



Roj: **STS 2684/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2684**

Id Cendoj: **28079120012021100562**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2021**

Nº de Recurso: **3937/2019**

Nº de Resolución: **590/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 590/2021

Fecha de sentencia: 02/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3937/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3937/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 590/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de julio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3937/2019 interpuesto por la **FUNDACIÓN CAJA DE SEGOVIA** representada por la procuradora Sra. D.ª María Ángeles Llorente Borreguero, bajo la dirección letrada de D. Rafael Yturriaga Alcocer contra Sentencia de fecha 19 de marzo de 2019 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia (Rollo nº 14/2018) en causa procedente del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Segovia (Diligencias Previas nº 871/2011) y seguida por delito de apropiación indebida. Ha sido parte recurrida **Pelayo** representado por la procuradora Sra. D.ª Laura Gil de Ascensión y bajo la dirección letrada de D.ª Esther Arabaolaza Poncela; el partido político **Izquierda Unida** representado por la procuradora Sra. D.ª Alicia Martín Misis; **Roman** representado por procurador Sr. D. Jesús María de la Fuente Hormigo y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Rodríguez-Miguel Ramos; **Saturnino** representado por la procuradora Sra. D.ª Elena Natalia González-Páramo Martínez-Murillo y bajo la dirección letrada de D. Javier García Fernández. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Segovia incoó Diligencias Previas nº 871/2011, contra Luisa, Valeriano, Vidal, Roman, Jose Ramón y Carlos José. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Primera) que con fecha 19 de marzo de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO. - La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia (Caja Segovia) se constituyó como Institución de carácter benéfico social, fundada en 1876, regida por las disposiciones vigentes en su momento para las Cajas de Ahorros y por sus propios Estatutos. Los principales órganos corporativos de Caja Segovia eran los siguientes:

- a) Asamblea General, como órgano supremo de gobierno y decisión, constituido por 120 Consejeros Generales elegidos entre diferentes colectivos vinculados a Caja Segovia.
- b) Consejo de Administración, integrado por un Presidente, un Vicepresidente 1º, un Vicepresidente 2º, un Secretario y 13 Consejeros, siendo elegidos sus miembros por la Asamblea General, y representan a diversos organismos e instituciones relacionados con la provincia de Segovia y con Caja Segovia (representantes de Ayuntamientos, representantes de las Cortes de Castilla y León, representantes de empleados de Caja Segovia, representantes de grupos de entidades de interés general. Los acuerdos del Consejo de Administración solían adoptarse por asentimiento, teniendo habitualmente los consejeros a su disposición la información relativa a los asuntos a tratar, al menos con 36 horas de antelación, y recibiendo cualquier información adicional que interesasen. Dentro del Consejo de Administración se elegían distintas Comisiones: 1) Comisión Ejecutiva; 2) Comisión de Retribuciones, con función de informar sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo de Administración y personal directivo; 3) Comisión de Inversiones;
- c) Comisión de Control, compuesta por dos vocales del grupo de impositores, un vocal representante del Grupo de las Cortes de Castilla y León, dos vocales del grupo de corporaciones municipales, un vocal representante de los empleados de Caja Segovia y un vocal representante del grupo de Entidades de Interés General, pudiendo además formar parte un representante de la Junta de Castilla y León. Era el órgano de supervisión de la gestión y administración de la Entidad.
- d) Director General, elegido por el Consejo de Administración, y vinculado a Caja Segovia por una relación laboral de Alta Dirección.
- e) Comité de Dirección, con funciones de asesoramiento del Director General.

SEGUNDO. - D. Roman fue Director General de Caja Segovia desde el 1 de septiembre de 1995 en que firmó su contrato de Alta Dirección y hasta el 31 de diciembre de 2010, al haber solicitado voluntariamente su prejubilación, contando hasta entonces con una remuneración fija y otra variable. Una vez que D. Roman accedió a la prejubilación, cobró un total de 5.778.544,68 euros, concretamente 526.810 euros, con cargo a la póliza NUM000 que cubría la prejubilación del Director General durante el año 2011; y 5.251.734,60 euros con cargo a la póliza NUM001 que cubría la prejubilación del equipo directivo hasta los 65 años.

D. Saturnino fue Director General Adjunto desde el 1 de septiembre de 1995 en que firmó su contrato de Alta Dirección, hasta el 27 de enero de 2011, en que el Consejo de Administración de Caja Segovia le nombró Director General en funciones, permaneciendo en tal cargo hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha de efecto de su prejubilación, que había solicitado de forma voluntaria. Una vez que D. Saturnino accedió a la prejubilación, cobró la cantidad de 3.912.584,14 euros con cargo a la póliza NUM001.



D. Jose Ramón comenzó a prestar servicios para Caja Segovia en fecha 11 de agosto de 1975, con un contrato de trabajo ordinario, siendo nombrado Secretario General el 16 de mayo de 1992, y cesando por prejubilación el 31 de diciembre de 2011. Una vez que D. Jose Ramón accedió a la prejubilación, cobró 1.988.882,87 euros con cargo a la póliza NUM001 .

