su conversión en renta, en la fecha de extinción de su contrato, transformando para ello las primas que les correspondan en las pólizas en que actualmente están integrados como consecuencia del sistema de previsión social complementaria establecido en la Entidad, facultando ampliamente al Director General o al Directivo en quien delegue para determinar la compañía de Seguros con la que se formalicen estas pólizas; establecer las condiciones de las mismas, suscribirlas en nombre de la Caja y, en general, para realizar cuantos trámites sean necesarios para ejecutar este acuerdo."



www.civil-mercantil.com

La aseveración de que se había informado ampliamente al Banco de España era veraz, pues el Banco de España tuvo conocimiento con mucha posterioridad de los nuevos contratos de alta dirección, cifrándose ese conocimiento en la visita de inspección realizada por los servicios de inspección del Banco de España en febrero/marzo 2011.

En esta sesión extraordinaria, los acusados, salvo el asesor externo Basilio Adriano también acusado, consiguieron que se aprobara por unanimidad no sólo la ratificación de los contratos de Alta Dirección y anexos a ellos, que ya tenían Estanislao Torcuato, Efraín Cristóbal y Artemio Gerardo sino que se formalizaran nuevos contratos de Alta Dirección, aunque se utilizó la fórmula de "Acuerdo", respecto a Estanislao Torcuato, Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo, contratos que se formalizaron según ya se ha dicho entre 20 y 25 de octubre de 2010, antes de que la nueva entidad nacida de la fusión iniciara su actividad prevista para el 30 de noviembre de 2010. Contratos de Alta Dirección como se ha expuesto reiteradamente que suponían unas claras ventajas económicas así como mejoras ostensibles respecto a la situación económica en orden de desistimiento por parte de los acusados en su relación laboral.

Los acuerdos referidos fueron:

""Aprobar el documento de modelo de acuerdo (Anexo 7) entre Caixanova y el Director General Adjunto D. Artemio Gerardo que regula las condiciones de su desistimiento y transitoria continuidad en la entidad resultante de la posible fusión con CaixaGalicia, elaborado respetando el contrato de Alta Dirección formalizado entre Caixanova y el citado Directivo, y las obligaciones y compromisos contraídos entre las partes, facultando ampliamente al Director General para comunicárselo, completarlo y/o ajustarlo, suscribirlo y elevarlo a público.

Aprobar la formalización de un acuerdo (según el modelo del Anexo 8) entre Caixanova y el Director General, D. Estanislao Torcuato, y entre Caixanova y el Director General Adjunto D. Ernesto Maximiliano (según el modelo del anexo 9), facultando ampliamente al Presidente, en el primer caso, y al Director General en el segundo, para comunicárselo, completarlos y/o ajustarlos, suscribirlos y elevarlos a público.

Aprobar el someter al Consejo de Administración de la nueva Entidad resultante de la fusión, en su primera sesión, la ratificación de los Contratos de Alta Dirección formalizados por la Entidad con D. Estanislao Torcuato, D. Artemio Gerardo y D. Ernesto Maximiliano, así como los contratos complementarios que resulten de la ejecución de los acuerdos 4 y 5 anteriores (según los modelos de los Anexos 7, 8 y 9)."

Alcanzado de una manera formal el objetivo previsto por los cuatro acusados referidos, Belarmino Nazario, Estanislao Torcuato, Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo de mejorar sus condiciones económicas en cualquier evento en que pudieran encontrarse si eran cesados en sus cargos en la nueva entidad nacida de la fusión, tras el acuerdo del Consejo de Administración de Caixanova y llevados a efecto los nuevos contratos de Alta Dirección, conforme a lo establecido en la escritura de fusión otorgada el 29 de noviembre de 2010, se celebró el primer Consejo de Administración de NovaCaixaGalicia el 1 de diciembre de 2010, en dicho acto se acordó en lo que hace al presente procedimiento penal lo siguiente:

""PROPUESTA A LA ASAMBLEA GENERAL DE EMISION DE PARTICIPACIONES PREFERENTES CONVERTIBLES, EN CUOTAS PARTICIPATIVAS PARA SUSCRIPCION POR EL FROB Y DELEGACION DE FACULTADES, EN SU CASO EL Copresidente propone al Consejo de Administración de Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, elevar a la Asamblea General propuesta de autorización para emitir Participaciones Preferentes convertibles en cuotas participativas a suscribir, en su caso, por el Fondo de Reestructuración



www.civil-mercantil.com

Ordenada Bancaria (FROB), por un importe nominal máxima de 1.162 millones de euros, respecto de la que el Consejo acuerda:

Elevar a la Asamblea General la siguiente propuesta:

Emisión de Participaciones Preferentes convertibles en cuotas participativas a suscribir, en su caso, por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)

Con fecha 14 de Junio de 2010, avanzando en el camino de la integración y ligado indisolublemente al proceso de integración por fusión, de CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (CAIXANOVA), y de CAJA DE AHORROS DE GALICIA, CAIXA GALICIA, ambas entidades acordaron solicitar al FROB la adquisición por el mismo de participaciones preferentes convertibles, en su caso, en cuotas participativas de la Caja resultante de la fusión, con la finalidad de reforzar los recursos propios de la misma, por importe total aproximado de 1.162 millones de euros.

Con fecha 29 de junio de 2010, por una parte, el Banco de España aprobó el Plan de Integración y, por otra parte, el FROB la solicitud referida anteriormente, sin la oposición motivada de la Sra. Ministra de Economía y Hacienda.

Tal y como se indicaba en el Proyecto Común de Fusión, aprobado por las respectivas Asambleas Generales Extraordinarias de CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (CAIXANOVA), y de CAJA DE AHORROS DE GALICIA, CAIXA GALICIA, celebradas el pasado 18 de Octubre de 2010: "Tras la inscripción de la nueva entidad en los registros administrativos correspondientes, se procederá con carácter inmediato a una convocatoria extraordinaria de la Asamblea General de la nueva Caja, con objeto de adoptar los acuerdos relativos a la emisión de participaciones preferentes convertibles en cuotas participativas de la Caja resultante de la fusión, con la finalidad de reforzar los recursos propios de la misma, por importe total aproximado de 1.162 millones de euros".

TOMA DE CONOCIMIENTO Y RATIFICACION DE LOS CONTRATOS DE ALTA DIRECCION SUSCRITOS POR LAS CAJAS FUSIONADAS VIGENTES EN LA NUEVA CAJA

Expone el Co-Presidente que Caixanova suscribió y elevó a público tres contratos de Alta Dirección formalizados entre Caixanova y el Director General D. Estanislao Torcuato y los dos Directores Generales Adjuntos D. Artemio Gerardo y D. Ernesto Maximiliano, de conformidad con los acuerdos adoptados al respecto por su Consejo de Administración en diferentes sesiones (así, por ejemplo, en las celebradas con fechas 29/11/90, 23/12/98, 28/06/01, 30/12/04 y 28/07/05).

Dichos contratos recogen fundamentalmente los siguientes aspectos:

.Naturaleza jurídica de relación laboral de carácter especial de Personal de Alta Dirección.

.Características de la prestación de servicios.

.Fundamento de la relación.

.Retribución.

.Duración del contrato.

.Tiempo de trabajo.

.Dedicación exclusiva.

.Suspensión de la relación laboral común.

.Extinción del contrato.

.Consecuencias de la extinción."

En definitiva en este Consejo de Administración los acusados referidos ocultaron falseando por consiguiente la realidad de los hechos, en cuanto a que los nuevos contratos de



www.civil-mercantil.com

alta dirección en modo alguno suponían una convalidación de los anteriores, puesto que la realidad era que introduciéndose nuevas estipulaciones que suponían un mayor coste para la entidad que los anteriores, moviendo torticeramente la voluntad del Consejo de Administración de Caixanova quien el 18 de octubre de 2010 adoptara entre otros, los siguientes acuerdos :

"- Respetar y aceptar ahora y en el futuro por aplicación del marco general de subrogación legal de obligaciones previamente contraídas los derechos que les fueron reconocidos, en materia de extinción del contrato de trabajo, a iniciativa del alto cargo, por desistimiento y por prejubilación o jubilación, que se prorrogan para su eventual ejecución. Asimismo, acordó someter al Consejo de Administración de la nueva Entidad resultante de la fusión, en su primera sesión, la ratificación de los Contratos de Alta Dirección formalizados por la Entidad con D. Estanislao Torcuato , D. Artemio Gerardo y D. Ernesto Maximiliano , así como los contratos complementarios que resulten de la ejecución de los acuerdos adoptados.

A continuación expone el Copresidente, D. Belarmino Nazario , que el Director General Adjunto Ejecutivo de la Entidad, D. Jesus Torcuato , dadas sus responsabilidades actuales, debiera gozar de similares condiciones contractuales especiales que las reseñadas arriba . Por ello, propone al consejo de Administración que delegue en el Director General la suscripción de un contrato de Alta Dirección entre la Caja y el Director General Adjunto Ejecutivo D. Jesus Torcuato del que tras su suscripción de cuenta a la Comisión de Retribuciones y Nombramientos.

El Consejo, teniendo en cuenta la información aportada, acuerda el contenido íntegro de este acuerdo antes expuesto y darle fuerza ejecutiva desde este momento.

El presente acuerdo se adopta con el voto favorable de todos los miembros del Consejo excepto el del Sr. David Hilario , quien vota en contra por desconocer, según manifiesta, que es lo que realmente se está sometiendo a votación.".

Y efectivamente los acusados referidos, como se ha señalado, ocultaron el sobrecoste que para la nueva entidad nacida de la fusión iba a suponer. Entidad de escasa viabilidad económica en la que el FROB iba a inyectar e inyectó en Diciembre de 2010, 1125 millones de euros.

El consejo de Administración de CaixaNova se reunió de nuevo el día 22 de octubre de 2010 y aprobó lo siguiente en orden a ya dejar cerrada la cuestión de la celebración de los nuevos contratos de alta dirección.

"1. Aprobar la concesión a los directivos de una compensación o premio especial por su dedicación y aportación caso de acceder a una jubilación anticipada o prejubilación a percibir por una sola vez, facultado ampliamente al Director General de la Entidad o al directivo en quien delegue para determinar su cuantía en función de las características propias profesionales y de carrera de cada uno de los directivos implicados, tomando como referencia el importe de la Retribución Complementaria por Resultados percibida y el tiempo que media entre su edad y el cumplimiento de los 65 años.

2. Aprobar la jubilación anticipada, prejubilación, baja incentivada o similar rescisión de la relación laboral en Caixanova de aquellos directivos que así lo soliciten y cumplan los requisitos establecidos en el Pacto Laboral de Fusión aplicándoles las mismas condiciones que las establecidas en éste, facultando ampliamente al Director General o al directivo en quien delegue para acordar, interpretar, tramitar y formalizar las situaciones de estas características que se presenten.".

9 .- Sabedores con un conocimiento muy real, los 3 acusados altos directivos provenientes de Caixanova de que probablemente no iba a continuar en su cargo en la Caja



www.civil-mercantil.com

fusionada, el 4 de agosto de 2011, unos dos meses antes de que el FROB además del dinero ya inyectado para la capitalización de la nueva entidad nacida de la fusión, tuviera que suscribir íntegramente el 10 de octubre de 2011 el total del aumento de capital que NovaCaixaGalicia necesitaba, por importe de 2465 millones de euros, y unos 3 meses antes de la creación del Banco NCG, S.A., el acusado Belarmino Nazario como copresidente de la Caja NCG convocó la reunión de la Comisión de Retribuciones y nombramiento de NovaCaixaGalicia en la que presentó al experto en Derecho Laboral, el acusado Basilio Adriano, a fin de exponer los pormenores relativos a los compromisos que contrajo la entidad hacia los cuatro acusados Altos Directivos de la entidad respecto a los contratos de alta dirección de 2010, y todo ello al socaire de analizar la decisión de la Asamblea General de NovaCaixaGalicia en la sesión celebrada el 21 de julio de 2011 de la Segregación del activo y pasivo de la entidad en beneficio de una nueva entidad, NCG Banco, S.A., como así se hizo Basilio Adriano informo que tal traspaso de activos y pasivos a NCG Banco, S.A. a la luz de los contratos de Alta Dirección y del R.D. 1382/85 de 1 de agosto, era una sucesión de empresa y cambio de titularidad jurídica de la entidad con ocasión de la segregación de NOVACAIXAGALICIA y sucesión universal a favor de NCG Banco, S.A., supuestos estos especificados en los nuevos contratos de Alta Dirección, para desistir de su relación laboral con NOVACAIXAGALICIA de forma que se preparaba su salida de la entidad, ocultando que este supuesto de desistimiento también estaba ya recogido en los contratos de alta dirección anteriores a los del 2010.

En dicha reunión se dijo que los acusados referidos no habían decidido desistir de su relación laboral de una manera formal, sino que era informar y plasmar las consideraciones legales sobre su procedencia. A la vista de lo expuesto por los acusados Belarmino Nazario y sobre todo Basilio Adriano, dicha Comisión de retribuciones y nombramientos aceptando lo dicho por el acusado Basilio Adriano, quien a preguntas del acusado Belarmino Nazario fijó el quantum de las obligaciones asumidas por NovaCaixaGalicia frente a los otros cuatro acusados si desistían de sus contratos alcanzarían, según los cálculos actuariales de que se disponían, la cifra de 28 millones de Euros, cantidad que tuvo NovaCaixaGalicia que provisionar el 4 de agosto de 2011.

En atención a ello la Comisión de Retribuciones sometió al consejo de Administración de NCG la adopción de los siguientes Acuerdos:

""Primero: Declarar vigentes los contratos de la alta dirección de la caja, por lo que resultan plenamente de aplicación cuantos compromisos fueron contraídos en el pasado por la Entidad con los señores Estanislao Torcuato, Jesus Torcuato, Artemio Gerardo y Ernesto Maximiliano.

Segundo: Constatar que entre los compromisos contraídos por la entidad figura el eventual desistimiento de la relación a instancias del directivo, siempre que concurren alguna de las circunstancias contempladas en el contrato y amparadas por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto que regula esta relación laboral de carácter especial, comprendiendo específicamente la sucesión de empresa o cambio en la titularidad jurídica de esta.

Tercero: Aceptar que el acuerdo de segregación del activo y del pasivo de NOVACAIXAGALICIA, con traspaso de todo el negocio financiero de la Caja a NCG BANCO, S.A. adoptado por la Asamblea General de esta el día 21 de Julio de 2011 es causa habilitante para el ejercicio por los directivos con contrato de la dirección de NOVACAIXAGALICIA, de la facultad de desistimiento de su relación laboral, estando legitimados los directivos para ejercer los derechos que tienen reconocidos. La facultad de desistimiento, justificada en esta causa, les fue ampliada a tres de los directivos, hasta el día 30 de Noviembre de 2013, con un preaviso de tres meses, con ocasión de la fusión de Caixa Nova y Caixa Galicia.



www.civil-mercantil.com

Cuarto: Acreditar, de acuerdo con lo anterior, la concurrencia de una contingencia provisionable por la caja, para que, en el caso del eventual ejercicio, por los interesados, de los derechos que les otorga el contrato celebrado y vigente, este registrada contablemente la cobertura de esta contingencia.

Quinto: Dotar, según los cálculos actuariales y financieros disponibles a la fecha, la provisión específica requerida que permita atender, en su caso, la eventual extinción de los contratos de la alta dirección de - NOVACAIXAGALICIA, de promover los interesados la facultad de libre desistimiento que tienen reconocida."

Ante la situación descrita por Basilio Adriano de que todo se estaba actuando bajo la más estricta legalidad, el 19 de agosto de 2011 dentro del plan urdido para beneficiar a los Altos Directivos, el acusado Belarmino Nazario convocó para el 25 de agosto el Consejo de Administración de Novacaixagalicia en la que se aprobó la propuesta de la Comisión de retribuciones y nombramiento en la que el acusado Basilio Adriano explicó al Consejo el alcance jurídico del acuerdo de la Comisión de Retribuciones de 4 de agosto, volviendo a exponer lo que supone la creación de NCG Banco, S.A. y su incidencia en el ejercicio de la facultad de desistimiento de los cuatro Altos Directivos en sus contratos de Alta Dirección, debiendo provisionarse tal contingencia por si se produjera. Asimismo se ratificaron los cuatro contratos de alta dirección celebrados en el 2010 .

Tras la aprobación en la sesión del Consejo de Administración de Novacaixagalicia de fecha 8 de septiembre de 2011, del plan de recapitalización ascendente a 2465 millones de euros que suscribió íntegramente el FROB al mes siguiente, y de la segregación de los activos y pasivos de la entidad financiera aludida al Banco creado (NCG Banco) quedándose Novacaixagalicia sólo el ámbito de obra social de la Caja, que termino por ser una Fundación; el acusado Belarmino Nazario convocó con carácter urgente la comisión de retribuciones y nombramientos de NovaCaixaGalicia en su condición de copresidente de dicha entidad, asistiendo a la misma el acusado Basilio Adriano , toda vez que los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo habían presentado las comunicaciones de su desistimiento de su relación laboral con NovaCaixaGalicia, y explicar a dicha comisión las consecuencia que de dichos desistimientos se derivaban. La reunión de dicho Comité de Retribuciones y Nombramiento, se celebró el 13 de septiembre 2011.

El desarrollo de esta reunión se celebró iniciando el acusado Basilio Adriano una exposición del tenor que se expone a continuación, a la que siguió la proposición del acusado Belarmino Nazario del siguiente tenor, que también se recoge a continuación:

"A juicio del Sr. Basilio Adriano las comunicaciones presentadas por los directivos a los que se ha hecho referencia tienen en común que justifican su petición en el notable cambio institucional que en breve se va a producir y cuyo origen lo centran acertadamente en la decisión adoptada por la Asamblea General de Novacaixagalicia el pasado día 21 de julio de 2011.

Respecto de la comunicación de desistimiento del Sr. Artemio Gerardo , a la fecha de esta Comisión, ya ha sido objeto de ejecución dentro del compromiso de prórroga de prestación de servicios que se había acordado entre las partes, teniendo en cuenta que debió haberse producido la extinción de este contrato en junio de 2011, sin haberse llevado a termino por expresa voluntad de la Dirección de la Caja.

La comunicación del desistimiento promovida por el Sr. Ernesto Maximiliano se hizo efectiva el día 30 de agosto de 2011 y fue recepcionada por la Dirección General en la misma fecha, manifestándose en ella la voluntad del alto cargo por la rescisión inmediata de su contrato.



www.civil-mercantil.com

El único elemento diferenciador entre las restantes comunicaciones de desistimiento lo constituye el caso del Sr. Estanislao Torcuato , el cual razona en su escrito que demora la presentación de la comunicación de desistimiento a la recepción de un ofrecimiento de continuidad en la nueva estructura bajo una responsabilidad acorde con la que venía ejerciendo en la Caja, y que lejos de recibirla se le desvanecía cualquier expectativa toda vez que se le comunica, por el nominado Presidente del Banco de inminente creación, que algunos inversores condicionan su entrada en el capital a que no se mantuviera en la estructura del Banco, el director general de Novacaixagalicia. Es decir, en este caso además de concurrir, como en los demás, la causa del cambio en la titularidad jurídica de la Caja será el supuesto de condicionar la pervivencia de la relación laboral a la voluntad de la Entidad resultante.

Así las cosas, con las comunicaciones de desistimiento presentadas, estas, a juicio del asesor, se consideran correctas y ajustadas a los contratos de Alta Dirección que tienen formalizados y a la norma que regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. Sobre ello existen ya pronunciamientos explícitos de esta Comisión de Retribuciones y Nombramientos y posteriormente del Consejo de Administración de la Entidad, admitiendo la concurrencia de la causa y la existencia del derecho a favor de la Alta Dirección, esperando tan solo que se promovieran finalmente estas comunicaciones.

Por lo que se refiere a la consecuencia que se derivan de la presentación de las comunicaciones de desistimiento procede informar como relevante de lo siguiente:

La opción por la que se decantan, y así lo recogen en sus comunicaciones, es la de prejubilarse, suponiendo esta una identidad en cuanto a la medida comúnmente utilizada por los empleados de la Entidad para la reciente reestructuración y ajuste de la plantilla. La presente prejubilación en concepto de renta vitalicia será capitalizada a voluntad de los interesados conforme a lo previsto en sus contratos .

Escuchada la opinión del acusado Sr. Basilio Adriano , el Copresidente Sr. Belarmino Nazario propuso a la Comisión la adopción de los siguientes acuerdos: PRIMERO: Toma de conocimiento de la resolución del contrato del Sr. Artemio Gerardo en las condiciones en las que esta se ha producido con prejubilación en los meses que restan hasta su jubilación pensionable en el mes de junio de 2012.

SEGUNDO: Que procede aceptar la extinción de los contratos de los Sres. Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano , por cuanto la causa esgrimida para ello ya se entendió plenamente concurrente por esta Comisión de Retribuciones y Nombramientos y posteriormente por el Consejo de Administración de Novacaixagalicia, en las sesiones que celebraban los días 4 y 25 de agosto de 2011, respectivamente.

TERCERO: Que en los tres casos la opción elegida por los interesados es la prejubilación, a la que se acogen bajo las condiciones contractualmente reconocidas que representa la percepción de una renta vitalicia constituida por el 100% de sus percepciones anuales computadas estas de acuerdo con el salario recibido en los 12 meses anteriores a la fecha de la prejubilación , descontando de aquel tan solo el complemento salarial denominado Remuneración Complementaria por Resultados Parte Variable, capitalizándose la misma en los términos establecidos en sus contratos.

CUARTO: Que la provisión necesaria para hacer frente a las obligaciones contraídas contractualmente por Novacaixagalicia ha sido calculada de acuerdo con los métodos que actuarialmente son exigibles para que pueda instrumentarse de manera inmediata la extinción de los dos contratos de Alta Dirección afectados por esta decisión, procediéndose a su correspondiente liquidación.



www.civil-mercantil.com

QUINTO: La provisión sobre la que esta Comisión se pronunció en su sesión del pasado día 4 de agosto no es totalmente consumida, quedando pendiente de la decisión final de uno de los integrantes del actual equipo de dirección de Novacaixagalicia con contrato de Alta Dirección.

SEXTO: Que se autorice al Copresidente D. Belarmino Nazario a que vele por el cumplimiento de los presentes acuerdos indicando a los departamentos correspondientes las directrices oportunas para que lleven a término correctamente la ejecución y liquidación de los contratos afectados por las presentes decisiones.

La propuesta realizada por el Sr. Presidente cuenta con la aceptación de la totalidad de los vocales de la presente Comisión."

El día 30 de septiembre de 2011 se reunió el Consejo de Administración de NovaCaixaGalicia presidida por Belarmino Nazario , en la que se expuso de forma concreta, que tras la comunicación de la Comisión Rectora del FROB de 29 de septiembre de 2011, dirigida al acusado como copresidente de NovaCaixaGalicia, y al presidente de NCG Banco, SA recién constituido para ejercer la actividad financiera de la Caja NCG, de la suscripción por el FROB de la ampliación de capital de manera íntegra por 2465 millones de euros, y dado que el valor económico asignado a NCG Banco SA, se ha fijado en 181 millones de euros idéntico al que se valora Novacaixagalicia a septiembre de 2011, la participación del FROB en el Banco nuevo creado con la finalidad de que la entidad resultante pudiera ser viable ascendió al 93,16%. Es decir el nuevo banco creado era prácticamente propiedad del FROB, pues el FROB era el dueño de NCG en la referida proporción de capital social.

En esta reunión del Consejo de Administración, el acusado Belarmino Nazario defendió la opción ejercitada por los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , siendo la cuestión suscitada del siguiente tenor:

"El Sr. David Hilario se refiere a la salida de la entidad de los cuatro directivos vinculados a la misma por contratos de Alta Dirección, contratos con los que nunca estuvo de acuerdo, solicitando información sobre el importe total de las indemnizaciones percibidas por dichos directivos.

Al respecto, el Copresidente D. Belarmino Nazario señala que los altos directivos que han decidido causar baja en la entidad no han hecho sino hacer valer la previsión expresamente recogida en sus contratos de poder acogerse a su prejubilación. En este sentido, recuerda que en la reunión de este Consejo del pasado 25 de agosto D. Basilio Adriano , asesor de la Caja en esta materia, aclaró en relación con el posible desistimiento por parte de los altos directivos, que no existía cláusula de blindaje que pudiera dar lugar a una indemnización, pues el sistema es de renta diferida en el tiempo . Por lo tanto, desde el punto de vista de la situación de hecho, no hay ninguna diferencia entre estas prejubilaciones y las del resto de los empleados que también han decidido acogerse a esta situación al amparo del acuerdo laboral alcanzado con los sindicatos con ocasión de la fusión. La diferencia solo viene determinada por el importe de la retribución de cada uno de ellos. Pero tampoco en este caso cabe hablar de un hecho diferencial respecto del resto de personal prejubilado, ya que cada una de las personas que han decidido acogerse a esta situación lo han hecho en base a sus particulares condiciones retributivas fijadas también en función del puesto y de la responsabilidad que venían desempeñando. Estamos hablando, por tanto y en todos los casos, de prejubilaciones de acuerdo con las condiciones particulares, tanto de la Alta Dirección como del resto del personal. Y no siendo necesario ni procedente hacer públicos los importes percibidos por parte del personal prejubilado, tampoco parece procedente hacerlo respecto de los altos directivos."



www.civil-mercantil.com

Qué duda cabe que tal información dada por el acusado Basilio Adriano , no era cierta pues los acusados altos directivos se acogieron como así podían hacer, que es lo que omitió, a una indemnización por capitalización, dando de lado al a opción de renta diferida en el tiempo.

En la comisión de Control de NovaCaixaGalicia de 21 de octubre de 2011 a la que asistió el acusado Basilio Adriano se dio cuenta del desistimiento de los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo . En la reunión del Consejo de Administración de NCG de 27 de octubre de 2011 se dio a conocer las fechas e indemnizaciones percibidas para los cuatro acusados en su condición de ejecutivos de Alta Dirección, siendo las cantidades que se expresan los siguientes:

Antes del 14 de septiembre de 2011 se ejecutaron los contratos de:

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

D. Artemio Gerardo : 691 mil euros.

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

El 20 de septiembre, y ya en sede del Banco NOvaCaixaGalicia, D. Jesus Torcuato , percibió 5,7 millones de euros por su concepto de finiquito incluyendo su retribución hasta el cumplimiento de los 65 años. Se cobró asimismo en torno a 4,2 millones de euros de previsión social que faltaba por cubrir.

