

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA Sección 6ª

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta
Tfno.: 94-4016667
Fax: 94-4016995

N.I.G.: 48.04.1-15/004910
ROLLO PENAL: 60/2016
Delito: Administración Desleal, Apropiación Indevida y Falsedad Documental

Organo Judicial Origen: Jdo. Instrucción nº 4 Bilbao
Procedimiento: Procedimiento Abreviado 426/15

Contra: Mario Fernández Pelaz, Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja
Procurador/a Sr/a. Otalora Ariño, Bartau Rojas y Muñoz Mendía
Abogado/a Sr/a.: Bueren Roncero, Urraza Abad y Beramendi Eraso

SENTENCIA Nº: 9/2017

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE D. José Ignacio ARÉVALO LASSA
MAGISTRADA Dª Mª Carmen RODRÍGUEZ PUENTE
MAGISTRADA Dª Miren Nekane SAN MIGUEL BERGARETXE

En la Villa de Bilbao, a 20 de marzo de 2017.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial la presente causa 60/2016, dimanante del Procedimiento Abreviado 426/15 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao, en la que figuran como acusados **Mario Fernández Pelaz, Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja**, cuyas circunstancias personales constan en autos, representados por el/la Procurador/a Sr/a. Otalora Ariño, Bartau Rojas y Muñoz Mendía y defendidos por el/la Letrado/a Sr/a. Bueren Roncero, Urraza Abad y Beramendi Eraso, compareciendo como parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado en el juicio oral por D. Antonio Cortés. Ejercen la acusación popular, bajo una única representación procesal, las asociaciones “Federación de Asociaciones Obreras Sindicales Langile Abertzaleen Batzordeak”, “Sindicato de Trabajadores/as de la Enseñanza de Euskadi-Euskadiko Irakaskuntzako Langileen Sindikatua”, “Euskal Herriko Garraiolarien Sindikatua”, “Euskal Herriko

Nekazarien Elkartasuna”, “Organización de Consumidores y Usuarios Vasca-Euskal Herriko Kontsumitzaileen Antolaketa” y “Asociación Pentsionistak Martxan de Bizkaia”, que comparecen con la Procuradora Sra. Gutiérrez Aretxabaleta y con la Letrada Sra. Goirizelaia Ordorika.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ignacio Arévalo Lassa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con origen en denuncia presentada por el Ministerio Fiscal, se incoó por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao el Procedimiento Abreviado 426/2015, antecedente de este procedimiento, en el que se ha celebrado el juicio oral los días 6, 14, 15 y 17 de febrero de 2017.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, elevando a definitiva su calificación en el trámite de conclusiones finales, formula acusación contra Mario Fernández Pelaz, Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja, considerando los hechos constitutivos de:

-un delito de administración desleal previsto y penado en el artículo 295 CP (252.1 en relación con los artículos 249 y 250 CP, según la redacción actualmente vigente) en concurso medial del artículo 77 CP con un delito de falsedad en documento mercantil cometido por particulares previsto y penado en los artículos 392 y 390.1.2º CP; y, alternativamente,

-un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en los artículos 252, 250.1.5º y 74 CP (texto vigente en la fecha de los hechos) en concurso medial del artículo 77 CP con un delito de falsedad en documento mercantil cometido por particulares previsto y penado en los artículos 392 y 390.1.2º CP.

El Ministerio Fiscal considera a Mario Fernández, en cualquiera de esas hipótesis, autor penalmente responsable y a los otros dos acusados igualmente autores penalmente responsables excepto en los que se refiere al delito de administración desleal, en relación con el cual se solicita la consideración de cooperadores necesarios conforme a los artículos 27, 28 y 65.3 CP.

Se estima concurrente, en el caso del acusado Mario Fernández Pelaz la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 21-5ª CP.

Se solicitan en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal las penas siguientes en el supuesto de la calificación principal por el delito de administración desleal

-para Mario Fernández Pelaz, la pena de prisión de dos años e inhabilitación especial para el desempeño del cargo de administrador o miembro del consejo de administración de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena;

-para Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja, la pena de prisión de dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena;

Para los tres acusados, en esta primera calificación, se solicita la imposición de la pena de multa de diez meses con una cuota diaria de 20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP en caso de impago, y la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Para el supuesto de la calificación alternativa por el delito de apropiación indebida se solicita, para cada uno de los acusados, la pena de prisión de tres años, con las mismas penas accesorias antes señaladas.

Procede, finalmente, la imposición a los acusados de las costas del procedimiento.

TERCERO.- Ejercen la acusación popular, bajo una única representación procesal, las asociaciones “Federación de Asociaciones Obreras Sindicales Langile Abertzaleen Batzordeak”, “Sindicato de Trabajadores/as de la Enseñanza de Euskadi-Euskadiko Irakaskuntzako Langileen Sindikatua”, “Euskal Herriko Garraiolarien Sindikatua”, “Euskal Herriko Nekazarien Elkartasuna”, “Organización de Consumidores y Usuarios Vasca-Euskal Herriko Kontsumitzaileen Antolaketa” y “Asociación Pentsionistak Martxan de Bizkaia”.

La calificación jurídica que efectúa esta parte en relación con los delitos por los que se formula acusación es la misma que la del escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

En la hipótesis de la calificación principal por el delito de administración desleal, por esta acusación se solicita la imposición de las penas siguientes:

-para Mario Fernández Pelaz, la pena de prisión de dos años y tres meses y multa de nueve meses;

-para Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja, la pena de prisión tres años y seis meses de prisión y multa de doce meses.

En todos los casos se solicita la imposición de las mismas penas accesorias solicitadas por el Ministerio Fiscal, así como la determinación en la pena de multa de una cuota diaria de 100 euros, estableciéndose en el caso de la pena de multa la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 en caso de impago.

En el supuesto de la calificación alternativa por el delito de apropiación indebida se solicitan las mismas penas que el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por las defensas de los tres acusados se solicita su libre absolución. Por la defensa del acusado Mario Fernández se solicita la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 21-5ª CP, como muy cualificada.

QUINTO.- La primera de las sesiones antes señaladas de celebración del juicio oral se dedicó a la exposición y alegaciones sobre las cuestiones previas reguladas en el artículo 786.2 LECrim., dictándose a continuación el auto de 9 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“A) DESESTIMAR las cuestiones previas formuladas por las defensas de los acusados Mario Fernández Pelaz, Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja relativas, en primer lugar, a una supuesta falta de competencia para el enjuiciamiento de los hechos por falta del requisito de denuncia previa y, en segundo lugar, a vulneración del principio acusatorio en relación con el delito de falsedad documental, de acuerdo con lo expuesto en los razonamientos jurídicos primero a tercero de esta resolución, y

B) En relación con la alegación de vulneración del derecho a la intimidad formulada por la defensa de Miguel Ángel Cabieces García, posponer el análisis de la misma al momento de dictar sentencia, de acuerdo con lo expuesto en el razonamiento jurídico cuarto de esta resolución”.

HECHOS PROBADOS

Como consecuencia de un proceso de integración de las entidades “BILBAO BIZKAIA KUTXA, AURREZKI KUTXA ETA BAHITETXEA” (BBK), “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIÁN-GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA” (KUTXA) y “CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ÁLAVA-ARABA ETA GASTEIZKO AURREZKI KUTXA (VITAL), surgió la entidad “BANCO BILBAO BIZKAIA KUTXA S.A.”, que posteriormente pasó a denominarse “KUTXABANK S.A.”, con sede social en la calle Gran Vía núm. 30-32 de Bilbao, la cual inició su actividad el día 1 de enero de 2012.

Mediante acuerdo de 2 de enero de 2012, se eligió al acusado Mario Fernández Pelaz para el cargo de Presidente del Consejo de Administración, cargo que también había desempeñado en la entidad BBK y en el que se mantuvo hasta finales del mes de noviembre de 2014 en que presentó su dimisión.

De la misma fecha 1 de enero de 2012 es el contrato que la entidad KUTXABANK suscribió con el despacho “RAFAEL ALCORTA & ABOGADOS S.L.”, el cual tenía por objeto la prestación de servicios jurídicos para asesoramiento, gestión y defensa de sus intereses en el orden laboral, sindical y de Seguridad Social, básica y complementaria, que le fueran encomendados por la entidad al despacho, el cual era dirigido por el acusado Rafael Alcorta Calleja. El arrendamiento de servicios profesionales se pactó para un plazo de dos años, estableciéndose el pago anual de 93.600 euros con abonos mensuales de la doceava parte más el IVA correspondiente.

En la misma fecha en la que KUTXABANK comenzó su andadura, el también acusado Miguel Ángel Cabieces García había cesado recientemente en su cargo de Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En el inicio del año 2012, en el mes de enero o febrero, el acusado Mario Fernández Pelaz recibió una comunicación procedente de una personalidad relevante del mundo político solicitando su colaboración para proporcionar al mencionado Delegado del Gobierno cesante una salida u ocupación laboral en el ámbito privado.

Atendiendo a este requerimiento, siendo consciente y aceptando el perjuicio económico que iba a suponer para la entidad de la que era Presidente, el acusado Mario Fernández Pelaz dio orden al Director de Recursos Humanos de la entidad de que, con ánimo de procurarle un beneficio económico, se hiciera entrega a Miguel Ángel Cabieces García de la cantidad mensual de 5.783 euros durante un período de tres años, con cargo a las cuentas de KUTXABANK, así como de la cantidad de 900 euros en concepto de gastos de viaje.

Entre las instrucciones transmitidas al Director de Recursos Humanos se encontraba también la de dar cobertura formal a las entregas mensuales de dinero poniendo en contacto al acusado Miguel Ángel Cabieces García con el despacho del acusado Rafael Alcorta, a fin de que, bajo la tutela y supervisión de éste y sin incorporarse a su despacho, durante ese plazo de tres años adquiriera el primero los conocimientos y la experiencia necesarios para el ejercicio de la profesión de abogado laboralista.

El encargo del Presidente Mario Fernández Pelaz se materializó a partir del mes de marzo de 2012. En ese mes Miguel Ángel Cabieces García procedió a darse de alta en el Censo de Empresarios y Profesionales y a concertar un contrato de arrendamiento de un despacho en el que desarrollar su actividad.

A partir del mes de marzo de 2012 y hasta el mes de octubre de 2014, ambos incluidos, “Rafael Alcorta & Abogados S.L.” emitió para pago por KUTXABANK facturas mensuales en las que se adicionó al importe mensual de los servicios prestados por el despacho en virtud del contrato mencionado, la cantidad de 5.783 euros. El Director de Recursos Humanos archivó todas estas facturas incorporando a cada una de ellas un documento del siguiente tenor literal: “conforme a lo establecido, en la minuta de honorarios correspondiente al mes (...) se contiene el importe de honorarios adicionales de la mensualidad por colaboración y gestión externa (MCG) de 5.783 euros (principal más IVA)”. A su vez, el acusado Rafael Alcorta Calleja extendió mensualmente un cheque nominativo correlativo por el importe de 5.783 euros que cobraba Miguel Ángel Cabieces. Y éste, igualmente, presentó al cobro a la sociedad de Rafael Alcorta otras tantas facturas mensuales por el concepto “prestación de servicios profesionales de colaboración y asesoramiento y en materia, prioritariamente, jurídico-laboral”.

Durante todo este período Miguel Ángel Cabieces García permaneció en contacto habitual con Rafael Alcorta Calleja, acudiendo esporádicamente a su despacho, sin que conste la frecuencia, volumen e intensidad de la actuación desarrollada conjuntamente con él. Miguel Ángel Cabieces cobró mensualmente las cantidades, ingresando en su cuenta los cheques que le entregaba Rafael Alcorta, sabiendo que procedían de KUTXABANK, a pesar de no haber suscrito ningún acuerdo o compromiso con dicha entidad y a pesar de no trabajar para ésta; de todo esto era conocedor el acusado Rafael Alcorta Calleja, el cual participó en el pago de las

cantidades procedentes de KUTXABANK en el modo que ha quedado indicado. Tanto Rafael Alcorta como Miguel Ángel Cabieces eran conocedores de que estos pagos se debían a una decisión personal del Presidente Mario Fernández.

Con fecha 10 de noviembre de 2014, “Rafael Alcorta & Abogados S.L.” emitió para pago por KUTXABANK, siéndole abonado su importe, la factura 350/14 por importe total de 24.032 euros más IVA, con la siguiente indicación: “Les comunico que la minuta de honorarios correspondiente a las actividades de asesoramiento relativas al proceso de negociación sobre la transacción judicial de la Sentencia de la Audiencia Nacional ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, asciende al siguiente importe”. Esta factura la emitió en estos términos de común acuerdo con el Director de Recursos Humanos de KUTXABANK, el cual incorporó en esta ocasión un anexo con la redacción siguiente: “Liquidar Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero (lo pendiente) por importe de 23.132 euros (5.783x4) más 900 euros de gastos”. El destino del dinero abonado por esta factura, sin embargo, era el de pago a favor de Miguel Ángel Cabieces García de las cuatro mensualidades que restaban para completar el período de tres años de retribuciones previsto, más la cantidad fija de 900 euros igualmente prevista en concepto de gastos para viajes. Rafael Alcorta Calleja extendió un nuevo cheque a favor de Miguel Ángel Cabieces por esa cantidad, correspondiente, asimismo, con la última de las facturas emitidas presentadas por este último para su pago por “Rafael Alcorta & Abogados S.L.”.

No ha quedado acreditado que esta factura de fecha 10 de noviembre de 2014 hubiese sido redactada y emitida por el acusado Rafael Alcorta Calleja en connivencia o de común acuerdo con los acusados Mario Fernández Pelaz y Miguel Ángel Cabieces García y con la intención de alterar la realidad del destino de la cantidad que en ella figuraba. El trabajo de asesoramiento mencionado en la misma había sido efectivamente desempeñado por Rafael Alcorta en la primavera de 2014 y no fue facturado al margen del contrato de arrendamiento de servicios suscrito con KUTXABANK.