D. Basilio comenzó a trabajar en Caja Segovia en 1983, también con contrato de trabajo ordinario, siendo traspasado a BFA/Bankia con fecha 1 de febrero de 2012, causando baja el 31/03/2012 por acogerse al Plan de Prejubilación del Comité de Dirección de Caja Segovia. Una vez que accedió a la prejubilación, cobró con cargo a la póliza NUM001 la cantidad de 2.486.695,78 euros.

D. Carlos José se incorporó a Caja Segovia en fecha 3 de diciembre de 1977 con un contrato de trabajo ordinario, siendo nombrado Director de Recursos Humanos en 1995, y siendo nombrado en febrero de 2009 Subdirector General de Medios, aumentando su retribución en cuantía bruta anual de 42.000 euros, aumentándose también su retribución variable en 18.000 euros brutos anuales, quedando fijada en 54.000 euros para 2009, cesando en Caja Segovia por prejubilación voluntaria el 31 de diciembre de 2011. Una vez accedió a la prejubilación, D. Carlos José cobró 1.859.988,87 euros con cargo a la póliza NUM001 .

D. Pelayo , nacido el NUM002 de 1951, comenzó a prestar servicios en Caja Segovia el 1 de marzo de 1994, por virtud de contrato de trabajo ordinario, cesando voluntariamente el 1 de marzo de 2009 por prejubilación. Solicitó su prejubilación en verano de 2008, siendo propuesta por la Comisión de Retribuciones el 20 de noviembre de 2008 y aprobada por unanimidad por el Consejo de Administración de la misma fecha 20 de noviembre de 2008. Una vez accedió a la prejubilación, el Sr. Pelayo cobró la cantidad de 1.019.277,83 euros con cargo a la póliza NUM001 .

D. Fausto comenzó a prestar servicios para Caja Segovia en fecha 15 de noviembre de 1977 por virtud de un contrato de trabajo ordinario, cesando el 31 de marzo de 2011 al solicitar su desvinculación. Nacido el NUM003 /1953, cuando en 2006 se firmó el Plan de Prejubilaciones de directivos, tenía 53 años. Una vez accedió a la prejubilación, el Sr. Fausto comenzó a percibir una renta mensual reconocida por el periodo de 1 de enero de 2011 a 30 de junio de 2018, habiendo cobrado 977,405,79 euros, quedando por percibir a fecha 15/03/2017 el resto hasta 1.214.142,07 euros.

D. Joaquín , nacido el NUM004 /1950, se incorporó a Caja Segovia en fecha 18 de septiembre de 1972, por virtud de contrato de trabajo ordinario, cesando el 31 de enero de 2012 e incorporándose a BFA/ Bankia al día siguiente, 1 de febrero de 2012, acogiéndose al Plan de Prejubilaciones del Comité de Dirección de Caja Segovia al cesar en Bankia. Una vez accedió a la prejubilación D. Joaquín cobró la cantidad de 363.211,90 euros con cargo a la póliza NUM001 .

D. Jose Ramón fue Secretario General y Secretario de Actas. Por su parte, D. Valeriano fue Presidente de Caja Segovia y de la Comisión de Retribuciones, D. Rafael fue Vicepresidente 1º de Caja Segovia y vocal de la Comisión de Retribuciones, siendo Da Luisa Vicepresidenta 2ª de Caja Segovia y vocal de la Comisión de Retribuciones.

TERCERO.- En Caja Segovia se habían venido realizando prejubilaciones para todo el personal en general desde el año 1996, siendo siempre aprobadas mediante acuerdos sucesivos por el Consejo de Administración para un concreto periodo, hasta el ejercicio de 2008 en que se produjeron las últimas prejubilaciones materializadas por este sistema, aprobadas por el Consejo de Administración el 24 de enero de 2008, con unas condiciones económicas del 80% del salario pensionado y del 50% de los conceptos extraconvenio. En concreto, se prejubilaban en dicho año 14 empleados.

Antes de 2006, se aplicaban las prejubilaciones en Caja Segovia para todos sus empleados que contaran 53 años y lo solicitaran, aplicándose un porcentaje del 74,70% del salario medio bruto del último año.

Para asegurar las prejubilaciones de los empleados era habitual en Caja Segovia externalizarlas mediante la contratación de una póliza de seguro.

Para los empleados con contrato de Alta Dirección, sin embargo, se contemplaba una indemnización de 3 anualidades en caso de desistimiento de Caja Segovia, despido declarado nulo o improcedente o bien por extinción del contrato por voluntad del trabajador con base en la sucesión de empresa o cambio de titularidad.