Asimismo en dicha reunión del Consejo de Administración, se dio cuenta del informe recibido encargado por FROB en relación al valor asignado al Banco recién creado, valor que ascendió a 181 millones de euros, por lo tanto salvo error u omisión, los acusados altos directivos percibieron antes de octubre de 2011, 18.891.000€ de una entidad para cuyo funcionamiento, y de ello eran sabedores, que para la capitalización de la entidad en orden a que fuera viable, el FROB con fecha 10 de octubre de 2011, suscribió íntegramente el total aumento de capital social de NovaCaixaGalicia que se traspasa al Banco por 2465 millones de euros, además de la inyección inicial de 1142 millones de euros cuando se hizo la fusión. A estas cantidades percibidas hay que añadir 4 millones de euros, 2,8 millones de euros y 4,2 millones de euros que se tuvieron que provisionar por el concepto de la previsión social, respecto a Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Jesus Torcuato .

10.- Todas las actuaciones llevadas a cabo por los acusados tendentes a celebrar los cuatro contratos de alta dirección en el 2010, fueron ejecutadas siendo sabedores cuando desistieron de tales contratos en septiembre de 2011 y liquidaron las mismas, del R.D. 771/2011 de 3 de junio que entró en vigor el día 5 de junio de 2011, que incorporaba un nuevo capítulo XIII acerca de la política de retribuciones o remuneraciones en las entidades de crédito, para entidades de crédito en dificultades diciendo el acusado Basilio Adriano ante la Comisión de Retribuciones de NCGalicia de 4 de agosto de 2011, algo realmente sorprendente, y es que el RD. 771/2011 de 3 de junio no era aplicable a los 4 altos directivos acusados. En definitiva los acusados sabedores de que los nuevos contratos introducían mejoras económicas sustanciales respecto a los anteriores a percibir en caso de su salida de la entidad, así como nuevos derechos en cuanto a que las pólizas individuales de afianzamiento de la pensión a percibir por cada uno de ellos, suscritas como consecuencia de los nuevos contratos de alta dirección (Póliza nº NUM002 - Ernesto Maximiliano , NUM003 - Artemio Gerardo y NUM004 - Estanislao Torcuato) no podrían modificarse sin la aquiescencia o



www.civil-mercantil.com

consentimiento de éstos; en modo alguno han movido su voluntad aun siendo plenamente conocedores de la mala situación de la entidad financiera que abandonaban en la que habían desempeñado los mas altos cargos de gestión, que necesitó y estaba necesitada de la inyección de dinero público para poder subsistir. Buena prueba de ello es que el Banco de España en la persona del acusado de Belarmino Nazario puso en conocimiento el 2 de noviembre de 2011 una vez conocido el tenor de los contratos de alta dirección de 2010, un mes y medio aproximadamente después de ejecutar estos 4 nuevos contratos, de lo siguiente:

""La entrada en vigor el pasado 5 de junio del Real Decreto 771/2011, de 3 de junio (en adelante el Real Decreto), que incorpora un nuevo Capítulo XIII sobre política de remuneración de las entidades de crédito en el Real Decreto 216/2008, de recursos propios de las entidades financieras, culmina la trasposición a la normativa española de la Directiva 2010/176/UE (CRD3). El Real Decreto introduce un marco de obligado cumplimiento en materia de política retributiva para las entidades de crédito, marco que será de aplicación a las remuneraciones devengadas en 2011 y las concedidas y aún no abonadas que correspondieran al ejercicio 2010

Los antecedentes de esta normativa se encuentran en los principios y estándares sobre remuneraciones emitidos por el Financial Stability Board (FSB) en abril y septiembre de 2009, y los principios de alto nivel publicados por el Comité de Supervisores Bancarios sobre políticas de remuneración y estándares de aplicación de los principales de buenas prácticas del FSB. El Banco de España, en aras de avanzar al cumplimiento de la futura normativa comunitaria, insto a las entidades para que adoptaran e implantaran anticipadamente dichos principios y estándares mediante sendas cartas de 31 de Julio y 11 de noviembre de 2009.

La nueva normativa traspuesta mediante el Real Decreto persigue, por una parte, la alineación de las políticas de remuneración, incluidos los salarios y los beneficios discrecionales por pensiones, a los resultados a largo plazo de la entidad y, por otra, incentivar una gestión sana y prudente del riesgo. Para ello se establecen una serie de requisitos sobre la política y diseño de los esquemas de remuneraciones, requerimientos que deberán tenerse presentes para la necesaria adaptación de los acuerdos de remuneración y contratos de alta dirección firmados antes de la entrada en vigor del Real Decreto. La adaptación de estos últimos contratos, si procede, deberá abordarse por la entidad con la máxima diligencia.

Adicionalmente, está en curso la modificación de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, que desarrollara los aspectos relacionados con la transparencia de la política de remuneraciones y datos cuantitativos agregados sobre la misma, información que será incluida en el informe de relevancia prudencial que se publique en el ejercicio 2012 referido a las remuneraciones de 2011.

A ese respecto, el Real Decreto introduce la obligación de que por parte del Órgano de dirección de la entidad se garantice la aplicación de los principios de remuneración, revisándoles periódicamente. Asimismo, al menos una vez al año, debe realizarse una evaluación interna central e independiente de la política de remuneración, al objeto de verificar si se cumplen las pautas y procedimientos de remuneración adoptados por el Órgano de dirección, y que habrán (sido previamente informados por la Comisión de Retribuciones)."

En definitiva en el momento de los desistimientos unilaterales de los 4 acusados altos directivos, ya había entrado en vigor el RD 771/2014; y que fue totalmente ignorado a la hora de ejecutar los 4 contratos de alta dirección.

Como corolario para evitar un mayor desembolso en la Caja Fusionada, en definitiva en el Banco que hubo de crear, el Banco de España dirigió al nuevo presidente una vez constituido el Banco, Edmundo Teofilo, un escrito respecto a los compromisos asumidos por NovaCaixaGalicia en relación a las pensiones por jubilación, del siguiente tenor literal,



www.civil-mercantil.com

concedores de los contratos de alta dirección que se produjo en la inspección que llevó a cabo a principio del año 2011 en el BNCG, cuyo literal es el siguiente:

"Madrid, 8 de junio de 2012

En relación con los compromisos por pensiones de jubilación asumidos por Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra frente a los que fueron sus Directores Generales Adjuntos, D. Estanislao Torcuato , D. Ernesto Maximiliano , D. Artemio Gerardo y su Director General Adjunto Ejecutivo, D. Jesus Torcuato , se le dirige el presente requerimiento en tanto que entidad beneficiaria de la segregación de los activos y pasivos financieros de Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, a fin de que, a la vista de las obligaciones que en materia de política de retribuciones impone el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades de crédito, se abstenga de realizar cualquier actuación en este ámbito que suponga un incumplimiento de lo previsto en el artículo 76 quinquies del referido Real Decreto 216/2008 , e instruya a las compañías aseguradoras en las que mantenga externalizados los compromisos asumidos en este ámbito para que no realicen pagos incumpliendo dichas previsiones.".

En ambos escritos se hace referencia a las obligaciones que en política de Retribuciones impone el RD. 216/2008 de 15 de febrero, y a toda la legislación comunitaria y española que los acusados conocían de sobra dada su posición de máximos responsables de la gestión de las entidades que se fusionaban, y de las aportaciones de capital público que tuvo que realizar el FROB" (sic).

Segundo.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera dictó sentencia núm. 40/2015 de fecha 22 de octubre de 2015 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debemos absolver y absolvemos a Jesus Torcuato , declarándose en cuanto a este acusado las costas procesales de oficio.

Y debemos condenar y condenamos a Estanislao Torcuato ; Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , como autores penalmente responsables sin las concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un delito de Administración Desleal en concurso de Leyes con un delito de Apropiación Indevida en su modalidad de gestión desleal; y a Belarmino Nazario y Basilio Adriano , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como cooperadores necesarios de los delitos expresados, a la pena a cada uno de ellos, de dos años de prisión y multa de 10 meses con una cuota diaria de 250 euros, y con una responsabilidad civil subsidiaria en caso de impago de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas que dejen de satisfacer.

Asimismo al pago proporcionalmente de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, no así las de la acusación popular.

Con abono de los días en que haya estado privados de libertad.

A los acusados no absueltos, se les condena a la accesoria de inhabilitación especial para el empleo durante el tiempo de la condena que desempeñaban cuando realizaron los hechos enjuiciados, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y en cuanto a la responsabilidad civil, se ha de estar a lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Decimosexto de esta resolución, debiendo establecer que la indemnización es a favor del FROB, no de NovaCaixaGalicia.



www.civil-mercantil.com

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

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación legal de los recurrentes Estanislao Torcuato , Artemio Gerardo y Ernesto Maximiliano , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . II.- Por el cauce del art. 849.2 de la LECrim , error en la apreciación de la prueba. III.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim por indebida aplicación de los arts. 252 y 295 del CP , en su redacción vigente al tiempo de los hechos. IV.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ , y 852 de la LECrim , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE , al haberse vulnerado el principio dispositivo o de justicia rogada en la fijación de la responsabilidad civil derivada del delito. V.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por aplicación indebida aplicación de los arts. 109 y ss. y 116 del CP , en relación con las responsabilidades civiles objeto de condena.

Quinto.

La representación legal del recurrente Belarmino Nazario , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por incorrecta aplicación de los arts. 252 y 256 del CP , al haber condenado al acusado como cooperador necesario de un delito de apropiación indebida en concurso de leyes con otro de administración desleal. II , IV y V.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la apreciación de la prueba. III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del art. 28 del CP , al considerarse al acusado cooperador necesario en el delito de apropiación indebida. VI y VII.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado, así como a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24.1 y 2 de la CE . VIII.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por incorrecta aplicación de los arts. 109 y 110 del CP .

Sexto.

La representación legal del recurrente Basilio Adriano , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :



www.civil-mercantil.com

I, II y III.- Por el cauce del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley aduciendo en el primero de los motivos, indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 28.2 b del CP, argumentando que el comportamiento desplegado por el recurrente tuvo un carácter neutral y penalmente irrelevante, tanto como cooperación necesaria como respecto a cualquier otra forma de participación; alegando, en el segundo, la innecesariedad de la aportación del recurrente con su conducta para la ejecución del delito, para concluir en el tercero de los motivos, con la inconcurrencia en el supuesto enjuiciado de los elementos exigidos para el dolo del cooperador. IV.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, se invoca "infracción directa de las normas administrativas y laborales". V.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de las pruebas. VI.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como que las sentencias penales condenatorias incluyan una motivación, reforzada, razonada y razonable por afectar a derechos fundamentales materiales.

Séptimo.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 11 de marzo de 2016, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso de casación a excepción del motivo cuarto del recurso formalizado por los acusados Estanislao Torcuato, Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo, que se apoya, en razón de las consideraciones expuestas.

Octavo.

Por providencia de fecha 14 de junio de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Noveno.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 29 de junio de 2016. La Sala en fecha 13 de julio de 2016 dictó auto de prórroga para dictar sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia número 40/2015, dictada con fecha 22 de octubre de 2015 por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, condenó a los acusados Estanislao Torcuato, Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo, como autores de un delito de administración desleal, en concurso de leyes con un delito de apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal, a las penas de 2 años de prisión y multa de 10 meses con una cuota diaria de 250 euros. También condenó a la misma pena a los acusados Belarmino Nazario y Basilio Adriano, en su calidad de cooperadores necesarios de esos delitos.

Contra esa sentencia se interpone recurso de casación. Los tres primeros acusados comparecen bajo una misma representación legal y defensa.



www.civil-mercantil.com

Formalizan cinco motivos. Por la representación legal de Belarmino Nazario se hacen valer ocho motivos, mientras que el acusado Basilio Adriano interpone seis.

Todos ellos van a ser analizados individualmente conforme a la pauta metodológica que inspira los distintos recursos, sin perjuicio de las obligadas remisiones con el fin de evitar la repetición de argumentos ya expuestos.

RECURSO DE Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo

Segundo.

El primer motivo se ampara en los artículos 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española (CE).

2.1.- La autoría proclamada en el relato de hechos probados se fundamenta en una argumentación absolutamente irracional e incongruente. A juicio de la defensa, la sentencia recurrida sustenta su fallo en una serie de fundamentaciones que resultan a todas luces ilógicas e irracionales, pues no encuentran sustento razonable en la prueba practicada en el plenario. Dicha resolución se limita a efectuar una simple transcripción mecánica de determinados pasajes de documentos, o de lo dicho en sus informes por los peritos, o en sus declaraciones por los acusados, testigos y peritos, pero sin efectuar a continuación el necesario juicio crítico acerca de tales pruebas y la ponderación de su valor probatorio. Por otra parte, la sentencia recurrida incorpora de forma incompleta ese catálogo de documentos, informes periciales, declaraciones y testimonios, con omisión de cualquier mención al resultado de relevantes pruebas practicadas en el plenario que cuestionan la convicción nuclear alcanzada por el Tribunal a quo y sobre la que se asienta la condena impuesta a los recurrentes que sería -según se alega- la mejora intencionada de las condiciones económicas de sus contratos en octubre de 2010 para el caso más que probable, por razonable, de su salida de la nueva entidad fusionada dada su gestión anterior calamitosa.

Entienden los recurrentes que no existe en la sentencia que se cuestiona una prueba de cargo que acredite más allá de toda duda razonable esta afirmación. La resolución recurrida no realiza un juicio crítico de los documentos, informes de peritos y declaraciones de los testigos que menciona. De algunos de ellos incluso se prescinde. Tampoco pondera su respectivo valor probatorio. Este defecto es especialmente significativo -se insiste- respecto a la prueba documental. La sentencia de instancia hace una relación de documentos en la que unas veces se alude a determinadas piezas documentales, sin más concreción, y en otras ocasiones se mencionan también aspectos particulares de las mismas, mas no la razón por la que unas u otros aparecen citados, ni la importancia que su contenido expresivo -que tampoco se desprende sin más de la forma en que se reseña el documento en cuestión- tendría para justificar algún pasaje concreto de la declaración de hechos probados. El juicio histórico incluye determinadas valoraciones y menciones adjetivadas que son impropias de este pasaje de la resolución. Esta ausencia de juicio crítico estaría también presente - según se argumenta- en las menciones que se hacen al contenido de los informes periciales emitidos a lo largo del proceso o de las declaraciones efectuadas por unos pocos testigos.

Según los recurrentes, la sentencia cuestionada se fundamenta en un hecho probado que no es cierto. De ahí que en el desarrollo del motivo se discrepe del proceso de cuantificación de las mejoras atribuidas a cada uno de los acusados. No existieron tales mejoras ni, por supuesto, intención de procurárselas. Todas las cantidades percibidas durante



www.civil-mercantil.com

el período de liquidación, en septiembre de 2011 y en concepto de prejubilación, traían origen en sus antiguos contratos y no en los complementos de contrato de 2010.

La sentencia recurrida, en fin, no ha tenido en cuenta la incidencia del Pacto Laboral de Fusión firmado el 4 de octubre de 2010. Tampoco ha valorado que el Banco de España, desde febrero/marzo de 2011, tenía pleno conocimiento de las condiciones que regían aquellos contratos. Además, lo recurrentes no tuvieron ninguna participación en la liquidación de esos contratos.

En cuanto a la situación económica financiera de Caixanova y de Novacaixagalicia se alega por los recurrentes que las pruebas a las que se refiere la sentencia recurrida en su FJ 4º para concluir cuál era la situación económica de estas entidades no tienen entidad suficiente para enervar su presunción de inocencia, ya que se trata de pruebas testificales realizadas cinco años después de los hechos enjuiciados, con la contaminación lógica del juicio realizado " a posteriori " y que viene condicionado en gran medida por el conocimiento hoy, que no en tiempo real, de los efectos producidos por la crisis que con gran virulencia ha afectado a todo el sector financiero. Esas pruebas no se han apreciado por la Sala a quo en toda su extensión - particularmente la testifical de Efrain Cristobal -. Lo único que se confirma a través de ellas es el hecho de los apoyos dados por el FROB en el marco de la correspondiente reestructuración del sector financiero y cumplimiento de las exigencias en materia de solvencia y dotaciones derivadas de los Reales Decretos de creación del FROB, 9/2009 y 2/2011 (Decreto Salgado). Pruebas, en definitiva, que son contradichas por la abundante documental producida en el tiempo real -el de los hechos enjuiciados- y unida a la causa, particularmente, entre otros, los informes de seguimiento de la inspección del Banco de España. Por consiguiente, Novacaixagalicia era una entidad solvente, rentable y viable y que, como tal entidad viable, recibió determinados apoyos del FROB, no por razón de una supuesta situación económico financiera negativa, sino para mejorar la eficiencia y reforzar la solvencia de la entidad en el marco de un exigente proceso de reestructuración del sector financiero.

El desarrollo del motivo incluye un meritorio esfuerzo argumental encaminado a demostrar, por una parte, la ausencia de ánimo de lucro de los recurrentes, por otra, que los distintos conceptos en los que el Tribunal de instancia ha situado las mejoras de contrato - retribución complementaria por resultado, parte fija RCR; tasa de descuento; gratificación especial; plus del convenio; póliza individual de pensión- no implicaron la realidad de una mejora respecto de su situación contractual preexistente.

El motivo no es viable.

2.2.- Tiene razón la defensa cuando critica la deficiente técnica de la sentencia recurrida. La Sala también constata que el juicio histórico acoge una censurable transcripción de dictámenes periciales tal y como fueron elaborados en la instrucción. Su lectura sugiere que el Tribunal a quo hace suyas, de forma absolutamente acrítica, las conclusiones suscritas por algunos de los peritos que dictaminaron en la causa. Sin el más mínimo matiz, los pasajes de distintos informes periciales transmutan su significado procesal y pasan a engrosar un relato fáctico en el que, por momentos, no se distingue bien lo que los Jueces de instancia proclaman como probado -en ejercicio de la función valorativa que les impone el art. 741 de la LECrim - y lo que no son sino opiniones de expertos que, en buena técnica jurisdiccional, nunca deberían incorporarse al factum como afirmaciones apodícticas. Por si fuera poco, algunos de esos informes periciales, a partir de los cuales se ha concluido el carácter típico de la conducta imputada, han sido tan útiles para los Jueces de instancia como innecesarios en el plano conceptual. En efecto, cuando de lo que se trata es de determinar si lo pactado en el año 2010 implicó o no una mejora retributiva respecto de los contratos de 4 de enero de 1999 y de 13 de enero de 2005, lo que se pide del órgano jurisdiccional es su valoración acerca de un fenómeno estrictamente jurídico, que no es otro que la novación contractual. El Tribunal a quo



www.civil-mercantil.com

incurre en el extendido error de valerse de peritajes jurídicos para resolver aquello que tenía que haber resuelto por sí solo. El análisis comparativo de dos o tres modelos contractuales que se suceden en el tiempo no es nada distinto a un análisis estrictamente jurídico. No debería exigir el apoyo de peritos. La prueba pericial -cfr. art. 456 LECrim - resulta procedente cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el proceso, fueran necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos. Y, desde luego, el contraste entre los distintos negocios jurídicos otorgados por los recurrentes debería ser apreciado por quien ha de interpretar si aquéllos implicaron o no una mejora sustancial, pactada ante la incertidumbre que ofrecía el inmediato futuro.

La sentencia no responde a un criterio de ordenación sistemática que facilite su análisis casacional. Algunas de sus ideas nucleares, una vez expuestas, se diluyen entre consideraciones carentes de relación entre sí, para volver a aparecer en un momento posterior, obligando al lector a saltos analíticos que no favorecen precisamente el examen sistematizado de las cuestiones que son objeto de recurso. Es probable que la complejidad de los hechos enjuiciados y sus implicaciones económico-contables estén en el origen de algunas de las deficiencias técnicas que se han apuntado. Sea como fuere, la Sala ha concluido que las carencias sistemáticas y analíticas que se detectan en la sentencia recurrida no afectan a su validez estructural como acto jurisdiccional de terminación del proceso.

2.3.- Hemos reiterado en numerosísimos precedentes que la reivindicación casacional del derecho constitucional a la presunción de inocencia no se identifica con el derecho a ofrecer a la consideración de esta Sala una valoración alternativa a la que ha suscrito el Tribunal de instancia. Sólo nos incumbe ponderar si el cuerpo probatorio sobre el que se ha fundamentado la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el plenario (art. 741 de la LECrim) es lícito, de signo inequívocamente incriminatorio y, además, ha sido valorado de forma lógica, racional, conforme a las máximas de experiencia

y a los dictados de nuestro sistema constitucional (cfr. SSTs 276/2014, 2 de abril ; 209/2008, 28 de abril ; 1199/2006, 11 de diciembre y 49/2008, 25 de febrero).

Pues bien, la Audiencia Nacional ha declarado probado que "... los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo (...) eran Altos Directivos de Caixa Nova, siendo los máximos gestores ejecutivos de esta entidad (...) acusados que en el momento de la fusión quedaron como máximos gestores de la entidad nacida de la fusión. (NCG).

Los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo provenientes de Caixa Nova antes de la fusión de las cajas gallegas tenían cada uno de ellos con Caixa Nova un contrato de Alta Dirección (...). No obstante sabedores los (...) acusados referidos, de la situación real de las entidades que se fusionaban; (donde por sí solas Caixa Galicia era prácticamente inviable, y Caixa Nova tenía serias dificultades de viabilidad, situaciones que a pesar de su fusión necesitaban imperiosamente de las ayudas públicas del FROB para la viabilidad de esta fusión. Viabilidad tan comprometida, que tuvo que crearse como se ha dicho el Banco denominado Nova Caixa Galicia Banco SA, al que traspasaron los activos y pasivos tóxicos, entidad que recién creada tuvo que acudir a un ERE, que produjo 1850 despidos, (...) urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de Novacaixagalicia resultaran beneficiados en el supuesto más que probable, razonable y lógico de que una vez acabadas las ayudas públicas, los nuevos inversores dueños de la entidad decidieran prescindir de sus servicios al ser señalados como máximos gestores de las Cajas fusionadas que habían llevado, o no habían sabido gestionar adecuadamente los intereses de las Cajas en las que prestaban sus servicios, llevándolas a la situación de práctica insolvencia en que se encontraban".



www.civil-mercantil.com

Añade el apartado 6º del relato de hechos probados que "... así y dentro de la previsión de ser cesados los altos directivos acusados, en sus puestos con la finalidad de obtener unas ventajas económicas mayores a las que podían acceder con sus contratos de alta dirección; (como así, cumpliéndose dicha previsión lo impusieron los nuevos inversores en septiembre de 2011 al nuevo presidente del Banco creado para la viabilidad de la Caja, Novacaixagalicia, Edmundo Teofilo de que la condición para invertir en el Banco Novacaixagalicia Banco era que no lo gestionaran los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo ; (...); a pesar de tener contratos de Alta dirección Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo celebraron unos nuevos contratos de Alta Dirección. (...) Los nuevos contratos mejoraban económicamente a los acusados que ya disfrutaban de ellos (...), asegurándose a costa de una entidad financiera que finalmente resultó inviable que tuvo que funcionar con dinero público una mejor posición económica, a la que ya se contemplaba en los contratos anteriores de alta dirección de los directivos de Caixanova (...)".

La sentencia de instancia declara probado, respecto a Estanislao Torcuato , que el nuevo contrato de alta dirección, suscrito en 2010, supondría una mejora económica respecto al anterior contrato de alta dirección que tenía de: 6.476.237 € por la prejubilación; 117.871,05 € por el concepto retribución complementaria por resultados parte fija (en adelante RCR Parte Fija); 1.179.253,97 € por el no establecimiento de una tasa de descuento; 933.156 € por la gratificación o premio especial por su dedicación al desarrollo y expansión de la entidad; y 304,5 por el plus convenio.

Asimismo respecto a Artemio Gerardo se declara probado que el nuevo contrato habría supuesto las siguientes mejoras: 14.904,18 € por el concepto RCR Parte Fija; 225.000 € por la gratificación o premio especial por su dedicación al desarrollo y expansión de la entidad; y 440,90 € por el plus convenio.

Por último, la sentencia de instancia declara probado que el nuevo contrato implicaba respecto a Ernesto Maximiliano , las mejoras siguientes:

3.969.349,31€ por la prejubilación; 90.369,13 € por el concepto RCR Parte Fija; 642.213,79 € por el no establecimiento de una tasa de descuento; y 580.986 € por la gratificación o premio especial por su dedicación al desarrollo y expansión de la entidad; y 250,95 por el plus convenio.

La defensa de los recurrentes discrepa de la existencia de esas mejoras. Las cantidades cobradas por Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo serían perfectamente explicables como importes adeudados en virtud de los contratos inicialmente suscritos, cuyo contenido fue simplemente adaptado a las nuevas estructuras directivas y de personal del proceso de fusión. Con el fin de acreditar esta tesis, el desarrollo del motivo incluye un pormenorizado análisis de contraste entre las distintas partidas retributivas, todo ello dirigido a ofrecer a nuestra consideración unas conclusiones alternativas a aquellas que han sido proclamadas por el Tribunal de instancia. Sin embargo, no es eso lo que la alegación casacional del derecho a la presunción de inocencia permite a esta Sala. Si bien se mira, tras el hilo argumental que fluye en el motivo, lo que se ofrece es una valoración propia, singularizada, en contraste con la que sirve de apoyo al juicio de autoría proclamado por la Audiencia.

Cuando el Tribunal a quo concluye que la suscripción del nuevo clausulado era el vehículo para la obtención de unas mejoras retributivas que compensaran su cese como directivos de la entidad fusionada, se apoya en distintos elementos probatorios. Algunos de ellos, de carácter documental. Otros de naturaleza personal.