El día 13 de enero de 2015, una vez ya había cesado en su cargo de Presidente y fue informado por la nueva Dirección de la constancia de toda la documentación relativa a los pagos a Miguel Ángel Cabieces, el acusado Mario Fernández Pelaz extendió un cheque bancario a favor de KUTXABANK por el importe de 243.592,02 euros en el que la entidad, que no reclama cantidad alguna en el presente procedimiento, estimó el perjuicio causado.

Ninguno de los acusados en el presente procedimiento cuenta con antecedentes penales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer lugar reiterar los argumentos y la decisión adoptada en el auto de 9 de febrero de 2017 que resolvió las cuestiones previas formuladas por las defensas en el trámite previsto en el artículo 786.2 LECrim.. En la medida en la que aspectos de las cuestiones en él tratadas han vuelto a tener presencia en el debate propio del juicio oral, en la práctica de la prueba y con más amplitud en las alegaciones de las partes, se volverá en esta resolución a abordar algún punto concreto relacionado con dichas cuestiones, bien para apuntalar la decisión tomada o bien en lo

que sea necesario para reforzar la argumentación en relación con otros aspectos objeto de discusión.

SEGUNDO.- Según establece, por ejemplo, la STC 185/2014, de 6 de noviembre:

“La doctrina de este Tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás "la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada" (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que "el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones" (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción iuris tantum de ausencia de culpabilidad "que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria" (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)”.

Similar es la doctrina del Tribunal Supremo. A tenor, por ejemplo, de la STS 850/2016, de 10 de noviembre,

“En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el

juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolución del acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada”.

TERCERO.- Partiendo de estas premisas, entrando en la valoración de la prueba, es preciso subrayar, en relación con el relato de hechos probados que antecede, la conformidad de todas las partes en relación con la práctica totalidad de su contenido. Una gran parte de los hechos sobre los que ha versado el procedimiento, en efecto, han de ser considerados como no controvertidos.

1. Comenzamos por concretar la posición de cada uno de los tres acusados hacia el mes de febrero de 2012 en el que en los escritos de acusación se sitúa el inicio de los hechos.

El acusado Mario Fernández Pelaz ostentaba en esa fecha la condición de Presidente del Consejo de Administración de la entidad KUTXABANK, banco que había surgido del proceso de fusión de las tres Cajas de Ahorro BBK, KUTXA y VITAL. Su mandato se prolongó desde el día 2 de enero de 2012, fecha en la que fue designado por acuerdo del Consejo de Administración, hasta el día en que se produjo su dimisión en el mes de noviembre de 2014, día que el propio acusado establece en el juicio oral como el 24 de ese mes, aunque existen otras referencias en relación con el día 27.

El también acusado Miguel Ángel Cabieces García había finalizado en esa fecha una trayectoria en la que había ocupado diversos cargos institucionales, en

concreto, la Alcaldía del Ayuntamiento de Portugalete durante los años 1995 a 2008 y posteriormente el cargo de Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco hasta finales del año 2011. Anteriormente había ejercido también el cargo de concejal en el mismo Ayuntamiento. En el juicio oral el acusado habla de un período de 20 años en las instituciones públicas, habiendo desempeñado con anterioridad igualmente la función de abogado en la central sindical UGT.

El tercer acusado Rafael Alcorta Calleja prestaba, en esa fecha, trabajos de asesoría y defensa jurídica para KUTXABANK en el ámbito laboral, a través de la sociedad “Rafael Alcorta, Abogados S.L.”. Anteriormente lo había hecho para la entidad BBK. Los servicios prestados con anterioridad a esta entidad se regían por un contrato de fecha 1 de octubre de 2010 que tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. Simultáneamente el proceso de integración de las tres entidades se firmó por las partes un contrato de arrendamiento de servicios profesionales de fecha 1 de enero de 2012. Su estipulación primera era del siguiente tenor literal:

“La Entidad KUTXABANK S.A. contra a la empresa “RAFAEL ALCORTA & ABOGADOS S.L.” la prestación de servicios jurídicos para asesoramiento, gestión y defensa de sus intereses en el orden laboral, sindical y de Seguridad Social, básica y complementaria, que le sean encomendados.

Los servicios jurídicos contratados se refieren a la actividad financiera de KUTXABANK S.A., a la actividad de las EPSV’s de empleo existentes en el ámbito de KUTXABANK S.A., así como a la actividad relativa a las obras sociales y empresas filiales o participadas que le sean encomendadas por KUTXABANK S.A.”

La única variación en los dos contratos, aparte la mención a KUTXABANK, era la de la contraprestación económica, que pasó de 70.000 a 93.600 euros. En ambos casos se preveía la expedición mensual de la correspondiente factura de honorarios por la doceava parte de la cantidad anual incrementada en el porcentaje correspondiente del IVA. Se encuentran los contratos a los folios 1261 y ss..

2. El cese de Miguel Ángel Cabieces García como Delegado del Gobierno se produjo después de las elecciones generales del día 20 de noviembre de 2011. En una fecha no concretada, en el inicio del año 2012, siendo ya Mario Fernández Pelaz Presidente de la entidad bancaria, se dirigió a él un dirigente de un partido político solicitando su ayuda para la búsqueda de una ocupación laboral para el Delegado cesado. Se trata de una cuestión reiterada por el acusado Mario Fernández a lo largo de sus declaraciones y que no ofrece discusión. Transcribimos, por su claridad, los términos del escrito de calificación de su propia defensa:

“Así, poco después de la fusión de las citadas cajas, D. Mario Fernández, Presidente de Kutxabank desde el 2 de enero de 2012, fue contactado por una personalidad del ámbito político que solicitó su colaboración para facilitar la búsqueda de un trabajo, en el sector privado, a D. Miguel Ángel Cabieces García, quien había venido ocupando el cargo de Delegado del Gobierno en Euskadi desde el año 2008. Esta llamada fue seguida de otras dos, de dirigentes políticos de distinto signo del primero, que ratificaron esa misma solicitud al Sr. Fernández. (...). La llamada respondía a la costumbre, arraigada dentro del contexto sociopolítico de Euskadi en las

últimas décadas, de facilitar el regreso a la «vida civil» de quienes han participado activamente en lucha antiterrorista desde cargos de responsabilidad política”.

Como hemos indicado, es lo que manifiesta el propio acusado. Aproximadamente a partir aproximadamente de las 9:45 horas de la mañana en su declaración en el juicio oral (en lo sucesivo las referencias a las grabaciones de las declaraciones del plenario se efectuarán siguiendo este criterio cronológico) indica que se le efectuó esta petición, que la entendió razonable, que se trataba de una función social que también tenían que hacer y que “estaba dispuesto a hacer lo que pudiera para encontrar un puesto de trabajo al Sr. Cabieces”.

3. Atendiendo a este requerimiento, el acusado Mario Fernández Pelaz se puso, a su vez, en contacto con el Director de Recursos Humanos de la entidad, el testigo Sr. López de Eguilaz Munsuri, a quien encargó dar los pasos necesarios para la culminación de su decisión, transmitiéndole las oportunas instrucciones de cómo debía llevarse a cabo.

Esas instrucciones fueron recogidas en un documento central en el procedimiento, de fecha 29/02/12, de continua referencia en resoluciones, escritos y en la actividad alegatoria y probatoria de las partes, cuyo original obra al folio 413 de las actuaciones. El acusado Mario Fernández afirma en su declaración en el juicio oral (aprox. 9:54 horas) que lo redactó el Sr. López de Eguilaz, que recogía sustancialmente lo hablado con él, que respetaba las ideas fundamentales que le transmitió y que, aunque no recuerda bien la fecha, le dio el visto bueno firmándolo. El documento se define como una “propuesta” que el testigo redacta “para dar forma al tema que me has encargado de Mikel Cabieces”, estableciéndose un objetivo que se define como “facilitar a M. C. el reciclaje y puesta al día para poder ejercer como abogado laboralista, asegurándole aprendizaje, trabajo y unos ingresos durante un período de tiempo razonable”. Se contempla la posibilidad de revisar la propuesta, si bien asegurándose que se le garantizarían las condiciones en ella establecidos. Bajo el epígrafe “cobertura”, se dispone lo siguiente:

“Rafa Alcorta, nuestro abogado supervisaría el proceso, tutelando el mismo, pero sin incorporarlo a su despacho.

M.C tendría que darse de alta como autónomo, en el colegio de abogados y alquilar un despacho, preferentemente uno pequeñito que hay en el edificio Albia junto al de Rafa Alcorta, de manera que no esté integrado en el despacho, pero sí pegado.

Hasta verano, Rafa Alcorta y personas de su bufete, le guiarían en cursos, conferencias, lecturas, para que se ponga al día de legislación etc. y a la vez le iría llevando con alguno de sus abogados algún caso.

A partir de verano, Rafa se compromete a darle trabajo tanto en clientes no Kutxabank y empresas participadas, como con el abogado de Sevilla que Cajasur ha contratado. La gestión con el abogado de Sevilla la hará personalmente Rafa y en nombre suyo. En este momento no puede precisar el contenido de trabajo pero me asegura que él se encarga. El único caso de trabajos para Kutxabank sería en temas que no tengan visualización pública”.

Se establecía un plazo máximo de tres años a partir del cual “desaparece la tutela” y, finalmente, las condiciones siguientes:

“-No coste para Rafa Alcorta.

-Compromiso de no competencia en los clientes que le presente.

-Facilidad total de Rafa Alcorta para facturar a través de él. Se incrementará el coste de la iguala para Kutxabank en el importe de 5.783 euros mensuales por todos los conceptos durante tres años más un único pago de 900 euros en concepto de gastos de viaje por dos viajes a Cajasur por estar con el abogado de Cajasur”.

La declaración del testigo Sr. López de Eguilaz en el juicio oral confirma todo lo que precede a la confección del documento el cual afirma que redactó para que quedase claro que se trataba de un encargo del Presidente.

De su puño y letra, el acusado Mario Fernández estampó en el documento, además de la firma, la expresión “te faculto para autorizar las facturas que procedan”.

4. El acusado Miguel Ángel Cabieces García se dio de alta en el Censo de Empresarios y Profesionales, para ejercer la profesión de Abogado, con fecha 1 de marzo de 2012, en principio en despacho sito en la calle Correos, 8, 3º Dpto. 312 de la localidad de Portugalete. Con posterioridad efectuó una nueva declaración censal, con fecha 23 de marzo de 2012, a fin de notificar el nuevo lugar de ejercicio de su actividad profesional, en la calle Canciller Ayala, núm. 1 de Bilbao. Con fecha 20 de marzo de 2013 estipuló contrato de arrendamiento del despacho núm. 10 en el núm. 1, 3º-Dcha. de la calle Canciller Ayala de Bilbao. Su propia defensa aportó la documentación acreditativa de todos estos extremos a los folios 225 y ss. de las actuaciones.

5. A partir del mes de marzo de 2012 y hasta el mes de octubre de 2014, ambos incluidos, “Rafael Alcorta & Abogados S.L.” emitió para pago por KUTXABANK facturas mensuales en las que se adicionó al importe mensual de los servicios prestados “en régimen de iguala”, la cantidad de 5.783 euros, aplicándose a la cantidad total el porcentaje correspondiente de IVA (folios 303 a 335). El testigo Sr. López de Eguilaz, como se ha dicho anteriormente, encargado de la ejecución de las instrucciones del Presidente, archivó todas estas facturas incorporando a cada una de ellas (folios 434 y ss.) un “anexo” del siguiente tenor literal: “conforme a lo establecido, en la minuta de honorarios correspondiente al mes (...) se contiene el importe de honorarios adicionales de la mensualidad por colaboración y gestión externa (MCG) de 5.783 euros (principal más IVA)”. En su declaración, el testigo manifiesta (aprox. a las 16:24 horas) que los anexos los hizo él para que quedase constancia de que ese era el destino del incremento.

El acusado Rafael Alcorta Calleja (aproximadamente así lo manifiesta a las 12:03 horas en su declaración) expedía mensualmente un cheque por el importe de 5.783 euros que Miguel Ángel Cabieces cobraba posteriormente. A su vez, este último presentaba al cobro a la sociedad de Rafael Alcorta otras tantas facturas mensuales por el concepto “prestación de servicios profesionales de colaboración y asesoramiento y en materia, prioritariamente, jurídico-laboral” (folios 905 y ss.).

6. Con fecha 10 de noviembre de 2014, “Rafael Alcorta & Abogados S.L.” emitió la factura 350/14 por importe total de 24.032 euros más IVA, con la siguiente indicación: “Les comunico que la minuta de honorarios correspondiente a las actividades de asesoramiento relativas al proceso de negociación sobre la transacción judicial de la Sentencia de la Audiencia Nacional ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, asciende al siguiente importe” (folio 336). El importe, que Rafael Alcorta afirma en el juicio oral que le fue satisfecho por KUTXABANK, es coincidente con la suma de cuatro mensualidades por el importe estipulado a favor de Miguel Ángel Cabieces, hasta completar el período de tres años previsto, más la cantidad de 900 euros que también estaba prevista en concepto de gastos para viajes. El mencionado Sr. López de Eguilaz incorporó en esta ocasión a esta factura un anexo en el que aparece la fecha de 4/11/14 del siguiente tenor literal: “Liquidar Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero (lo pendiente) por importe de 23.132 euros (5.783x4) más 900 euros de gastos”.

CUARTO.- Hasta aquí, como decimos, se trata de cuestiones pacíficas e incontrovertidas que constituyen una parte sustancial del relato de hechos probados, relato que recoge lo más relevante del auto de imputación y de los escritos de acusación, lo que se estima suficiente y necesario en orden a analizar y determinar la relevancia jurídico penal de los hechos objeto del procedimiento.