CUARTO.- En Caja Segovia existía un Plan Estratégico, a desarrollar durante el periodo de 2007 a 2011, lo que motivó que durante el ejercicio de 2006 se ideara un sistema para asegurar la permanencia en Caja Segovia de sus directivos durante el desarrollo de dicho Plan Estratégico, estableciéndose un sistema de relevo ordenado y paulatino de cese en la Entidad, en función de la edad de sus integrantes, que permitiera garantizar la continuidad en la gestión pues iban a quedar encuadrados en los planes de prejubilación que desde 1996 se estaba aplicando a toda la plantilla, habiéndose acogido hasta ese momento a los planes de prejubilación un



total de 148 empleados. Las condiciones económicas se establecieron en un porcentaje resultante de la media de las últimas prejubilaciones, estableciendo este sistema de 2006 que, durante el periodo de prejubilación del Directivo, no podría realizar actividad, retribuida o no, que supusiera competencia con las actividades de Caja Segovia, dando lugar el incumplimiento de esta obligación a la pérdida de los derechos que la Entidad le garantizaba mediante la suscripción de la póliza de seguros, siendo asimismo a cargo exclusivo del Directivo el impacto fiscal derivado del plan.

Sin embargo, a lo largo del año 2008 se produjeron una serie de hechos que dirigían el sistema bancario hacia una reestructuración, que culminó con los procesos de integración que se produjeron en años posteriores. En este marco, el día 3 de diciembre de 2010 se creó el Banco Financiero y de Ahorro (BFA), siendo la sociedad cabecera de un grupo de entidades de crédito constituido como consecuencia de la firma, el 30 de julio de 2010, de un contrato de integración para la creación de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) en el que se integró, entre otras, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, con un 2,01 % de capital de la nueva entidad. Por virtud del contrato de integración y de la escritura de segregación de los negocios bancarios de Caja Segovia para su integración en BFA, de 16 de mayo de 2011, BFA recibió de Caja Segovia el negocio bancario y parabancario que ésta venía desarrollando, manteniendo Caja Segovia determinados activos y pasivos, que no pasaron a BFA, como los afectos a la obra social o como lo relativo a los aspectos institucionales de las Cajas y de sus Órganos de Gobierno y Comité de Dirección, incluido el Director General (retribuciones, compensación de sus miembros, etc.) de manera que las obligaciones de Caja Segovia respecto del Plan de Prejubilaciones del Comité de Dirección se mantuvieron residenciadas en Caja Segovia y nunca pasaron a formar parte de las obligaciones asumidas por BFA en virtud del acuerdo y proceso de integración.

El día 1 de enero de 2011 comenzó a operar la nueva entidad, produciéndose la segregación en fecha 16 de mayo de 2011, cediendo Caja Segovia a BFA con efectos de 1 de enero de 2011, la totalidad de los beneficios derivados del negocio bancario, parabancario o de otra naturaleza que venía siendo desarrollado por Caja Segovia. En este contexto, casi toda la plantilla de Caja Segovia fue traspasada a BFA durante el año 2011, quedando muy reducida la estructura de la primera, perdiendo su naturaleza de entidad financiera, y sus principales ingresos, causando baja en el Registro de Entidades del Banco de España el 30 de mayo de 2011, y perdiendo posteriormente su participación accionarial en BFA, quedando transformada por imperativo legal en Fundación Caja Segovia que, como sucesora de Caja Segovia, se subrogó en todos los derechos y obligaciones de esta entidad.

Como consecuencia de la integración, en fecha 14 de diciembre de 2010 se firmó un acuerdo en el que se establecían las bases para llevar a cabo un plan de ajuste que incluía la reducción de entre el 11 % y el 27% de la plantilla, y se establecían medidas para la prejubilación de los trabajadores que a 31 de diciembre de 2010 tuvieran 55 años de edad y para los que antes de finalizar el año 2011 alcanzasen dicha edad, estando vigente la situación de prejubilación desde la fecha de extinción del contrato hasta la fecha en que el empleado cumpliera 64 años, percibiendo el empleado durante ese tiempo una cantidad neta en concepto de indemnización por la extinción de su contrato mediante ERE que, adicionada a la prestación por desempleo, alcance el 95% de la retribución fija neta percibida en los doce meses anteriores a la extinción de su contrato por prejubilación.

Los miembros del Comité de Dirección de Caja Segovia que ostentaban un régimen laboral común y carecían de contrato de Alta Dirección no tuvieron el mismo sistema de prejubilación que el resto de trabajadores de dicha entidad, que se acogieron al ERE del SIP. El acuerdo de este ERE, firmado el 14 de diciembre de 2010, excluía del mismo a los empleados que con anterioridad a la entrada en vigor de dicho acuerdo hubieran manifestado su voluntad expresa de acogerse a la prejubilación en virtud de pactos colectivos en vigor a la fecha de la firma del acuerdo del ERE. Además de las correspondientes indemnizaciones, el acuerdo del ERE ofrecía a los empleados que se acogieran al mismo un depósito bancario con alta remuneración en relación a la que se venía ofertando en el mercado.