A esas fuentes de prueba y a su valoración interrelacionada se refieren los FFJJ 3º y 4º. La conclusión probatoria obtenida por la Audiencia ha sido puesta de relieve por los siguientes elementos:

a) Las propias declaraciones de los acusados condenados Belarmino Nazario y Basilio Adriano .

b) Las declaraciones testificales de Edmundo Teofilo y Efrain Cristobal , quienes sucedieron en la gestión a los acusados miembros de Novacaixagalicia cuando se creó el Banco Novacaixagalicia . La Audiencia Nacional subraya el valor probatorio de la declaración testifical del primero de ellos, nombrado presidente en sustitución del acusado Belarmino Nazario . Aquél puso de relieve que si el Banco resultante de la fusión pudo inicialmente salvarse fue gracias a las ayudas del FROB.

c) Los contratos de alta dirección que suscribieron los acusados.

d) La testifical/pericial prestada en el juicio oral por Cecilio Aquilino , Director de la Inspección de las Cajas de Ahorros del Banco de España desde abril de 2010, quien explicó que Caixa Galicia estaba prácticamente quebrada y Caixa Nova , si bien no llegaba al nivel de insolvencia de Caixa Galicia , tenía serios problemas para su viabilidad. Se tuvieron desde el principio serias dudas de la viabilidad del proyecto de fusión, de aquí que, como explicó en el juicio oral, se inyectaron, a través del FROB, 2.465 millones de euros adicionales (que fue la compra de la ampliación de capital que tuvo que hacer Novacaixagalicia al poco tiempo de la inyección de 1.162 millones de euros), decidiéndose la creación del Banco al que se traspasaría el negocio financiero. Después vendría la inyección de otros 5000 millones de euros porque la nueva entidad, ya a través del Banco, no funcionaba. En total el Estado, desde diciembre de 2010 hasta su venta en 2013 -aunque dicha venta se materializara en abril/mayo de 2.014- inyectó más de 9.000 millones de euros.

e) El informe que el Gobernador del Banco de España remitió al Congreso de los Diputados el 7 de marzo del año 2.013, obrante en las actuaciones, valorado como prueba documental.

f) Aunque con visible desorden sistemático, también se incluye entre las fuentes de prueba el acta del Consejo de Administración en el que, entre otras cuestiones, se dio cuenta a la Comisión de Retribuciones de las nuevas cuantías que iban a ser percibidas por los directivos acusados. Su transcripción íntegra resulta de especial interés: " **CONDICIONES ESPECIALES DE JUBILACIÓN ANTICIPADA O PREJUBILACIÓN DE DIRECTIVOS**

1. Aprobar la concesión a los directivos de una compensación o premio especial por su dedicación y aportación caso de acceder a una jubilación anticipada o prejubilación a percibir por una sola vez, facultando ampliamente al Director General de la Entidad o al directivo en quien delegue para determinar su cuantía en función de las características propias y profesionales y de carrera de cada uno de los directivos implicados, tomando como referencia el importe de la Retribución Complementaria por Resultados percibida y el tiempo que media entre su edad y el cumplimiento de los 65 años.

2. Aprobar la jubilación anticipada, prejubilación, baja incentivada o similar rescisión de la relación laboral en Caixanova de aquellos directivos que así lo soliciten y cumplan los requisitos establecidos en el Pacto Laboral de Fusión aplicándoles las mismas condiciones que las establecidas en este, facultando ampliamente al Director General o al directivo en quien delegue para acordar, interpretar, tramitar y formalizar las situaciones de estas características que se presenten.

2.- REASIGNACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN COMPLEMENTARIA POR RESULTADOS.



www.civil-mercantil.com

1. Aprobar la consolidación, de la Retribución Complementaria por Resultados-Parte Fija, cuyo importe se incorpora a la retribución fija a percibir en las pagas anuales de conformidad con lo establecido en el Facto Laboral de Fusión, desapareciendo el concepto antes denominado RCR parte fija.

2. Con su correspondiente consolidación, aprobar la actualización retributiva de los grupos de actividades y responsabilidades 1,2,3,4 y 5 (de las tablas que figuran en los anexos 1 y 2 del acta de la Comisión de Retribuciones de fecha 25.05.06, consistente en incrementar el importe del concepto "Plus Equipo Directivo", aplicable a todas las pagas que ya lo venían percibiendo (18,5) y que tiene la condición de pensionable y revisable, dejándolos establecidos con efectos 1 de noviembre de 2010, de forma que esta actualización se efectúe incrementando el citado "Plus Equipo Directivo" en el importe correspondiente a la cantidad en que el RCR-PV percibido por cada directivo en 2010 (devengado en 2009) exceda del 25% de la retribución bruta total fija anual (sin computo de la RCR-PV ni la antigüedad) para los grupos profesionales 1,2, y 3 (Director General, Directores Generales Adjuntos y Subdirectores Generales) y del 20% para los grupos 4 y 5 (Subdirectores y Directores de Área o similar).

3. Facultar ampliamente al director General en pleno ejercicio de las facultades que tiene conferidas en los Estatutos de la Entidad, o al Directivo en quien delegue, para desarrollar, interpretar, aplicar.

4. Facultar ampliamente al Director General o al directivo en quien delegue para, implantar estos acuerdos, interpretarlos y desarrollarlos, formalizarlos en los correspondientes documentos, firmarlos y completarlos, en su caso, para perfeccionar su contenido.

7.-CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN.

1. Darse por enterado de los efectos que tiene la aprobación por Caixanova de su fusión con otra Entidad en lo que respecta a los vigentes contratos de Alta Dirección y a aprobar el cumplimiento de los compromisos contraídos en los mismos en el supuesto de que se produzcan desistimiento de los trabajadores como personal de Alta Dirección.

2. Respetar y aceptar ahora y en el futuro por aplicación del marco general de subrogación legal de obligaciones previamente contraídas los derechos que les fueron reconocidos, en materia de extinción del contrato de trabajo, a iniciativa del alto cargo, por desistimiento y por prejubilación o jubilación, que se prorrogan para su eventual ejecución.

3. Aprobar el suscribir unas pólizas individuales de aseguramiento, siendo sus respectivos beneficiarios D. Estanislao Torcuato, D. Artemio Gerardo y D. Ernesto Maximiliano, con la condición de que puedan efectuar el rescate de su prima o su conversión en renta, en la fecha de extinción de su contrato, transformando para ello las primas que les correspondan en las pólizas en que actualmente están integrados como consecuencia del sistema de previsión social complementaria establecido en la Entidad, facultando ampliamente al Director General o al Directivo en quien delegue para determinar la compañía de Seguros con la que se formalicen estas pólizas; establecer las condiciones de las mismas, suscribirlas en nombre de la Caja y, en general, para realizar cuantos trámites sean necesarios para ejecutar este acuerdo".

Para la Audiencia, el simple contraste entre las cantidades obtenidas por los directivos acusados -22 millones de euros que fueron cobrados por desistimiento unilateral- y el valor de la entidad nacida de la fusión -181 millones de euros, según la valoración del FROB-, es expresivo de la estrategia urdida por los ahora recurrentes. Así lo expresan los Magistrados de instancia cuando razonan que "... no había una justificación objetiva dada la situación de las Cajas fusionadas, en el año 2010 (octubre) para que los tres acusados provenientes de Caixa Nova, celebraran lo que ellos manifiestan ser un "complemento a los contratos de alta dirección" que ya tenían, sin que sirva la excusa de la fusión, para celebrar un nuevo contrato de Alta Dirección mejorando sus condiciones económicas, además de establecer un derecho de veto



www.civil-mercantil.com

en el caso de jubilación y prejubilación para el supuesto de desistimiento, es decir para el supuesto en definitiva de que tuvieran que cesar en sus actividades en las pólizas individuales de aseguramiento a los que luego nos referiremos. [...] El que no se dieran circunstancias objetivas para en el 2010 celebrar los nuevos contratos de alta Dirección de los cuatro acusados referidos parece evidente dada la situación de la entidad nacida de la fusión, pues piénsese que el valor de entidad nacida de la fusión, fue de 181 millones de euros, según valoración que encargó el FROB (documento obrante a los folios 377 y siguientes, y en concreto el folio 379 (Memoria del FROB), frente a los cerca de 22 millones de euros que cobraron por su desistimiento unilateral de su relación laboral, lo que supuso más del 13 del valor de las Cajas Fusionadas y del Banco que se creó. Si a ello se une que los Contratos de Alta Dirección que ya existían (...) tenían unas estipulaciones muy semejantes a los nuevos contratos suscritos en 2010, entre ellos el desistimiento unilateral por voluntad de los altos directivos, la conclusión lógica y razonable es que querían salir reforzados económicamente en el supuesto muy probable por razonabilísimo, de que los nuevos inversores del Banco nacido de la fusión no contaran con ellos, es decir prescindieran de sus servicios, como la prueba testifical de Edmundo Teofilo ha puesto de relieve cuando ha narrado que los inversores con los que contactó, de los cuales uno de ellos ya había negociado con Estanislao Torcuato para invertir en el Banco nacido de la fusión sobre junio de 2011, un poco antes de que Edmundo Teofilo llegara a la presidencia del Banco Novacaixagalicia, precisamente en julio de 2011 le pusieron de manifiesto que ninguno de los acusados, Altos Directivos de las Cajas Fusionadas, podían llevar la gestión de la nueva entidad. En definitiva que los acusados a los que nos referimos deberían salir del Banco si ellos invertían, lo cual parece muy razonable, ante dos entidades financieras que podemos calificar según el Banco de España, y entre otros testigos como ya se ha repetido por la declaración testifical de Edmundo Teofilo, como calamitosas; situación que es obvio que podemos concluir que, era una situación también conocida por cada uno de los acusados. Todo ello lo podemos colegir de la comunicación que como Documentos 290, de 29 de junio de 2010 el Banco de España, dirige a Belarmino Nazario, y del Documento, folios 291 y 292 del FROB dirigido a Estanislao Torcuato, cuando estos acusados solicitaron 1162 millones de euros para poder iniciar el proceso de fusión de las dos Cajas, que se transcriben literalmente".

En los párrafos precedentes se proclama buena parte del soporte fáctico de las conductas finalmente imputadas, con expresa mención de los documentos que permitieron al órgano decisorio concluir la preexistencia de los contratos de alta dirección, las mejoras introducidas en los acuerdos de 2010, las razones que hacían prever, como más que probable, la rescisión de esos contratos y, en fin, la situación financiera de la entidad resultante de la fusión. Todos estos elementos dibujaban un panorama en el que el apoderamiento en concepto de retribución de más del 13% del valor total de la entidad que dirigían los acusados, no puede ser considerado como un acto ajeno al derecho penal.

En otros pasajes de la resolución cuestionada se mencionan otras fuentes de prueba de especial significación para el Tribunal a quo. Es el caso, por ejemplo, del denominado Informe Sagardoy, cuyas conclusiones son asumidas en la instancia como instrumento técnico que "... refuerza el pleno acogimiento de la prueba pericial de las acusaciones por parte del Tribunal" (folios 135 a 141). También, el documento obrante al folio 5.065 de la causa, en el que se recoge una transcripción literal del acta de la reunión celebrada en la sede del Banco de España el día 7 de septiembre de 2011 y a la que asistieron, por Novacaixagalicia, los acusados Estanislao Torcuato y Basilio Adriano y, por el Banco de España, Mateo Victorino, Jesús Torcuato y Efraín Cristóbal. En ese encuentro se puso de manifiesto la falta de consulta previa a la entidad reguladora en el momento de la suscripción de los contratos de 2010, con las consiguientes mejoras que sirvieron para incrementar el propósito lucrativo de los



www.civil-mercantil.com

acusados. Especial valor incriminatorio atribuyen los Jueces de instancia a la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral por Iñigo Tomas y Cecilio Aquilino , jefe de grupo y director de departamento en la Dirección General de Supervisión del Banco de España, quienes ratificaron el informe de 7 de mayo de 2012, cuyo contenido íntegro se transcribe en los folios 123 y siguientes de la resolución cuestionada.

El Tribunal a quo concluye la existencia de una novación jurídica mejorada de los iniciales contratos de dirección y lo hace -pese a que la legitimidad de esa conclusión no necesitaba el apoyo de ningún informe pericial- enfatizando el valor probatorio del dictamen del Banco de España. En él se destaca lo siguiente: "... en el punto 1. Conclusión: <Finalmente, indicar que las retribuciones obtenidas por los directivos de la caja son, en opinión de los inspectores, excesivas. Y que, además, algunos de ellos cuentan con blindajes consistentes en rentas vitalicias activables unilateralmente por cualquiera de las partes>.

-En el punto 8. Gobierno Corporativo y Control Interno: <Finalmente, existen cuatro altos directivos de la Caja, incluido el Director General, con contratos de alta dirección que pueden ocasionar costes aun no contabilizados para la caja cuya cuantificación por la entidad está pendiente. Estos contratos incluyen derecho a percibir rentas vitalicias pudiendo activarse de modo unilateral por los directivos> ".

En ese informe, tras describir las distintas reuniones encaminadas al análisis de las implicaciones económico-contables derivadas del abono por desistimiento de las cantidades pactadas como retribución de los directivos, se apuntaba la realidad de su abono: "... el equipo inspector concluye que las cantidades abonadas a los cuatro ex-directivos han supuesto un cargo en la cuenta de resultados de 2011, registrado en septiembre con fecha de efectos contables de 31 de agosto, de 29,9 M€, de los cuales 11 M€ corresponden a pensiones y el resto a la indemnización por prejubilaciones. Para mantener en agosto el resultado contable del mes de junio la Caja liberó cobertura genérica, de forma extraordinaria, por un importe de unos 29 M€, similar al cargo que han supuesto las indemnizaciones. Con carácter adicional a la dotación de 29,9M€ efectuada en 2011, los cuatro directivos tenían constituidos a su favor otros 22,1 M€ en pólizas de seguro y planes de pensiones que habían sido dotados en ejercicios anteriores. De este modo, los importes pagados a los cuatro ex- directivos en concepto de indemnizaciones y compromisos de pensiones ascendieron a 52 M€ ".

En el FJ 10º la Audiencia Nacional incorpora dos párrafos conclusivos que incluyen, además, una valoración de la prueba pericial de descargo ofrecida por las defensas: "... en conclusión todos estos elementos probatorios avalan y vienen a corroborar lo ya expuesto desde un aspecto de la lógica más elemental, y es que el otorgamiento y suscripción de los nuevos contratos de alta dirección en 2010 cuando se hizo el proceso de fusión, sólo puede obedecer a mejorar las condiciones económicas de los acusados para el caso de cesar en sus funciones, respecto a los contratos de alta dirección que ya tenían, pues otra explicación no puede tener y se insiste en ello nuevamente, ya que para quedar en una posición idéntica a la que tenían no hacía falta celebrar un nuevo contrato o "complemento" como lo denominan los acusados; y para quedar en peor condición económica, menos, máxime a tenor de las pruebas practicadas respecto a su negativa a devolver parte de lo abonado. Luego la conclusión no puede ser otra que mejorar su posición económica. Pero además para mayor corroboración de esta conclusión, se han producido otras pruebas que señalamos a continuación.

Estos elementos probatorios a los que hacemos referencia son las pruebas periciales, practicadas en el juicio oral a instancia de las acusaciones, referidas el informe pericial obrante a los folios 2.516 y siguientes de fecha 30/08/2013 emitido por el inspector de Entidades de Crédito del Banco de España, D. Argimiro Florencio ; y el informe pericial obrante a los folios 2.545 y siguientes realizado por la Inspectora de Seguros del Estado, Dª Marisol Piedad . Ambos informes, ratificados en el acto del juicio oral; a juicio del Tribunal tienen una mayor

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

credibilidad como ya se ha anticipado, que los informes periciales de las defensas, realizados por D. Gervasio Ildefonso y D. Indalecio Cornelio , presentados como contraprueba de las periciales citadas de las acusaciones y que han sido sometidos conjuntamente a contradicción en el acto de la vista oral. Esta mayor credibilidad se deriva de que en realidad las objeciones realizadas al informe de Marisol Piedad han sido simples matizaciones por parte esencialmente del perito Indalecio Cornelio , quien llegó a reconocer que aparentemente hay una mejora con los nuevos contratos de alta dirección para la prejubilación, aunque no para la jubilación, haciendo también una serie de matizaciones, mezclando las pólizas colectivas de seguros de los empleados de la entidad, con las pólizas individuales suscritas por Caixa Nova Galicia para cada uno de los cuatro altos directivos, lo cual daba la sensación de querer introducir un factor de confusión una vez reconocida la existencia de mejoras, si bien la perito de la acusación, Inspectora de Seguros del Estado rebatió con claridad los factores de dudas que iba introduciendo el perito Indalecio Cornelio , el cual a cada intento de atacar el informe de la Inspectora de Seguros, ella rebatía con toda claridad y rotundidad aclarando cualquier duda que pudiera surgir ".

Esa valoración de la prueba de descargo, indispensable para no erosionar el contenido material del derecho a la presunción de inocencia, tal y como ha sido proclamado por la jurisprudencia constitucional, vuelve a hacerse visible en el FJ 7º. En tres apartados diferentes se glosa la aportación probatoria de la defensa. Así, respecto de la prueba testifical, se señala que "... tiene una consistencia nula, pues las declaraciones testificales de los miembros que formaron o formaban los órganos rectores de las entidades Caixa Nova o la Caja creada con la fusión nada aportan a lo que es el objeto procesal que se debate, pues es inocuo si estos testigos actuaron diligentemente o no, pues su conducta no se juzga, a la hora de aprobar los contratos de alta dirección en 2010, o si fueron el instrumento formal de que se valieron los acusados para aprobar dichos contratos; el "núcleo" donde se centra si existe responsabilidad penal como ya se ha anticipado, en lo que afecta a Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo estriba en si existió una mejora en las posiciones y condiciones que ya tenían en los contratos anteriores, y si los cobrarán en una entidad que ellos habían gestionado, que presentaba una situación calamitosa, y que sólo pudo subsistir con dinero público. Respecto a Jesus Torcuato esta cuestión es inocua puesto que no tenía contrato de Alta Dirección en Caixa Galicia de la que provenía, aunque si lo celebró y ejecutó en la entidad nacida de la fusión, NCG, y todo ello junto con la violación de la legislación que les afectaba de lleno respecto a las remuneraciones de los altos directivos a los que se ha hecho varias veces referencia".

Por lo que atañe a las declaraciones de los acusados, de signo exculpatorio, se puntualiza que "... sus declaraciones quedan desvirtuadas por el hecho de que se prescindiera de sus servicios no implicaba que quedaran económicamente desprotegidos pues 3 de ellos tenían ya cada su contrato de alta dirección que en caso de su desistimiento unilateral les reportarían las consecuencias económicas estipuladas en esos contratos, por lo tanto sí celebraron en el 2010 con motivo de la fusión, otro contrato cada uno de ellos como ya se ha expuesto reiteradamente, la finalidad no era otra que mejorar su posición y condición económica".

Y en cuanto a la abundante prueba pericial practicada durante el plenario, además de las valoraciones ya anotadas supra, en el mismo fundamento jurídico se hace constar lo siguiente: "... los peritos propuestos por las defensas, prueba que a juicio del Tribunal es la que puede arrojar la visión correcta al respecto, no han desvirtuado en la prueba conjunta realizada en el juicio oral al tratarse de unos mismos hechos, los argumentos y las conclusiones de la prueba pericial practicada a instancia de las acusaciones realizada por parte de funcionarios del Banco de España y del Frob, así como del Ministerio de Hacienda, en cuanto han puesto de



www.civil-mercantil.com

relieve que los nuevos contratos de Alta Dirección de 2010 supusieron ventajas económicas, cuestión negada por los peritos de la defensa. [...] Y esto que parece evidente a juicio del Tribunal, hace que la prueba pericial de las acusaciones resulte más convincente que las de partes acusadas, pero es que además viene avalado por la prueba testifical, aún con carácter también pericial practicadas en el juicio oral por Iñigo Tomas , y Cecilio Aquilino Jefe de Grupo y Director de Departamento en febrero/marzo de 2011 de la Dirección General de Supervisión del Banco de España, quienes han ratificado en el acto del juicio oral su informe de 7 de mayo de 2012 que se transcribe a continuación, y que es sumamente esclarecer respecto a las ventajas económicas de los nuevos contratos de Alta Dirección" .

2.4.- La defensa añade otros argumentos a su queja acerca de la irracionalidad con la que han sido valorados por el Tribunal a quo los elementos de prueba ofrecidos a su consideración en el plenario.

2.4.a).- Se alega, por ejemplo, que los Jueces de instancia no han tenido en cuenta la incidencia del Pacto Laboral de Fusión que fuera firmado el 4 de octubre de 2010.

Sin embargo, no es esto lo que parece desprenderse de las págs. 115 y 116 de la sentencia recurrida, que incluyen una expresa valoración -eso sí, no coincidente con el criterio de la defensa- del referido pacto, al que llega a calificarse como " coartada" en la estrategia lucrativa de los acusados: "... las pruebas practicadas han puesto de relieve además, que los acusados al socaire del plan de integración, con la cooperación de los otros dos acusados Belarmino Nazario (Copresidente de la Caja nacida de la Fusión) y Basilio Adriano , asesor jurídico externo buscado por Belarmino Nazario , ya desde la existencia de Caixa Nova, urdieron conjuntamente en Agosto de 2010 todo un proceso para modificar los contratos de alta Dirección que ya disfrutaban los 3altos Directivos de Caixa Nova,[...] con el fin de asegurarse una posición económica más ventajosa económicamente en caso de que se prescindiera de sus servicios, pues es de una lógica aplastante, que los nuevos contratos (...) no se suscribieron para dejar a los 3 acusados Directivos en Caixa Nova en la situación económica que ya disfrutaban con los antiguos contratos en caso de cesar, ni tampoco para quedar en peor situación, véase como no han querido renunciar a las indemnizaciones recibidas, por lo que no puede haber otra explicación, que quisieron y consiguieron mejorar su situación y posición económica, todo ello al socaire que les sirve de coartada del pacto laboral de fusión, que se vuelve a recalcar de dos Cajas inviables cada una de por sí. A modo de ejemplo está el Documento obrante al folio 5.065, y página vuelta, que es una reunión de 7 de septiembre de 2011 que se transcribe literalmente ".

2.4.b).- Similar censura se formula al hecho de que el Tribunal a quo no haya tenido en cuenta el pleno conocimiento que el Banco de España tenía de las condiciones que regían esos contratos.

Sin embargo, tampoco en este caso la Sala constata ese silencio. Así, en el acta de la reunión celebrada en la sede del Banco de España el día 7 de septiembre de 2011 -a la que ya hemos hecho alusión supra y que ha sido valorada en la instancia - se refleja con claridad la respuesta de los directivos del ente regulador a la cuestión referida a la existencia o ausencia de consulta previa sobre la legitimidad de las retribuciones pactadas.

Todo ello con independencia de que la tipicidad de los hechos por los que se ha formulado condena no queda excluida porque el Banco de España conociera la existencia de esas retribuciones. De existir ese conocimiento -que la sentencia recurrida niega- el debate no tendría por qué centrarse en su influencia en el juicio de subsunción, sino en la mayor o menor eficacia con la que se desarrollan las labores de supervisión, cuestión que, como es evidente, es ajena al presente recurso.

2.4.c).- Se aduce también como argumento exculpatario que los acusados no tuvieron ninguna participación en la liquidación de los contratos de mejora. Sin embargo, más allá de la



www.civil-mercantil.com

realidad de esa afirmación -difícilmente compatible con las intensas reuniones mantenidas en el Banco de España y con la labor desplegada en el Consejo de Administración para persuadir de la bondad de aquellas cuantías-, ni la forma en que se hicieron efectivos esos cobros, ni el mecanismo de pago seleccionado, neutralizan la tipicidad de los hechos.

2.4.d).- La queja de los recurrentes alcanza también a la realidad de la situación financiera de Caixanova y Novacaixagalicia. Se alega que esa conclusión ha sido proclamada en el plano probatorio mediante testigos y documentos generados a posteriori. La entidad resultante de la fusión era solvente, rentable y viable. Se limitó a recibir los apoyos del FROB, explicables en el contexto económico en que aquellos se produjeron y orientados exclusivamente a mejorar la eficiencia de su gestión.

No es ésta, sin embargo, la conclusión suscrita por la Audiencia Nacional, basada en las pruebas generadas en el plenario y, de modo especial, en los documentos que cuantifican el valor de esas ayudas y, en último término, el de la entidad resultante de la fusión.

En efecto, el juicio histórico da cuenta de la existencia de hasta tres flujos dinerarios inyectados por el FROB a raíz del proceso de integración entre Caixa Galicia - "... que estaba en situación de insolvencia"- y Caixanova - "... cuya situación no era tan grave (...) pero tenía serios problemas de viabilidad". Así, "... el 11 de mayo de 2010 los Consejos de Administración de ambas cajas mostraron su voluntad para su integración mediante fusión, y el día 28 de junio de 2010 ambos Consejos aprobaron el protocolo y el Plan de integración solicitando del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria(FROB), 1162 millones de euros, límite máximo autorizado por la U.E, que se correspondía con el 2% de los activos ponderados por el riesgo del conjunto de las dos entidades; apoyo que se materializó mediante la adquisición el día 21 de diciembre de 2010 por parte del FROB, de participaciones preferentes convertibles que emitió la entidad financiera resultante de la fusión, CaixaNovaGalicia. La comisión ejecutiva del Banco de España en su sesión de 29 de junio de 2010 aprobó el mencionado plan de integración, que incluía la emisión por la nueva entidad resultante de la fusión, de las referidas participaciones preferentes convertibles en cuota participativas por el importe dicho de 1162 millones que suscribió el FROB, órgano constituido en virtud de RD Ley 9/2009 de 26 de junio, como entidad pública de carácter administrativo con personalidad jurídica propia, que el día 29 de junio de 2010 a través de su comisión rectora, aprobó las condiciones para la suscripción por su parte, de la referida cantidad de 1162 millones de euros" .

A esa primera inyección de 1.162 millones de euros, siguió una segunda ampliación de capital, materializada con fecha 10 de octubre de 2011: "... la aportación por parte del FROB el 21/12/2010 de la cantidad de 1162 millones de euros, fue solicitada por los acusados para la viabilidad en sus inicios de la nueva entidad nacida de la fusión, toda vez que como se ha dicho, Caixa Galicia era una entidad prácticamente inviable, y Caixa Nova si bien no presentaba una situación como Caixa Galicia su situación era bastante mala. Ahora bien dicha aportación no fue suficiente para la buena marcha de la entidad nacida de la fusión, y por ello fue necesario acudir a una ampliación de capital en Nova Caixa Galicia que suscribió íntegramente el FROB por 2465 millones de euros, haciéndose el FROB con el 93,16% del capital social con fecha 10 de octubre de 2011 previa su aprobación por dicha entidad pública en la reunión que celebró el 29 de septiembre de 2011. Con motivo de esta nueva aportación procedió el FROB a controlar prácticamente el capital social de NCG, y valoró la entidad resultante de la fusión (Nova Caixa Galicia), por 3 entidades (Ernst&Youn, Societé Generale y Rothschild), resultando que NCG tenía un valor de 181 millones de euros " .