La parte nuclear, en la que discrepan las defensas, que se refleja en los párrafos sexto y décimo se desprende, en realidad, de una interpretación lógica y racional de los datos que han sido expuestos. Nos centramos aquí en los hechos relativos al perjuicio económico sufrido por KUTXABANK, los hechos que han de ser confrontados con los requisitos del delito de administración desleal o, en su caso, del delito de apropiación indebida.

Hemos afirmado, en síntesis, y aquí corresponde desarrollarlo, que el acusado Mario Fernández, ordenó una disposición mensual de efectivo durante un plazo de tres años a favor de Miguel Ángel Cabieces con la intención de procurar a éste un beneficio económico que se produjo a costa del patrimonio de la entidad, instrumentándose los pagos a través del despacho del otro acusado Rafael Alcorta. El ánimo de beneficiar y el perjuicio correlativo son evidentes y fueron conscientes de ello los tres acusados.

El conjunto de explicaciones referidas fundamentalmente por los acusados Mario Fernández y Miguel Ángel Cabieces y, con reiteración, por sus defensas, no son sino intentos por ofrecer, *a posteriori*, una hipótesis alternativa, una presentación de los hechos, realmente insostenible. Viene a defenderse que recibida por Mario Fernández la petición indicada, condecor de la condición de abogado de Miguel Ángel Cabieces y su dedicación pasada al derecho laboral, e informado por el Director de Recursos Humanos de la situación del asesoramiento del banco en esta materia, se ideó, leemos en el escrito de defensa de Mario Fernández, una fórmula de “colaboración profesional que respondía a los intereses de todas las partes implicadas”. Al letrado Rafael Alcorta, que se encargaba de este cometido y había visto incrementado su volumen de trabajo como consecuencia de la fusión, se le puso un “colaborador externo” (la expresión es reiterada hasta la saciedad) que aligeraría su carga de trabajo: “la contratación de un colaborador externo para aliviar la carga de trabajo de Alcorta estaba justificada”, leemos igualmente en el mencionado escrito.

Contratación, satisfacción del interés de KUTXABANK y contraprestación, que abocan, proporcionando así el enfoque que las defensas pretenden dar a los hechos, a la indagación del trabajo desempeñado por el acusado Miguel Ángel Cabieces durante todo este período de tiempo, son las claves de esta hipótesis, inasumible por esta Sala, por muchos y variados motivos.

i) El acusado Mario Fernández no pretendió en ningún momento un reforzamiento de la asesoría y asistencia jurídica de KUTXABANK en materia laboral. No fue esa la razón que movió su actuación. Tal y como él mismo nos dice en su declaración, y su defensa destaca en el escrito de calificación, y además es comprensible, ni conocía ni estaba entre sus funciones conocer las circunstancias concretas en las que se prestaba ese servicio al banco, ni quién se encargaba ni con base en qué documento ni en qué condiciones. No le correspondía valorar o decidir si la entidad necesitaba algún tipo de refuerzo en esa área.

El origen de su actuación es otro, muy claro e igualmente manifestado a lo largo del procedimiento por el propio acusado. La decisión y la orden de pagar con los fondos de KUTXABANK a Miguel Ángel Cabieces la cantidad mensual que ha quedado establecida partió de la comunicación que al Presidente de KUTXABANK le llegó de un dirigente relevante de un partido político que le pidió ayuda para buscar una salida para la situación del otro acusado. Esta circunstancia, admitida desde el inicio, constituye un dato central en la interpretación de los hechos objeto de enjuiciamiento.

El detonante de la actuación del Presidente ordenando que se llevaran a cabo las actuaciones pertinentes para que con cargo a las cuentas del banco el acusado Miguel Ángel Cabieces disfrutara durante tres años de esa cantidad mensual fue, única y exclusivamente, lo que el propio Mario Fernández explica. Le pareció razonable, una respuesta, que él mismo califica como el cumplimiento de una función social, a una situación que entendió demandaba una actuación que defiende como legítima en el contexto en el que tuvo lugar.

No existe ninguna otra explicación, ninguna otra razón o motivación. Si no se hubiera producido esa conversación, el contacto que se admite con una personalidad política, el acusado Mario Fernández jamás habría tomado esa iniciativa. Es así de sencillo.

ii) Mostrándose receptivo a la petición recibida y ofreciendo su colaboración, es evidente que ésta podía haber tenido expresión de formas muy diferentes. El Presidente podía haber activado los mecanismos de la entidad para formalizar un contrato o acuerdo de asesoramiento profesional con Miguel Ángel Cabieces, podía haber explorado la posibilidad de que dentro de la estructura de aquella, incluso dentro del grupo empresarial con las sociedades participadas, accediera a un puesto de trabajo, podía quizá también haber hecho uso de su influencia para conseguir la contratación por alguna otra empresa.

No hizo nada de eso. Actuó de forma personal, al margen de la entidad, sin implicar a ésta en ningún momento, en una actuación por completo ajena a la actividad ordinaria del banco. Haciendo uso de su autoridad, impartió al Director de Recursos Humanos las instrucciones que quedaron reflejadas en el reiterado documento de

29/02/2012. No hubo ninguna contratación por parte de KUTXABANK, el banco no adquiriría ninguna obligación, ni estaba vinculado por ninguna actuación. Durante esos casi tres años se fueron sucediendo los pagos simplemente porque así había sido ordenado por su Presidente, no, evidentemente, en contraprestación de un servicio que no había sido contratado. Esos pagos podían haber cesado en cualquier momento sin que Miguel Ángel Cabieces hubiera tenido nada que reclamar.

Del mismo modo, tampoco desde el punto de vista de este último existía ninguna obligación. Miguel Ángel Cabieces no firmó ningún documento ni adquirió ningún compromiso con KUTXABANK. Tampoco se comprometió, ni siquiera de modo verbal, con el propio Mario Fernández, quien manifiesta en el juicio oral que lo conoció cuando esperaban turno de declaración en la Fiscalía, o con el Director de Recursos Humanos. Con el banco no habló nunca, repite varias veces en su declaración.

Llegamos, por lo tanto, por esta otra vía, a la misma conclusión de inexistencia de un servicio que remunerar. A lo largo de todo ese tiempo, del mismo modo, Miguel Ángel Cabieces cobró mensualmente de fondos provenientes de KUTXABANK sin que tuviera ninguna obligación contractual con la entidad.

En definitiva, carece de toda fuerza de convicción la presentación de los hechos como una contratación de Miguel Ángel Cabieces por KUTXABANK. Hemos de coincidir plenamente con la apreciación que ya se efectuó en este sentido en el auto de imputación (folio 1.283 vuelto): “no se trataba de retribuciones directamente abonadas por la entidad bancaria en contraprestación de un servicio contratado” (...) “no existió documento contractual, ni acuerdo de voluntades sobre una contratación determinada, ni servicios profesionales definidos necesarios para la entidad”.

iii) Ahora corresponde avanzar un paso más para ocuparnos de otra de las alegaciones de las defensas. Manifiesta el acusado Mario Fernández (alrededor de la hora 9:40 de su declaración), que se trató de buscar un puesto de trabajo del que pudiera derivarse un beneficio para KUTXABANK, y remarca: “un puesto de trabajo, no un puesto para cobrar”; alegación en sintonía con el escrito presentado por su defensa, en el que las alusiones al mencionado puesto de trabajo son constantes.

Se afirma en este escrito de calificación, como muestra de mayor limpieza u honestidad, que “nadie en KUTXABANK, ni siquiera el presidente, puede ofrecer a otro un puesto de trabajo en el Banco sin pasar por los cauces de selección y contratación establecidos” y, sin que esto pueda ponerse en duda, sin embargo, contradictoriamente, parece defenderse la legitimidad e irreprochabilidad de una colocación en un puesto de trabajo ajeno pagado con dinero de la entidad. Inexistente cualquier relación contractual laboral, mercantil o profesional con el banco, aunque pudiera llegar a sostenerse esa interpretación más favorable que, aclarado todo lo anterior, restaría a las defensas, habríamos de concluir en que el banco estaría corriendo con los costes de una relación laboral o actividad profesional ajena por decisión exclusiva de su Presidente, en una conducta de indiscutible apariencia ilícita.

Pero es que, además, llegando a donde nos conduce inevitablemente la fundamentación, resulta todavía más inconsistente afirmar que existía alguna relación contractual de cualquier tipo de Miguel Ángel Cabieces con Rafael Alcorta. A los

mismos argumentos a los que nos hemos referido con anterioridad en relación con la falta de constancia de cualquier acuerdo escrito o verbal sobre cualquier tipo de prestación de servicios se une la evidencia de que el despacho de Rafael Alcorta no pagó al primero un solo céntimo.

No puede hablarse ni de puesto de trabajo ni tampoco de algo que se le pudiera parecer, como un contrato para la prestación de una actividad profesional al modo de la reiterada “igualada” con el despacho de Rafael Alcorta o del contrato firmado por el acusado Miguel Ángel Cabieces con la entidad IBERDROLA que también ha sido objeto de invocación a lo largo del procedimiento. Y esto nos lleva a indagar sobre qué es realmente lo que había en relación con la actividad a desarrollar por el mencionado acusado, cuál era el contenido de la previsión que en ese momento inicial se tenía en torno a su situación, una vez que el acusado Mario Fernández tomó su decisión.

Con esa intención, constatamos que la preocupación por estas cuestiones fue mínima, explicada por el propio acusado en su declaración. Lo único que sabía era que en el pasado, antes de desempeñar los cargos públicos, Miguel Ángel Cabieces había trabajado como abogado laboralista. Trató el tema, como ya ha sido indicado, con el Director de Recursos Humanos, le informó de la situación de la asesoría en materia laboral con el despacho de Rafael Alcorta y en ese momento inicial dejó establecidas las ideas que posteriormente el testigo Sr. López de Eguilaz desarrolló por escrito en el tantas veces mencionado documento fechado el 29/02/12, a las que dio su conformidad, firmando con el visto bueno y habilitando para los pagos.

Ahí acabó su intervención, tal y como reconoce. Se limitó a dar su conformidad al documento que le presentó Fernando López de Eguilaz, refrendando las instrucciones que este último había de ejecutar. El acusado no se puso en contacto ni con Miguel Ángel Cabieces ni tampoco con Rafael Alcorta a fin de acordar, aun cuando fuera verbalmente, los términos de esa colaboración profesional que se quiere presentar. Delegó en el Director de Recursos Humanos la comunicación al letrado de las líneas de actuación en relación con el político cesante tutelándolo y supervisando su proceso de adaptación e incorporación al ejercicio de la profesión de letrado especializado en la materia laboral.

Y lo que se desprendía del documento que, se insiste, el acusado indica que resumía perfectamente lo tratado y las ideas que transmitió al Sr. López de Eguilaz, era que desde esa fecha “hasta el verano” en el despacho se encargarían de guiar al nuevo letrado en cursos, conferencias, reformas legislativas, etc., y que después Rafael Alcorta se comprometía a darle trabajo “tanto en clientes no Kutxabank y empresas participadas, como con el abogado de Sevilla que Cajasur ha contratado”, añadiéndose al final que el “único caso de trabajos para Kutxabank sería en temas que no tengan visualización pública”.

La primera conclusión que inevitablemente ha de extraerse de todo esto es, rotundamente, que lo que menos se pensaba en aquel momento es que Miguel Ángel Cabieces fuera a convertirse en un colaborador de KUTXABANK. El espíritu de las líneas de actuación así plasmadas era precisamente el contrario: cuanto más lejos, cuanta menos relación con la entidad, mejor. Y guarda todo ello una correlación lógica. El acusado Mario Fernández entendió socialmente justificada, según manifiesta, la

colaboración en la búsqueda de una ocupación laboral o profesional para el Delegado del Gobierno cesante, sin embargo, de modo contradictorio con lo que sostiene, trató de evitar que trascendiera al conocimiento público cualquier implicación de KUTXABANK en ese objetivo. Basta atender a este argumento para comprender la inconsistencia de la tesis de la contratación de un colaborador externo.

Pero es que, en segundo lugar, no es menos evidente que por el modo en que se gestó, se concibió, se plasmó por escrito y finalmente se ejecutó, la actividad a la que había de dedicarse, el supuesto trabajo que habría de realizar Miguel Ángel Cabieces, carecía de cualquier definición y contenido real.

Sencillamente, como reverso de ese sostén económico temporal, a Mario Fernández le pareció oportuna y razonable la previsión de una actividad a la que habría de dedicarse el beneficiario de la asignación, encontrando el vehículo cuando conoció el contrato suscrito con Rafael Alcorta. Es lo que en el documento se hizo constar bajo la indicación “cobertura”.

Las líneas dedicadas a esta previsión constituían pequeñas pinceladas, generalidades, deseos, en absoluto existía un contenido concreto y definido y que fuera de obligado cumplimiento. Miguel Ángel Cabieces se pondría en contacto con Rafael Alcorta como referencia para la aportación de conocimientos teóricos y prácticos en su preparación para su nueva actividad profesional. Dependía exclusivamente de su interés aprovechar o no ese contacto, esa oportunidad; nadie en KUTXABANK estaba encargado de vigilar o comprobar la naturaleza o el volumen del trabajo que realizaba. Podía asistir a más o menos cursos, auxiliar más o menos en las labores del despacho, podía, si le iba bien, operar con una propia cartera de clientes, incluso desvinculándose de Rafael Alcorta con quien no tenía ninguna obligación, su abanico de posibilidades e iniciativas previsto era amplio. Del banco salía la cantidad que se le pagaba mensualmente sin que nadie del banco le controlara y sin que a nadie tuviera que rendir cuentas de nada. Por encima de todo esto, por decirlo de otro modo, estaba la voluntad del Presidente de que se le abonara la cantidad mensual establecida.