QUINTO.- Además del sistema general de prejubilaciones voluntarias que Caja Segovia ofrecía a sus empleados, en dicha entidad se había aprobado el 16 de enero de 2006 un Plan de Prejubilaciones para directivos, para asegurar la permanencia de aquéllos en la entidad durante el periodo de desarrollo del Plan Estratégico. Dicho Plan de Prejubilaciones para directivos establecía que, para acogerse al mismo, el miembro del Comité de Dirección debía tener 54 años y haber pasado 6 años desde la firma del acuerdo (1 de enero de 2006), no pudiéndose acceder a dicho plan con anterioridad a 1 de enero de 2012, salvo dos personas, que ya entonces habían cumplido los 54 años de edad estableciéndose asimismo, para garantizar el relevo paulatino de los directivos, que no podrían desvincularse de la entidad más de dos cada año, debiendo instar el directivo su desvinculación el 31 de diciembre del año anterior a aquél en el que pretendía jubilarse, y concretando las condiciones económicas, estableciendo el 74,70% de la retribución media bruta de las última anualidades, desde la fecha de la prejubilación hasta la fecha de cumplimiento de 65 años.



El 20 de noviembre de 2008 en la Comisión de Retribuciones de Caja Segovia, integrada por D. Valeriano , D. Rafael y Da Luisa , y con la asistencia de D. Jose Ramón , Secretario General, y de D. Carlos José , en calidad de Director de Recursos Humanos, y de D. Roman , como Director General de Caja Segovia, se comunicó que se había procedido a la revisión del acuerdo de la Comisión de Retribuciones y del Consejo de Administración de 26 de enero de 2006, introduciendo modificaciones al mismo. En concreto, se incluyó como nueva causa de prejubilación la integración o fusión de Caja Segovia con otras entidades. Además, en dicha Comisión de Retribuciones se modificaron las condiciones económicas, concretando la cuantía del pago a cada directivo en la más ventajosa de dos opciones, al establecerse que se le retribuiría, desde la fecha de la extinción de su contrato de trabajo por mutuo acuerdo y hasta que alcanzara la edad de acceso a la jubilación ordinaria el cálculo más ventajoso que resulte de las dos siguientes: a) el 74,70 % de la retribución bruta de los últimos tres ejercicios naturales íntegros de prestación de servicios, computados de enero a diciembre; o bien b) el 74,70 % de la retribución media bruta de los últimos doce meses de prestación de servicios, con revalorización en todo caso cada año natural en los términos y condiciones fijados por el personal pasivo. El mismo día 20 de noviembre de 2008 se celebró el Consejo de Administración de Caja Segovia que, ante la perspectiva de integración de Cajas y, por tanto, ante la falta de sentido ya de la permanencia de los directivos para cumplir el Plan Estratégico, aprobó las modificaciones reseñadas, sin informar de las cantidades probables a provisionar, ni cuál podría ser el impacto sobre el patrimonio de la entidad.

Posteriormente, en la Comisión de Retribuciones de 22 de diciembre de 2010, a la que asistieron D. Valeriano , D. Rafael , Da Luisa , D. Jose Ramón , D. Carlos José , y D. Roman , se comunica la revisión del acuerdo de 2006, con las modificaciones de 2008, liberando todas las condiciones de acceso a la prejubilación, ya que se eliminaba cualquier requisito de los establecidos en el inicial plan, como el relativo a la edad de 54 años, al periodo de espera de acceso al plan, y se eliminaba asimismo el límite de personas que en un mismo ejercicio podían acceder al plan. Además, para garantizar el cobro de las prejubilaciones, y como venía siendo usual, Caja Segovia procedería a suscribir pólizas de seguros con entidad de reconocida solvencia, con anterioridad a 31 de diciembre de 2010, siendo aprobada posteriormente la modificación por el Consejo de Administración. En concreto, Caja Segovia suscribió con la aseguradora CASER las pólizas NUM000 y NUM001 , ambas con efecto de 31 de diciembre de 2010. Como consecuencia de tales pólizas, Caja Segovia abonó a CASER la cantidad de 518.659,27 euros y 18.012.490,40 euros, respectivamente (en el caso de la segunda, 16.672.227,60 euros el 31 de diciembre de 2010, y la cantidad de 1.340.262,83 euros el 31 de marzo de 2011).

Las dotaciones para el plan de prejubilaciones de los directivos de Caja Segovia se produjeron durante el periodo comprendido entre el año 2006 a 2010, ambos inclusive, y figuraban en las Cuentas Anuales de Caja Segovia y en el Informe de Gobierno Corporativo, siendo objeto de supervisión por el Banco de España y por la Junta de Castilla y León. Tras el acuerdo del SIP y posterior desaparición de Caja Segovia, la Fundación Caja Segovia sucedió a la anterior como tomadora de dichas pólizas.

Con ocasión del SIP a lo largo de 2010 se produjeron en la entidad una serie de auditorías externas y en ellas se incluyó detalladamente el Plan de Prejubilaciones de directivos de Caja Segovia.

SEXTO.- En noviembre de 2011 se remitió una denuncia anónima al Alcalde de Segovia, en la que se aludía a cuantiosas cantidades percibidas por el Director General de Caja Segovia y diversos directivos de dicha entidad, denuncia que el Ayuntamiento de Segovia remitió a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Segovia, trascendiendo a la opinión pública, lo que tuvo una gran repercusión mediática.