Por si fuera poco el importe de esas dos transferencias de dinero, en diciembre de 2012 se produjo una tercera inyección por el fondo de reestructuración. Así se expresa en el factum: "... en Diciembre de 2012 ante la imposibilidad por parte de Novacaixagalicia de recomprar las participaciones preferentes a que se había obligado por la primera aportación del

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

FROB a la referida entidad (1162 millones de euros), se produjo la conversión de dichas participaciones preferentes en capital de Nova Caixa Galicia. No obstante dada la situación financiera que presentaba la entidad nacida de la fusión, en dicho mes de Diciembre de 2012, se inyectaron por el FROB, 5425 millones de euros más, ascendiendo a 9052 millones de euros el total de las ayudas financieras aportadas por el FROB a la entidad nacida de la fusión de ambas cajas al 18 de diciembre de 2013".

Fueron, por tanto, 9.052 millones de euros los que se desembolsaron desde el Fondo de Reestructuración Bancaria. Y el verdadero significado de esta aportación, desde la perspectiva de la situación financiera que el recurso pretende relativizar, no puede desvincularse de dos datos complementarios. El primero, el obligado expediente de regulación de empleo llevado a cabo por la nueva entidad resultante de la fusión - Nova Caixa Galicia Banco S.A- , que trajo consigo 1.850 despidos. El segundo, el proceso de valoración de la entidad por tres empresas distintas, Rothschild, Ernst & Young, Societé Generale, cuyas respectivas auditorías permitieron cuantificar la entidad fusionada en 181 millones de euros. Así se explica en el factum después de ponderar las distintas y dispares cantidades sugeridas por cada una de las auditoras (188, 174 y 287 millones de euros). A esa cantidad de 181 millones de euros se llegó "... de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2. a) de la norma cuarta del acuerdo de la Comisión Rectora por el que se detallan los criterios y condiciones a los que se ajustará su actuación en los procesos de reforzamiento de los recursos propios de entidades de crédito previstos en los artículos 9 y 10 del Real Decreto-ley 9/2009 , al ser una de las valoraciones inferior en más de un 15% a la que ocupa la posición central, queda descartada y el valor económico de la entidad se fija como la media aritmética de las otras dos valoraciones que difieren entre ellas menos de un 15% es decir: $188+174=362$ millones de euros; $362:2=181$ millones de euros, por lo que el valor económico de NCG queda fijado en 181 millones de euros ".

2.5.- Como ya hemos apuntado supra, el desarrollo del motivo incluye una propuesta valorativa alternativa a la proclamada por el Tribunal a quo. Con apoyo en las conclusiones ofrecidas por los peritos y testigos que depusieron en el plenario y con cita de documentos de los que, a juicio de la defensa, habrían prescindido los Jueces de instancia, se pretende demostrar que no hubo mejoras respecto de los contratos iniciales, lo que excluiría cualquier propósito lucrativo por parte de los acusados. Este esfuerzo dialéctico topa, sin embargo, con el obstáculo que representa el carácter excepcional del recurso de casación y el espacio que éste reserva a nuestra capacidad de fiscalización cuando se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El proceso casacional no nos autoriza a una nueva valoración de las razones ofrecidas por uno u otro perito. No nos permite tampoco excluir la credibilidad que la Audiencia ha otorgado a uno u otro testigo y sustituirla por aquella que consideramos más atendible. No hemos presenciado las pruebas. Y sin bien es cierto que el principio de inmediación no es garantía de acierto, también lo es que, en el presente caso, la exteriorización del iter discursivo del órgano decisorio, con sus exageradas incorrecciones técnicas, no nos lleva a detectar un discurso irrazonable, ilógico o contrario a las máximas de experiencia.

En definitiva, no ha existido el vacío probatorio asociable a la vulneración del derecho proclamado en el art. 24.2 de la CE . Las pruebas valoradas son lícitas y de inequívoco signo incriminatorio. La resolución recurrida, cierto es, puede ser tildada de asistemática. De hecho, algunos de sus ejes argumentales se ofrecen con un llamativo desorden expositivo. La valoración probatoria se incorpora a la fundamentación jurídica mediante una censurable metodología que hace de la transcripción literal de documentos, actas e informes su principal técnica. Pese a todo, bajo ese desconcertante modo de aproximación valorativa a las principales fuentes de prueba, la sentencia de instancia ofrece pasajes que, con mayor o menor acierto sintáctico, permiten concluir que ha existido una valoración de la prueba de



www.civil-mercantil.com

cargo y de descargo que no desborda los límites del canon de racionalidad exigido por nuestro sistema constitucional.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo.

Tercero.

El motivo segundo del recurso se ampara en el art. 849.2 LECr , por incurrir la sentencia recurrida en error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Según los recurrentes, constan en las actuaciones determinados documentos que revelan de forma patente el error de la sentencia recurrida y de los que se deducen inevitablemente los siguientes extremos: a) que no se produjeron mejoras en los complementos de contratos suscritos en octubre de 2010, ni, por consiguiente, intención o propósito de mejorar las condiciones económicas de los contratos por parte de los acusados (cfr. los anteriores contratos de 4 de enero de 1999 de los acusados Artemio Gerardo y Ernesto Maximiliano y de 13 de enero de 2005, del acusado Estanislao Torcuato); b) que Caixanova, hasta la fusión con Caixa Galicia, y Novacaixagalicia , como entidad fusionada, fueron entidades viables, solventes y con resultados positivos (cfr. cuentas anuales de 2006-2009 de Caixanova, informe de la Dirección General de Supervisión del Banco de España de 6 de julio de 2009, plan de negocio para el período 2010- 2015, escritura de emisión de participaciones de 21 de diciembre de 2010, cuentas de pérdidas y ganancias consolidada a 30 de junio de 2011, actas de los consejos de Novacaixagalicia de 17 de octubre y 25 de noviembre de 2011, informe del departamento jurídico y sus anexos de fecha 14 de junio de 2012, plan de recapitalización); c) que el Banco de España tuvo conocimiento puntual

y detallado de los complementos de contratos suscritos en octubre de 2010, habiendo realizado exhaustivas actuaciones de inspección sobre los mismos que concluyeron en su aceptación y convalidación (cfr. correos electrónicos de 8 y 14 de octubre de 2010, remitidos por orden de Estanislao Torcuato al Banco de España, así como los fechados el 30 de agosto de 2011 y el 20 de septiembre del mismo año, informe de due diligence de BDO de 8 de septiembre, estimaciones realizadas por Novacaixagalicia y entregadas al Banco de España en julio de 2011 e informe de la Dirección General de Supervisión del Banco de España a la Comisión Ejecutiva Novacaixagalicia).

El motivo no puede prosperar.

Si bien se mira, la línea argumental de este motivo es coincidente con las alegaciones que se han hecho valer en el primero de ellos y que han sido ya analizadas en el fundamento jurídico precedente. La diferencia radica en el vehículo impugnativo, que ahora se acoge al art. 849.2 de la LECrim .

La finalidad del motivo basado en el error de hecho no es otra que modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que evidencien el error que se denuncia, directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones. Para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (cfr. 421/2014, 26 de mayo; 656/2013, 22 de julio; 209/2012, 23 de marzo y 128/2013, 28 de febrero, entre otras muchas).

Desde esta perspectiva, es cierto que los documentos citados por la defensa de los recurrentes, en términos generales, cumplen la exigencia de que se trate de documentos preexistentes a la causa. De ahí que, al menos potencialmente, han de ser tenidos como



www.civil-mercantil.com

documentos a efectos casacionales. Sin embargo, se trata de documentos de los que no es predicable la autosuficiencia probatoria que viene exigiendo la jurisprudencia de esta Sala.

Algunos de ellos ya han sido valorados por la Audiencia Nacional, si bien conforme a un criterio no coincidente con el que pretende hacer valer la defensa. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de 1999, 2005 y 2010, o las actas de los Consejos de Administración. Otros - aquellos mediante los que se aspira a acreditar la viabilidad financiera de las entidades afectadas- sólo tendrían la virtualidad probatoria que pretende atribuirseles si prescindieramos de aquellos otros documentos, ponderados por el Tribunal a quo, que ponen de manifiesto las cuantiosas inyecciones de dinero del FROB o las consecuencias que para 1.850 trabajadores tuvo el proceso de fusión. El tercer grupo de documentos, dirigido a demostrar el conocimiento que el Banco de España tuvo de los complementos de contrato suscritos en octubre de 2010, tampoco goza de la autosuficiencia probatoria requerida para la viabilidad del motivo. A esta conclusión conduce el contenido del acta de la reunión de 7 de septiembre de 2011 y a la que asistieron, por Novacaixagalicia, los acusados Estanislao Torcuato y Basilio Adriano y, por el Banco de España, Mateo Victorino, Abel Teodoro y Cecilio Aquilino. En ese encuentro se puso de manifiesto -concluyen los Jueces de instancia a partir de la lectura del acta- la falta de consulta previa a la entidad reguladora en el momento de la suscripción de los contratos de 2010, con las consiguientes mejoras de carácter lucrativo. Al margen de este dato, que neutraliza por sí solo el argumento de la defensa, como ya hemos apuntado en el FJ 2.4.b) de esta misma resolución, la tipicidad de los hechos por los que se ha formulado condena no queda excluida por la circunstancia de que el Banco de España conociera la existencia de esas retribuciones. El presente recurso tiene por objeto al subsunción típica de los hechos declarados probados, no el análisis de la dejación de la entidad reguladora -hecho que, no se olvide, la sentencia descarta- en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras o de supervisión.

El rechazo del motivo, pues, resulta obligado, en la medida en que la probatura de la versión que en él se sostiene exigiría de esta Sala prescindir de otros documentos que también obran en la causa y que han sido objeto de valoración por el Tribunal a quo, si bien alcanzando conclusiones no coincidentes con aquellas que defiende la representación legal de los acusados.

Cuarto.

Formulan los recurrentes un tercer motivo al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 252 y 295 CP en su redacción vigente al tiempo de los hechos, y de los arts. 252 y 253 CP en la redacción introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al no concurrir en los hechos probados sus respectivos presupuestos típicos. También se denuncia la indebida aplicación del art. 250 apartado 1, núm. 6º CP, al haberse incurrido con la aplicación de este precepto en una vulneración del principio non bis in ídem.

4.1.- La Sala de instancia -se aduce- no ha tenido suficientemente en cuenta todas las implicaciones que tiene la reforma introducida, en relación con los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el pasado 1 de julio.

Con cita de lo que la defensa considera la mejor doctrina, se argumenta que la LO 1/2015 ha llevado a cabo una profunda modificación del delito de administración desleal: se ha suprimido el delito societario de administración fraudulenta, que había sido introducido en el CP de 1995 en su art. 295 y se ha creado un nuevo delito genérico de administración desleal en el renovado art. 252 CP. Se ha modificado en algunos aspectos el delito de apropiación indebida, que ahora pasa a incluirse en el art. 253. Por tanto, la voluntad del legislador de 2015 - explicitada en la Exposición de Motivos de la referida ley orgánica- fue clara: las conductas de



www.civil-mercantil.com

administración desleal realizadas en el ámbito societario que hasta la reforma de 2015 se castigaban con arreglo al antiguo art. 295, han pasado a quedar incluidas en el tipo genérico de administración desleal del nuevo art. 252, que se inspira inequívocamente en la figura delictiva tipificada en el § 266 StGB alemán (que se denomina de "infidelidad patrimonial" o Untreue).

La eliminación en el renovado art. 253 de la referencia a la administración como título jurídico de la obligación de entrega o devolución, evidencia la voluntad legislativa, corroborada en la Exposición de Motivos, de reconducir al nuevo delito de administración desleal todas las conductas desleales (incluyendo, pues, las apropiaciones definitivas) cometidas por un administrador que actúa en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Por tanto, únicamente quedan contenidos en el delito de apropiación indebida los denominados supuestos de apropiaciones fácticas, en los que el administrador actúa completamente al margen de sus funciones. En la misma línea apunta la supresión de la distracción en la descripción típica de la apropiación indebida.

El motivo no puede prosperar.

4.1.a) Es cierto que la sentencia de instancia, en el momento de formular el juicio de tipicidad, se ancla en una concepción jurisprudencial histórica, superada por toda una serie de precedentes ulteriores que descartaron la tesis inicial de la relación de alternatividad entre los arts. 252 y 295 del CP.

La delimitación del respectivo ámbito típico entre los delitos de apropiación indebida (art. 252) y delito societario (art. 295), no ha resultado sencilla. La existencia de una aparente superposición entre la respectiva porción de injusto abarcada por ambos preceptos, ha dificultado su exégesis, existiendo resoluciones de esta Sala que se han esforzado, no siempre desde la misma perspectiva, en ofrecer unas pautas interpretativas dotadas de seguridad y certeza.

Es preciso puntualizar -cfr. SSTS 91/2013, 1 de febrero y 294/2013, 4 de abril - la existencia de una línea jurisprudencial que explicaba que la relación de ambos preceptos se entiende y soluciona a partir de un aparente concurso de normas que ha de ser resuelto con arreglo al criterio impuesto por el principio de alternatividad, esto es, conforme al delito que ofrece mayor pena. Debe tenerse en cuenta -decíamos en nuestra sentencia 1217/2004 de 22 de enero - que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973. En efecto, el art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS.

2213/2001, 27 de noviembre; 867/2002, 29 de septiembre; 1835/2002, 7 de noviembre y STS 37/2006, 25 de enero).

No faltan, sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurren los autores de la acción prevista en el art. 252 del CP -distrajaran dinero- y la que está presente en el art. 295 -dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad-, atendiendo para ello a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Es ejemplo de esta línea interpretativa la STS 915/2005, 11 de julio.



www.civil-mercantil.com

En ella se razona que cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. 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. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza.

Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio).

De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

En el ámbito doctrinal, decíamos en nuestra STS 462/2009, 12 de mayo, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico



www.civil-mercantil.com

abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el animus rem sibi habendi y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

4.1.b) Resulta evidente -así lo destaca con acierto la defensa, que pone el acento en el valor interpretativo de las adiciones y supresiones que se sucedieron en la tramitación parlamentaria de los nuevos arts. 252 y 253- que la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, ha reformulado el entendimiento histórico del delito de apropiación indebida y de su relación con el de administración desleal. Ha dejado sin contenido el art. 295 y ha dado nueva redacción a los arts. 252 y 253, diversificando así la tipicidad en dos preceptos de nueva redacción.

En el art. 252 -bajo la rúbrica De la administración desleal- se castiga con las mismas penas previstas para el delito de estafa a "... los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emandas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera,



www.civil-mercantil.com

causen un perjuicio al patrimonio administrado". El art. 253 - De la apropiación indebida-, con idéntica remisión a efectos punitivos a las penas asociadas al delito de estafa, castiga a "... los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido".

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la convergencia entre ambos preceptos. Y lo ha hecho, además, de forma bien distinta a la tesis que sugiere el motivo, hasta el punto de que en algunos de esos precedentes se refleja la clara voluntad de apartarse de la exégesis que la defensa atribuye a la mejor doctrina. La sugerente controversia doctrinal suscitada por la defensa de los recurrentes ya ha obtenido adecuada respuesta en numerosos precedentes de esta Sala. La STS 163/2016, 2 de marzo, compendia el actual estado de la jurisprudencia, a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción. La transcripción literal de algunos de sus pasajes resulta más que conveniente. Allí puede leerse lo siguiente: "... desde otra perspectiva podría examinarse si la admisión a trámite del recurso puede fundamentarse en la modificación realizada en la regulación del delito de apropiación indebida por la LO 1/2015, y en su eventual aplicación retroactiva en beneficio del reo.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que "la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En consecuencia la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo



www.civil-mercantil.com

o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el art 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, al establecer clara y paladinamente que " 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero , efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP , la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio , (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre , (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero , (apropiación indebida de dinero por el patrono de una



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

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 . En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

En consecuencia, en el caso actual en el que el contable de una empresa, realizó 2.124 transferencias de fondos (con importes comprendidos entre los 40 y los 4.200 euros) desde las cuentas de la empresa a las suyas propias, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, haciendo aparecer las transferencias como facturas pendientes de cobro y apropiándose de un total de 292.460,89 euros que incorporó a su patrimonio, nos encontramos ante un delito continuado de apropiación indebida, tanto aplicando la regulación vigente cuando ocurrió el hecho (art 252 CP 95), como aplicando la actual (art 253 CP 16).

Como ha señalado la reciente STS 18/2016, de 26 de enero , " la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP .

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio , STS938/98, de 8 de julio , STS 374/2008, de 24 de junio , STS 228/2012, de 28 de marzo ".

Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 del CP fue algo más que una simple recolocación sistemática. Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la STS 244/2016, de 30 de marzo , en la que se señala que "...así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del "animus rem sibi habendi", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio . De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo , con citas de las SSTs 370/2014 y 905/2014 . Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal(cfr. STS 414/2016, 17 de mayo) ".



www.civil-mercantil.com

Pues bien, a la vista del actual estado de la jurisprudencia, la Sala concluye que la conducta imputada a los acusados Estanislao Torcuato , Artemio Gerardo y Ernesto Maximiliano , lejos de haber quedado despenalizada, encuentra adecuado encaje en el art. 253 del CP . Sus respectivas acciones no pueden ser interpretadas como el resultado de actos de deslealtad con el patrimonio administrado, como el fruto de decisiones equivocadas en el ámbito de la administración que les incumbía. Los acusados hicieron suyas esas cantidades a través de un mecanismo expropiatorio que va mucho más allá de la adopción de actos erróneos en el ejercicio de sus facultades de administración.

A este respecto, conviene subrayar que la acción que tipifica el nuevo art. 253 del C. Penal se centra en la ejecución de actos apropiatorios ("se apropiaren para sí o para un tercero") de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble; mientras que la conducta nuclear que se tipifica en el art. 252 consiste en infringir las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas. Visto lo cual, y dado que los acusados ejecutaron en el presente caso inequívocos actos apropiatorios con fines de lucro personal con respecto al dinero de la entidad que administraban, no puede afirmarse que incurrieran en meros excesos de sus facultades de administración ni en meros abusos en el ejercicio de sus competencias, pues en la sentencia recurrida se afirma que los condenados urdieron un plan para beneficiarse con cuantiosas sumas de dinero correspondientes a la sociedad que gestionaban, formalizando para ello unos nuevos contratos de alta dirección a pesar de conocer la situación de práctica insolvencia de las dos entidades que se fusionaron en Nova Caixa Galicia. Esta conducta ha de ser calificada por tanto como de apropiación indebida y no como de administración desleal.

Así pues, no ha errado el Tribunal de instancia cuando, conforme a la anterior regulación, ha subsumido los hechos en el delito de apropiación indebida del previgente art. 252 del CP . Que ese desenlace sea la consecuencia de un razonamiento jurídico manifiestamente mejorable y necesitado de actualización, no añade ningún obstáculo para estimar correcta la formulación del juicio de tipicidad que ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

4.2.- Reacciona la defensa frente a lo que considera una indebida mención al apartado 6º del art. 250.1 del CP , esto es, la circunstancia agravatoria de haberse cometido el delito "... con abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador". Tal circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por la ley al definir y penar el delito de administración desleal y es hasta tal punto inherente al mismo que volverlo a tomar en consideración constituye una flagrante y grosera vulneración del principio non bis in idem .

Es cierto que en los delitos de administración desleal y -en lo que aquí interesa- en el delito de apropiación indebida, la aplicación de un subtipo agravado como el abuso de relaciones personales, nos sitúa de lleno en el terreno de la inherencia, con las consiguientes consecuencias en el ámbito de la prohibición constitucional del non bis in idem. Así lo hemos declarado en numerosas ocasiones (cfr. SSTS 908/2008, 31 de diciembre ; 2232/2001, 22 de noviembre y 368/2007, 9 de mayo , entre otras muchas).

La defensa no invoca la indebida aplicación de un precepto -art. 250.1.6º- que, como revela la lectura de la sentencia recurrida no ha sido aplicado. Sin embargo, entiende que su mención puede haber tenido una influencia decisiva en la determinación de la pena.

La Sala no comparte este criterio. De hecho, la imposición de una pena situada en la mitad inferior del arco dosimétrico -de 1 a 6 años de prisión- despeja cualquier duda acerca de una hipotética doble valoración de un mismo hecho o de quiebra del principio de proporcionalidad. La lectura del FJ 17º de la sentencia cuestionada refleja bien a las claras que la motivación del proceso de individualización de la pena impuesta nada tuvo que ver, no ya con su indebida aplicación, sino con la presencia subliminal de la agravación prevista en el art. 250.1.6º del CP : "... es de aplicar lo dispuesto en los artículos 58, 61, 66 nº 6 y 72,



www.civil-mercantil.com

imponiéndose dentro del límite penológico marcado por las acusaciones respecto a los delitos por lo que vienen acusados, la pena de dos años de prisión para cada uno de los acusados, se insiste, dentro del límite penológico que marcan las duraciones. Pues estamos ante una entidad que valía 181 millones de euros, y tuvo que provisionar 29,9 millones de euros y abonar más de 24 millones de euros como consecuencia de los nuevos contratos de alta dirección. Cantidad que en el fondo la abonó íntegramente el FROB, organismo público que posibilitó que NCG subsistiera gracias al dinero público inyectado; insistiendo de nuevo en la posición dominante de los acusados en la recién nacida entidad fruto de la fusión, lo que produjo la mayor la facilidad comisiva de los hechos enjuiciados por el pleno dominio que tuvieron del hecho delictivo. Respecto la multa a imponer en aplicación del art. 250 CP se les impone una multa de 10 meses con una cuota diaria de 250 euros con las responsabilidades civil subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP (1 día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas) ".

4.3.- También plantea la defensa si los acusados Estanislao Torcuato , Jesus Torcuato y Artemio Gerardo , tenían la condición de administradores a efectos penales. Se invoca en apoyo de su tesis el RD 1382/1985, 1 de agosto y el dictamen del profesor Jaime Iñigo . Y se concluye que, salvo al acusado Estanislao Torcuato , al que podría atribuírsele la condición de directivo-administrador, no sucedía lo mismo con los otros dos acusados, que vendrían a ser " directivos de segundo orden en la jerarquía de la empresa", estando sus funciones esencialmente limitadas a sus respectivas áreas de actividad.

La Sala no puede coincidir con este criterio. Por una parte, por cuanto que la condición de personal de alta dirección y el correlativo ejercicio de funciones de administración, en cada caso concreto, no puede hacerse depender de un dictamen de contenido doctrinal. Se trata de un peritaje jurídico que sugiere al órgano decisorio una de las interpretaciones posibles para resolver el interrogante suscitado. La altura técnica de ese dictamen elaborado por el profesor Jaime Iñigo es incuestionable. Pero también lo es su falta de idoneidad en el proceso casacional para sustituir su cualificado criterio por el juicio histórico, tal y como ha sido proclamado por la Audiencia Nacional. En el factum, cuya aceptación constituye un presupuesto metodológico para la viabilidad del motivo formulado con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim , puede leerse lo siguiente: "... los hechos que las pruebas practicadas han puesto de relieve calificados jurídicamente de la forma referida, ponen de relieve que los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , así como Jesus Torcuato , eran las personas, los tres primeros, en Caixa Nova y, el cuarto de ellos en Caixa Galicia, que llevaban en dichas entidades financieras la gestión de las actividades propias de su negocio financiero, siendo las personas que llevaban por consiguiente, la puesta en marcha de la administración como Altos Directivos de las entidades referidas, lo que implica en el ámbito laboral, un gran poder de autonomía en la toma de decisiones para llevar la gestión de la empresa. Es decir ejercían los poderes propios de la titularidad financiera de la empresa, relativos a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad, teniendo únicamente por órganos superiores de gestión y administración de la empresa el Consejo de Administración, rigiéndose sus contratos por el R.D. 1382/1985 de 1 de agosto y el R.D. 451/2012 de 5 de marzo que amplía la aplicación de estos contratos al personal directivo del sector público estatal. En definitiva, la gestión que desempeñaban los acusados citados, se basaba en la recíproca confianza entre la empresa y el Alto Directivo ".

En definitiva, un motivo hecho valer por la vía del art. 849.1 de la LECrim no puede ensanchar su objeto discutiendo, con el apoyo de un peritaje jurídico, la jerarquía que en el organigrama de la entidad ocupaba cada uno de los acusados. Es el factum el que ofrece la clave para concluir la corrección o incorrección del juicio de tipicidad. Y basta la lectura del fragmento precedente para descartar cualquier incógnita al respecto.



www.civil-mercantil.com

4.4.- En el apartado 5º del tercero de los motivos formalizados por la defensa, la argumentación se centra en censurar las graves dificultades a las que se enfrentó la Audiencia Nacional "... para identificar y describir en la sentencia qué conducta o conductas de nuestros representados mostraban esos rasgos característicos de la administración desleal".

En un primer razonamiento se subraya cómo la argumentación del órgano decisorio encaminada a descartar el delito de estafa, basada en la tesis de la ocultación, el engaño o el fraude, lastra luego otros pasajes de la sentencia en los que parece sugerirse que esa fue la estrategia para el enriquecimiento. Del mismo modo, se critica la tesis que parece inspirar otros fragmentos de la resolución recurrida, conforme a la cual el delito habría consistido en el establecimiento de mejoras retributivas incompatibles con la legislación europea y comunitaria. Termina el motivo planteando un interrogante acerca de si el delito de administración desleal lo fue -a juicio de la Audiencia Nacional- en el momento de la liquidación de los contratos por percepción de cantidades superiores a las debidas.

La primera de las alegaciones es expresiva, una vez más, de los defectos técnicos de la resolución que es objeto del presente recurso. Esas carencias ya han sido puestas de manifiesto por esta Sala . Lo verdaderamente decisivo es que no entorpecen el proceso de subsunción, cuya corrección es lo que permite cuestionar la vía impugnativa que proporciona el art. 849.1 de la LECrim . Existen otros muchos párrafos del factum y de la fundamentación jurídica en los que los elementos típicos del delito por el que se ha formulado condena se dibujan con toda nitidez, algunos de ellos destacados por la propia defensa. En el FJ 2.3 de nuestra resolución hemos transcrito los pasajes del juicio histórico en los que se condensan los elementos fácticos indispensables para la calificación de los hechos.