No puede ser más ilustrativo el episodio relativo al momento inicial que hemos de dar por acreditado por las manifestaciones del acusado Rafael Alcorta y del testigo Sr. López de Eguilaz, que encaja perfectamente con todo lo anterior. Como era de esperar, la colocación no sentó nada bien al Letrado, tal y como éste explica en juicio y también manifiestan sus compañeros de despacho. Unilateralmente, sin ninguna consulta, se le comunicó que por decisión del Presidente tenía que tener a su lado, tutelándolo, a Miguel Ángel Cabieces, quien no había de despertarle, como es lógico, ningún interés, si de aportación a su trabajo se trataba. Pasado ese enfado inicial (“se quedó perplejo”, dice en el juicio oral), transcurridos dos meses, Rafael Alcorta se puso en contacto con Fernando López de Eguilaz y le dijo que Miguel Ángel Cabieces no cumplía con las previsiones, que no se dejaba ver por el despacho y no le hacía caso y, a su vez, aquél se lo trasladó al Presidente, quien le indicó enojado que siguieran con el acuerdo, pagando las mensualidades y sobre lo demás que se hiciera lo que se pudiera. Confirma todo lo anterior.

No puede hablarse, en definitiva, de contrato, de puesto de trabajo y ni siquiera de desempeño de ninguna actividad profesional remunerada, entendida ésta en términos

de contraprestación. La cobertura de que se hablaba en el documento era una cobertura formal, una simple apariencia.

iv) El perjuicio para KUTXABANK que hemos afirmado en el apartado de hechos probados es, como se desprende de todo lo anterior, evidente.

No puede compartirse en absoluto la argumentación de las defensas tendente a presentar la supuesta e inexistente contratación de Miguel Ángel Cabieces como una respuesta de la entidad bancaria al incremento de la conflictividad laboral producto de la integración de las cajas. No había ninguna necesidad. Si el acusado Mario Fernández, a pesar de no encontrarse esta cuestión entre sus ocupaciones, hubiese actuado con esta intención, y hubiese consultado con ese propósito a quien estaba al tanto de la condiciones de prestación de la asesoría y asistencia jurídica al banco en esta materia, el Director de Recursos Humanos, éste le habría dicho que el tema había quedado zanjado con la firma, con fecha 1 de enero de 2012, de un nuevo contrato de servicios profesionales con Rafael Alcorta, en el que se incrementó el precio del servicio precisamente en atención a esa mayor carga de trabajo. Así lo dicen en el juicio oral los firmantes del nuevo contrato, el Sr López de Eguilaz con visible satisfacción y Rafael Alcorta con no menos visible resignación.

Esto ya ha sido analizado con acierto con anterioridad, destacando la relevancia de este dato, tanto por la instructora como por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial. El gasto mensual dispuesto era no solo, como se decía en las anteriores resoluciones, innecesario, sino además y fundamentalmente, absolutamente injustificado desde el punto de vista de la lógica empresarial. El servicio se prestaba por un profesional cuya actuación se califica por el Director de Recursos Humanos, encargado de controlarlo, como plenamente satisfactoria. La misma defensa de Rafael Alcorta propone prueba y participa en su práctica con el objeto de extenderse en alegaciones en relación con la valía profesional del acusado y lo rentable que resultaba para el banco. Si todo esto no puede ponerse en duda, no se comprende dónde se encontraba la justificación o el interés de sumar, a los dos meses de la firma del nuevo contrato, casi 70.000 euros anuales a los 93.600 que ya se habían acordado negociando lo más a la baja que fuera posible.

Pero es que además, la tesis que defiende dicho gasto como un refuerzo del banco en este ámbito no puede por menos que ser catalogada, profundizando en todo ello, como francamente absurda. La entidad había conseguido, con un notable descenso de los costes anteriores de las tres cajas, reducir a 7.800 euros mensuales el precio a pagar por una asesoría jurídica en materia laboral y de seguridad social, llegando así a una situación óptima. Ese era el precio en el que se valoraban unos servicios profesionales cualificados que por las dos partes se definen como complejos y problemáticos, con implicaciones en materia de negociación colectiva, prejubilaciones, traslados, reducciones de plantilla, etc., cuestión sobre la que también existe constancia en las actuaciones. No se comprende cómo puede pretenderse que esta Sala estime justificado y razonable que se decidiera pagar nada menos que 5.783 euros más a una persona cuyas posibilidades de aportar algo sustancial en dicho servicio, de ofrecer algún rendimiento de interés acorde con esa remuneración eran inexistentes.

Es este otro dato relevante alegado por las acusaciones y destacado en resoluciones anteriores en el procedimiento con toda lógica. El acusado Miguel Ángel Cabieces llevaba, como ya se ha dicho, más de veinte años dedicado a la política, ocupando los diversos cargos que se han señalado. A pesar de indicar y enfatizar en su declaración que trabajó en puestos de gestión, y a pesar de que pudiera haber tenido tangencialmente contacto con diversas situaciones laborales, no puede pretenderse deducir de ello que estuviera en condiciones de comprender, analizar y ofrecer algo de entidad en relación con toda la problemática social y de seguridad social del banco, en los distintos frentes abiertos: veintidós años en la política son veintidós años alejado del mundo del ejercicio profesional de la abogacía, que es algo muy distinto. El letrado Rafael Alcorta dice que por aquellas fechas se encontraba inmerso en un proceso de consultoría buscando una persona que agregar a su círculo de profesionales que le apoyara en el trabajo que despachaba para el banco. Con toda seguridad Miguel Ángel Cabieces no respondía al perfil que buscaba.

Es posible que, superadas las reticencias iniciales, ambos llegaran a algún tipo de entendimiento. Dice Rafael Alcorta, y es comprensible, que dijera lo que dijera el reiterado documento interno del banco (una muestra más de la indefinición y falta de control del trabajo realizado por Miguel Ángel Cabieces) a él sólo le interesaba el otro acusado para que le echara una mano en el trabajo de KUTXABANK, lo demás habría sido tirarse piedras a su propio tejado, además de haberle sido impuesto no iba a dejar que le quitara clientes. Es importante destacar, posteriormente profundizaremos en ello, que no disponemos de ningún dato fiable para valorar la naturaleza, magnitud e intensidad del trabajo realizado. Pudo ayudarle de algún modo en esta labor, pudo desarrollar alguna actividad en el despacho. A lo que, desde luego, no puede concederse crédito alguno es a la manifestación de Rafael Alcorta indicando que al final el trabajo desempeñado por Miguel Ángel Cabieces resultó imprescindible en la asesoría de KUTXABANK: la comunión de intereses en su defensa se percibe con nitidez. Si el acusado Rafael Alcorta pudo obtener algún rendimiento de Miguel Ángel Cabieces, si éste, en hipótesis no acreditada, le supuso alguna descarga de trabajo, fue exclusivamente en su beneficio, no en el de KUTXABANK, que tenía ya concertado el servicio con un profesional con el que trabajaba a plena satisfacción y no tenía ninguna necesidad de dedicar más recursos a ninguna actuación adicional.

Se pretende desviar el foco de atención, presentando una balanza en la que, en una parte, estaría el dinero satisfecho y, en otra, un trabajo supuestamente realizado por Miguel Ángel Cabieces para el banco, para concluir que fuera o no fuera elevado el gasto existió una actividad profesional desarrollada en contraprestación. No es eso lo que sugieren con claridad los mismos hechos no discutidos que han sido expuestos. La transferencia de fondos no tuvo esta finalidad, era innecesario el aumento de gasto y si se hubiera querido reforzar esta área se habría recurrido razonablemente a otro tipo de actuación dentro de un criterio elemental de eficiencia y racionalidad en el gasto. No solo la tesis de la contratación, también la figura del colaborador externo carece de fundamento.

Resta por indicar, en este apartado, saliendo al paso de otra de las alegaciones de las defensas, que no existe ninguna indefensión, ningún cambio de objeto del proceso, ninguna alteración sustancial de éste por el simple hecho de que la instructora o incluso los escritos de acusación contemplen el hecho de que el acusado Miguel Ángel

Cabieces hubiera podido desempeñar algún trabajo para Rafael Alcorta, hubiera tenido o no este relación con KUTXABANK. Lo que ha sido objeto del procedimiento desde el inicio y se mantiene hasta este momento es precisamente el quebranto económico sufrido por la entidad KUTXABANK del que nos ocupamos aquí, y también del beneficio correlativo para el acusado en el que nos detendremos a continuación. Eso es lo que se mantiene en esencia en las sucesivas resoluciones judiciales y escritos de parte, con independencia de que se haya podido introducir alguna precisión que tanto la instructora como las partes acusadoras, y también la Sala, entienden compatible con el hecho nuclear de la imputación. Esto fue igualmente objeto de tratamiento en el auto que desestimaba las cuestiones previas.

v) Llegamos así a la conclusión lógica indicada en el relato de hechos probados. El acusado Mario Fernández, siendo consciente de ese perjuicio para la entidad, actuó con la finalidad de favorecer económicamente al también acusado Miguel Ángel Cabieces. No existe otra explicación. Si nada habría hecho el primero de no haber recibido la solicitud de la personalidad política, si carecía de cualquier justificación, desde el punto de vista de los intereses de la entidad, la decisión de los pagos mensuales, si, una vez tomada dicha decisión, lo que se le indicó a su beneficiario que debía hacer carecía de cualquier concreción y contenido real, si no existía ningún compromiso ni control por parte de nadie, no puede sino llegarse de modo racional a la conclusión de que se actuó así única y exclusivamente con la intención de procurar un beneficio económico al acusado Miguel Ángel Cabieces.

El único contenido concreto tangible, en realidad, del documento en el que plasmaban las instrucciones del Presidente, era precisamente éste, el de asegurar a Miguel Ángel Cabieces el ingreso mensual de la cantidad que ha quedado establecida.

Las mensualidades fueron satisfechas durante tres años por voluntad del Presidente Mario Fernández. Como se ha dicho antes, pudo en cualquier momento dejar de pagarlas, del mismo modo que es evidente que ni él ni KUTXABANK podían jurídicamente exigir ninguna contraprestación a cambio a su perceptor, que de ningún modo había formalizado un compromiso, ni siquiera, como hemos visto, existía ningún interés en que trabajara para KUTXABANK.

Reiteramos nuevamente los sencillos y claros términos del escrito de 29/02/12, éste era el “objetivo”:

“facilitar a M. C. el reciclaje y puesta al día para poder ejercer como abogado laboralista, asegurándole aprendizaje, trabajo y unos ingresos durante un período de tiempo razonable”.

Se trataba, lisa y llanamente, de una ayuda económica para Miguel Ángel Cabieces, no del refuerzo de ningún servicio para KUTXABANK. Podía o no, como se ha dicho, extraer algún provecho de la relación con Rafael Alcorta, nadie controlaba su actividad y su implicación y el dinero le iba a llegar igual mientras Mario Fernández no rectificara sus instrucciones. Aun en el caso de que sí se comportara diligentemente con Rafael Alcorta, aun en el caso de que sí cuajara finalmente, con apoyo en dicha relación, su nueva actividad profesional, él habría de ser el único beneficiario de la salida de

fondos de KUTXABANK. En el documento no se preveía ninguna contraprestación para la entidad; es evidente en él el componente de liberalidad.

Y aquí hemos de tocar otro punto objeto de debate en el procedimiento y en la actividad alegatoria y probatoria en el juicio oral. Antes nos hemos referido a él, destacando lo descabellado del denominado interesadamente “incremento de la iguala” desde el punto de vista de la entidad bancaria. Ahora corresponde analizarlo desde el enfoque de quien recibía los pagos. Tanto por la cantidad como por el plazo previstos, puede hablarse, sin ninguna duda, de una notoria desproporción atendiendo a la trayectoria y el currículum en la abogacía laboralista de Miguel Ángel Cabieces, de interés muy reducido en el mercado de trabajo.

Declara en el juicio oral Rafael Alcorta que no le pareció llamativa la cantidad, afirmación sólo comprensible desde la legítima pretensión de autoexculpación y el interés compartido con los otros acusados y que, la Sala no alberga ninguna duda sobre esto, no se corresponde con lo que debía sentir cada mes recibiendo y haciendo llegar a Miguel Ángel Cabieces una cantidad que no andaba muy lejos de lo que cobraba él por realizar un ímprobo, complejo y voluminoso trabajo, del que existe sobrada constancia en las actuaciones, en el desempeño de la asistencia jurídica laboral de todo el banco.

Esta desproporción y esta comparación con la remuneración pactada para la “igualta” ha sido también destacada, como no podía ser de otra manera, por la Jueza de Instrucción y por la Sección Primera y constituye un dato más para concluir en el ánimo de beneficiar económicamente al acusado.

Añadimos, finalmente, a todo ello, lo sucedido con la factura final de liquidación, cuestión igualmente de referencia en resoluciones, escritos y documentos anteriores obrantes en el expediente. Dejando a un lado las circunstancias de la actividad de Miguel Ángel Cabieces en los primeros meses, antes de la llamada de atención de Rafael Alcorta precisamente por su inactividad, y también después en que se limitaría a asistir a cursos y conferencias, meses en los que se cobró, lo que es indiscutible es que en el mes de noviembre de 2014 se liberó una cantidad equivalente a cuatro mensualidades anticipadas por no se comprende qué servicios o a cambio de qué cuando cualquier relación con los dos por todo este tema se dio por concluida en esa fecha. Del mismo modo, se le pagaron 900 euros previstos para viajes que nunca realizó sin que nadie se molestara en solicitar su acreditación. Queda claro, a la vista de todo este descontrol, cuál era la vocación y la finalidad de los pagos.

vi) Finalmente, no queda ninguna duda de la participación consciente de los tres acusados en los hechos hasta que cesaron los pagos, cada uno con su papel concreto.

El Presidente fue quien dio las instrucciones para que se llevaran a efecto. Impuso su autoridad al Director de Recursos Humanos y éste trasladó las líneas de actuación a Rafael Alcorta. Esas líneas de actuación se fueron cumpliendo en los meses posteriores a los primeros encuentros en los que se gestó la nueva situación. El letrado conoció desde el primer momento que se trataba de una decisión del acusado Mario Fernández, aceptando participar en la instrumentalización de los pagos.