Como consecuencia de la alarma social que se produjo, un grupo de consejeros pidieron explicaciones, lo que motivó que se convocara un Consejo de Administración extraordinario de Caja Segovia, que tuvo lugar el día 23 de noviembre de 2011. En dicho Consejo de Administración se facilitó a todos los asistentes toda la información que interesaron acerca de las prejubilaciones de los directivos de Caja Segovia, con cantidades concretas, haciéndose constar en el acta que el Consejo de Administración había sido informado en dicha sesión de forma pormenorizada de todo lo relativo, en general, a las retribuciones, habiendo comprobado que se correspondía exactamente con los acuerdos adoptados en el Consejo de Administración y la Comisión de Retribuciones, solicitando finalmente el Sr. Saturnino a los consejeros que indicaran si precisaban alguna otra aclaración o precisión de cualquier índole, manifestando los señores consejeros que habían sido satisfechas todas sus peticiones. En los Consejos de Administración celebrados con anterioridad al de 23 de noviembre de 2011 no se había hablado de cantidades concretas de prejubilaciones de los directivos, solo del porcentaje del 74,70%, si bien las remuneraciones del equipo Directivo constaban en las cuentas anuales de Caja Segovia, no conociéndose de ningún trabajador las concretas cantidades que podía suponer su prejubilación.

SÉPTIMO. - Desde 1995 Caja Segovia ha tenido beneficios netos progresivos anualmente, habiendo sido auditadas sus cuentas anuales sin salvedades. No obstante, en 2010 hubo un cambio de criterio contable que tuvo reflejo en las cuentas anuales, que pasaron de 33 millones de euros de beneficios en las cuentas de 2009, a 16.619.000 euros después de impuestos en las cuentas de 2010. Ello fue debido a que se recibió de BFA



un nuevo criterio para sanear determinados activos por 224 millones de euros. En la primera consolidación de BFA según las normas contables se pone todo a valor razonable, y al ser cabecera de grupo las 7 entidades integradas decidieron solicitar al Banco de España contabilizar bajo los mismos criterios de BFA, lo que se aplicó únicamente a las 7 Cajas, al haberse integrado en el SIP. En concreto, se pasó de formular la cuenta siguiendo un criterio de gestión continuado, cambiándose de criterio contable al integrarse en el SIP en que se adoptó un criterio de pérdida esperada. Sin tal cambio de criterio, los fondos propios de Caja Segovia de 2010 hubieran sido similares a los de 2009, siendo por este motivo que las cifras del balance de situación al 31 de diciembre de 2009 no resultan comparables con las del balance de situación al 31 de diciembre de 2010. Por tanto, la minoración de 33 millones a 16 millones, de las cuentas de 2009 en relación con las cuentas de 2010, no guarda relación con el pago de aproximadamente 17 millones de euros a 31/12/2010 por externalización de las prejubilaciones.

OCTAVO.- Caja Segovia no recibió, como tal entidad, ayudas públicas de ningún tipo, si bien el FROB concedió ayudas a la entidad resultante de la integración el 28 de diciembre de 2010, desembolsando 4.465 millones de euros.

NOVENO.- CASER ha sido, al menos desde 2007, aseguradora de la responsabilidad civil de los altos cargos de Caja Segovia. En concreto, la póliza de Responsabilidad Civil de Consejeros, Administradores y Directivos no NUM007, con efecto de 01/01/2011 a 01/01/2012, y las pólizas de responsabilidad civil de altos cargos no NUM005, NUM006, NUM008, NUM009 y NUM010 . >>.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO.- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente a D. Roman , D. Carlos José , D. Jose Ramón , D. Valeriano , Da Luisa y D. Rafael de los delitos de apropiación indebida y administración desleal de los que venían siendo acusados por la acusación particular ejercida por Fundación Caja Segovia y la acusación popular ejercida por Izquierda Unida, con todos los pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas originadas en el procedimiento.

Y que debemos absolver y absolvemos a D. Pelayo , D. Saturnino , D. Basilio , D. Fausto y D. Joaquín de las pretensiones civiles formuladas contra los mismos, en su condición de partícipes a título lucrativo, por la acusación particular ejercida por Fundación Caja Segovia y la acusación popular ejercida por Izquierda Unida, en el caso de D. Saturnino .

Asimismo, debemos absolver a CASER de la pretensión civil ejercitada en su contra por las referidas acusaciones".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por la Acusación Particular que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de la Fundación Caja de Segovia.