El segundo de los epígrafes que sirve al recurrente para sistematizar su disenso incluye afirmaciones que obligan a la Sala a descartar la viabilidad del motivo, en la medida en que lo que se cuestiona no es tanto la correlación entre el factum y la calificación de los hechos, sino el respaldo probatorio y la hipotética contradicción entre algunos de los fundamentos jurídicos. Si bien se mira, lo que reprocha la defensa es que la sentencia recurrida se fragmente en reproches pluridireccionales, sin aferrarse a una exclusiva tesis para apuntalar el juicio de subsunción. También ahora lo determinante es valorar si entre esos núcleos argumentales de los que se vale la Audiencia Nacional se desliza algún razonamiento que neutralice la corrección del juicio de tipicidad. Y la Sala no detecta esta disfunción que, en otro caso, habría obligado a la estimación del motivo.

La tesis de que la administración desleal -de existir- se habría cometido en el proceso de liquidación de los contratos por la percepción de cantidades superiores a las debidas, tampoco puede acogerse. Se aduce que los excesos que, en su caso, se habrían producido en la fase de liquidación deberían quedar al margen del delito de administración desleal, pues los acusados no tuvieron el completo dominio del hecho. Sin embargo, quién así razona olvida que esa fase de liquidación no fue sino el proceso de ejecución de unos contratos que son precisamente aquellos sobre los que el factum hace descansar el delito imputado.

4.5.- Los apartados 6º a 9º del tercer motivo intentan demostrar -con la encomiable hechura técnica que inspira todo el recurso- que las supuestas mejoras derivadas de los contratos suscritos por los acusados para sustituir los acuerdos iniciales, no habrían sido tales, de forma que quebraría el perjuicio como elemento del tipo.

Se arguye que la sentencia dictada por el Tribunal a quo ha remitido globalmente la apreciación de aspectos ligados a la valoración jurídica al criterio de peritos versados en otros métodos y técnicas de análisis, pero no en la interpretación y aplicación del derecho.

Tiene toda la razón el recurrente, pese a que a lo largo del recurso no falten párrafos en los que la defensa pretende anteponer el valor de lo que han dicho unos peritos frente a



www.civil-mercantil.com

otros. Esta Sala así lo ha denunciado también en distintos pasajes de esta misma resolución (cfr. último párrafo FJ. 2.2).

En realidad, lo que se pide -en un motivo formalizado por la vía del error de derecho- es que reinterpretemos los dictámenes periciales y los documentos que han sido valorados en la instancia. Y una vez hecho, que sustituyamos el criterio que ha sido proclamado por la Audiencia Nacional por una sobrevenida valoración casacional de la prueba documental. Y esto no es posible porque desborda los límites propios del recurso extraordinario de casación.

La Sala, pese a todo, ha hecho un esfuerzo aproximativo a buena parte de los documentos invocados en el motivo y ha alcanzado conclusiones que no permiten constatar un error en la aplicación de los preceptos penales que califican la conducta de los acusados.

En efecto, en la cuestión relativa a si los contratos suscritos por los recurrentes en el año 2010 implicaron o no mejoras respecto a los contratos que tenían suscritos en ese momento, la sentencia de instancia declara probado, respecto a Estanislao Torcuato, que el nuevo contrato de alta dirección, suscrito en 2010, supondría una mejora económica respecto al anterior contrato de alta dirección que tenía de 6.476.237 € por la prejubilación; 117.871,05 € por el concepto retribución complementaria por resultados parte fija (en adelante RCR Parte Fija); 1.179.253,97 € por el no establecimiento de una tasa de descuento; 933.156 € por la gratificación o premio especial por su dedicación al desarrollo y expansión de la entidad; y 304,5 € por el plus convenio.

Asimismo respecto a Artemio Gerardo se declara probado que el nuevo contrato habría supuesto las siguientes mejoras: 14.904,18 € por el concepto RCR Parte Fija; 225.000 € por la gratificación o premio especial por su dedicación al desarrollo y expansión de la entidad; y 440,90 € por el plus convenio.

Por último, la sentencia de instancia declara probado que el nuevo contrato habría supuesto respecto a Ernesto Maximiliano, las mejoras siguientes: 3.969.349,31 € por la prejubilación; 903.69,13 € por el concepto RCR Parte Fija; 642.213,79 € por el no establecimiento de una tasa de descuento; y

580.986 € por la gratificación o premio especial por su dedicación al desarrollo y expansión de la entidad; y 250,95 € por el plus convenio.

a) Por lo que afectaría a la retribución complementaria por resultados fija, el examen contrastado del contenido de los tres nuevos contratos firmados por los recurrentes en el año 2010 (el 20 de octubre de 2010, en el caso de Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano, y el 25 de octubre de 2010 en el de Artemio Gerardo) y el de los anteriormente vigentes (de 4 de enero de 1999 para Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo, y de 13 de enero de 2005 para Estanislao Torcuato), permitiría concluir que en estos últimos, para el cálculo de la renta vitalicia total a percibir en caso de extinción del contrato, no se incluía el concepto retributivo de la retribución complementaria por resultados fija (RCR, fija), que sin embargo sí aparece en los primeros.

En efecto, en la estipulación quinta del contrato de 2010 de Ernesto Maximiliano y de Estanislao Torcuato, sólo se excluye, para la determinación de los conceptos que se tendrán en cuenta para la fijación de la renta vitalicia total en ellos pactada, el comprendido en el apartado h) de la estipulación octava de, respectivamente, los contratos de 4 de enero de 1999 y 13 de enero de 2005, que corresponde a la retribución complementaria por resultados, parte variable.

Sin embargo, en la estipulación décima de estos últimos contratos -los de 4 de enero de 1999 y 13 de enero de 2005-, a efectos de calcular la renta vitalicia, se excluye no solo el concepto incluido en el apartado h) de su estipulación octava -retribución complementaria por resultados, parte variable- sino también el concepto incluido en el apartado g) que corresponde precisamente a la retribución complementaria por resultados, parte fija.



www.civil-mercantil.com

Con respecto a Artemio Gerardo ocurre lo mismo si comparamos la estipulación séptima del contrato 25 de octubre de 2010 con la décima del contrato de 4 de enero de 1999.

Siendo así, las estipulaciones contractuales apoyarían la conclusión, según se ha adelantado, de que la inclusión de la retribución complementaria, parte fija, a efectos del cálculo del "salario pensionable", en los contratos del año 2010, sí sería una mejora respecto a los contratos de los años 1999 y 2005.

Esta mejora, según se declara en la página 34 del informe del perito Argimiro Florencio -inspector de Entidades de Crédito- de 30 de agosto de 2013 ascendería: en el caso de Estanislao Torcuato a 117.871,05 €; en el caso de Artemio Gerardo , a 14.904,18 €; y en el caso de Ernesto Maximiliano , a 90.369,13 €.

Así se declara probado, por otro lado, en la sentencia de instancia.

Las alegaciones de los recurrentes para negar que la inclusión, en los contratos de 2010, de esta Retribución Complementaria, parte fija, supusiera una mejora contractual, no son definitivas.

Aun cuando considerásemos aplicable a aquellos el Acuerdo Laboral en el marco de fusión entre Caixa Galicia y Caixanova de 4 de octubre de 2010 -lo que la sentencia de instancia niega atendiendo a que los tres recurrentes estaban vinculados por un contrato de alta dirección-, el alcance de lo pactado en el punto cuarto -estructura retributiva común en la nueva caja- del apartado III dicho acuerdo -nuevo marco laboral y criterios de armonización de condiciones de trabajo- (pág. 15), podría no tener el efecto que se defiende por los recurrentes. Según el citado acuerdo, la denominada retribución complementaria parte fija que venía abonando Caixanova se transforma en un nuevo concepto salarial que se denomina complemento de naturaleza personal y revisable que, como otros conceptos, se abonarán prorrateados en 14 pagas anuales. De lo expuesto podría inferirse que el concepto retributivo en cuestión sigue existiendo como tal y se continúa abonando, si bien bajo otra denominación. En consecuencia, su inclusión a efectos del cálculo de la renta vitalicia, cuando antes no se tenía en cuenta, la incrementa en los importes ya expuestos.

Con independencia de lo anterior, la Audiencia Nacional -insistimos- ha considerado que el Acuerdo Laboral no resultaba aplicable a los acusados. Y lo ha hecho a partir de una interpretación jurídica de los contratos de 2010, que ve en ellos una simple prórroga respecto de los anteriores, y de la atribución a los mismos del carácter de contratos singularizados de alta dirección: "... por otro lado a ninguno de los 4 altos directivos les afectaba el pacto libre de Fusión. Basta ver el contrato de 25/10/2010 de Artemio Gerardo donde se habla de prorrogarse su contrato anterior de Alta dirección de 1999. El de 20 de octubre de 2010 de Ernesto Maximiliano en el mismo sentido en cuanto al contrato de Jesus Torcuato 30/12/2010 se trata en su articulado siempre como un contrato de Alta dirección regulado en el R.D 1382/ 1985 de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral del contrato de Alta Dirección, suspendiéndose la relación laboral comunicando dicho contrato de Alta Dirección. [...] Y en cuanto a Estanislao Torcuato en el nuevo contrato de alta dirección de 2010, se trata solamente eufemísticamente de ratificar el contrato celebrado entre Caixanova y este acusado el 13 de enero de 2005 ratificando sus condiciones y actualizándolo en cuanto las nuevas funciones encomendadas en la entidad nueva, nacida de la función a dicho acusado como Director General. [...] En definitiva el Plan de Acuerdo laboral de fusión no se les aplicaba a estos cuatro acusados".

Se trata, por tanto, de una conclusión jurídica obtenida a partir del examen de la naturaleza de los acuerdos contractuales que sustituyeron a los inicialmente suscritos y de su ámbito de aplicación, que no incluiría a los empleados que tenían suscrito un contrato de alta dirección. La invocación del dictamen de Sagardoy Abogados -peritaje jurídico- para



www.civil-mercantil.com

contrarrestar esta inferencia, no puede ser aceptada por esta Sala como una argumentación definitiva.

b) La tasa de descuento es otro de los conceptos que exige el análisis contrastado. La no aplicación de una tasa de descuento para efectuar el pago en forma de capital de la renta vitalicia liquidada a los recurrentes no es una cuestión controvertida. Estos niegan sin embargo que ello haya supuesto ninguna mejora con respecto a su situación anterior.

Se razona que la aplicación o exclusión de esa tasa de descuento se trataba de una cuestión que afectaba exclusivamente al proceso de liquidación y, por tanto, resulta más que cuestionable que se impute a la comisión de un delito de administración desleal por parte de los tres acusados el perjuicio supuestamente producido a la entidad en el modo en el que ésta liquidó los contratos de Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano .

A juicio de la Sala, sin embargo, los acusados no pueden desvincularse del proceso de liquidación de esas cantidades que, como es obvio, está inspirado, tanto en lo que proclaman de forma expresa, como en lo que silencian, en las cláusulas de los contratos de 2010, origen de la conducta desleal que se materializó en los actos expropiatorios por los que se ha formulado condena.

Sea como fuere, conviene tener en cuenta que la sentencia de instancia, sigue de nuevo las pautas del informe del perito Argimiro Florencio , inspector de Entidades de Crédito del Banco de España, que se ocupa de esta cuestión en las páginas 25 y ss de su informe. Ya en la página 4 del informe del Banco de España de 7 de mayo de 2012, también mencionado en la sentencia, se aludía a que en los contratos firmados por los recurrentes no se mencionaba la tasa de descuento y que la aplicada había sido cero. En este último informe se alude asimismo a la justificación al respecto aportada por la entidad, que coincide con la que se mantiene en el recurso. También el informe del perito examina esta posible explicación, descartándola por las razones que en él se relacionan.

Este último perito, Argimiro Florencio , dictaminó que, según su opinión, el tipo utilizado debería haber sido similar al de la deuda pública. La aplicación de este último tipo sobre la capitalización de las rentas vitalicias de los dos recurrentes a los que afecta este extremo, que son los acusados Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano le lleva a concluir qué cantidades no deberían haber sido abonadas. Estas serían, y así lo declara probado la sentencia de instancia: respecto a Estanislao Torcuato de 1.179.253,97 €; y respecto a Ernesto Maximiliano de 642.213,79 €.

c) El pago de una " gratificación personal especial por la dedicación y la aportación al desarrollo, crecimiento y expansión de la entidad y la responsabilidad asumida como alto cargo de la Caja ", ya se había acordado en la cláusula décima de los contratos celebrados por los recurrentes en 1999 y 2005.

Este concepto no se menciona expresamente en los contratos de 2010 celebrados por Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano , aunque ha de entenderse ratificada, como los demás extremos que no se modifican respecto a los contratos anteriores, dado el tenor de la estipulación primera de los mismos. Sí se menciona expresamente en la cláusula decimotercera del contrato de 2010 del Sr. Artemio Gerardo , en la que se fija en 225.000 euros.

Desde este punto de vista, el pago de esta gratificación extraordinaria no sería propiamente una mejora contractual.

La cuestión controvertida respecto a este concepto sería realmente si su pago procedía o no en el caso de autos, dadas la circunstancias concurrentes y la normativa aplicable en materia de retribuciones.

En este extremo, la sentencia recurrida parece seguir el criterio del informe pericial de 30 de agosto de 2013 de Argimiro Florencio en cuanto a la incidencia que el Real Decreto



www.civil-mercantil.com

771/2011, de 3 de junio, tuvo sobre el pago de las " retribuciones variables " -páginas 36 y 37 del informe-, entre las que se incluirían, según se deduce de lo allí expuesto, estas gratificaciones especiales (el mismo informe analiza en las páginas 34 y 35 el efecto que sobre estos pagos pudo tener la Circular del Banco de España 4/2011, de 30 de noviembre, aunque concluye que la misma no estaba en vigor cuando se practicaron las liquidaciones). En este informe se dictamina que su pago no era procedente, según la norma citada, toda vez que hubiera sido necesario su justificación ante el Banco de España. Asimismo el perito relaciona la procedencia o no de dicho pago con lo que para él eran los " malos resultados " de la entidad.

Los recurrentes combaten la consideración de esta gratificación como " retribución variable ", entendiéndola que, dada la forma pactada para su determinación, era de naturaleza fija e inciden en el hecho de que el Banco de España conocía su existencia y nunca requirió a la entidad para que no fuera abonada. Sin embargo, como ya hemos expuesto supra, la tipicidad de los hechos imputados no depende de la capacidad de reacción del Banco de España en el ejercicio de sus facultades de fiscalización.

d) La sentencia también considera el abono de un Plus Convenio a los recurrentes como una mejora.

Este concepto no está contemplado expresamente entre los conceptos retributivos que, según los contratos de 1999 y 2005, integraban el salario bruto anual de los recurrentes, el cual, de acuerdo con la estipulación décima, serviría de base para calcular la renta vitalicia.

Pero este concepto, como alegan los recurrentes, se incorpora a la estructura retributiva de los mismos en el año 2006 en virtud de sendos anexos a los contratos en vigor, que constan en las actuaciones, tal y como éstos señalan. Así lo declara expresamente probado la sentencia de instancia, respecto al acusado Estanislao Torcuato .

Desde esta perspectiva, el pago de esta cantidad no sería propiamente una mejora derivada de los contratos de 2010. De ahí la necesidad de su exclusión en el momento de la determinación del quantum indemnizatorio que habrá de fijarse por la Audiencia Nacional como consecuencia de la estimación del cuarto motivo.

e) Las pólizas individuales de aseguramiento encierran otro de los conceptos controvertidos.

Y es que, como consecuencia de los contratos de 2010 -cláusula séptima para los contratos de los acusados Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano y cláusula novena para el caso del contrato de Artemio Gerardo - la entidad bancaria suscribió a favor de cada uno de los recurrentes una póliza individual de aseguramiento para completar la percepción de la renta vitalicia -póliza número NUM004 a favor del primero, póliza número NUM002 a favor del segundo y póliza número NUM003 a favor del tercero. Estas pólizas individuales, destinadas a cubrir la renta vitalicia pactada, según lo convenido, debían estar completamente provisionadas a la fecha del devengo de su cobro.

Con anterioridad, los tres recurrentes tenían derechos económicos reconocidos en otras pólizas. Los acusados Estanislao Torcuato y Artemio Gerardo derivaban tales derechos de la póliza número NUM005 , póliza colectiva que instrumentaba compromisos por pensiones de todo el personal que, por límites fiscales, no tenían cabida en el plan de pensiones (así se desprende de la información suministrada por Novagalicia a requerimiento del Juzgado en el escrito de 10 de julio de 2012) . Ernesto Maximiliano , por su parte, estaba cubierto por la póliza número NUM006 , en la que además de él estaba incluido otro empleado y así se recoge en la página 6 del informe pericial elaborado por la inspectora de Seguros del Estado, Marisol Piedad .

Respecto a estas pólizas individuales, se concluye en la página 99 del informe elaborado por la referida inspectora de Seguros del Estado -conclusión sexta- que en ellas se incluían conceptos salariales (plus de convenio y retribución complementaria por resultados



www.civil-mercantil.com

parte fija) no permitidos en las pólizas colectivas, complementarias del plan de pensiones, de manera que los conceptos pensionables reconocidos a los recurrentes, en virtud del plan de pensiones de Caixanova y de su póliza individual de aseguramiento, no eran iguales a los del resto de la plantilla.

Asimismo, según el informe de la perito -p. 84- los derechos de viudedad contemplados en los contratos del año 2010 de los acusados Estanislao Torcuato y Artemio Gerardo - estipulación duodécima y decimoquinta- no estaban contemplados en los contratos anteriores. También en el denominado " informeSagardoy " -que la sentencia de instancia cita reiteradamente-, se hace referencia (página 90) a que la inclusión de un derecho de viudedad en los contratos de 2010 supone una mejora respecto a la situación anterior.

Según las estipulaciones duodécima y decimoquinta, que consagran este derecho de viudedad, en caso de fallecimiento, la viuda ostentaría los derechos que a los acusados Estanislao Torcuato y Artemio Gerardo correspondería conforme a lo contemplado en el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros, en el Reglamento del Plan de Pensiones " Personal Caixanova " y en la misma póliza individual de aseguramiento.

En relación a este extremo, cabría mencionar que, según el informe pericial de la inspectora de Seguros del Estado ya citado - páginas 51 a 53 y 62-, las pólizas individuales de los acusados Estanislao Torcuato y Artemio Gerardo contemplan la financiación de una sola vez de los servicios futuros, esto es, de todas las aportaciones futuras a realizar a los asegurados hasta la edad de jubilación. Esto supuso el pago por la entidad de 3.993.962,01 euros en el caso de Estanislao Torcuato y 2.802.208,23 euros, en el caso de Ernesto Maximiliano (según el mismo informe para el caso de Artemio Gerardo no cabe hablar de financiación de servicios futuros porque en la última regularización se consideraba que la jubilación se produciría durante el semestre siguiente). La financiación de estos servicios futuros, según se concluye en la página 53 del informe, no estaba prevista para el resto del personal y se ha hecho exclusivamente con respecto a estos recurrentes.

A estas primas satisfechas por aportaciones futuras se refiere también Novagalicia en el escrito remitido al Juzgado en julio de 2012 y al que ya se ha hecho referencia. Esta entidad fue preguntada por el coste adicional que, para la misma, había supuesto e iba a suponer la suscripción de las pólizas de los recurrentes, desde la fecha de su inscripción a la fecha en la que los asegurados pudieran hacer efectivo el rescate. Su respuesta fue, según se refleja en el citado escrito, que, desde la suscripción de las nuevas pólizas, únicamente puede considerarse mayor coste -por el hecho de venir obligados a exteriorizarlo anticipadamente- el importe de la prima satisfecha, ya que esta incluye los citados pagos por servicios futuros (pág. 4).

El informe pericial de la inspectora de seguros del Estado - Marisol Piedad - hace referencia asimismo a la existencia, en las tres pólizas individuales, de lo que denomina " cláusula de bloqueo ", según la cual, para cualquier modificación de la póliza, incluido el ejercicio del derecho de rescate total o parcial por parte del tomador, será preciso el expreso consentimiento de los asegurados.

A esta estipulación se refirió asimismo el ya citado informe Sagardoy considerando que la misma impedía a la entidad bancaria negociar a la baja las primas del contrato.

Cabe indicar, por último, que la sentencia declara probado, respecto a Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano , que el nuevo contrato de alta dirección, suscrito en 2010, habría supuesto para ellos, respectivamente, una mejora económica en concepto de prejubilación de 6.476.237 euros y de 3.969.349,31 euros.

A estos efectos parece seguir los argumentos expuestos por el perito del Banco de España, Inspector de entidades de crédito, Argimiro Florencio - páginas 31 y ss de su informe-, respecto a que las indemnizaciones se deberían haber limitado a dos anualidades del salario

anual fijo de acuerdo con las Recomendaciones de la Comisión Europea de 30 de abril de 2009.

En suma, las alegaciones de los recurrentes han llevado a esta Sala a un minucioso examen de la prueba documental valorada en la instancia. Nuestro deseo de dar respuesta a las múltiples censuras formuladas por la defensa, está en el origen de una interpretación más que flexible de los límites que tolera el recurso de casación penal cuando se hace valer por la vía de la infracción de ley (art. 849.1 LECrim).

La desestimación de la queja resulta, por tanto, obligada (art. 885.1 LECrim).

Quinto.

Los motivos cuarto y quinto del recurso se formulan, respectivamente, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE y por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por vulneración de los arts. 109 y 116 del CP .

5.1.- La sentencia recurrida -entiende la defensa- infringe el principio dispositivo o de justicia rogada al conceder extra petitem una indemnización consistente en la devolución de la suma de todas las cantidades contenidas tanto en el apartado A como en el apartado B de la reclamación de responsabilidad civil que había efectuado el Ministerio Fiscal, con la adhesión de las demás partes acusadoras (NCG Banco, como acusación particular, y ADICAE, como acusación popular); y ello en lugar de haberse limitado a establecer alternativamente, como exigía precisamente el principio dispositivo o de justicia rogada, la devolución de las cantidades referidas en el apartado A o en el apartado B de dicha reclamación, que era lo que habían solicitado a la Sala de instancia quienes, en principio, estaban legitimados para hacerlo.

Insiste la defensa en que a pesar de que la petición del Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas había sido formulada en términos alternativos (en función de cómo fueran calificados los hechos definitivamente) y que, como se refleja el antecedente de hecho cuarto de la sentencia recurrida (pág. 9) las acusaciones particular y popular se adhirieron a aquél a en sus conclusiones definitivas, así como a su informe, la sentencia recurrida, en su FJ 16º, concede extra petitem una devolución de cantidades consistente en la devolución de la suma de todas las cantidades contenidas tanto en el apartado A como en el apartado B de la reclamación de responsabilidad civil que había efectuado el Ministerio Fiscal.

Ambos motivos -el cuarto cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal- han de ser estimados.

En efecto, basta una lectura de los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional para advertir el llamativo error en el que incurre el Tribunal a quo. El carácter alternativo de la acusación formulada por el Fiscal y, necesariamente, la diferente cuantificación de las responsabilidades civiles, en función de que los hechos fueran finalmente considerados como integrantes de un delito de estafa (alternativa A) o un delito de apropiación indebida en concurso de normas con otro de administración desleal (alternativa B), determina que la concesión en términos acumulativos de aquello que fue ofrecido a la consideración de la Audiencia en términos alternativos (art. 653 LECrim), conlleve una flagrante vulneración del principio dispositivo.

5.2.- Consideran los recurrentes que la resolución cuestionada incurre en patentes defectos interpretativos de la situación jurídica de ellos resultante en relación con los siguientes extremos: a) la supuesta procedencia de limitar la indemnización por desistimiento percibida por los acusados a dos anualidades de retribución; b) la supuesta procedencia de excluir la llamada " Retribución Complementaria por Resultados, parte fija" para el cómputo de dicha indemnización por desistimiento; c) la supuesta procedencia de la aplicación a las cantidades



www.civil-mercantil.com

percibidas en tal concepto de una tasa de descuento basada en el tipo de remuneración de la Deuda Pública española a la fecha de la liquidación que les fue practicada; d) la supuesta improcedencia del abono de una gratificación o premio por su " especial dedicación al desarrollo, crecimiento y expansión de la entidad", al no haber mediado una específica autorización del Banco de España; e) el carácter supuestamente indebido del cobro del llamado " plus convenio"; y f) la declaración de nulidad de las pólizas individuales del aseguramiento personal de 25 de noviembre de 2010.

El desarrollo del motivo evidencia que buena parte de las alegaciones que en él se contienen han sido ya abordadas en los motivos primero y tercero. Se enriquecen los argumentos con reflexiones complementarias mediante las que se pretende llevar al convencimiento de la Sala la improcedencia de incluir en la responsabilidad civil declarada conceptos que -como se viene sosteniendo a lo largo del recurso- no implicaron ninguna mejora para los acusados.

Obligado resulta, por tanto, remitirnos a lo ya expuesto supra acerca del criterio sobre los distintos conceptos retributivos que implicaron una mejora expropiativa y que justifican la condena tal y como ha sido pronunciada.

Cuestión distinta es la que afecta a la declaración de nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento personal de 25 de noviembre de 2010. En este punto se impone la estimación parcial del motivo.

En efecto, en el FJ 16º de la sentencia recurrida se incluye un pronunciamiento conforme al cual "... asimismo se decreta la nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento personal de 25 de noviembre de 2010 ". Ese lacónico enunciado es una transcripción literal de la petición del Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, en las que instó lo siguiente: "... asimismo se deberá decretar la nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento personal de 25 de noviembre 2010." Como puede apreciarse sólo hay un cambio en el tiempo en el que el verbo " decretar" es conjugado. Esta identidad podría no acarrear mayores consecuencias si la sentencia incluyera una motivación que explicara las razones de la declaración de nulidad in integrum. Nada de eso se obtiene después de la detenida lectura de la resolución recurrida.