Por su parte, Miguel Ángel Cabieces cobró las mensualidades ingresando los cheques que le eran entregados por Rafael Alcorta y entregando a su vez otras tantas facturas en conceptos de servicios profesionales prestados, siendo perfectamente conocedor de que el dinero procedía de KUTXABANK y también de que su pago había sido ordenado por Mario Fernández. Es una conclusión de una lógica elemental. En su situación de cese es de suponer que sería el primer interesado en preparar su nueva situación, el promotor del contacto con el Presidente de la entidad que dio origen a los hechos, y también, evidentemente, el primero en estar al corriente del resultado de las gestiones. No es consistente, ni acorde con el desarrollo de los hechos la hipótesis según la cual habría llegado a conocimiento tanto de aquél como de Rafael Alcorta su regreso al ejercicio de la abogacía laboral y fue posteriormente contratado como colaborador en función de su valía profesional. Como tampoco lo es la de la colaboración externa con el despacho de Rafael Alcorta por tres años con su correspondiente remuneración. No tenía ningún contrato o acuerdo, ni en consecuencia ninguna obligación con él, en los primeros meses que cobró, de hecho, solo hubo fricciones e incluso ausencia de actividad. El acusado, en definitiva, era consciente de la situación exactamente al mismo nivel que el acusado Mario Fernández: sabía que lo que se había acordado eran pagos mensuales en su beneficio sin ninguna obligación ni compromiso concretos por su parte y en perjuicio de la entidad.

En definitiva, volviendo a lo indicado al inicio de este fundamento y volviendo a enlazar con el relato de hechos probados, avalando así la imputación procedente tanto del Juzgado de Instrucción como de la Sección Primera de esta Audiencia Provincial que la confirmó, ha quedado acreditada la participación voluntaria y consciente de los tres acusados, en el modo señalado, en una actuación destinada exclusivamente al favorecimiento económico del acusado Miguel Ángel Cabieces sufragada con los fondos de KUTXABANK. Esa actuación no habría tenido lugar si no hubiera sido porque un dirigente político se puso en contacto con su Presidente, quien decidió actuar unilateralmente con ese ánimo de favorecimiento personal. La hipótesis que tratan de presentar las defensas no es sino un intento, legítimo, pero inconsistente, forzado y carente de cualquier soporte probatorio, de ofrecer una alternativa exculpatoria a lo que se explica de modo claro y sencillo por los resultados de la prueba practicada.

QUINTO.- Siguiendo con el esclarecimiento de todo lo relativo al perjuicio causado, la Sala no puede por menos que analizar brevemente, aunque en alguna medida ello pueda suponer volver a cuestiones ya analizadas, algunas alegaciones de las defensas formuladas a lo largo del procedimiento y que han tenido amplia presencia en el debate del juicio oral, a fin de descartar cualquier incidencia en la valoración de la prueba precedente.

1. La defensa de Miguel Ángel Cabieces García alegó ya en el trámite de cuestiones previas previsto en el artículo 786.2 LECRim. vulneración del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 y 4 CE, al haberse obtenido y examinado por el banco los extractos bancarios correspondientes a la cuenta en la entidad de dicho acusado sin su autorización y sin la preceptiva autorización judicial que habilitase al departamento de auditoría de la entidad para hacerlo.

Ya se indicó en el auto de 9 de febrero de 2017 que no se cuestionaba la relación de la información obrante en cuentas bancarias con el derecho fundamental a la

intimidad. En la misma resolución señalamos que se entendía oportuno aplazar el análisis y resolución de esta alegación al momento de dictar sentencia, estimando preciso y prudente entrar a valorar el conjunto de la prueba practicada.

Consta en la documentación remitida por la entidad que cuando se descubrieron los hechos se accedió a la información obrante en la cuenta bancaria del mencionado acusado. Ahora bien, esa información fue tratada única y exclusivamente a efectos internos, sin que fuera aportada inicialmente al procedimiento judicial. Tan sólo se incorporó a éste por iniciativa posterior de la instructora, una vez incoado el procedimiento. Tan sólo a partir de esa incorporación, que tuvo lugar por requerimiento judicial, puede hablarse de la existencia de esa prueba en el procedimiento (folios 689 y ss.). Si existió una infracción previa del deber de secreto o de confidencialidad de la entidad con el cliente es cuestión que no atañe a la conformación de la prueba porque ésta fue practicada a instancia de la autoridad judicial.

Lo más relevante, con todo, es que el conocimiento de los datos que pudieran extraerse de la cuenta indicada no era necesario. Descubiertos y sacados a la luz los pagos efectuados durante todo el período indicado, la documentación que conservaba en su poder el Director de Recursos Humanos, no controvertida, ya analizada en profundidad, ofrecía la acreditación suficiente de todo lo acontecido. El documento confeccionado por Fernando López de Eguilaz, la constancia de las cantidades abonadas mensualmente por el banco a Rafael Alcorta, la constancia de la documentación de los pagos, con las facturas y sus correspondientes anexos correspondientes a todos los meses, la factura final de 10/11/14, todo ello, unido a las explicaciones del mencionado testigo ponía en evidencia unos hechos, los pagos a favor de Miguel Ángel Cabieces, y el modo en el que se efectuaron, que no han sido cuestionados y que todas partes toman como referencia para llegar a sus conclusiones y efectuar la interpretación que más favorece a sus intereses. Eso es lo que sustancialmente se puso en conocimiento de la Fiscalía en la denuncia.

Después de celebrado el juicio oral, constatamos con claridad que para llegar al establecimiento de los hechos que se declaran probados no es en absoluto necesario el conocimiento de los datos reflejados en el mencionado extracto de cuenta. El resto de las pruebas, por completo desvinculadas y sin conexión con dicho extracto acreditan sobradamente los hechos declarados probados, sobre los cuales, insistimos, la discrepancia o el debate se centra no tanto en su producción como en la interpretación que ha de recaer sobre ellos.

Lo único que hizo el banco en su investigación interna fue consultar la cuenta abierta en la entidad para corroborar finalmente la información de que disponía, comprobando que la cuenta en la que se cobraban los cheques cargados en la de Rafael Alcorta inmediatamente después de que se le pagara su mensualidad pertenecía a Miguel Ángel Cabieces. Se trató de una mera consulta de movimientos de cheques. Evidentemente, si la cuenta perteneciera a otra entidad el dato habría de ser conocido en el curso de la investigación judicial, pero como todas las cuentas estaban abiertas en KUTXABANK pudo acceder directamente al conocimiento de este dato.

2. Nos remitimos íntegramente a lo ya analizado y resuelto en nuestro auto anterior en relación con la alegación de falta de legitimación de las acusaciones, tanto

del Ministerio Fiscal como de la acusación popular, para el mantenimiento de una acusación por el delito de administración desleal por una supuesta no concurrencia del preceptivo requisito de procedibilidad a que se refiere el artículo 296.1 CP vigente en la fecha de los hechos, consistente en la previa denuncia del perjudicado.

La declaración de varios testigos en el juicio oral (fundamentalmente Sr. Moll Ochoa de Alda y Sras. Mendía Lasa e Irastorza Martínez) da cuenta de toda la actuación que precedió a la presentación de la denuncia ante la Fiscalía, pasando por los acuerdos tomados en los Consejos de Administración de fecha 26 de diciembre de 2014 y 29 de enero de 2015.

Damos igualmente por reproducidas aquí las consideraciones que en la anterior resolución se efectuaron en relación con lo acordado en ambas reuniones del Consejo. A los mencionados Consejos precedió el Informe Especial de Auditoría Interna sobre Presunta Irregularidad, obra del Director de Auditoría Interna, el testigo Sr. Moll.

Se ha suscitado en el juicio oral una cuestión llamativa, en torno a las 17:13 horas en el interrogatorio de la testigo Sra. Irastorza a preguntas de la defensa del acusado Mario Fernández, sobre el punto relativo al día de presentación de la denuncia en la Fiscalía. La testigo asegura que la denuncia se presentó el mismo día en que aparece fechada y en que se celebró el Consejo de Administración, el 29 de enero, sin embargo, es cierto que aparece un sello de entrada de 28 de enero y también que en resoluciones de la Fiscalía se menciona el día 28 de enero como fecha de entrada de la denuncia.

Nadie había reparado o había puesto objeción alguna hasta ese instante. Nada se alegó ni se advirtió en el trámite de las cuestiones previas, pareciendo evidente que se daba por supuesta y aceptada la secuencia lógica celebración del consejo, redacción de denuncia y presentación en Fiscalía.

Intentando aclarar la confusión, por la mencionada testigo se procedió a la presentación, el día 16 de febrero pasado, de un escrito acompañando el resguardo de la presentación entregado por la Fiscalía. El escrito fue aceptado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 729 LECrim., sin embargo, de su redacción no se desprende con exactitud la fecha de presentación, tan solo la constancia de que se había presentado una denuncia que llevaba por fecha 29 de enero de 2015.

Se trata, sin embargo, de un hecho anecdótico, que con toda probabilidad se explica por un error en la fecha del sello estampado en el registro de entrada de la Fiscalía, hecho que no tiene ninguna incidencia en la apreciación de la determinación en la formulación de la denuncia, tal como fue objeto de análisis por esta Sala. No se alcanza a comprender la vehemencia en la protesta por parte de la defensa de Mario Fernández, que no plantea ninguna alternativa, más o menos seria, susceptible de cuestionar esa evidencia y a la que conduciría una hipótesis que se contradice con todos los datos de que se dispone, cual es que la denuncia se presentó antes de celebrarse el Consejo de Administración.

Ahora corresponde destacar otro aspecto de todo este proceso que desembocó en la Fiscalía que ha tenido una extensión notable en el juicio oral y al que sobre todo

las defensas dedican una gran atención. Nos referimos a la evaluación interna de los hechos efectuada por la entidad previa a la presentación del escrito de 29 de enero de 2015. Esta evaluación se corresponde con el análisis tanto de la regularidad de la actuación seguida como de su relevancia jurídico penal, personalizado en el juicio oral, respectivamente, en los testigos mencionados Sr. Moll y Sra. Irastorza.

Sorprende a esta Sala la falta de proporcionalidad entre la intensidad con la que en algunos momentos se emplean las partes sobre esta cuestión en los interrogatorios y la escasa relevancia e incidencia en el esclarecimiento de los hechos de muchas de las preguntas formuladas y de las líneas argumentales que las mismas dejan entrever. En la medida en la que esta materia ocupó un espacio muy importante en la instrucción y con la intención de no limitar las posibilidades de actuación de todas las partes en la defensa de sus pretensiones, se ha permitido esta discusión ampliamente en el juicio a pesar de que, como se indica, no existe razón que justifique tanta atención sobre este punto.

Si las comprobaciones que efectuó KUTXABANK fueron o no completas o correctas, si debió o no haberse contrastado la postura u opinión de las partes intervinientes o de otras personas con cargos relevantes en el banco, si, finalmente, las conclusiones a las que se llegó fueron o no acertadas son cuestiones que no afectan al enjuiciamiento de que se ha de ocupar este Tribunal. Una vez se tomó la decisión de poner el asunto en conocimiento de la autoridad, en este caso por medio de una denuncia ante la Fiscalía, lo relevante, como en cualquier otro procedimiento penal y como todas las partes conocen, es si existen o no elementos de juicio para afirmar la existencia de hechos con relevancia penal con base en las pruebas practicadas en el juicio oral, tarea en la que la valoración de aquellos por el Servicio de Auditoría Interna o por un determinado despacho de abogados carece de la transcendencia que se le otorga.

El hecho de que se produjera una investigación interna previa no puede conducir a desviar nuestro foco de atención. Ha parecido por momentos que las defensas pretendían reconvertir el objeto del proceso situando en el centro del enjuiciamiento toda esa fase preprocesal, tratando el informe de auditoría interna acompañado a la denuncia como si fuera el escrito de calificación de las acusaciones, lo cual, evidentemente, no es admisible.

3. La conclusión de dicho informe ha sido precisamente el punto que más oposición ha suscitado entre las defensas. Leemos:

“Kutxabank ha soportado –entre marzo de 2012 y noviembre de 2014- costes por servicios no efectivamente recibidos por un total de 251.955,54€, instrumentados a través de un tercero interpuesto (Rafael Alcorta & Abogados, S.L., bufete que presta asesoramiento a Kutxabank en asuntos de Derecho Laboral”. Los pagos han sido autorizados mensualmente, junto con la factura habitual de dicho bufete, por el Sr. López de Eguilaz, quien ha actuado siguiendo instrucciones del entonces Presidente de Kutxabank, D. Mario Fernández Pelaz”.

Las defensas señalan que por parte de KUTXABANK no se hizo ninguna indagación o comprobación de la realidad o no del trabajo desempeñado por Miguel

Ángel Cabieces o, como también se ha dicho, de los mayores servicios prestados por el despacho de Rafael Alcorta.

Constituye otra derivación más del planteamiento que defienden conjuntamente, la tesis de la contratación del colaborador externo. Una variante de esta tesis es la que califica el exceso sobre la mensualidad que correspondía al despacho de Rafael Alcorta se califica como un sobre coste producto de la “modificación del contrato de iguala”. En el trámite de informe se pasa de la figura contratación a la de la “novación” del contrato de arrendamiento de servicios. Todo ello en defensa de que lo que se le pagó a Miguel Ángel Cabieces fue en contraprestación de su trabajo y de que no puede hablarse de perjuicio si se tiene éste en cuenta.

Hemos de remitirnos, lógicamente, a todo lo ya razonado en relación con la falta de consistencia de esta tesis. En la investigación interna que se efectuó en KUTXABANK, no fue, desde luego, objeto de consideración, a la vista de la claridad de toda la documentación que salió a la luz contrastada con la versión de lo sucedido del Director de Recursos Humanos. No existía ningún dato por el que estimar que se había producido algún tipo de contratación del beneficiario de los pagos o de que éste estaba prestando algún servicio a la entidad. Resulta plenamente razonable, por tanto, que no se llevara a efecto una actuación como la que reclaman las defensas.