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida inaplicación del art. 252 (actual art. 253) CP en relación con el art. 250.1.5º CP, o en su caso, indebida inaplicación del art. 295 CP (actual art. 252). **Motivo segundo.-** Al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 122 CP. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 849.1º LECrim por incorrecta aplicación del art. 123 CP en relación con el art. 240. 3º LECrim.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos sus motivos; la representación legal tanto de Pelayo , como de Roman y Saturnino impugnaron asimismo el recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 22 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante un motivo denso, bien elaborado, y de dimensiones poco habituales (casi treinta páginas), pretende la entidad recurrente a través de la fórmula impugnativa del *error iuris* (art. 849.1 LECrim), convertir en condena por un delito de apropiación indebida o, subsidiariamente, por un delito de administración desleal, la absolución de solo uno de los varios acusados: Roman , que fue Director General de Caja Segovia.

No será posible sumergirse en la argumentación desplegada con tanta minuciosidad como esterilidad, por cuanto la tarea que se propone la recurrente es, no ya hercúlea, sino sencillamente inalcanzable. Trenzar



una tipicidad penal con la única base de los hechos que ha dado por acreditados la Audiencia Provincial es imposible, salvo que arrinconemos, hasta olvidarlas, dos premisas elementales: una de alcance legal; otra, de rango constitucional. A saber:

a) El art. 849.1º LECrim impone como disciplina argumental la más escrupulosa fidelidad al hecho probado. Así se deriva de su propio enunciado (*dados los hechos que se declaren probados*), sus raíces históricas, y del régimen legal de inadmisibilidad del recurso de casación (art. 884.3º LECrim). No es preciso detenerse más en este axioma: se cuentan por millares las sentencias de esta Sala que lo proclaman, lo recuerdan, lo explican, lo glosan y lo aplican. Pertenece, se ha dicho a veces, al *abecé* de la técnica casacional.

b) La doctrina, nacida en el TEDH e implementada desde principios de este siglo en nuestro sistema por el Tribunal Constitucional, a tenor de la cual no cabe revertir en condena, por virtud de un recurso devolutivo, una sentencia absolutoria por razones probatorias, salvo que se conceda audiencia al acusado y se reproduzca la prueba de signo inculpatario ante el Tribunal *ad quem*, lo que es inviable en casación (entre muchísimas, SSTS 146/2014, de 14 de febrero, 363/2017, de 19 de mayo o 210/2020, de 21 de mayo, en las que se pueden encontrar referencias a pronunciamientos del TC y del TEDH que, por lo demás, son bien conocidos y asimismo muy abundantes).

La recurrente, formalmente, no ignora ese marco y se refiere a él con alguna invocación jurisprudencial. Eso nos disculpa de entretenernos en explicar otra vez sus líneas maestras y fundamento. Pero, materialmente hace caso omiso de él. Comienza su discurso, tras evocar algunos de esos pronunciamientos, haciendo protesta de que no constituye óbice para su pretensión en tanto va a apoyarse en exclusiva en el hecho probado donde, según dice, encontrará todos los datos fácticos necesarios para construir la tipicidad, también los que conforman el tipo subjetivo. Pero luego traiciona sistemáticamente ese planteamiento metodológico, cargado de buenas teóricas intenciones, manejando datos y elementos que no pueden encontrarse en el hecho probado, que exigen un aparato argumental de inequívoco signo probatorio, o que da por supuestos pese a no estar recogidos en el *factum*. Es más, algunos no solo no han sido tenidos como probados, sino que la Audiencia en la fundamentación jurídica proclama expresamente que no están acreditados.

El recurso simplifica de forma grosera los argumentos que blande la Audiencia para motivar la absolución. Aduce -lo que es afirmación inexacta si se contrasta con la fundamentación jurídica de la resolución atacada- que el Tribunal *a quo* habría venido a negar la condición de administrador de alguna forma del recurrido, así como la previa recepción por el mismo de fondos de la entidad sobre los que tuviese atribuida la gestión.

Esa estimación es una caricatura de la motivación de la sentencia objeto de casación.

Bastará ahora con recordar algunos fragmentos extraídos de la misma para concluir que dista mucho la realidad de esa simplificación:

a) Leemos en el fundamento de derecho tercero que no ha quedado probado que se produjeran aumentos injustificados de retribuciones; que no consta que las fijadas para las prejubilaciones fueran desproporcionadas (obran informes que apuntan en sentido contrario); que las fórmulas fijadas respetaban la normativa entonces vigente; que no se produjeron desajustes llamativos que resultasen de la comparación con otras entidades de volumen similar; y que no puede estimarse probada una reducción de beneficios vinculada a los desembolsos para el pago de las pólizas a CASER.

b) En el fundamento de derecho cuarto se explica que las modificaciones del inicial plan de prejubilaciones fueron aprobadas por el Consejo de Administración sin que conste que se ocultase maliciosamente a sus integrantes información, más allá de que los mismos pudieran haber asentido a esa modificación sin un estudio detallado, sino más bien superficial e inercial; señalándose igualmente que *a posteriori*, tras una exposición detallada, amplia y específica mostró tal órgano su conformidad con aquéllas modificaciones aprobadas (consideración en la que se recreará más el fundamento de derecho quinto).