El motivo, por tanto, ha de ser estimado, con el fin de que la Audiencia Nacional cuantifique en términos únicos la responsabilidad civil que fue ofrecida por las acusaciones con carácter alternativo. La cantidad resultante deberá excluir -como se razona en el FJ 4.5.d')- el importe del Plus Convenio por los argumentos que allí se exponen. De ahí la necesidad de exigir que en la redacción de la nueva sentencia, en el momento de pronunciarse sobre la responsabilidad civil, se incluya un pronunciamiento expreso sobre esta materia. Al mismo tiempo, deberá incorporar una motivación, conforme al canon constitucional que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, explicativa de las razones por las que se declara la nulidad de las pólizas individuales de aseguramiento personal de 25 de noviembre de 2015.

5.3.- La sentencia recurrida, según los recurrentes, habría incurrido también en una vulneración adicional y aún más radical de los mencionados principios y derechos fundamentales al conceder las mencionadas reparaciones a una Entidad, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que ni por sí misma, ni a través de la actuación del Ministerio Fiscal, ha efectuado solicitud alguna en tal sentido.

La Audiencia admite que las acusaciones habían solicitado que las cantidades reclamadas se devolviesen a Novacaixagalicia - aunque en realidad pedían que se restituyesen a NCG Banco "o a su sucesor universal"-. Sin embargo, en el FJ 16º (p. 183) de dicha sentencia se dice que es al FROB y no a Novacaixagalicia (ni a NCG Banco, ni a su sucesor universal), por entender que fue aquella entidad y no ésta " el perjudicado " por los delitos de apropiación indebida y administración desleal supuestamente cometidos por los recurrentes.



www.civil-mercantil.com

El Tribunal a quo llega a la conclusión de que " el perjudicado " sería " el FROB accionista unitario de NCG, y posteriormente en el Banco creado ", porque "Novacaixagalicia ha desaparecido como persona jurídica, y era una entidad enteramente participada por el FROB, pues en el momento de laliquidación de los contratos tenía un 93,60 de las acciones de NCG y con lainyección de Diciembre de 2012 de 5425 millones de euros, adquirió el 100% de las acciones hasta la venta a un 3º, del BNCG en el año 2013/2014 ".

Sin embargo, aunque lo anterior fuese cierto y adjudicáramos al FROB la condición de perjudicado -lo que desde luego no pudo siquiera ser debatido, al no haber sido oportunamente planteado a través de la pertinente solicitud-, no es menos cierto que, si bien el auto de admisión a trámite de la querrela de la Fiscalía contra los recurrentes, de fecha 26 de junio de 2012 (obrante a los folios 105 y ss del tomo I), acordó ofrecer acciones al FROB y al Abogado del Estado, ambos declinaron dicho ofrecimiento.

Sea como fuere, el pronunciamiento referido al beneficiario de las indemnizaciones acordadas en la sentencia recurrida, distinto de aquél que el Ministerio Fiscal y la acusación particular habían considerado como tal, participa de la misma irrazonabilidad que inspira la respuesta jurisdiccional dada en la instancia al ejercicio de la acción civil. De ahí que en la parte dispositiva acordemos también la anulación de esta decisión y exijamos una respuesta motivada acorde con el principio dispositivo que ha de regir la determinación de la cuantía indemnizatoria y el destinatario de la misma.

RECURSO DE Belarmino Nazario

Sexto.

El primero de los motivos sostiene, con cita del art. 849.1 de la LECrim , la indebida aplicación del art. 252 en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos objeto de enjuiciamiento y del art. 8 del CP .

Alega la defensa que la sentencia impugnada condena al acusado por un delito de apropiación indebida, en concurso de leyes o aparente con un delito de administración desleal, por aplicación de las reglas del art. 8 del CP , entendiendo que el tipo del art. 252 del CP resulta de aplicación preferente a los hechos por acarrear una pena mayor. Sin embargo -se razona- la jurisprudencia de la Sala Segunda ha abandonado paulatinamente ese entendimiento de la relación entre los arts. 252 y 295 del CP . Con una cita de alguno de los pronunciamientos de esta Sala al respecto, se concluye que "... la discusión sobre la licitud o ilicitud de las concretas cláusulas contractuales y principalmente sus importes, que se consideran excesivos y perjudiciales por la sentencia, podrá constituir un exceso intensivo cometido por los administradores actuando dentro de sus facultades y competencias. Exceso que, en aplicación de la ya reiterada doctrina de esta Sala, podrá ser analizado desde la perspectiva del delito de administración desleal, pero nunca constitutivo del de apropiación indebida por el que ha sido condenado mi representado y que exige una extralimitación del administrador actuando completamente fuera de las facultades que le son propias".

Descartada por la defensa la aplicación del delito de apropiación indebida a los hechos declarados probados en la sentencia, su análisis revela que tampoco pueden constituir una conducta encajable en el tipo de administración desleal. La línea de razonamiento que inspira el motivo -cuya impecable formulación técnica es valorada por la Sala- parte de la base de que el relato de hechos probados y la fundamentación jurídica mezclan el momento de comisión de la acción típica, es decir, la realización del acto desleal, con el momento temporal posterior en el que se produce el perjuicio causado por dicha acción desleal. El momento en el que se realiza por el autor la acción constitutiva del delito de administración desleal contra la sociedad



www.civil-mercantil.com

es el momento en el que, con un abuso intensivo de las facultades que le son propias, el administrador asume una serie de obligaciones contractuales para la entidad que resultan perjudiciales. En el caso que nos ocupa -razona la defensa- se trataría del momento de la aprobación y firma de las modificaciones de los contratos de alta dirección. La posterior ejecución o cumplimiento de las obligaciones jurídicas válidamente contraídas -desde un punto de vista formal- pero perjudiciales -elemento característico del delito de administración desleal- forma parte del iter criminis, ya que es el momento en el que se materializa el perjuicio para la entidad, pero ello no significa que se produzca un nuevo acto desleal, sino el mero incumplimiento de la obligación legalmente asumida por el administrador desleal en nombre de la sociedad que viene a causar el perjuicio y a consumir, por tanto, el delito. En suma, la posterior ejecución de las cláusulas y pactos que no son sino la ejecución de actos que, a su vez, son expresión de un exceso intensivo de las facultades otorgadas a los administradores, ha de ser entendida como inocua a efectos penales.

6.1.- Ya hemos expresado supra las razones por las que no podemos coincidir con un discurso exoneratorio de esa naturaleza. La sentencia de la Audiencia Nacional ha subsumido los hechos en un delito de apropiación indebida del previgente art. 252 del CP . Y lo ha hecho a través de un itinerario deductivo que, como hemos expresado en el FJ 4º, toma como fuente de inspiración una línea jurisprudencial abandonada ya por esta Sala. Las razones para la censura son, por tanto, más que evidentes. Allí hemos expresado, sin embargo, por qué ese juicio de tipicidad, pese al erróneo enfoque discursivo que ha llevado a los Jueces de instancia a esa conclusión, es perfectamente ajustado, tanto a la jurisprudencia que venía interpretando la relación entre los arts. 252 y 295 del CP , como al nuevo entendimiento jurisprudencial del contenido de injusto abarcado por la renovada redacción del art. 253 del CP . Hemos explicado supra que la acción concertada de los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , que contó para su ejecución con la esencial colaboración del recurrente Belarmino Nazario , fue algo más que un acto de deslealtad en perjuicio de la entidad bancaria de la que formaban parte. Se trató de un genuino acto expropiatorio en el que cantidades de dinero que tenían

-y podían- haber sido provisionadas para la atención de obligaciones contraídas con consumidores y terceros acreedores, fueron destinadas a engrosar su propio patrimonio.

La defensa tiende a escindir el acto apropiatorio imputado a los recurrentes en dos secuencias temporales, una de ellas simple ejecución inocua de lo resuelto por otros. Sin embargo, ese fraccionamiento de un acto apropiatorio, expresión de deslealtad, desde luego, pero tendencialmente dirigido a hacer posible una transferencia de fondos del ente social al patrimonio de los administradores, es tan útil para la construcción de un lúcido argumento defensivo como irrelevante en términos de tipicidad, sobre todo, cuando el delito por el que se ha formulado condena es el de apropiación indebida previsto en el previgente art. 252 o en el actual art. 253 del CP .

En apoyo de su línea impugnativa, el Letrado de la defensa invoca la doctrina sentada por esta misma Sala en la STS 841/2006, 17 de julio , referida a las retribuciones y jubilaciones de la cúpula directiva de otra entidad bancaria inmersa en un histórico proceso de fusión. Ninguna de las afirmaciones proclamadas en ese precedente son ahora incompatibles con lo que, en el presente caso, acordamos. En efecto, la Sala hace suya la invocación del carácter subsidiario -llamado también fragmentario- del derecho penal, así como la referencia al efecto legitimador que en la vida de las sociedades mercantiles puede desplegar el principio de transparencia. Sin embargo, el supuesto de hecho que allí se contemplaba, referido a las retribuciones pactadas para el presidente de una de las entidades fusionadas durante el proceso de fusión de dos de las primeras entidades bancarias españolas, se desarrolló en el mes de diciembre de 1998. Un contexto económico bien distinto al que delimita temporalmente



www.civil-mercantil.com

los hechos ahora enjuiciados. Pero lo más importante para subrayar esa diferencia es que nada dice el factum de la sentencia 841/2006 de una situación de práctica quiebra de las entidades fusionadas. Nada se alude a tres inyecciones financieras del FROB ascendentes respectivamente a 1.162, 2.465 y 5.425 millones de euros. Y nada se menciona respecto a que una de las corporaciones fusionadas fuera "... una entidad prácticamente inviable" o que le resultara imposible cumplir su compromiso "... de recomprar las participaciones preferentes a que se había obligado por la primera aportación del FROB a la referida entidad". Son estos datos los que definen un contexto económico -con indudables repercusiones sociales- en el que la ponderación acerca del significado jurídico- penal de determinadas retribuciones no puede atenerse a parámetros exclusivamente cuantitativos.

Conviene hacer dos últimas precisiones para justificar el rechazo del motivo.

6.1.a) La defensa pone todo el énfasis en el principio de transparencia, con minuciosa cita de las fechas en las que se ejecutaron los actos de aprobación de esas retribuciones por parte del Consejo de Administración. Sin embargo, esos actos posteriores de convalidación formal no tienen el efecto sanador que pretende adjudicárseles. La existencia de un acto apropiatorio, de carácter claramente expropiativo y enriquecedor para los administradores, no difumina su significado penal por el visto bueno que le otorgan quienes podían haber activado algún mecanismo jurídico de rechazo. Esa aprobación formal puede ser bien expresiva del defectuoso funcionamiento de los instrumentos intraorgánicos de control, pero en modo alguno santifica conductas con pleno encaje en el art. 253 del CP .

6.1.b) Por último, la conclusión sobre el carácter delictivo del apoderamiento de las cantidades que finalmente fueron a engrosar el patrimonio de los tres primeros acusados y que hizo posible el ahora recurrente, no exige como presupuesto adentrarse en el debate acerca de la vigencia de las normas administrativas que acordaron fijar límites acerca de la libertad para la determinación de las retribuciones de los directivos. La Audiencia Nacional razona -cfr. FJ 9 de la sentencia recurrida- que la Recomendación de la Comisión Europea 2009/384/CE, de 30 de abril, aun admitiendo su falta de carácter vinculante, constituye, como todas las recomendaciones de la misma naturaleza, un instrumento muy útil "... de orientación de los comportamientos atener en cuenta en las legislaciones de la UE, siendo invitaciones a adoptar una regla de conducta, a modo de directiva no obligatoria, y siendo según se establece doctrinalmente, una fuente indirecta de acercamiento de las legislaciones nacionales ".

En el art. 3 -que abre la Sección III bajo el epígrafe " Política de remuneración"- se señala que " los Estados miembros deben garantizar que las entidades financieras establezcan, apliquen y mantengan una política de remuneración que, además de favorecer una gestión de riesgos sólida y efectiva, sea coherente con ella y no entrañe una asunción de riesgos excesivos". En el apartado 2 se añade que " las políticas de remuneración deben ajustarse a la estrategia empresarial y a los objetivos, valores e intereses a largo plazo de las entidades financieras (como, por ejemplo, sus perspectivas de crecimiento sostenibles) y han de ser coherentes con los principios que rijan la protección de los clientes y de los inversores durante la prestación de los servicios" .

En el art. 4 se añade que " los pagos que se efectúen contractualmente por la rescisión anticipada de un contrato deben guardar relación con los resultados alcanzados en el transcurso del tiempo y han de diseñarse de forma que no recompensen los fallos". Y el apartado 6º del mismo precepto dispone que " los Estados miembros deben garantizar que el consejo de administración (de vigilancia) de una entidad financiera pueda reclamar a los miembros de su personal la devolución de la totalidad o de una parte de las primas que se hayan pagado atendiendo a datos cuya inexactitud quede demostrada después de forma manifiesta".

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Y esas recomendaciones son el desarrollo de unos considerandos especialmente ilustrativos. En el segundo de ellos puede leerse lo siguiente: " hay un amplio consenso cuando se afirma que las inadecuadas prácticas de remuneración aplicadas en el sector de los servicios financieros, aunque no sean la causa principal de la crisis financiera abierta en 2007 y 2008, han favorecido una asunción de riesgos excesivos y contribuido así a las importantes pérdidas sufridas por las principales entidades financieras". En el tercero se añade que: " las prácticas de remuneración seguidas en buena parte del sector de los servicios financieros han sido contrarias a una gestión sólida y efectiva de los riesgos. Esas prácticas han tendido a recompensar los beneficios a corto plazo y a ofrecer incentivos al personal para que emprenda actividades anormalmente arriesgadas que producen alta rentabilidad a corto plazo pero que exponen a las entidades financieras al riesgo de sufrir grandes pérdidas a largo plazo".

Sostener que el personal directivo de dos entidades bancarias históricas, afectadas de un modo especial por la crisis, con aspiraciones de supervivencia gracias a los fondos inyectados por el FROB, eran ajenos a esas recomendaciones por su falta de carácter vinculante, carece de sentido. Además la existencia de esa Recomendación no respondía a una extravagante decisión de los órganos europeos por interferir la tantas veces reivindicada libertad de retribuciones en el marco de la economía de mercado. En los considerandos 9 y 10 de aquella norma ya se mencionan precedentes, como la Directiva 2004/39/CE, la Recomendación 2004/913/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 2004, relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa y a la Recomendación 2009/385/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2009, que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE, en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa.

La publicación el 14 de diciembre de 2010 de la Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración, no define un antes y un después en la tipicidad de los delitos de apropiación indebida cometidos por los directivos de las entidades bancarias. El carácter delictivo de la utilización de las retribuciones como instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad que se traducen en decisiones lucrativas de carácter expropiatorio, no necesitaba entonces, ni necesita ahora, de la vigencia de normas comunitarias o internas de cobertura. Es indudable que, a partir de la fecha de su publicación, la consciente vulneración de los parámetros fijados en la Directiva 2010/76/UE o en las normas de transposición (cfr. Ley 2/2011, 4 de enero, de Economía Sostenible; Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas; Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifican el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito, Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras), ofrecerá un dato de especial significado en el momento de ponderar el juicio de tipicidad. Pero la decisión acerca de la trascendencia penal de unos contratos promovidos estratégicamente y anticipadamente por los directivos que temen no poder prolongar su actividad en la entidad bancaria resultante de un agónico proceso de fusión, no depende del simple examen de la vigencia de una legislación administrativa de control. Dicho con otras palabras, la entrada en vigor de un conjunto normativo encaminado a evitar los actos de

deslealtad en esta materia no santifica los que ya se hayan producido con anterioridad a la fecha de publicación de la nueva norma.

Quien con la legitimidad que otorga el derecho de defensa lamenta la aplicación retroactiva de las normas que fijaban límites a esas retribuciones, está reivindicando, si bien se mira, algo más que la atipicidad de actos de indudable trascendencia penal ejecutados con anterioridad a la vigencia de aquellos preceptos. Ni la Directiva 2010/76/UE ni las normas que la han transpuesto pueden ser interpretadas, al amparo del principio constitucional de irretroactividad (art. 9.3 CE), como una ley de punto final llamada a la convalidación de prácticas delictivas anteriores cuyo encaje en el histórico art. 252 o en el actual art. 253 del CP resulta incuestionable.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Séptimo.

El segundo motivo se hace valer al amparo del art. 849.2 de la LECrim . Denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que demostrarían la equivocación del juzgador. El enunciado se enriquece con una alusión a una posible vulneración constitucional (art. 24 CE), queja que se formula al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim .

Se razona que la sentencia recurrida contiene un error nuclear que se plasma en numerosas afirmaciones tanto de su relato fáctico, como de la fundamentación jurídica, al afirmar y atribuir a los acusados la autoría de la aprobación de los contratos de alta dirección que se reputan perjudiciales para la entidad y otorgados en claro fraude o deslealtad por parte de los administradores. Los documentos que se citan en apoyo del recurso demostrarían -se aduce- que tales contratos no fueron aprobados por los acusados -ni específicamente por el recurrente a título individual- sino por los órganos competentes de la entidad (en primer lugar, por el Consejo de Administración de Caixanova antes de la fusión, en octubre de 2010 y posteriormente, sin que hubiese obligación legal de ello, ratificados y aprobados nuevamente tras la fusión por el Consejo de Administración de Novacaixagalicia) y demuestran que los acusados no tenían facultades o competencias de administración para la aprobación de los contratos, ni de las concretas cláusulas que en los mismos se contenían, no siendo posible, por tanto, que realizaran los hechos que se les atribuyen en la resolución cuestionada. Además, ponen de manifiesto el error de la sentencia, pues contradicen tajantemente las afirmaciones contenidas en el relato de hechos probados respecto a concretas acciones imputadas al recurrente Belarmino Nazario .

Los documentos que demostrarían el error decisorio serían los siguientes: a) estatutos de Caixanova; b) estatutos de Novacaixagalicia; c) acta de la Comisión de Retribuciones y Nombramientos de Caixanova de 18 de octubre de 2010; d) actas de las reuniones del Consejo de Administración de Caixanova de 18 y 28 de octubre de 2010; e) actas de las reuniones del Consejo de Administración de Novacaixagalicia de 1 de diciembre de 2010 y 25 de agosto de 2011; y f) acta de la Comisión de Retribuciones y Nombramientos de Novacaixagalicia de 4 de agosto de 2011.

7.1.- La viabilidad del motivo tropieza con la singular configuración de esta vía excepcional que el recurso de casación habilita en el art. 849.2 de la LECrim . La doctrina de esta Sala -cfr. SSTS 421/2014, 26 de mayo ; 656/2013, 22 de julio ; 209/2012, 23 de marzo y 128/2013, 28 de febrero , entre otras muchas- considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra



www.civil-mercantil.com

clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECrim ; 4º) por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849. 2º LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Desde esta perspectiva no es fácil, desde luego, a la vista de la ingente cantidad de documentos que ha sido ponderada por la Audiencia Nacional, destacar la existencia de ocho de ellos que neutralizarían el valor probatorio de todas las demás fuentes de prueba que fueron ofrecidas a la consideración del órgano decisorio. Se da la circunstancia, además, de que todos esos documentos han sido ya interpretados por la Audiencia Nacional y el contenido de algunos de ellos ha sido incluso literalmente incorporado al relato de hechos probados. Ninguno de los fragmentos destacados en el desarrollo del motivo, referidos básicamente a las competencias del Consejo de Administración, es incompatible con la idea de que la aprobación de esos sueldos y remuneraciones en caso de desistimiento de los tres directivos beneficiados, no era otra cosa que la culminación de un proceso expropiatorio que tenía como punto de partida la elaboración de unos contratos llamados a novar aquellos que habían sido objeto de pacto años atrás. La aprobación por el Consejo de esas mejoras contractuales no oscurece, antes al contrario, el significado antijurídico de todo un proceso concertado entre los distintos acusados y que culminó con la formal aprobación del órgano colegiado que, conforme a los estatutos sociales, tenía la última palabra al respecto. Y ya hemos apuntado supra que la pasividad de los órganos de control en el ejercicio de las funciones de supervisión que le son propias, no excluye la antijuridicidad de actos individuales que para culminar el desapoderamiento exigen un acto final de aprobación colegiada.

La falta de autosuficiencia probatoria de los documentos citados -cuyo carácter casacional no es discutible- impide la viabilidad del motivo.

Octavo.

El tercer motivo se apoya en el art. 849.1 de la LECrim y denuncia la indebida aplicación del art. 28 del CP.



www.civil-mercantil.com

Entiende el recurrente que la sentencia no establece con claridad que el acusado Belarmino Nazario obtuviese lucro o ventaja alguna por los hechos. Su condena se realiza sin la motivación ni fundamentación legalmente exigible. Existe una falta absoluta de sustento probatorio y fundamentación jurídica sobre su "colaboración imprescindible", sentada como hecho probado en la sentencia. El acusado carecía de facultades de gestión y administración como presidente no ejecutivo, privado por tanto del "dominio del hecho". A ello habría que sumar - se insiste- un tercer dato: la falta de intervención de Belarmino Nazario en la ejecución de los acuerdos, con la consiguiente imposibilidad de evitar la renuncia de sus directivos.

El motivo no puede prosperar.

8.1.- La defensa ensancha artificialmente el ámbito que es propio del recurso de casación por la vía del art. 849.1 de la LECrim . Bajo el epígrafe que anuncia como objeto de discrepancia un error de derecho en el juicio de subsunción, se incluyen consideraciones que cuestionan el fundamento probatorio del relato fáctico. Se distancia así el recurrente del presupuesto metodológico que impone para su viabilidad el art. 849.1 de la LECrim .

Con carácter previo conviene recordar -frente a algunas alegaciones que se contienen en el desarrollo del motivo y que, con el argumento de la falta de dominio del hecho, cuestionan la cooperación necesaria en el delito de apropiación indebida imputado a los directivos coacusados- que tal posibilidad ha sido admitida de forma pacífica por la doctrina a partir de la idea de la participación del extraneus en los delitos especiales. En efecto, el delito de apropiación indebida es un delito especial, en cuanto su autor tiene que estar ligado con el sujeto pasivo por una determinada relación. En palabras de la STS 920/2009, 18 de septiembre -con cita de la STS 668/1998, 14 de mayo -, la doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquéllas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc. El delito de apropiación indebida es un delito especial porque la acción típica de apropiarse, o distraer, o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente constituye la infracción cuando la lleva a cabo quien los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. El círculo de los sujetos activos posibles está cerrado a los que no han recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo porque sólo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con el de la propiedad, se protege con la advertencia legal de que esta conducta es punible. El principio de legalidad, proclamado en el art. 25.1 CE , veda que se pueda considerar autor del delito de apropiación indebida a quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una de aquellas relaciones jurídicas, toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que «pone» todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor. Ahora bien, esta Sala tiene dicho que si bien el « extraneus » no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales. Y si esto es así en relación con delitos como la prevaricación que tutelan un bien jurídico que sólo puede lesionar el funcionario, con mayor fuerza debe ser afirmado en relación con la apropiación indebida que tutela, junto al bien jurídico de la confianza, lesionable tan sólo por la persona en que la misma se ha depositado, el de la propiedad que puede ser vulnerado por cualquiera.



www.civil-mercantil.com

Este criterio inspira otros pronunciamientos de esta misma Sala, de los que las SSTs 50/2005, 28 de enero, 228/2006, 3 de marzo y 35/1998, 24 de enero, no son sino elocuentes ejemplos.

Desde esta limitada perspectiva ha de ser enjuiciada la corrección del juicio de tipicidad proclamado por la Audiencia. No abordamos, por tanto, otras consecuencias jurídicas que podrían haberse derivado de esa calificación como extraneas en el delito de enriquecimiento cometido por otros, pues no fueron planteadas en la sentencia objeto de recurso y tampoco se incluyen en el desarrollo del motivo. Nuestro examen habrá de circunscribirse a aquellos fragmentos del juicio histórico en los que se asienten los presupuestos fácticos para justificar la indispensable aportación del recurrente al enriquecimiento de terceros.

8.2.- El acusado era presidente de Caixa Nova y copresidente de la entidad fusionada Novacaixagalicia. En el apartado 5º del relato de hechos probados de la sentencia recurrida puede leerse lo siguiente: "... no obstante sabedores los cuatro acusados referidos, de la situación real de las entidades que se fusionaban; -(donde por sí solas Caixa Galicia era prácticamente inviable, y Caixa Nova tenía serias dificultades de viabilidad, situaciones que a pesar de su fusión necesitaban imperiosamente de las ayudas públicas del FROB para la viabilidad de esta fusión. Viabilidad tan comprometida, que tuvo que crearse como se ha dicho el Banco denominado Nova Caixa Galicia Banco SA, al que traspasaron los activos y pasivos tóxicos, entidad que recién creada tuvo que acudir a un ERE, que produjo 1850 despidos)-; con la colaboración esencial e imprescindibles de los acusados Belarmino Nazario, presidente de Caixa Nova y copresidente en la entidad nacida de la fusión, y Basilio Adriano, asesor jurídico, vinculado a Belarmino Nazario desde la existencia de Caixa Nova, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de Novacaixagalicia resultaran beneficiados en el supuesto más que probable, razonable y lógico de que una vez acabadas las ayudas públicas, los nuevos inversores dueños de la entidad decidieran prescindir de sus servicios al ser señalados como máximos gestores de las Cajas fusionadas que habían llevado, o no habían sabido gestionar adecuadamente los intereses de las Cajas en las que prestaban sus servicios, llevándolas a la situación de práctica insolvencia en que se encontraban".