Aquí corresponde, aprovechando esta alegación, añadir otro argumento más para reforzar la valoración que conduce al relato de hechos probados y, al tiempo, incidir con un dato más en la insostenibilidad del planteamiento de las defensas.

No se comprende cómo puede reprocharse esa supuesta inactividad de KUTXABANK cuando tanto Miguel Ángel Cabieces como Rafael Alcorta, que dicen que trabajaron codo con codo en el despacho del trabajo de la entidad en una colaboración estrecha y productiva para sacar una cantidad importante de trabajo, y sus respectivas defensas, han sido incapaces de aportar, enfrentados a este procedimiento penal, un solo dato, más o menos fiable, en relación con alguna actuación llevada a cabo por el primero en esta labor.

No es razonable colocar la carga de la prueba sobre esta cuestión ni sobre KUTXABANK ni sobre las partes acusadoras. No es exigible que se acredite lo que no hizo el acusado durante esos tres años. La interpelación para la presentación de los datos de los que inferir que existió un trabajo o una actividad profesional que pudiera calificarse como tal es completamente lógica.

Así las cosas, lo primero a destacar es que carecemos de una mínima y seria constancia de lo que hizo en todo este período de tiempo el acusado Miguel Ángel Cabieces. Se preveía la asistencia a cursos, conferencias y actividades de formación. No tenía ninguna exclusividad ni con KUTXABANK ni con Rafael Alcorta, aunque éste no le iba a ceder sus clientes podía tener los suyos propios y llevar a cabo cualquier tipo de actividad propia de la asesoría y asistencia laboral al margen del despacho de aquél. Se preveía también la posibilidad de trabajar en asuntos de CAJASUR. No existe ningún dato sobre toda esta actividad.

Lo segundo es que, remitidos a la indagación del trabajo en interés de KUTXABANK que supuestamente desempeñó el acusado en una actuación que se dice finalmente resultó imprescindible, los datos de que disponemos son igualmente inexistentes.

No tenemos constancia de la intervención de Miguel Ángel Cabieces en ninguna actividad de apoyo o refuerzo a los servicios prestados a KUTXABANK por Rafael Alcorta en la tesis de la colaboración externa que se defiende. En toda la actividad del despacho que se refleja en la documentación obrante en el expediente (fundamentalmente folios 810 a 832 y documentación aportada por la defensa de Rafael Alcorta al inicio del juicio oral), relativa a pleitos, asesoramientos, comunicaciones con la entidad, etc., no consta un solo dato de la intervención de Miguel Ángel Cabieces: ni asistencia a reuniones, ni redacción de informes, ni participación en procesos judiciales aunque no fuera asistiendo a la vista, ni comunicaciones por medio alguno, u otro tipo de actividades que pudieran ser relacionadas con este cometido. No hay constancia de ninguna actuación concreta, bien de redacción de escritos bien presencial. Tampoco se tiene constancia de ninguna comunicación no presencial con el acusado Rafael Alcorta, al que solo veía, como mucho, dos días a la semana.

No es excusa ni pretexto para esta invisibilidad la previsión de no visualización de la relación con KUTXABANK. Ya hemos indicado que no existía ningún control sobre esto, que Rafael Alcorta manifiesta que acabó utilizándolo para el trabajo de KUTXABANK. Pero si se apura la lectura del documento, se indica en él que “el único caso de trabajos para kutzabank sería en temas que no tengan visualización pública”. La no visualización se definía por la naturaleza del tema, su transcendencia ante la opinión pública, no por la actuación de Miguel Ángel Cabieces. Las posibilidades eran amplias. Existe, por ejemplo, constancia de la intervención del despacho en numerosos asuntos judiciales y no judiciales fuera no ya de Bizkaia sino de la Comunidad Autónoma, sin que conste la intervención del acusado.

Es muy reveladora esta falta absoluta de datos sobre la supuesta relevante actuación de colaboración. Tal y como decíamos al inicio de esta valoración probatoria, la versión que sostienen coordinadamente las defensas en el procedimiento remitía a la averiguación del trabajo desempeñado por Miguel Ángel Cabieces en favor de la entidad, y ya vemos cómo, en cualquier caso, no existe rastro alguno de esta actividad.

Es evidente que, frente a esta situación, la declaración de los compañeros de Rafael Alcorta, Sras. Méndez García y Arteaga Aldamiz-Echevarría y Sr. Arana Muruamendiaraz habría de ser acogida con prudencia, sin embargo, lo cierto es que tampoco de estas declaraciones se desprende ninguna conclusión relevante. Veían por allí a Miguel Ángel Cabieces, sobre todo al final de la semana, veían que trataba asuntos con Rafael Alcorta, pero sin ningún detalle sobre participación en temas concretos.

4. Otra de las cuestiones abundantemente tratadas en los interrogatorios del juicio oral y también en las alegaciones formuladas a lo largo del procedimiento es la de las normas que regían los procesos de contratación en KUTXABANK. Se ha alegado y preguntado por qué facultades tenían cada uno de los cargos del organigrama para contratar o para aprobar facturas, sobre cuáles eran los límites de dinero a los que se podía llegar según el puesto, sobre cuáles eran las normas y los procesos de

contratación, se ha denunciado que no se han aportado dichas normas al procedimiento. Se practicó en período de instrucción prueba sobre esta cuestión. El Ministerio Fiscal afirma en su escrito de acusación que “se empleó una fórmula que evitaba los procesos de contratación o selección habituales establecidos en KUTXABANK”.

Se trata de una cuestión sin trascendencia. Tal y como hemos concluido con anterioridad, no existió contratación. Se trató simplemente de una disposición de dinero procedente de las cuentas de KUTXABANK en favor de una persona ajena. Entre las facultades del Presidente de KUTXABANK es seguro que no se encontraba la libre y discrecional disposición de fondos de la entidad ni para sí ni para un tercero, fuera Miguel Ángel Cabieces o cualquier otra persona. Es igualmente coherente con esta apreciación el hecho de que el inicial informe del Servicio de Auditoría Interna de la entidad no se detuviera en el análisis de estas normas de contratación.

5. Se ha dedicado también atención al aspecto de la mayor o menor ocultación de la decisión del Presidente Mario Fernández. Constituye otra alegación inocua más. Se dice que fue un acuerdo conocido por la cúpula de la entidad, que estaban al tanto del mismo, fundamentalmente, el Director General Sr. Sánchez Asiain, y el Director de Relaciones Laborales de KUTXABANK, Sr. Ricondo Chaves.

Y esta es la principal alegación para tratar de hacer ver que no se trató de ocultar nada, ni tampoco de eludir controles de contratación o la actuación de los servicios de auditoría.

En la misma línea encontramos la alegación según la cual a las dos personas mencionadas, incluso al también testigo Sr. López de Eguilaz, que así parece señalarlo en el juicio oral, el supuesto acuerdo les pareció razonable.

La circunstancia de que pudiera haber alguna persona más que quien ordenó y quien ejecutó los pagos que estuviera al tanto, con mayor o menor profundidad de la situación creada en relación con Miguel Ángel Cabieces no desvirtúa un ápice el juicio que merecen los hechos que ha sido objeto de análisis en profundidad en el fundamento de derecho anterior. Es perfectamente entendible que en el ámbito de las relaciones personales y de trabajo llegara a conocimiento de alguien más que Fernando López de Eguilaz dentro de los órganos de dirección, mucho más del Sr. Ricondo que se encargaba del despacho ordinario con Rafael Alcorta de las cuestiones relativas a los conflictos laborales. Ni esto, ni la opinión que pudieran tener otras personas, podía sanar la irregularidad de los pagos, que seguían obedeciendo a una decisión personal del Presidente a la que nadie se opuso ni en el inicio ni durante el período en el que tuvieron lugar los pagos hasta que se produjo su cese.

Pero es que, además, existen datos evidentes que sí sugieren la intención de ocultación en el momento inicial. En primer lugar, según manifiesta el testigo Sr. López de Eguilaz (aprox. 16:20 horas), el acusado Mario Fernández le dijo que no involucrase a nadie más en el asunto, aunque él considerase pertinente trasladarlo en términos generales a su jefe directo el Sr. Sánchez Asiain. En segundo lugar, la propia concepción inicial y su funcionamiento posterior en el modo de efectuar los pagos sugieren con claridad la ocultación. Se utilizó al despacho de Rafael Alcorta, no hubo un pago directo y en las facturas que se le pagaban a aquél no constaba ninguna referencia a Miguel

Ángel Cabieces. En tercer y último lugar, toda la documentación la custodiaba el señalado Director de Recursos Humanos reservadamente, efectuando sobre cada una de las facturas las anotaciones que consideraba pertinentes.

Son todos ellos datos coherentes con la actuación particular y desvinculada con la entidad de su Presidente que hemos afirmado.

6. Carecen, finalmente, de cualquier incidencia las alegaciones que tanto en el escrito de calificación de su defensa como en el juicio oral se han efectuado en relación con la honestidad u honorabilidad del acusado Mario Fernández. A la vista de todo lo que se indica, no parece que esté de más señalar que lo que se enjuicia aquí es una actuación concreta y no, en modo alguno, una trayectoria profesional.

Como expresión más concreta de esta línea de defensa, se alega que el sueldo del acusado era sensiblemente inferior al de la media de los presidentes de entidades bancarias y también que durante su mandato tomó la decisión de ingresar en las cuentas del banco las cantidades que le correspondían por su condición de miembro del consejo de administración de otras entidades y por su pertenencia a la Confederación Española de Cajas de Ahorro, por un importe muy superior a las cantidades abonadas a Miguel Ángel Cabieces. El colofón lo pone el acusado en su declaración en el juicio oral (aprox. 11:07 horas) afirmando que “KUTXABANK no puso un solo euro”.

No puede compartirse esta apreciación. Aunque la entrega de esas cantidades hubiera supuesto un incremento del patrimonio del banco, aunque, como incluso llega a sugerirse y defenderse con fines exculpatorios, su actuación profesional en comparación con su remuneración aportara un beneficio evaluable para la entidad, en modo alguno estaba el acusado autorizado para tomar la decisión que tomó. Llevado a sus últimas consecuencias, este razonamiento también legitimaría un desvío de fondos a cuentas propias, lo cual, lógicamente, no es defendible. No cabe esa suerte de compensación. Desconocemos el motivo por el cual el acusado entendió adecuado proceder de ese modo, lo que es seguro es que no lo hizo con la intención de disponer de una especie de crédito frente a la entidad disponiendo de la sumas entregadas cuando lo estimara conveniente. El acusado podía haberse quedado con sus remuneraciones en otras sociedades, pero le pertenecían al banco una vez que decidió ingresar las cantidades recibidas en sus cuentas.

Con motivo de la disposición de fondos que ordenó en favor del otro acusado es evidente que el activo de la sociedad disminuyó en la cantidad que ha sido establecida, luego tampoco por apreciación de estos argumentos puede llegarse a la conclusión de inexistencia de un perjuicio para KUTXABANK.

SEXTO.- Todo lo anterior se refiere al análisis de la prueba en lo relativo a la actuación destinada al enriquecimiento de Miguel Ángel Cabieces en perjuicio de KUTXABANK. También se imputa un delito de falsedad en documento mercantil.

Las acusaciones tan sólo refieren en sus escritos y en sus alegaciones vía informe hechos genuinamente susceptibles de integrar el tipo delictivo en la mención de la factura de 10/11/14. El Ministerio Fiscal señala así que Rafael Alcorta actuó “a sabiendas de su mendacidad y actuando en connivencia” con los otros dos acusados,

afirmando que “el concepto de dicha factura no se correspondía con la realidad”. La acusación popular, en el punto 8 de su relación de hechos, añade que “además de realizarse al margen de la iguala mensual y facturar servicios ya retribuidos a través de la iguala, realmente la factura lo era para pagar cuatro mensualidades destinadas al Sr. Cabieces correspondiente a los meses de Noviembre y Diciembre de 2014 y Enero y Febrero de 2015”. Como se destaca acertadamente por la defensa de Mario Fernández, además, la calificación es por un único delito de falsedad, no por un delito continuado de falsedad.

Hemos de entender en consecuencia que la acusación tan solo se formula en relación con esta última factura, centrándonos en el análisis de la prueba practicada en relación con ella, lo que no es obstáculo para destacar otra vez que sobre la intervención de Rafael Alcorta en los pagos por medio del resto de las facturas y el modo en el que todo se documentó no existe ninguna duda, tratándose de un aspecto no controvertido.

Y lo que sucedió en relación con esta última factura es sencillo, explicándolo con claridad en su declaración el testigo Sr. López de Eguilaz en términos coincidentes con las manifestaciones tanto de Rafael Alcorta como de Mario Fernández. Escuchando esta declaración (aprox. a partir de las 16:33 horas) no puede llegarse a las conclusiones de las partes acusadoras.

No conocemos bien la razón exacta por la que se revisó todo el asunto. El testigo dice que lo retomó en una época de menos trabajo, que le apareció este tema y consideró conveniente tratarlo con el Sr. Sánchez Asiain para ver qué había que hacer con él, que éste se lo trasladó al Presidente y que le dijo que la instrucción de éste era liquidarlo dándolo por finalizado y pagar anticipadamente lo que restaba para cumplir con el período de tres años. Dice que esto coincidía con lo que él mismo había propuesto. Al ser preguntado por el modo en que se articuló la liquidación, indica que el Sr. Alcorta giró una factura que se correspondía con el trabajo más relevante del año, incluyéndose en la factura el importe de las mensualidades pendientes más los gastos y que le dijo el Sr. Alcorta que él solo facturaría por lo que él había trabajado y llegaron al acuerdo de que facturaría por medio de este trabajo. Esa última factura (folio 336) fue firmada en prueba de conformidad, dándole el visto bueno, por el acusado Mario Fernández.

Tanto éste como Rafael Alcorta se mostraron conformes con la liquidación y con el pago anticipado, así como con el modo en el que se documentó, enfatizando en su declaración la exigencia de que debía hacerse constar en todo caso un trabajo que hubiera sido efectivamente realizado por el despacho.