c) Más adelante (fundamento de derecho quinto) se expresará de forma contundente que no se ha ofrecido prueba alguna que sustente la afirmación de que Roman y Saturnino (contra quien se ejerce una pretensión casacional para convertirlo en partícipe a título lucrativo) percibieron mayor cantidad por la prejubilación efectuada, al ampararse en esos acuerdos de 2008 y 2010, que la que hubiesen obtenido con arreglo al sistema previo (tras pasar a BFA y cesar posteriormente en virtud de un ERE). Asimismo descarta que de la externalización del plan mediante la suscripción de pólizas (tema, además, con alcance no menor respecto de la subsunción: difícilmente podría hablarse de apropiación indebida de las cantidades abonadas por CASER; respecto de los pagos a ésta como consecuencia de un acuerdo contractual estaríamos a lo sumo ante una administración desleal) pueda deducirse indicio alguno. Era mecánica habitual, y, además se trataba de cargos sobre fondos ya dotados.



d) Por fin, el fundamento de derecho séptimo, tras descartar que esté acreditado el tipo subjetivo, incide en otras consideraciones de derecho penal que, arrancando de las valoraciones fácticas, dejan sin base tanto al delito de apropiación indebida como al de administración desleal (anterior art. 295 CP). Solo en ese hito de la secuencia argumentativa (fundamento octavo) aparece marginalmente la razón destacada por la recurrente, que lleva de la mano a otras de indudable peso entre las que se subraya la unanimidad obtenida en el Consejo de Administración de Caja Segovia que tuvo lugar el 23 de noviembre de 2011. Impide pensar que el acusado recurrido dirigió como instrumento inculpable de su decisión delictiva a ese órgano.

Por su parte, en el razonamiento del recurso se da por supuesto, a pesar de no contar con respaldo en los hechos probados:

a) Que el recurrido, conocedor del proyecto de reestructuración bancaria que se avecinaba, fue el muñidor y artífice de las modificaciones del plan de prejubilaciones aprobadas en 2008 y 2010 que obedecerían en exclusiva a su propósito de garantizarse la percepción de unas cantidades notoriamente superiores a las que le hubiesen correspondido como indemnización.

b) Que esas modificaciones, que se comunicaron a la comisión de retribuciones, fueron consecuencia directa de decisiones suyas orientadas a su personal beneficiario; así como que él mantenía el control de la organización y que se amparó en la confianza de los órganos de gobierno en sus decisiones para lograr su aprobación.

c) Que era el citado la figura central de la secuencia fáctica que recoge el hecho probado, afirmación que no figura en el *factum*, ni explícita ni implícitamente, pese a lo que sostiene el recurso.

d) Que actuó a conciencia de que estaba perjudicando a la entidad en beneficio propio.

Esta plural constatación que se obtiene de la lectura de la sentencia comparándola con el recurso, aboca, por las razones antedichas, al fracaso del motivo.

SEGUNDO.- El segundo motivo reclama que se establezca la responsabilidad civil de un tercero, en concreto Saturnino, en virtud del título previsto en el art. 122 CP.

La pretensión es vicaria de la hecha valer en el anterior motivo. El decaimiento de aquélla arrastra a la presente, sin necesidad de razonamiento adicional alguno.

TERCERO.- Por fin, el tercer motivo protesta, también al amparo del art. 849.1º LECrim, por la condena a la acusación particular al abono de las costas derivadas de la acción ejercitada frente a Pelayo como supuesto tercero responsable civil. Se consideran indebidamente aplicados los arts. 123 CP y 240.3 LECrim. Es irrelevante que esta última norma no sea citada en la sentencia de forma expresa. Es obvio que su decisión se fundamenta en ella.

Orillando la más que dudosa naturaleza sustantiva de la norma invocada (art. 240.3 LECrim) -a diferencia del art. 124 CP- y la dificultad de introducir en casación esa cuestión a través del art. 849.1º LECrim (ni es norma propiamente sustantiva; ni es tema en el que la fiscalización radique en comprobar la correcta subsunción de los hechos: *item* más, en el *factum* no se encontrarán normalmente los factores necesarios para fundar la condena en costas de una parte activa), la praxis de este Tribunal nos lleva a admitir la revisión en casación de ese tipo de pronunciamientos (no asimilables a los basados en el Código Penal: arts. 123 y 124 CP): entre otras, SSTS 629/2019, de 18 de diciembre, o 236/2021, de 15 de marzo. En todo caso, al tener que evaluarse, a los fines de decidir si la aplicación de ese precepto ha sido o no correcta, no ya el hecho probado, sino fundamentalmente la conducta procesal de quien es condenado en costas, no puede regir con igual exigencia la necesidad de atenerse al relato fáctico que se da como probado donde no tienen por qué constar los elementos a ponderar para valorar tal cuestión. Eso permite marginar el debate entablado en casación entre recurrente y recurrido sobre ese punto con diversas vertientes y variaciones.