En el apartado 8 del mismo relato de hechos probados se añade: "... todos los contratos celebrados por los Altos Directivos acusados [...] con motivo de la fusión de Caixa Nova y Caixa Galicia, lo fueron con la colaboración y beneplácito del Belarmino Nazario, copresidente de NCG y la ayuda imprescindibles de Basilio Adriano, como asesor fiscal, para que fueran aprobados en la Comisión de Retribuciones y en el Consejo de Administración de la nueva entidad resultante, con toda urgencia, moviendo la voluntad de los componentes de ambos organismos en el sentido de "promover y aprobar las nuevas condiciones necesarias para que los nuevos contratos de Alta Dirección pudieran celebrarse". Estos contratos celebrados sin necesidad alguna en 2010 toda vez que ya existían otros anteriores, se hicieron bajo la coartada de que nacía una nueva entidad con la fusión, pero no necesariamente tenían que suponer una sustancial y considerable ventaja económica para cada uno de los acusados altos directivos, como así sucedió, sobre todo porque eran sabedores de la situación económica y financiera de cada Caja fusionada [...] frente a lo que debiera de haber percibido de haberse hecho efectivos los contratos de alta dirección existentes anteriormente a los de 2010, y de haberse respetado las Recomendaciones de la UE, y las normas legales reguladoras en nuestra legislación para la remuneración de altos directivos, más la tasa de descuento no aplicada, que obligatoriamente debían haberse aplicado por la capitalización de renta vitalicia en los contratos de Estanislao Torcuato, Jesús Torcuato y Jesús Torcuato en cada uno de ellos respectivamente, bajo la añagaza de que los contratos que entre todos los acusados habían urdido torticeramente no contemplaban dicha tasa de descuento".



www.civil-mercantil.com

En el apartado 9 se describe con detalle el destacado papel del acusado Belarmino Nazario en la convocatoria de la reunión de la Comisión de Retribuciones y Nombramientos de Novacaixagalicia, "... a fin de exponer los pormenores relativos a los compromisos que contrajo la entidad hacia los cuatro acusados Altos Directivos de la entidad respecto a los contratos de alta dirección de 2010, y todo ello al socaire de analizar la decisión de la Asamblea General de Novacaixagalicia en la sesión celebrada el 21 de julio de 2011 de la Segregación del activo y pasivo de la entidad en beneficio de una nueva entidad, NCG Banco, S.A. " y, de modo singular, la reunión del Consejo de Administración de Novacaixagalicia, en la que se dio cuenta de la salida voluntaria de los directivos que luego resultaron beneficiados por unas mejoras contractuales que, como venimos sosteniendo, fueron en todo momento alentadas por el ahora recurrente.

Con absoluta claridad se proclama que "... los acusados referidos, como se ha señalado, ocultaron el sobrecoste que para la nueva entidad nacida de la fusión iba a suponer. Entidad de escasa viabilidad económica en la que el FROB iba a inyectar e inyectó en diciembre de 2010, 1.125 millones de euros".

No existe, por tanto, error en la calificación jurídica de los hechos y de la participación que en ellos tuvo el acusado Belarmino Nazario . Éste es incluido por la Audiencia Nacional entre los iniciales partícipes en la acción concertada con los directivos acusados para la obtención de un lucro personal por parte de estos últimos. Y también se incluye -junto al coacusado Basilio Adriano - entre los que hicieron posible que lo pactado como novación de los contratos iniciales no encontrara obstáculo alguno en su pase formal por los órganos de dirección de la entidad fusionada.

Se impone su desestimación al amparo del art. 885.1 de la LECrim .

Noveno.

El cuarto motivo se formaliza al amparo del art. 849.2 de la LECrim , si bien con una complementaria mención al art. 852, como presupuesto para la invocación, en el mismo motivo, de la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

A juicio del recurrente, el informe del Banco de España de 7 de junio de 2012, documento elaborado a petición de los inspectores de esa misma entidad Iñigo Tomas y Remigio Gumersindo , acredita que la entidad reguladora "... consideró que los contratos de alta dirección suscritos eran ajustados a la legalidad y que las deficiencias por sí solas no serían suficientes para justificar la incoación de un expediente disciplinario". Esta afirmación, incorporada a un documento ni siquiera mencionado en la sentencia recurrida, contradice en su integridad el relato fáctico de la sentencia cuestionada, reflejando bien a las claras el distanciamiento de la Audiencia respecto de las máximas de experiencia que impone el canon racional de valoración de la prueba.

No tiene razón la defensa.

La lectura detenida del desarrollo del motivo sugiere la existencia de un documento que dinamitaría -valga la expresión- todo el proceso de valoración probatoria asumido por el órgano decisorio. Ello supone atribuir a ese documento una apodíctica suficiencia probatoria que, como es lógico, esta Sala no puede reconocer. Hemos apuntado en sucesivas ocasiones que el juicio de tipicidad no exige como presupuesto la coincidencia analítica entre el órgano jurisdiccional llamado a la valoración de la prueba practicada (art. 741 LECrim) y un órgano administrativo que, con carácter previo, haya tomado contacto con algunos de los hechos cuya significación penal es objeto de controversia. Por si fuera poco, los Jueces de instancia, frente a lo que ahora se alega, atribuyeron singular valor incriminatorio a la prueba pericial practicada



www.civil-mercantil.com

en el acto del juicio oral por Iñigo Tomas y Efrain Cristobal , jefe de grupo y director de departamento en la Dirección General de Supervisión del Banco de España, quienes ratificaron el informe de 7 de mayo de 2012, cuyo contenido íntegro se transcribe en los folios 123 y siguientes de la resolución combatida.

El motivo no es acogible (art. 885.1 LECrim).

Décimo.

En el motivo sexto se alega vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (arts. 5.4 LOPJ , 852 LECrim y 24 CE).

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia se vincula a la omisión por parte de la Audiencia Nacional de la valoración de los testigos miembros del Consejo de Administración que aprobaron los contratos que se tildan de ilícitos. La defensa considera que el fragmento que los Jueces de instancia dedican a esa valoración es poco claro e incurre en un error, en la medida en que, a juicio del recurrente, "... no es que la testifical de los consejeros aporte algo, es que resulta esencial y nuclear para poder determinar la existencia del núcleo del delito de administración desleal que se imputa, al legitimar el procedimiento de aprobación de los contratos".

También ahora conviene recordar algo sobre lo que ya hemos insistido en varios pasajes de esta resolución. La calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida no está subordinada al parecer de los consejeros sobre la legalidad de los contratos de alta dirección que estaban aprobando. Su opinión acerca del significado jurídico de esas altísimas retribuciones no puede convertirles en pseudopponentes llamados a condicionar al órgano jurisdiccional en su tarea de valoración probatoria.

El fragmento que la Audiencia dedica a valorar la aportación de esos testigos -más allá de su carácter manifiestamente mejorable- se ajusta a esta idea: "... realmente la prueba testifical tiene una consistencia nula, pues las declaraciones testificales de los miembros que formaron o formaban los órganos rectores de las entidades Caixa Nova o la Caja creada con la fusión nada aportan a lo que es el objeto procesal que se debate, pues es inocuo si estos testigos actuaron diligentemente o no, pues su conducta no se juzga, a la hora de aprobar los contratos de alta dirección en 2010, o si fueron el instrumento formal de que se valieron los acusados para aprobar dichos contratos; el "núcleo" donde se centra si existe responsabilidad penal como ya se ha anticipado, en lo que afecta a Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo estriba en si existió una mejora en las posiciones y condiciones que ya tenían en los contratos anteriores, y si los cobrarán en una entidad que ellos había gestionado, que presentaba una situación calamitosa, y que sólo pudo subsistir con dinero público " (FJ 7º).

Quien así razona, desde luego, no quebranta los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia. Es cierto que la ausencia de una adecuada valoración de la prueba de descargo puede hacer anidar el menoscabo constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos proclamado en numerosas ocasiones en línea con una jurisprudencia constitucional en tal sentido (cfr. SSTS 318/2013, 11 de abril y 258/2010, 12 de marzo y SSTC 148/2009, 15 de junio y 187/2006, de 19 de junio). Sin embargo, la sentencia recurrida dedica el FJ 7º precisamente a eso, a la valoración de la prueba de descargo. Se podrá o no compartir el criterio ponderativo de la Audiencia Nacional, pero lo que está fuera de dudas es que aquellos elementos de prueba que resultaron decisivos para la subsunción jurídica de los hechos sí fueron debidamente analizados.

Tampoco detectamos una infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia en el hecho de que no se acogieran en sentencia las conclusiones periciales del



www.civil-mercantil.com

profesor Maximiliano Norberto , quien, a juicio de la defensa, mantuvo siempre su tesis inicial, llevando incluso a los peritos de la acusación a rectificar sus planteamientos de origen.

La valoración de la prueba pericial -así lo reconoce el propio recurrente- desborda los límites del recurso de casación.

Sobre la realidad de los efectos beneficiosos de la novación jurídica representada por los contratos de 2010, suscritos por los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , ya nos hemos pronunciado in extenso en los FFJJ 2.3 y 4.5, al resolver una alegación en el mismo sentido hecha valer por la representación legal de los coacusados. A lo allí expuesto nos remitimos.

Por último, se cuestiona el sostén probatorio de "... las intenciones y motivaciones atribuidas en la sentencia a los acusados". Frente a lo proclamado por el Tribunal a quo, referido a la capacidad de anticipación de los acusados respecto de su previsible cese, los propios inspectores del Banco de España manifestaron que "... fue una sorpresa que un año después del inicio del proceso de fusión de las Cajas, el Presidente del Banco, D. Edmundo Teofilo , prescindiera de los directivos, pues todo el mundo creía, entendía y esperaba que continuasen al frente de la misma, incluidos los propios directivos".

Sin embargo, ya estuviera o no anticipadamente decidido el cese de los acusados, lo que es cierto es que su desistimiento les permitió hacer suyas, una vez aprobadas por el Consejo de Administración, las previsiones indemnizatorias que ellos mismos habían acordado meses atrás. Con independencia de lo anterior, conviene reparar en que a efectos de valorar el respaldo probatorio del juicio de subsunción, esa motivación -que no deja de ser meramente estratégica- es irrelevante. Lo verdaderamente decisivo es que el acusado colmara las exigencias del tipo subjetivo del delito previsto en el art. 252 del CP - actual art. 253-, esto es, la conciencia y voluntad de contribuir con una aportación necesaria a la ejecución de un acto de deslealtad por los administradores de la entidad bancaria, haciendo así posible el enriquecimiento de aquéllos, con el correlativo menoscabo en el patrimonio administrado. Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Undécimo.

El motivo séptimo se acoge también a la denuncia de vulneración constitucional que autorizan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . Se reputan infringidos los derechos a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24 CE) al apoyarse la sentencia recurrida en documentos e informes que no cumplen con las garantías constitucionalmente exigibles. Se alude así al informe pericial elaborado por Sagardoy Abogados, obrante a los folios 1897 y siguientes de las actuaciones, al que la sentencia hace amplias referencias a lo largo de su texto. Pues bien, el autor del citado informe - Dimas Maximiliano - estaba citado para declarar como testigo-perito propuesto por el Ministerio Fiscal, quien durante las sesiones del juicio oral sorprendentemente renunció a la prueba, impidiendo así su comparecencia en el juicio para someter a contradicción dicho informe.

Examinadas las actuaciones resulta que, en efecto, la renuncia a la que se alude por el recurrente existió, y no solo por parte de las acusaciones. Las representaciones procesales de Jesus Torcuato -folio 1799 del rollo de Sala-, Artemio Gerardo y Ernesto Maximiliano -folio 1793 del rollo de Sala- y Estanislao Torcuato - folio 1796 del rollo de Sala- realizaron idéntica renuncia a la declaración Don. Dimas Maximiliano . Cabe precisar, por otro lado, que esta declaración fue propuesta como prueba testifical.

Como indica el recurrente, la sentencia de instancia transcribe en sus páginas 136 a 141 el informe de Sagardoy y Asociados que, según se expone por el Tribunal a quo , refuerza el pleno acogimiento de la prueba pericial de las acusaciones. Existe sin embargo en dicha



www.civil-mercantil.com

resolución un error material. El informe cuyo contenido se transcribe no obra, como se expresa, a los folios 1897 y ss. de las actuaciones, sino a los folios 764 y ss. de las diligencias informativas del Ministerio Fiscal. Más concretamente, la parte transcrita en la sentencia de instancia obra a los folios 809 a 812.

Se realiza esta precisión porque, a los folios 1897 y ss. de la causa, que son los que menciona la sentencia -y también el recurrente- consta otro informe diferente, también elaborado por Sagardoy Abogados, con la rúbrica « Nota sobre solicitud de prestación complementaria de jubilación de D. Artemio Gerardo » que, según lo dicho, no es el que se transcribe en los folios de la sentencia mencionados con anterioridad.

Sea como fuere, la Sala no constata la infracción constitucional que se dice cometida. El contenido del informe transcrito en la sentencia de instancia, más allá de la presencia o ausencia de su redactor en el plenario, fue objeto de discusión contradictoria entre las partes y, todavía hoy, sigue inspirando buenas de las razones hechas valer en los distintos motivos elaborados por los recurrentes.

Duodécimo.

El octavo motivo denuncia error de derecho en la aplicación de los arts. 109 y 110 del CP .

Entiende -con razón- la defensa que el Tribunal a quo ha errado en el momento de la determinación del quantum indemnizatorio. Su discurso, en la medida en que presenta puntos de coincidencia con el que sobre la misma materia ha hecho valer la representación legal de los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , ha de ser también acogido, con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia en este punto concreto. Son las mismas razones expuestas en los FFJJ 5.1 y 5.2 de esta resolución las que conducen a este desenlace.

RECURSO DE Basilio Adriano

Decimotercero.

El recurso de casación promovido por la defensa de Basilio Adriano -cuya pulcritud sistemática es especialmente valorada por la Sala- está integrado por seis motivos. Cuatro de ellos por infracción de ley, mediante los que se denuncia un error de subsunción; un quinto motivo que alega error de hecho en la apreciación de la prueba; y un sexto motivo mediante el que se aduce la vulneración constitucional de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE).

Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , el primer motivo invoca la infracción directa de preceptos penales de carácter sustantivo, a saber, los arts. 28.2.b), en relación con los arts. 252 y 295 del CP . El error jurídico consistiría en atribuir relevancia delictiva a lo que en realidad no son sino actos de carácter neutral y penalmente irrelevantes, tanto como cooperación necesaria como cualquier otra forma de participación en el delito, al tratarse de conductas de asesoramiento profesional llevadas a cabo por el recurrente. El desarrollo del motivo se enriquece con la cita de precedentes de esta Sala en los que fueron consideradas neutrales las acciones de profesionales -abogados y procuradores- que podían reputarse socialmente adecuadas. A partir de esos precedentes concluye la defensa que de ninguna forma puede concluirse que las actuaciones de asesoramiento jurídico llevadas a cabo por Basilio Adriano hayan perdido su carácter neutral, inocuo y, por tanto, atípico, pues nada hay en dichas acciones que permita extraer la conclusión de que constituyen una desviación del



www.civil-mercantil.com

estándar profesionalmente adecuado o de que se hayan adaptado específicamente al hecho de los autores del delito, ni a su plan, ni a su finalidad delictiva.

Sigue su razonamiento la defensa subrayando que los actos imputados al recurrente pueden ser sistematizados conforme al siguiente criterio: preparación de borradores de los contratos de alta dirección de 2010; asistencia a varias reuniones de los órganos de la entidad que tenían que aprobar su ejecución para informar sobre la cláusula de desistimiento unilateral, su interpretación y efectos (específicamente, la Comisión de Retribuciones y Nombramientos celebrada el 4 de agosto de 2011; asistencia al Consejo de Administración de 25 de agosto de 2011); elaboración del informe sobre aplicabilidad del Real Decreto 771/2011, de 3 de junio. Tales actos -se insiste en el recurso- han sido calificados de cooperación necesaria, indicándose en el FJ 11º de la sentencia que "... en su función de asesor legal asesoró a los órganos de la sociedad que debían refrendar los contratos, de una manera que a juicio del Tribunal, excede del mero error formal al obviar las normas legales aplicables íntegramente a dichos contratos, tal y como se ha reseñado en la presente resolución". Es decir, a juicio del Tribunal la forma en que se produjo el asesoramiento es lo que la convierte en conducta típica.

La Sala no coincide con el análisis del recurrente.

Basilio Adriano no ha sido condenado por haber asistido a algunas de las reuniones de los órganos internos de la entidad fusionada. Tampoco lo ha sido por la elaboración material de los contratos de alta dirección de los que se derivó el beneficio ilícito para los coacusados. Ni, por supuesto, por equivocarse en sus conclusiones jurídicas acerca de la vigencia o el carácter vinculante del RD 771/2011, 3 de junio. Si la condena de la Audiencia Nacional reputara típicas esas acciones, estaría quebrantando el criterio jurisprudencial de la irrelevancia de los actos neutrales, socialmente adecuados y, por tanto, ajenos al derecho penal. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes, algunos de ellos laboriosamente citados por la defensa en el escrito de formalización (cfr. SSTs 436/2016, 23 de mayo ; 508/205, 27 de julio y 338/2015, 2 de junio , entre otras muchas).

El recurrente ha sido condenado como cooperador de un delito de apropiación indebida por haber hecho posible, con una aportación insustituible, la estrategia de tres directivos que, conocedores de la posibilidad de que sus servicios dejaran de ser esenciales en la nueva entidad, acordaron la novación de sus propios contratos para hacer realidad sus afanes lucrativos. En el juicio histórico -cuya aceptación es presupuesto sine qua non para la viabilidad del motivo- se contienen fragmentos de los que esta Sala no puede prescindir a la hora de valorar la corrección del juicio de tipicidad, pasajes en los que se describe una actuación concertada y una ocultación de datos que pudo estar en el origen del acto aprobatorio por parte de los órganos de control de la entidad fusionada.

Ejemplo de lo primero es el siguiente texto, extraído del relato de hechos probados: "...los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo , mayores de edad y sin antecedentes penales, era Altos Directivos de Caixa Nova, siendo los máximos gestores ejecutivos de esta entidad [...], acusados que en el momento de la fusión quedaron como máximos gestores de la entidad nacida de la fusión. (NCG). Los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo provenientes de Caixa Nova antes de la fusión de la cajas gallegas tenían cada uno de ellos con Caixa Nova un contrato de Alta Dirección [...] 5. No obstante sabedores los cuatro acusados referidos, de la situación real de las entidades que se fusionaban; - (donde por sí solas Caixa Galicia era prácticamente inviable, y Caixa Nova tenía serias dificultades de viabilidad, situaciones que a pesar de su fusión necesitaban imperiosamente de las ayudas pública del FROB para la viabilidad de esta fusión. Viabilidad tan comprometida, que tuvo que crearse como se ha dicho el Banco denominado Nova Caixa Galicia Banco SA, al que traspasaron los activos y pasivos tóxicos, entidad que recién creada tuvo que acudir a un ERE, que produjo 1850 despidos)-; con la colaboración



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

esencial e imprescindibles de los acusados Belarmino Nazario , presidente de Caixa Nova y copresidente en la entidad nacida de la fusión, y Basilio Adriano , asesor jurídico, vinculado a Belarmino Nazario desde la existencia de Caixa Nova, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de Novacaixagalicia resultaran beneficiados en el supuesto más que probable, razonable y lógico de que una vez acabadas las ayudas públicas, los nuevos inversores dueños de la entidad decidieran prescindir de sus servicios al ser señalados como máximos gestores de las Cajas fusionadas que habían llevado, o no habían sabido gestionar adecuadamente los intereses de las Cajas en las que prestaban sus servicios, llevándolas a la situación de práctica insolvencia en que se encontraban.

[...] Así y dentro de la previsión de ser cesados los altos directivos acusados, en sus puestos con la finalidad de obtener unas ventajas económicas mayores a las que podían acceder con sus contratos de alta dirección; -(como así, cumpliéndose dicha previsión lo impusieron los nuevos inversores en septiembre de 2011 al nuevo presidente del Banco creado para la viabilidad de la Caja, Novacaixagalicia, Edmundo Teofilo de que la condición parainvertir en el Banco Novacaixagalicia Banco era que no lo gestionaran los acusados Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo ; respecto a Jesus Torcuato su cese se debió sus desencuentros con Efrain Cristobal nuevo Consejero Delegado en el Banco Novacaixagalicia); a pesar de tener contratos de Alta dirección Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo celebraron unos nuevos contratos de Alta Dirección. [...]. Los nuevos contratos mejoraban económicamente a los acusados que ya disfrutaban de ellos [...], asegurándose a costa de una entidad financiera que finalmente resultó inviable que tuvo que funcionar con dinero público una mejor posición económica, a la que ya se contemplaba en los contratos anteriores de alta dirección de los directivos de Caixanova,".

En ese relato fáctico -insistimos, cuyo respaldo probatorio no es cuestionable por la vía casacional empleada- se incluye la existencia de una actuación delictiva concebida y concertada por los cinco acusados, cada uno de ellos con su propio papel. Asumiendo anticipadamente la merecida crítica de la que se hace destinataria toda reiteración de argumentos, la Sala quiere llamar la atención acerca del párrafo en el que se proclama que los acusados "... con la colaboración esencial e imprescindibles de los acusados Belarmino Nazario , presidente de Caixa Nova y copresidente en la entidad nacida de la fusión, y Basilio Adriano , asesor jurídico, vinculado a Belarmino Nazario desde la existencia de Caixa Nova, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de Novacaixagalicia resultaran beneficiados en el supuesto más que probable, razonable y lógico de que una vez acabadas las ayudas públicas, los nuevos inversores dueños de la entidad decidieran prescindir de sus servicios al ser señalados como máximos gestores de las Cajas fusionadas que habían llevado, o no habían sabido gestionar adecuadamente los intereses de las Cajas en las que prestaban sus servicios,llevándolas a la situación de práctica insolvencia en que se encontraban". Del mismo modo, lo que la defensa presenta como un acto neutral, socialmente adecuado al ejercicio de la abogacía y acorde con los estándares éticos exigibles a todo profesional -la asistencia a la Comisión de Retribuciones y Nombramiento de Novacaixagalicia- , adquiere en el factum el carácter de acto de cooperación indispensable a la vista del papel que los estatutos de la entidad reservaban a esa comisión: "... sabedores con un conocimiento muy real, los 3 acusados altos directivos provenientes de Caixanova de que probablemente no iba a continuar en su cargo en la Caja fusionada, el 4 de agosto de 2011, unos dos meses antes de que el FROB además del dinero ya inyectado para la capitalización de la nueva entidad nacida de la fusión, tuviera que suscribir íntegramente el 10 de octubre de 2011 el total del aumento de capital que Novacaixagalicia necesitaba, por importe de 2465 millones de euros, y unos 3



www.civil-mercantil.com

meses antes de la creación del Banco NCG, SA., el acusado Belarmino Nazario como copresidente de la Caja NCG convocó la reunión de la Comisión de Retribuciones y nombramiento de Novacaixagalicia en la que presentó al experto en Derecho Laboral, el acusado Basilio Adriano , a fin de exponer los pormenores relativos a los compromisos que contrajo la entidad hacia los cuatro acusados Altos Directivos de la entidad respecto a los contratos de alta dirección de 2010, y todo ello al socaire de analizar la decisión de la Asamblea General de Novacaixagalicia en la sesión celebrada el 21 de julio de 2011 de la Segregación del activo y pasivo de la entidad en beneficio de una nueva entidad, NCG Banco, S.A., como así se hizo Basilio Adriano informó que tal traspaso de activos y pasivos a NCG Banco, S.A. a la luz de los contratos de Alta Dirección y del R.D. 1382/85 de 1 de agosto, era una sucesión de empresa y cambio de titularidad jurídica de la entidad con ocasión de la segregación de NOVACAIXAGALICIA y sucesión universal a favor de NCG Banco, S.A., supuestos estos especificados en los nuevos contratos de Alta Dirección, para desistir de su relación laboral con NOVACAIXAGALICIA de forma que se preparaba su salida de la entidad, ocultando que este supuesto de desistimiento también estaba ya recogido en los contratos de alta dirección anteriores a los del 2010" .

Nótese que el Tribunal a quo no construye la acción típica imputada al recurrente por el hecho de haber expresado su opinión jurídica -certada o no- sobre el fenómeno jurídico de sucesión que habilitaba el desistimiento de los directivos, sino a partir de la intencionada ocultación de que ese desistimiento "... también estaba ya recogido en los contratos de alta dirección anteriores a los del 2010".

Esta idea se repite en el apartado 8 del relato de hechos probados. Allí puede leerse lo siguiente: "... todos los contratos celebrados por los Altos Directivos acusados (Estanislao Torcuato el 20/octubre/2010, Artemio Gerardo el 25/octubre/2010, Ernesto Maximiliano el 20/octubre de 2010 y Jesus Torcuato el 30/diciembre de 2010) con motivo de la fusión de Caixa Nova y Caixa Galicia, lo fueron con la colaboración y beneplácito del Belarmino Nazario , copresidente de NCG y la ayuda imprescindible de Basilio Adriano , como asesor fiscal, para que fueran aprobados en la Comisión de Retribuciones y en el Consejo de Administración de la nueva entidad resultante, con toda urgencia, moviendo la voluntad de los componentes de ambos organismos en el sentido de "promover y aprobar las nuevas condiciones necesarias para que los nuevos contratos de Alta Dirección pudieran celebrarse". Estos contratos celebrados sin necesidad alguna en 2010 toda vez que ya existían otros anteriores, se hicieron bajo la coartada de que nacía una nueva entidad con la fusión, pero no necesariamente tenían que suponer una sustancial y considerable ventaja económica para cada uno de los acusados altos directivos, como así sucedió, sobre todo porque eran sabedores de la situación económica y financiera de cada Caja fusionada (...), tal como así lo reconoció Jesus Torcuato en el complemento al contrato de Alta dirección que le otorgó el NCG, donde se exponen las serias dificultades del sector financiero, y sobre todo en NCG, que suponían un sobre coste para la entidad nacida de la fusión frente a lo que debiera de haber percibido de haberse hecho efectivos los contratos de alta dirección existentes anteriormente a los de 2010, y de haberse respetado las Recomendaciones de la UE, y las normas legales reguladoras en nuestra legislación para la remuneración de altos directivos, más la tasa de descuento no aplicada, que obligatoriamente debían haberse aplicado por la capitalización de renta vitalicia en los contratos de Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Jesus Torcuato en cada uno de ellos respectivamente, bajo la añagaza de que los contratos que entre todos los acusados habían urdido torticeramente no contemplaban dicha tasa de descuento" .

Del activo papel de Basilio Adriano en la reunión del Consejo de Administración de Novacaixagalicia celebrada el 8 de septiembre de 2011, se ocupan las páginas 95 y ss. de la sentencia recurrida. La Audiencia sienta como hecho probado - inamovible por la vía del art.



www.civil-mercantil.com

849.1 de la LECrim - que esa convocatoria se produjo "... dentro del plan urdido para beneficiar a los altos directivos".