Esto no autoriza a presentar la confección del documento como una alteración de la realidad urdida de común acuerdo por los tres acusados, al contrario de los que dice en los tres escritos de acusación. La decisión de liquidación del acuerdo la tomó Mario Fernández, estando conforme, él mismo dice que lo propuso, el Director de Recursos Humanos, y fue éste el que se encargó de dar forma a esta última gestión tratándolo conjuntamente con Rafael Alcorta, llegando a la conclusión de que la redacción de la factura en el modo que ha quedado establecido era la mejor solución. Fue esto simplemente lo que sucedió. Con posterioridad analizaremos la relevancia que debe otorgarse a esta actuación.

SÉPTIMO.- Las acusaciones, dejando aparte en este momento el delito de falsedad, califican con carácter principal por el delito de administración desleal pero entienden que alternativamente los hechos pudieran ser calificados como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

La diferenciación entre estos dos tipos penales ha sido objeto de frecuente análisis en la doctrina jurisprudencial, llegándose a conclusiones que pueden estimarse sólidas y uniformes y que incluso se mantienen, como veremos, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

Ya, por ejemplo, la STS 338/2014, de 15 de abril, indicaba que la diferenciación de los tipos penales del artículo 295 y el de apropiación indebida, particularmente en su modalidad de *distracción* previsto en el artículo 252 ha sido objeto de reiterada consideración por la Jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, descartándose en la doctrina más moderna la tesis de aplicación del precepto que establece pena más grave y optándose por “una más precisa doctrina jurisprudencial para fijar los criterios de diferenciación entre ambos tipos penales”.

Y entre dichos criterios, añade, se ha acudido, en primer lugar, a la no existencia de extralimitación de los administradores fuera del ámbito de las facultades del cargo como determinante de la aplicación del delito societario del artículo 295. Para aplicar este precepto se exige que el administrador desleal, al que éste artículo se refiere, actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones. Con cita de otra resolución: "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".

Este criterio diferenciador, que ha sido manejado en el informe del juicio oral por la defensa del acusado Mario Fernández, es objeto de desarrollo en muchas otras resoluciones. Así, por ejemplo, la STS 433/2015, de 2 de julio, afirma que “si los actos de distracción de dinero, bienes o activos de la sociedad se realizan dando a estos un destino diferente del asignado por quien pueda hacerlo en el marco de funcionamiento de la sociedad y que esas conductas se han realizado por el administrador dentro de sus facultades, se estaría en presencia del artículo 295, en tanto que si lo actuado no estaba dentro del ámbito de actuación del administrador, o si el destino del dinero se efectuó fuera del título de recepción del mismo, se encuadraría en el art. 252”. O también, por ejemplo, la STS 476/2015, de 13 de julio: “el alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder ha servido a esta Sala para ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta; de tal modo que si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos -exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador -exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295.

En segundo lugar, siguiendo con la primera de las resoluciones citadas, la distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 del Código Penal, no se comete con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria “la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia”.

También este criterio ha sido objeto de abundante desarrollo en otras resoluciones, hasta el punto que puede afirmarse que se trata del criterio de distinción con más éxito que ha acabado imponiéndose. Extractamos los términos de la ya citada STS 476/2015:

“Sin embargo, tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio, y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014, la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico.

Este criterio no solo tiene la ventaja de la claridad conceptual y funcional a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, sino que también permite sustentar con parámetros más acordes de justicia material la diferencia punitiva que conllevan ambos preceptos (el art. 252 y el 295).

Y es el criterio también aplicado en la STS 517/2013, de 17 de junio, que ubica la diferencia entre ambas figuras en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, mientras que en la apropiación indebida se comprenden los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador”.

Finalizando con la referencia a la STS 338/2014 y no sin advertir que los anteriores son los criterios más relevantes, se mencionan otras “pautas interpretativas”, también manejadas en otras resoluciones que se citan, así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto, que mientras que el artículo 252 del Código Penal 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. Y también se ha señalado que el bien jurídico también sería distinto en ambos casos y así mientras que en la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal 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 defraudada con el acto abusivo del administrador.

Toda esta doctrina se mantiene tras la nueva redacción de los artículos implicados y también del artículo 253 en la señalada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Por todas, mencionamos las SSTS 86/2017, de 16 de febrero y 76/2017, de 9 de febrero. Esta última, con cita de la STS 947/2016, de 15 de diciembre, afirma lo siguiente:

“ ... esta Sala Segunda ha entendido a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el artículo 252 CP, que el mismo sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

En el caso del dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado.

La distracción, continúa la referida STS 947/2016, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP, no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013 de 9 de julio). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Cuestión que no ha variado tras la reforma operada por LO 1/2015, pues como refiere la STS 163/2016 según la cual "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".

De manera que antes y después de la reforma el hecho, con estas características, sigue siendo constitutivo del delito de apropiación indebida, y la pena asignada es la misma, luego en ningún caso cabe una aplicación retroactiva de la ley penal.

Desde todos estos puntos de vista, los hechos han de entenderse alojados, sin ninguna duda, en el delito más grave de apropiación indebida. Hemos sostenido con anterioridad la acreditación de la participación voluntaria y consciente de los tres acusados en una acción destinada exclusivamente al favorecimiento económico del acusado Miguel Ángel Cabieces con cargo a los fondos de KUTXABANK. La consideración por las acusaciones de la figura delictiva de la administración desleal se debe, sin duda, a la condición personal del acusado Mario Fernández Pelaz de administrador, en calidad de Presidente, de la entidad bancaria. Es evidente, sin embargo, que su actuación reúne las características anteriormente indicadas para la tipificación del hecho por el delito de apropiación indebida. Existió una indiscutible vocación de permanencia en los pagos mensuales ordenados en una actuación en la que no puede hablarse de un mero abuso, siendo evidente la extralimitación, la actuación a título personal, fuera de sus competencias y extramuros del negocio de la entidad.

Los hechos que han sido declarados probados son constitutivos, pues, de un delito de apropiación indebida de los artículos 252, 249 y 250.1-5º CP, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, vigente en la fecha de comisión de los hechos. Se trata de un supuesto de distracción, dentro de las modalidades delictivas del mencionado artículo 252 CP.

Concurre la circunstancia agravante quinta del artículo 250.1 en atención a la suma total, superior a 50.000 euros, de la cantidad objeto de distracción. Es evidente que no puede apreciarse la continuidad delictiva. No estamos, en realidad, ante una pluralidad de acciones sino ante una única acción. La orden era la de pago de mensualidades por un plazo total de tres años y en el momento en el que se dieron las instrucciones pertinentes se consumó el delito, sin que pueda entenderse cometida una apropiación ilícita cada mes. Existe una unidad de acción en sentido jurídico penal, lo

que permite, por otro lado, calificar, e imponer la pena, teniendo en cuenta la suma del perjuicio total causado.

Se comprueba, pues, cómo, finalmente, se ha llegado a una calificación en la que la discusión que se planteó al inicio en el trámite de cuestiones previas en relación con la concurrencia del requisito de procedibilidad del artículo 296.1 CP pierde por completo su relevancia.

Es responsable penalmente en concepto de autor material el acusado Mario Fernández Pelaz según el artículo 28 CP. Actuó con la intención de favorecer a Miguel Ángel Cabieces y conociendo y aceptando que con su actuación iba a causar un perjuicio para KUTXABANK. Con esto es suficiente, no es necesaria la actuación “con ánimo de causar un quebranto económico a la entidad” a que se refiere la cabecera de la calificación del Ministerio Fiscal.

Las acusaciones consideran a los otros dos acusados autores por cooperación necesaria en la tesis del delito de administración desleal y autores materiales en el delito de apropiación indebida. La Sala no comparte esta apreciación. Que los tres fueran conscientes del perjuicio causado y del ánimo de favorecimiento y actuaran libre y voluntariamente no quiere decir que su participación fuera la misma.

Es evidente que Miguel Ángel Cabieces García ha de responder igualmente en concepto de autor, pero no como autor material. La figura de cooperador necesario del artículo 28 b) CP es la correcta. Fue el beneficiario de toda la operación, la cual se puso en marcha por alguna persona que actuó mediando entre él y el Presidente de KUTXABANK. Una vez éste tomó la decisión, el acusado recibió e ingresó en su cuenta mensualmente los cheques que le entregaba el otro acusado ingresándolos en su cuenta bancaria. Ese era su destino final, consumándose así su enriquecimiento en perjuicio del banco. Tal y como ya hemos dejado sentado, el acusado sabía que el dinero procedía de éste y era consciente de que no se había comprometido ni había concertado ninguna contraprestación a cambio. En los términos del precepto citado, sin haber participado en la actuación material, sin su participación no se habría dado lugar a la perpetración del delito.

La Sala considera, sin embargo, que el acusado Rafael Alcorta Calleja no puede ser condenado a título de autor, siendo más apropiada su consideración como cómplice del artículo 29 CP, como un cooperador no esencial en la ejecución del hecho, tal y como fue considerado en el auto del Juzgado de Instrucción de 5/02/16.

Extractamos los términos, por ejemplo, de la STS 386/2016, de 5 de mayo, que cita otras resoluciones:

“ el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y

voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del iter criminis”.

El acusado conocía perfectamente los puntos esenciales de la operación. No puede coincidirse en la alegación de su defensa letrada en el acto de la vista según la cual no puede participar en lo que no sabe en referencia a una hipotética falta del cumplimiento de las normas internas del banco. Sabía, porque así se lo dijo el Director de Recursos Humanos, su referencia, tal y como declaran ambos, que se trataba de un asunto exclusivo del Presidente, actuando por su cuenta, sin que nada tuviera que ver la entidad y con la intención de favorecer al cargo público cesante. Sabía también que Miguel Ángel Cabieces no había suscrito ningún contrato de ninguna naturaleza laboral, mercantil o profesional con KUTXABANK. Y conociendo todo eso, por lo tanto, de modo consciente y voluntario, participó prestando su colaboración en los pagos mensuales en la mecánica trazada e incontrovertible que ha sido descrita y haciendo llegar, en definitiva, a Miguel Ángel Cabieces el dinero ilícitamente extraído de KUTXABANK. En el mejor de los casos estaríamos ante una posición de ignorancia deliberada, término jurisprudencial acuñado en múltiples situaciones, en la situación de quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, haciéndose acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar (por ejemplo, STS 70/2017, de 8 de febrero).

Su actuación, sin embargo, ha de ser considerada como secundaria o prescindible, de mera colaboración. El pago a Miguel Ángel Cabieces pudo haberse llevado a efecto de otra forma distinta, sin pasar por la intervención del letrado acusado. Es cierto que en la forma en la que se hizo se prestaba a un enmascaramiento o confusión con el pago de su propia renta mensual y ahí reside la razón de su participación y de la relevancia penal de su actuación, pero, en definitiva, su actuación no era imprescindible para la consumación del perjuicio.

Resta descartar la relevancia del otro argumento empleado por esta defensa, cual es la presentación de los hechos como una pura y simple imposición de quien en todo momento actuaba abusando de su posición dominante ante la cual ninguna resistencia podía oponer. No puede tampoco compartirse esta alegación. El acusado acababa de firmar el nuevo contrato de arrendamiento de servicios por un plazo de dos años. En él se recogían sus obligaciones, él cumplía con la realización de la labor que allí se estipulaba y el banco no podía exigirle nada más durante los dos años convenidos. Podía perfectamente negarse a recibir el dinero y entregárselo a Miguel Ángel Cabieces sin incurrir en ningún incumplimiento de lo pactado y sabía perfectamente que no se le iba a rescindir su contrato por negarse a participar en una actuación cuya irregularidad

era evidente. Participó voluntariamente, por la razón que fuera, pero no porque no tuviera otra salida.

OCTAVO.- No es apreciable, por el contrario, la comisión del delito de falsedad en documento mercantil que solicitan las acusaciones.

En primer lugar, la prueba, según ya hemos analizado con anterioridad, no autoriza a hablar de la concertación previa para la emisión de la factura final de 10/11/14 a la que se refieren los escritos de acusación. Se trató de dar forma a la voluntad de extinción anticipada del plazo de pagos decidida más o menos de común acuerdo por el acusado Mario Fernández y los Sres. Sánchez Asiain y López de Eguilaz. De la ejecución se encargó este último proponiéndoselo a Rafael Alcorta y llegando ambos a la conclusión de que lo más conveniente era girar la factura que finalmente se emitió. Cuando se le pregunta al testigo Sr. López de Eguilaz si no reparó o no le pareció contradictorio que el concepto que se hizo figurar la factura no se correspondía con la finalidad de su emisión dice “no le dimos más vueltas”. Posteriormente, el acusado Mario Fernández firmó en prueba de conformidad dando su visto bueno.

No puede hablarse, pues, de connivencia entre los tres acusados, lo cual suscita evidentes objeciones en relación con la adecuación fáctica que exige el principio acusatorio.

En segundo lugar, no se advierten en esa actuación las notas características del delito de falsedad.

Como indica, por ejemplo, la STS 47/2014, de 1 de febrero, los elementos de esta figura delictiva son los siguientes:

“a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del C. Penal.

b) Que dicha " mutatio veritatis " o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva.

c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad.

También se ha afirmado en las referidas sentencias que para la existencia de la falsedad documental no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la mutatio veritatis, en la que consiste el tipo de falsedad en documento público, oficial o mercantil, altere la sustancia o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico. Y la razón de ello no es otra que, junto

a la "mutatio veritatis" objetiva, la conducta típica debe afectar a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales, esto es, el bien jurídico protegido por la norma penal. De tal modo que deberá negarse la existencia del delito de falsedad documental cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo real o potencial alguno.