Concorre alguna peculiaridad en este asunto: se trata de la condena a las costas devengadas por quien no era estrictamente un acusado, sino parte traída al proceso como tercero responsable civil, es decir en posición asimilable a la de un demandado, lo que incrementa el paralelismo con un procedimiento civil, donde rige como regla general, susceptible de modulaciones, la del vencimiento (art. 394 LEC). En el proceso civil lo excepcional es la omisión de la condena en costas. En el proceso penal es otro el régimen: en caso de absolución lo ordinario será la declaración de oficio de las costas. La excepción -condena en costas- viene marcada por la apreciación de temeridad o mala fe.

El criterio civilista, pese a la similitud de naturaleza de fondo de las costas en uno y otro tipo de proceso, no es importable al proceso penal. No lo consiente el art. 4 LEC al existir una regulación específica en la LECrim y en el CP que no es simétrica a la del proceso civil, donde, con matices, se entroniza el principio del vencimiento.



La regla que inspira la regulación del proceso penal no es la del vencimiento en caso de absolución. No es éste lugar idóneo para elucubrar sobre la bondad de ese sistema cuya modificación se propugnaba en algún texto prelegislativo (Borrador de Código Procesal Penal de 2013; no así, sin embargo, en el ALECrIm de 2020). Algún eventual argumento (*no es justo que el absuelto tenga que acarrear con los gastos que ha supuesto su defensa*) se adentraría en esa esfera más de *lege ferenda* que de *lege lata*. En el ATS de 20 de mayo de 2010 ciertamente encontramos algún razonamiento que sintoniza con esa idea, pero finalmente no renuncia -no podía ser de otra forma-, a fundar su respuesta en la ordenación legal concreta con la que contamos en la actualidad que viene representada por el art. 240.3 LECrIm.

La condena al pago de estas costas fue reclamada expresamente en las conclusiones definitivas por la dirección técnica del ahora recurrido. Está cubierto así el primer presupuesto de la legitimidad de esa condena sometida al principio de rogación (SSTS 863/2014, de 11 de diciembre y 682/2016, de 26 de julio).

La condena en costas requiere algo más que el vencimiento: justificar que la actuación de la acusación ha venido inspirada por la mala fe, o que desbordaba la mínima prudencia y mesura exigible a quien sienta en el banquillo a un ciudadano para quien reclama la imposición de una pena o, en este caso, la restitución de unas cantidades. Sin un mínimo fundamento el ejercicio del derecho a constituirse en acusación (o actor civil) queda convertido en abuso con cuyas negativas consecuencias económicas no debe cargar el absuelto.

El art. 240 LECrIm posibilita la condena al pago de las costas a las partes activas. Sólo se procederá de esa forma *cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe*. No es requisito que la causa se haya iniciado a su instancia. El mantenimiento, pese a su inconsistencia sobrevenida, de una pretensión puede bastar para determinar una condena en costas, como enseña la STS 644/2019, de 25 de febrero citada por el recurrido en su impugnación.

La recurrente niega el presupuesto legal necesario para ese pronunciamiento: temeridad o mala fe en la acusación. Adorna su argumento con referencias a la causa y a la prueba.

La sentencia (fundamento de derecho 10º) para llegar a ese pronunciamiento destaca la persistencia obstinada en tal petición, pese a que se había puesto de manifiesto que el régimen de jubilación al que se acogió este supuesto tercero responsable civil no estaba cuestionado. Tampoco por esa parte. El razonamiento es plausible. La réplica que ofrece el recurso en este tercer motivo, amén de contener algún dato que se aparta del hecho probado como constata en su impugnación la defensa, no consigue contrarrestar la fuerza de esas razones que, en otro orden de cosas, son apuntaladas con rigor y poder suasorio, y algunas gotas de pasión enérgica, por la parte recurrida.

El mantenimiento de esa petición no se acomodaba al arsenal probatorio desplegado. En una materia como esta, repleta de matices y caracterizada por el uso de conceptos muy valorativos (temeridad en una posición procesal), no es la casación el instrumento más adecuado para la exploración en la causa a que invita el recurso. Hay que partir de la presunción de acierto del Tribunal de instancia que conocerá más a fondo todas las vicisitudes procesales. El hecho de que la recurrente no haya impugnado en casación ese punto -lo resalta la parte recurrida-, la contradicción de sus afirmaciones con los términos de la pericial (Sr. Maximiliano) y los demás extremos que expone con extensión en su impugnación la recurrida avalan la desestimación del motivo.

Recordemos, de cualquier forma, que en materia de condena en costas a una acusación los estándares probatorios no vienen representados por el *in dubio* o la presunción de inocencia, sino por otras menos exigentes.

El motivo se desestima.

CUARTO.- La desestimación del recurso conducirá a la imposición de las costas a la recurrente y a la pérdida del importe del depósito legalmente constituido en su día (art. 901 LECrIm).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la **FUNDACIÓN CAJA DE SEGOVIA** contra Sentencia de fecha 19 de marzo de 2019 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia; Rollo nº 14/2018, procedente del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Segovia, en causa seguida por delito de apropiación indebida.

2.- Imponer a la Fundación Caja de Segovia el pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