Dicho con otras palabras, el delictivo acto apropiatorio que fue ejecutado por los directivos coacusados sólo fue posible a partir de una secuencia cronológica integrada, en primer término, por unos contratos con voluntad novadora de las estipulaciones suscritas años atrás; y, en segundo lugar, por una decidida actuación ulterior, compartida con Belarmino Nazario, encaminada a facilitar la aprobación de esas remuneraciones por los órganos de control de la entidad Novacaixagalicia. El recurrente Basilio Adriano desplegó una colaboración esencial en ambas fases del compartido proyecto de enriquecimiento de los directivos desleales. El hecho probado, en fin, no describe actos neutrales, ni incluye entre los presupuestos fácticos la elaboración de un dictamen coincidente con las opiniones de otro experto. Lo que allí se proclama es una actuación concertada de los coacusados con el fin de lograr cantidades millonarias de dinero para la eventualidad -más que previsible- de un desistimiento de sus respectivos contratos de alta dirección. Y lo que se describe es una conducta profesional de ocultación de datos que hizo viable la aprobación por los órganos de control de lo pactado anticipadamente por los directivos que se lucraron.

El motivo ha de ser desestimado (art. 884.3 y 885.1 LECrim).

Decimocuarto.

El segundo motivo se acoge a la misma vía que el precedente. Sostiene la infracción directa de los arts. 28.2.b) en relación con los arts. 252 y 295 del CP, al no haber tenido en cuenta el Tribunal a quo el carácter prescindible e innecesario de la aportación del recurrente.

Señala el recurrente que la aportación de Basilio Adriano, en términos de imputación objetiva, no implicó en modo alguno un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido en los tipos penales por los que se formuló condena. Es más, ni siquiera puede sostenerse que la supervisión en la elaboración de los contratos de alta dirección y sus anexos constituya un bien escaso o una aportación difícil de conseguir. La supervisión e incluso la preparación completa de contratos de alta dirección, incluyendo cláusulas específicas, es algo fácil de obtener y cualquier despacho especializado en derecho laboral es capaz de realizarlas.

Concluye la defensa que, para el caso en que no se comparta la tesis de la atipicidad de la conducta imputada al recurrente, a lo sumo podría calificarse su aportación como la que es propia de la complicidad.

El motivo no puede prosperar.

En el fundamento jurídico precedente, al analizar la relevancia típica de la acción imputada a Basilio Adriano, ya hemos destacado la trascendencia de su contribución, en modo alguno calificable, en términos de imputación objetiva, como una aportación desvinculada del riesgo generado -y materializado- para el patrimonio de la entidad fusionada. La relevancia de la acción desplegada no puede desconectarse del contexto en el que aquélla se desarrolla. Se trata de un proceso de fusión controlado por tres directivos, que se valen del apoyo de Belarmino Nazario quien, a su vez, pone en manos de Basilio Adriano el éxito de la operación lucrativa. Un proceso de fusión en el que cada uno de los protagonistas asume una parcela funcional puesta al servicio del objetivo final, que no es otro que facilitar que los acusados Estanislao Torcuato, Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo, ingresen importantes cantidades de dinero cuyo incremento sólo ha sido posible a partir de una novación contractual cuidadosa y estratégicamente preparada y defendida -no sin ocultaciones- ante los órganos de control de la entidad fusionada. El hecho probado -presupuesto sine qua non para la viabilidad del motivo- describe a Basilio Adriano como el hombre de confianza de quien iba a pilotar la operación, una relación no precisamente reciente y que se describe en la página 16 del factum: "... con la



www.civil-mercantil.com

colaboración esencial e imprescindible de los acusados Belarmino Nazario , presidente de Caixa Nova y copresidente de la entidad nacida de la fusión y Basilio Adriano , asesor jurídico, vinculado a Belarmino Nazario desde la existencia de Caixa Nova (quienes) urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de Novacaixagalicia resultaran beneficiados".

No ha existido error de subsunción. Los hechos no son encajables en la complicidad, por lo que procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 885.1 LECrim).

Decimoquinto.

El tercer motivo también se vale del art. 849.1 de la LECrim para denunciar un error de subsunción. Alega el recurrente indebida aplicación de los arts. 28.2.b) en relación con los arts. 252 y 295 del CP .

El recurrente ha sido condenado por cooperación necesaria sin que concurren -se arguye- los elementos exigidos para el dolo del cooperador. La Audiencia Nacional ha incurrido en un lamentable error al describir la vertiente subjetiva del tipo y, por si fuera poco, al invocar la doctrina de la ignorancia deliberada, criticada por la propia jurisprudencia como mecanismo para aliviar la prueba del dolo.

El motivo es inacogible.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, desde la STS 1637/2000, 10 de enero , ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias. Esta idea ha venido reiterándose en otras muchas sentencias, de las que las SSTS 446/2008, 9 de julio , 464/2008, 2 de julio , 359/2008, 19 de junio y 1583/2000, 16 de octubre , no son sino elocuentes ejemplos. Tampoco falta algún pronunciamiento que reacciona frente a lo que considera una contradictio in terminis , pues tales expresiones - ignorancia deliberada o de ignorancia intencional- no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe (cfr. STS 797/2006, 20 de julio).

Acaso convenga, sin embargo, no llevar esa idea más allá de lo que autoriza su propio significado. De lo contrario, corremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena.

Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa -decíamos en las SSTS 57/2009, 2 de febrero y 234/2012, 16 de marzo y 954/2009, 30 de septiembre- la condena del acusado sólo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo.

Sin embargo, en el presente caso, más allá de la poca fortuna con la que la sentencia de instancia invoca esa doctrina, lo cierto es que el examen de la corrección del juicio de



www.civil-mercantil.com

subsunción -que es aquello a lo que autoriza el art. 849.1 de la LECrim - ha de verificarse a partir de lo que proclama el hecho probado. Y en él puede leerse que el acusado Basilio Adriano , concertado con Belarmino Nazario y los otros tres directivos que finalmente resultaron condenados, "... urdieron un plan para que los cuatro altos directivos que se iban a ocupar de la gestión en principio de Novacaixagalicia resultaran beneficiados en el supuesto más que probable, razonable y lógico de que una vez acabadas las ayudas públicas, los nuevos inversores dueños de la entidad decidieran prescindir de sus servicios al ser señalados como máximos gestores de las Cajas fusionadas que habían llevado, o no habían sabido gestionar adecuadamente los intereses de las Cajas en las que prestaban sus servicios, llevándolas a la situación de práctica insolvencia en que se encontraban ".

Basta una aproximación literal al vocablo " urdir" para advertir la facilidad con la que el tipo subjetivo emerge del juicio histórico. Según el diccionario de la Real Academia, urdir es " maquinar y disponer cautelosamente algo contra alguien, o para la consecución de algún designio ". Y esa simple afirmación, a la que hay que añadir aquellos otros fragmentos que ya han sido puestos de relieve supra y que individualizan la acción del acusado, permite rechazar cualquier objeción acerca del exacto apoyo fáctico sobre el que se ha razonado la concurrencia del tipo subjetivo.

El motivo decae (arts. 884.3 y 885.1 LECrim).

Decimosexto.

El cuarto motivo, por la misma vía que los precedentes, denuncia infracción de ley, en este caso, infracción directa de las normas sustantivas administrativas y laborales cuya interpretación constituía el objeto de la conducta de asesoramiento profesional realizada por el recurrente, así como de la norma sustantiva general del art. 2.3 del título preliminar del Código Civil y del art. 9.3 de la CE .

El presente motivo sirve de vehículo para censurar la decisión de la Audiencia Nacional acerca de la aplicabilidad a los contratos de alta dirección de los directivos de Novacaixagalicia -negada por el recurrente Basilio Adriano - del Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifican el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito.

Alega la defensa que el desacuerdo de los Jueces de instancia con el criterio jurídico de Basilio Adriano -avalado por la opinión de otros expertos que dictaminaron en la causa- está en la errónea base de su condena. Se trata, además, de una decisión que, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal a quo, implica una vulneración del principio de irretroactividad proclamado por el art. 9.3 de la CE .

Las razones para la desestimación del motivo ya han sido abordadas con anterioridad.

En efecto, en el FJ 13, al resolver el primero de los motivos formalizados por el recurrente, ya apuntábamos que la condena de Basilio Adriano nada tiene que ver con el acierto o desacierto en el momento de expresar su criterio jurídico acerca de la aplicabilidad del Real Decreto 771/2011, de 3 de junio. Tampoco está relacionada con el grado de coincidencia con la tesis mantenida por el Tribunal a quo en torno a ese mismo tema, por más que la resolución cuestionada interprete la opinión del recurrente como una evidencia más de su voluntad favorecedora del delito cometido por los altos directivos. Son otros los elementos que han conducido a la exigencia de responsabilidades penales al recurrente. En el FJ 13 han quedado descritos y a lo allí expuesto nos remitimos.

También hemos de remitirnos a lo que fue objeto de razonamiento en el FJ 7.1.b) de esta misma resolución, al dar respuesta al primero de los motivos de Belarmino Nazario .



www.civil-mercantil.com

Decíamos entonces y reiteramos ahora que el carácter delictivo del apoderamiento de las cantidades que finalmente fueron a engrosar el patrimonio de los tres directivos, a cuyo éxito contribuyó de forma decisiva e insustituible Basilio Adriano, no exige como presupuesto agotar el debate acerca de la vigencia y aplicabilidad de las normas administrativas que fijaron límites acerca de la libertad para la determinación de las retribuciones de los directivos.

El motivo ha de ser desestimado (art. 884.3 y 885.1 LECrim).

Decimoséptimo.

El quinto motivo, con cita de los arts. 849.2 y 852 de la LECrim, denuncia error de hecho en la valoración de la prueba, lo que habría determinado la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente relativa a la necesidad de que la motivación de la sentencia no incurra en un error patente (art. 24.1 CE).

La parte recurrente pretende demostrar:

a) Que la referencia que se hace en el factum a la estrecha vinculación entre Basilio Adriano y Belarmino Nazario no es tal. El recurrente no era sino un abogado laboralista externo de la entidad financiera, no el asesor personal de uno de sus directivos.

Se señalan al efecto como documentos demostrativos los contratos de arrendamiento de servicios fechados los días 1 de abril de 2002 y 1 de abril de 2007 -mediante los que Basilio Adriano se vinculaba laboralmente con Caixanova-; la nota de la reunión mantenida con el Director general de supervisión del Banco de España de 7 de septiembre de 2011 -en la que se hace constar que comparece en representación de Novacaixagalicia-; y el acta de la reunión del Consejo de Administración de Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra celebrada el día 25 de agosto de 2011 -a la que asistió el recurrente como " experto en derecho laboral...asesor de la entidad"-.

b) Que no estuvo presente en las dos comisiones de la entidad fusionada en la que se aprobaron los contratos de alta dirección de 2010.

Así se desprendería de las actas de las respectivas reuniones de la Comisión de Retribuciones celebrada el día 18 de octubre de 2010 y del Consejo de Administración que tuvo lugar el mismo 18 de octubre de 2010.

c) Que el informe de Pradas y Cebrián Asesores - firma en la que se integra el recurrente- coincide en lo sustancial con el informe Sagardoy Abogados acerca de la aplicación pro futuro del RD 771/2011.

Se invocan como documentos acreditativos del error de hecho en el que habría incurrido el Tribunal los respectivos dictámenes.

La desestimación del motivo resulta obligada.

17.1.- Resultaría ocioso reiterar la doctrina de esta Sala acerca de las limitaciones inherentes a la vía extraordinaria de impugnación que habilita el art. 849.2 de la LECrim. Ya hemos anotado alguno de los precedentes que confirman la inequívoca línea jurisprudencial acerca del significado casacional del documento y, sobre todo, de la necesidad de su autosuficiencia probatoria. De ahí que baste una remisión a lo expuesto en el FJ 3º de esta misma resolución, al resolver la impugnación que, por la misma vía, ha hecho valer la representación de los acusados Estanislao Torcuato, Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo.

Desde esta estricta perspectiva, mal puede predicarse la autosuficiencia probatoria de los contratos de arrendamiento que definen la verdadera vinculación que Basilio Adriano mantenía con la entidad fusionada. Lo que proclama el hecho probado es la existencia de un



www.civil-mercantil.com

vínculo personal con Belarmino Nazario . Ninguna incompatibilidad existe entre el lazo contractual que en el plano formal ligaba al recurrente -primero con la entidad Caixanova, después con Novacaixagalicia- y la afirmación de vínculos personales que podían haber nacido y haberse intensificado como consecuencia de esa previa relación contractual. El error en la apreciación de la prueba ha de recaer sobre elementos determinantes del juicio de tipicidad. Y el delito previsto en el art. 252 del CP -hoy art. 253- no exige como presupuesto para su aplicación que el título contractual que hizo posible la incorporación de Basilio Adriano al plan lucrativo urdido por los altos directivos de la entidad, quede concluyentemente definido en el factum. Lo verdaderamente decisivo es la certera proclamación de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, no de cuestiones periféricas sin incidencia en el juicio de tipicidad. Y ninguno de los elementos nucleares del factum se resentiría si incluso asumiéramos la interpretación bien elástica del vocablo " vinculado" que ha sido empleado en la instancia para definir la estrecha relación entre Belarmino Nazario y el ahora recurrente.

17.2.- La misma insuficiencia probatoria puede predicarse de los documentos acreditativos de la ausencia del recurrente de las reuniones en las que los órganos de control de Novacaixagalicia aprobaron los contratos de alta dirección. El delito por el que se ha formulado condena no exige una presencia física en todas y cada una de las secuencias cronológicas en las que la voluntad criminal va materializándose. Al margen de ello, la propia Audiencia Nacional - como reconoce el recurrente- admite que en la sesión extraordinaria del Consejo de Administración de 18 de octubre de 2010 se encontraban todos los acusados "... salvo el asesor externo Basilio Adriano ".

17.3.- También ha de decaer la alegación relativa al contraste entre el dictamen pericial suscrito por el acusado y el que fue elaborado por la firma Sagardoy Abogados. Son varias las razones que así lo imponen.

De una parte -como ya hemos apuntado supra-, la irrelevancia del debate jurídico acerca de la aplicabilidad del RD 711/2011. La idea de que los actos de deslealtad cometidos por los directivos bancarios, que además van seguidos de una acción expropiatoria del patrimonio de la entidad a la que sirven, sólo se hicieron punibles a partir de la entrada en vigor del citado Real Decreto, es inasumible por la Sala.

De otra, porque a la discutible virtualidad procesal de lo que, en puridad, no son sino peritajes jurídicos, se añade el obstáculo derivado de la jurisprudencia de esta Sala, que niega con carácter general valor casacional a los dictámenes periciales (cfr. SSTS 434/2007, 16 de mayo ; 485/2007, 21 de mayo ; 601/2003, 25 de abril ; 1498/2000 de 30 de septiembre y 1873/2002, 15 de noviembre).

Decimoctavo.

El último de los motivos, con el respaldo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE , así como la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a que las sentencias penales condenatorias incluyan una motivación reforzada, razonada y razonable, por afectar a derechos fundamentales materiales, por todos, el derecho a la libertad (art. 24.1 CE).

La defensa compendia en un mismo motivo las distintas razones que ha venido esgrimiendo a lo largo del recurso -con ejemplar rigor técnico- para sostener la irrazonabilidad del proceso de valoración probatoria desarrollado en la instancia. Esa vulneración del derecho a una resolución motivada, conforme a un elemental canon de razonabilidad, habría tenido una incidencia directa, a su vez, en el contenido material del derecho constitucional a la presunción



www.civil-mercantil.com

de inocencia. Así lo ha proclamado de forma insistente la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala. Estima el recurrente que la calificación de los hechos como constitutivos de una cooperación necesaria en el delito de apropiación indebida cometido por otros, es manifiestamente irrazonable porque: a) la actuación de Basilio Adriano fue la propia de un abogado laboralista externo, cuya función consistió en asesorar a la entidad en cuestiones jurídico- laborales, no en materias económicas o financieras, ni tampoco respecto de la política retributiva que la entidad debía seguir conforme a las Circulares del Banco de España; b) el desistimiento unilateral de los contratos de alta dirección suscritos en el año 2010 ya estaba previsto en los contratos anteriores, además de estar expresamente reconocido en el art. 10.3.d) del Real Decreto 1382/1985 . Además, no es sino expresión de normalidad en la actividad directiva de las entidades bancarias, en cuyo ámbito está reconocida esa facultad unilateral; c) la interpretación sostenida sobre la aplicabilidad del Real Decreto 771/2011 a los contratos de 2010 es penalmente atípica.

18.1.- Una vez más, la Sala se ve obligada a reconocer que la sentencia recurrida no es precisamente un modelo exportable en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, también estamos obligados a repetir que sus más que visibles deficiencias gramaticales y sistemáticas no afectan a su validez estructural. La proclamación del juicio de autoría de Basilio Adriano se acomoda al canon constitucional impuesto por nuestro sistema. La Audiencia Nacional ha valorado prueba lícita, prueba de inequívoco signo incriminatorio y lo ha hecho conforme a las máximas de experiencias generalmente exigibles.

Ninguno de los puntos destacados por la defensa como expresión de la irrazonabilidad de la resolución tiene el carácter decisivo que se le atribuye. Basilio Adriano -lo hemos señalado supra- no está condenado por haber errado en la opinión jurídica que inspiró la redacción de los contratos de 2010 y que luego fue invocada para facilitar la aprobación de esos contratos por los órganos de control de la entidad Novacaixagalicia. El juicio de reproche sobre el que se fundamenta su culpabilidad nada tiene que ver con el acierto o el error deslizado en el informe del despacho Pradas y Cebrián Asociados a la hora de determinar la influencia del Real Decreto 771/2011. Tampoco se explica su condena por el hecho de haber permitido desistir unilateralmente a los directivos afectados por el proceso de fusión cuando esa facultad de desistimiento unilateral ya estaba prevista en los contratos previgentes. Más allá de la preexistencia o novedad de esa facultad unilateral, son las renovadas consecuencias económicas asociadas a ese desistimiento las determinantes de la tipicidad penal de los hechos enjuiciados.

La condena del acusado no es sino el resultado de una valoración racional por del Tribunal de instancia de los elementos de cargo que han sido puestos a su disposición por las acusaciones. Esa valoración ha tenido también el punto de contraste de la prueba de descargo (FJ 7º). La ingente prueba documental, el elevado número de testigos y, en fin, el dictamen de los peritos que comparecieron en el plenario -algunos de ellos, por cierto, requeridos para un extravagante peritaje jurídico sobre el alcance novatorio de un contrato de alta dirección- han proporcionado un suelo probatorio que avala la corrección de, al menos, las inferencias nucleares que son indispensables para el juicio de tipicidad.

La proximidad del recurrente al centro de dirección de la entidad perjudicada -asociada aquélla a su relación jurídica como asesor externo y a la vinculación personal con el coacusado Belarmino Nazario -, le permitió poner su capacidad de asesoramiento al servicio de una manobra expropiatoria previamente acordada por los coacusados. A tal fin, asumió la elaboración de los contratos que, a la vista de las previsibles consecuencias derivadas del proceso de fusión, iban a incrementar de forma exponencial las ganancias de Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Iñigo Tomas . Sus directrices permitieron a Belarmino Nazario y al propio recurrente desplegar una actividad ante los órganos de control interno de la entidad



www.civil-mercantil.com

en la que no faltó -así lo proclama el hecho probado con fundamento en las actas levantadas con ocasión de las distintas reuniones- una estrategia de ocultación de los verdaderos efectos económicos asociados al desistimiento. Y todo ello se desarrolló en un escenario económico en el que las millonarias ayudas del FROB permitieron una supervivencia que, hoy por hoy, ha alejado a la entidad fusionada de los síntomas de la insolvencia. Para conocer el alcance de la deslealtad de los acusados -hecha posible por la ayuda, asesoramiento técnico y actividad desplegada ante los órganos societarios por Basilio Adriano -, no podemos perder de vista que el valor de la entidad resultante del proceso de fusión fue fijado en 181 millones de euros. Basta, pues, una lectura de contraste del margen de ganancias que la sentencia recurrida da por probado respecto de los tres directivos (cfr. FJ 2.3).

18.2.- Una última alegación formula el recurrente, basada en la inaplicación del art. 65.3 del CP , en el que se prevé una rebaja de pena cuando en el cooperador necesario no concurren las cualidades o relaciones personales sobre las que se ha fundamentado la culpabilidad del acusado. También en este caso se habría quebrantado el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en la medida que el rechazo de esa rebaja ha de tener siempre un carácter excepcional y requerido, siempre y en todo caso, de motivación.

Sobre el carácter especial del delito de apropiación indebida ya nos hemos pronunciado en el FJ 8.1, al resolver la alegación de la defensa de Artemio Gerardo que, desde otra perspectiva, negaba el dominio del hecho por quien no formaba parte de la dirección de la entidad perjudicada.

La necesidad constitucional de motivación del proceso de individualización de la pena no necesita ser razonada. Así lo hemos proclamado en una jurisprudencia plenamente consolidada. Pero también hemos dicho que su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente (cfr. SSTS 492/2016, 8 de junio ; 491/2015, 23 de julio ; 974/2012, 5 de diciembre ; 1297/2003, 9 de octubre y 1099/2004, 7 de octubre).

La alegación del recurrente da oportunidad a la Sala para dejar constancia de la llamativa leñidad de la respuesta penal asociada a las conductas que se declaran probadas. No puede extraerse otra conclusión si se parte del dato evidenciado de que los tres acusados principales (Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo) se apropiaron de una suma dinero que en total supera de forma extraordinaria la cuantía correspondiente al subtipo agravado fijada en 50.000 euros (art. 250.1.5 C. Penal). Pues, según consta probado en la sentencia recurrida y reflejado también en el apartado 2.3 de la presente, el importe del que se apropió el acusado Estanislao Torcuato con su mejora de contrato superó los 7 millones de euros, el de Ernesto Maximiliano los 4 millones de euros, mientras que el de Artemio Gerardo alcanzó los 225.440 euros, sin computar en ninguno de los supuestos el importe de las pólizas de seguro concertadas para garantizar el pago de esas cantidades.

Pues bien, en el caso de los acusados Estanislao Torcuato y de Ernesto Maximiliano , que son los más graves, la suma apropiada rebasa en tal medida el límite de los 50.000 euros que no puede afirmarse que se haya cumplimentado el principio de la proporcionalidad de la pena de acuerdo con el criterio de la gravedad del hecho. Para obtener tal convicción es suficiente con remitirse a otros precedentes de esta Sala que no se precisa traer a colación en este momento dada su reiteración jurisprudencial.

A ello ha de sumarse el dato que obra en la sentencia recurrida referente a que los acusados Estanislao Torcuato y Ernesto Maximiliano eran dos personas que intervinieron en la administración de Caixa Nova, entidad que había quedado en una situación de serias dificultades de viabilidad y de práctica insolvencia, según destaca la Audiencia. De forma que para hacer



www.civil-mercantil.com

viable el proyecto de fusión de Caixa Galicia y de Caixa Nova tuvo que aportar el FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) más de 9.000 millones de euros del erario público.

En estas circunstancias, y si se pondera también que los acusados ya tenían garantizada su jubilación o retiro laboral por contratos precedentes, se está ante un supuesto en que la gravedad de la ilicitud del hecho se incrementa por el contexto social y económico en que se produce, ya que los hechos se perpetraron en 2010, dos años después del inicio de la crisis económica por todos conocida. De ahí que deba afirmarse que la pena resulta desproporcionada, pero no por su exceso al alza como alegan las defensas, sino claramente por su exigüidad desde la perspectiva de la gravedad de las conductas a la que se ha hecho referencia.

Y similares argumentos han de aplicarse a los coacusados Belarmino Nazario y Basilio Adriano , ya que contribuyeron con hechos decisivos a la ejecución de las graves conductas en su momento descritas.

Por consiguiente, ni desde la perspectiva del fin de la prevención especial ni tampoco desde la óptica de la prevención general que han de cumplimentar las penas, puede decirse que las impuestas en este caso se ajustan a las exigencias del sistema penal, que ha de dar siempre una respuesta adecuada a los valores individuales y sociales que entran en liza en la resolución de todo proceso penal. De forma que se concilien con justicia el fin de la prevención individual del penado y el interés general de la sociedad, que debe ser tutelado tanto mediante los efectos disuasorios que produce la imposición de una pena como a través de la cumplimentación de las expectativas del ciudadano en orden al cumplimiento de la norma (prevención general negativa y positiva, respectivamente).

Por último, es patente que en el presente caso esta Sala no puede establecer unas nuevas penas que incrementen las establecidas en la instancia, al no haber sido cuestionada al alza la sentencia en ese extremo, sin olvidar tampoco los límites que impone el principio acusatorio.

Hechas las consideraciones precedentes relacionadas con la impugnación de las penas por varios de los acusados, sólo queda por resolver la alegación específica que formula el recurrente Basilio Adriano relativa a la aplicación del art. 65.3 del C. Penal . Frente a la cual es suficiente con redargüir que el carácter facultativo con el que la jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el art. 65.3 del CP (cfr. SSTS 817/2008, 11 de diciembre y 636/2012, 13 de julio ; 1394/2009, 25 de enero ; 1074/2004, 18 de octubre y 782/2005, 10 de junio), asociado a la gravedad de los hechos imputados y al papel asumido por los extraneus para la ejecución del acto expropiatorio, conducen a la improcedencia de la rebaja punitiva instada al amparo de aquel precepto (cfr. SSTS 920/2009, 18 de septiembre ; 668/1998, 14 de mayo ; 50/2005, 28 de enero , 228/2006, 3 de marzo).

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Decimonoveno.

La estimación parcial de los motivos 4º y 5º hechos valer por la representación legal de Estanislao Torcuato , Ernesto Maximiliano y Artemio Gerardo ; así como la del motivo 8º de los formalizados por la representación de Belarmino Nazario , determinan la declaración de oficio de las costas procesales. La anulación del pronunciamiento de responsabilidad civil alcanza también, por mandato del art. 903 de la LECrim a Basilio Adriano .

III. FALLO

Que por estimación parcial de los motivos 4º y 5º del recurso promovido por la representación legal de Estanislao Torcuato , Artemio Gerardo y Ernesto Maximiliano y por la



www.civil-mercantil.com

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

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

Debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Basilio Adriano , a quien aprovechará la anulación del pronunciamiento de responsabilidad civil que acordamos.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Comuníquese esta resolución al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

D. Manuel Marchena Gómez D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, 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.