A este respecto, y en cuanto al bien jurídico protegido, tiene ya reiterado esta Sala de Casación en ocasiones precedentes que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3-3; 845/2007, de 31-10; 1028/2007, de 11-12; 377/2009, de 24-2; y 165/2010, de 18-2; y 309/2012, de 12-4, entre otras). Y también se ha establecido, contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9; 845/2007, de 31-10; y 165/2010, de 18-2, entre otras).

Por último, y en lo atinente al elemento subjetivo, el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que trastoca la realidad. El dolo falsario se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. El aspecto subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue o no a causarse. La voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando el dolo la conciencia y voluntad de trastocar la realidad al convertir en veraz lo que no lo es (SSTS. 1235/2004, de 25.10; 900/2006, de 22-9; y 1015/2009 de 28-10)".

No puede cuestionarse que en la factura de 10/11/14 sobre la que gira la acusación del delito de falsedad se hizo constar un concepto que no respondía a la finalidad con la que se redactó. Tal y como ha quedado establecido, la función de esta factura fue liquidar las mensualidades pendientes del plazo de tres años por el que se previeron los pagos a Miguel Ángel Cabieces. El importe es exactamente coincidente. Se hizo constar un trabajo que sí se había realizado, antes del verano, pero que no fue facturado al margen del contrato de arrendamiento de servicios, a fin de que en el documento que servía de soporte al pago figurase una remuneración por un servicio prestado.

En este documento no ocurría, en realidad, nada sustancialmente distinto de lo que sucedía en relación con el resto de facturas. Las cantidades pagadas a Rafael Alcorta que éste debía, a su vez, pagar a Miguel Ángel Cabieces, se enmascaraban en la facturación del despacho del primero por expresa indicación del Director de Recursos Humanos que era la persona con la que trataba todo lo relativo a su relación contractual. En este caso, para cuadrar el último pago, el que se correspondía con la liquidación, se

recurrió a la emisión de una factura por el trabajo correspondiente a la transacción judicial ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Ahora bien, si hemos sostenido anteriormente que el proceso de instrumentalización de los pagos a través del despacho de Rafael Alcorta era indicador de una voluntad de ocultación o encubrimiento, no por ello podemos hablar, aplicando los términos de la doctrina transcrita, de una alteración de la realidad con relevancia jurídico penal.

Dice la doctrina jurisprudencial, en efecto, como hemos visto, que se trata de dar una protección a la seguridad en el tráfico jurídico “evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas” y también que “deberá negarse la existencia del delito de falsedad documental cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo real o potencial alguno”.

La factura controvertida, al igual que el resto, fue archivada y custodiada por el mencionado Sr. López de Eguilaz con la correspondiente nota explicativa de su finalidad real, tal y como ya hemos dicho: “Liquidar Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero (lo pendiente) por importe de 23.132 euros (5.783x4) más 900 euros de gastos”. Esa fue toda su circulación en el tráfico jurídico mercantil. No había ninguna afectación de intereses de terceros ni consta que esta documentación fuera presentada o entregada en alguna dependencia o servicio de la entidad; tampoco que supiera de su existencia concreta ninguna otra persona.

Cuando finalizaron los pagos a Miguel Ángel Cabieces y el Director de Recursos Humanos entendió oportuno, por su relevancia, poner de manifiesto lo sucedido a la nueva dirección, aportó toda la documentación tal y como la había archivado en la que la función de ocultación que podrían haber tenido tanto la última como el resto de facturas, cada una con su anexo correspondiente, carecía de cualquier virtualidad, pues estuvo claro desde ese momento a los ojos de todos cuantos tuvieron contacto con el conjunto de documentos lo que había sucedido.

En definitiva, no hubo riesgo real o potencial ni propiamente mutación de la realidad para ninguna de las partes implicadas ni para terceros en ningún momento, por lo que no puede hablarse de una alteración falsaria con contenido penalmente relevante.

En tercer y último lugar, es preciso reparar en que se formula acusación por el número segundo del artículo 390.1 CP, que castiga a quien cometa falsedad “simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”.

En la doctrina jurisprudencial este supuesto se reserva (por ejemplo STS 476/2016, de 2 de junio) a “aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente”.

La STS 185/2015, de 25 de marzo, recordando la número 692/2008, de 4 de noviembre, establece la doctrina de que no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento consistente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación *ex novo* de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o una realidad inexistente que se pretende simular, pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

Este criterio jurisprudencial parte de un Acuerdo Plenario de 26 de febrero de 1999, según el cual "un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2º del Código Penal de 1995".

No nos encontraríamos, por todo lo ya dicho, ante un documento simulado del artículo 390.1-2º CP. La relación entre KUTXABANK y Rafael Alcorta existía y la facturación, también la que se refiere a la última de las facturas giradas, respondía a una relación jurídica existente. Es cierto que, por tomar este último caso, el destino de la suma por la que se facturó era distinto del concepto indicado, pero esto nos desplazaría ya al supuesto del número cuarto, la denominada falsedad ideológica, sobre el cual, aunque sea con matices, la propia doctrina jurisprudencial afirma la atipicidad cuando se comete por particulares.

Se dictará, pues, la absolución por el delito de falsedad en documento mercantil.

NOVENO.- Concorre en el acusado Mario Fernández Pelaz la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 21-5ª CP, que es solicitada tanto por sus defensas como por las propias acusaciones, con base en el pago, con anterioridad a la incoación del procedimiento penal, de la cantidad de 243.592,02 euros, importe del perjuicio causado a KUTXABANK.

La defensa solicita que se aprecie la atenuante como muy cualificada, criterio que la Sala entiende acertado. En la doctrina jurisprudencial (SSTS 118/2017, de 23 de febrero, por ejemplo) para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima. La reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena.

Ese *plus* sí está presente en el supuesto enjuiciado. Si bien lo elevado de la suma ha de relativizarse poniéndolo en relación con la capacidad económica que ha de suponerse al acusado, concurren dos circunstancias relevantes a tener en cuenta. En

primer lugar, la prontitud en el pago. La declaración en el juicio oral del acusado en cuanto a la inmediatez en la reparación resulta creíble, a la vista de la secuencia de los acontecimientos. En el Consejo de Administración de 26 de diciembre de 2014 se acordó con relación a este punto “realizar las actuaciones oportunas para obtener la reparación del daño económico sufrido por el Banco, solicitando al anterior Presidente la inmediata entrega del importe cuantificado por la Auditoría Interna”. La entrega del cheque bancario se produjo el 13 de enero siguiente, luego resulta verosímil la afirmación de que pagó en cuanto se le comunicó el conocimiento de lo sucedido y se puso en cuestión su honestidad. Lo hizo, además, y esto es también relevante, con anterioridad a la incoación del procedimiento penal.

En segundo lugar ha de tenerse en cuenta, como no puede ser de otro modo, que procedió al pago de la cantidad indicada a pesar de no haberse enriquecido con el importe de las cantidades procedentes de KUTXABANK. En un supuesto de delito patrimonial se trata de una circunstancia relevante, pues revela con nitidez la voluntad de reparación.

DÉCIMO.- Con todos estos ingredientes en la calificación jurídica, se llega al apartado de la determinación de la pena.

El artículo 252 se remite al artículo 250.1 CP, que establece para el delito de apropiación indebida cualificado la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Las acusaciones omiten la petición de la pena de multa. Ha de estarse en esta situación a lo dispuesto en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007, que matiza el anterior de 20 de diciembre de 2006, en el sentido de que “el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza -si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones, ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o por la omisión de petición de una de las procedentes.

Este acuerdo ha sido aplicado, por ejemplo, en las SSTS 11/2008, 11 de enero y 89/2008, 11 de febrero, ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito.

Procede la rebaja en un grado de la pena a imponer a Mario Fernández Pelaz y a Rafael Alcorta Calleja, en el caso de este último por aplicación de lo dispuesto en el artículo 63 CP y en el caso del primero por aplicación de la regla segunda prevista en el artículo 66.1 CP. No se estima oportuna la rebaja en dos grados, al no apreciarse las circunstancias excepcionales en la reparación del daño que propiciarían una minoración tan relevante.

Para cada uno de estos dos acusados procede la imposición de la pena de prisión de seis meses y multa de tres meses, en la extensión mínima del grado inferior, en ambos casos, al no apreciarse circunstancias especiales que hagan indicado un exceso punitivo.

Hay que tener en cuenta en la graduación de la pena que las acusaciones solicitan una pena de prisión de tres años pero con la apreciación de la continuidad delictiva y del concurso medial con el delito de falsedad mercantil, aspectos ambos de su calificación que no han sido aceptados.

La posibilidad de minoración de la pena que se prevé en el artículo 65.3 para el inductor o el cooperador necesario tan sólo se invoca en los escritos de acusación para el supuesto de condena por el delito de administración desleal. Se prevé la posibilidad de imposición de la pena inferior en grado cuando no concurren en aquellos “las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor”. No nos encontramos, en principio, en el supuesto del delito de apropiación indebida, con una condición personal especial fundamento del tipo delictivo como sí sucede en el caso del administrador en artículo 295 CP. Aun cuando se mantuviera otra interpretación, la Sala entiende que no procede la rebaja en grado, que, como vemos, no es preceptiva, habida cuenta de la naturaleza de la participación del acusado Miguel Ángel Cabieces García que fue el beneficiario de los pagos ilícitos.

Procede la imposición a este acusado de una pena de prisión de un año y multa de seis meses, entendiendo igualmente que no procede un exceso sobre la extensión mínima. Su condición de beneficiario, receptor de los pagos, es la que justifica su calificación como autor, no apreciándose ninguna actuación más con relevancia en la mecánica comisiva.

En relación con las cuotas diarias de multa, las acusaciones, que sí piden esta pena en relación con el delito de administración desleal cuando el artículo 295 vigente en la fecha de los hechos no la preveía, siguen criterios distintos en el establecimiento de la cuota diaria de la pena de multa. Solicitan una misma cuota diaria para todos pero el Ministerio Fiscal la establece en veinte euros y la acusación popular en cien euros. La Sala entiende conveniente no discriminar donde las acusaciones no han estimado oportuno efectuar ninguna distinción. Dentro de la horquilla prevista en el artículo 50.4 CP, que llega hasta los cuatrocientos euros, la cifra de cien euros de cuota para los tres acusados resulta excesiva, pero, sin embargo, sí resulta oportuno exceder la suma de veinte euros que solicita el Ministerio Fiscal, muy alejada del tope máximo, estableciéndose prudencialmente la cuota diaria de cincuenta euros, que se estima, en todo caso, acorde con la capacidad económica que cabe suponer en los acusados atendiendo a su actividad profesional y también a las remuneraciones de las que se tiene constancia en autos en relación con el acusado Miguel Ángel Cabieces García.

El artículo 56.1-3ª CP establece la posibilidad de imponer, en las penas de prisión inferiores a diez años, “atendiendo a la gravedad del delito” como pena accesoria, la de “inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”. Las acusaciones solicitan la pena de inhabilitación especial para el

ejercicio del comercio y el cargo de administrador de sociedades mercantiles durante el tiempo de condena para el acusado Mario Fernández y para los otros dos inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena.

La Sala no encuentra fundamento para acceder a esta petición. La imposición es discrecional, ha de valorarse la gravedad del delito, ha de apreciarse una relación directa con el delito cometido y ha de establecerse expresamente en sentencia esta vinculación. La doctrina jurisprudencial también alude a la proporcionalidad. Ninguna de las acusaciones recoge en sus escritos esta vinculación, ni tampoco se ha fundamentado en el juicio oral la razón para la imposición de esta pena accesoria.

No basta, evidentemente, con la respectiva actividad profesional de los tres acusados. No se aprecia, desde luego, ninguna relación de la comisión del delito con el ejercicio de la profesión de la abogacía por parte de los acusados Rafael Alcorta y Miguel Ángel Cabieces. El enriquecimiento que constituye espina dorsal del delito de apropiación indebida nada tuvo que ver con una determinada actuación profesional o un incumplimiento de los deberes propios de su profesión. En la participación de los dos acusados que ha quedado acreditada y que se establece en esta resolución, desde luego, nada relevante puede apreciarse que justifique la apreciación de la vinculación a la que se refiere el precepto.

En relación con el otro acusado, si bien hemos afirmado que se trató de una evidente extralimitación y si bien su actuación originó un perjuicio relevante, en términos de gravedad penal, al patrimonio que administraba, estimamos que no se da la nota de gravedad a la que se refiere el precepto que justifica la inhabilitación: en primer lugar, porque no se enriqueció y reparó inmediatamente el perjuicio, lo cual se ha de tener en cuenta igualmente en este aspecto y, en segundo lugar, porque su actuación se limitó a una decisión puntual, errónea e ilícita, pero sin advertirse ningún componente adicional de gravedad en el modo de ejecución del delito.

UNDÉCIMO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 CP y 239 y ss. LECrim., procede la imposición de las costas a los tres acusados, excluyendo las correspondientes a la acusación popular.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica, procesal y penal,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:**

-al acusado Mario Fernández Pelaz, como autor penalmente responsable de un **delito de apropiación indebida cualificado**, con la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de **PRISIÓN DE SEIS MESES**, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE TRES MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCUENTA (50) EUROS;**

-al acusado Miguel Ángel Cabieces García, como autor penalmente responsable, en concepto de cooperador necesario, de un **delito de apropiación indebida cualificado**, a la pena de **PRISIÓN DE UN AÑO**, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE SEIS MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCUENTA (50) EUROS**;

-al acusado Rafael Alcorta Calleja, como cómplice penalmente responsable de un **delito de apropiación indebida cualificado**, a la pena de **PRISIÓN DE SEIS MESES**, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE TRES MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCUENTA (50) EUROS**;

y **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los tres acusados del **delito de falsedad en documento mercantil** por el que fueron objeto de acusación; todo ello con imposición a los tres acusados de las costas del procedimiento excluyendo las correspondientes a la acusación popular.

El impago de las multas determinará la imposición de una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.

Notifíquese esta sentencia en forma legal a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido pronunciada, leída y publicada por los/las Iltmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la suscriben, celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, doy fe.