

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067575

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 769/2024, de 6 de septiembre de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 7473/2021

SUMARIO:**Delito contra la administración pública. Prevaricación y malversación. Delito continuado. Incrementos salariales por encima de las limitaciones presupuestarias. Sociedad mercantil del sector público. Autoría directa y cooperación necesaria.**

En el ámbito de una sociedad mercantil que maneje caudales públicos, como es el caso, solo en dos supuestos estaremos en presencia de un «asunto administrativo»: bien cuando desarrolle actuaciones que supongan la ejecución de una encomienda de gestión, bien cuando por aplicación de una norma expresa quede sometida a principios o procedimientos propios de la Administración. Por tanto, solo cuando la resolución se hubiera dictado en alguno de esos dos supuestos podría haber un delito de prevaricación en la actuación de una empresa pública. El delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho.

El bien jurídico protegido confluye en entender que la alocución resolución arbitraria en asunto administrativo, se refiere a la recaída en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa. Y desde luego lo es cuando se trata de un proceso de contratación y de fijación de retribuciones, cualquiera que sea su naturaleza, que compromete caudales públicos, respecto de los que se reclama del funcionario una actuación dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, y respeto a la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, sometidas las retribuciones y percepciones económicas de sus directivos y demás empleados a las normas aprobadas por la autoridad pública, especialmente con las limitaciones contenidas en las leyes de presupuestos, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil.

Cuando, actuando de consuno, decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores, para así enriquecerse a costa de fondos que procedían de la Consejería, con desprecio de los límites marcados por las sucesivas leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma y sin ningún tipo de autorización, se está en presencia de delito de malversación. No podemos entender que se evapore la prevaricación desplazando su eficacia al campo de la contratación privada, cuando se sortearon conscientemente todos los presupuestos de control que le afectaban como gestor público, desviándose de lo que para cualquier observador reclama el interés general al que con objetividad debe servir la Administración, cualquiera que sea su ámbito.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 9.1, 24 y 103.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 24, 28.1, 65.3, 66, 74.1, 390.1, 404 y 432.

PONENTE:*Doña Ana Maria Ferrer Garcia.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 769/2024

Fecha de sentencia: 06/09/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7473/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/02/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7473/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 769/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de septiembre de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación num 7473/21 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por D. Eduardo, representado por el procurador D. José María Gragera Murillo, bajo la dirección letrada de D. Miguel García-Diéguez López y por D. Emiliano representado por el procurador D. Javier Martín Añino, bajo la dirección letrada de D. Javier Vidal Martínez contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 3 de noviembre de 2021 (Sec. 4^a, Sec. 4^a, Rollo 6212/2019). Han sido partes recurridas D. Florencio representado por la procuradora D^a Patricia Rosch Iglesias bajo la dirección letrada de D. José María Calero Martínez, D. Gerardo representado por la procuradora D^a Laura Argentina Gómez

Molina bajo la dirección letrada de D. Adolfo Cuéllar Portero, la entidad VENTURE IVERCARIA S.A.U. representada por la procuradora D^a Isabel María Mira Sosa bajo la dirección letrada de D. Julio Ribas Ollero, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) representada por el Letrado del Servicio Jurídico D. Gregorio Pérez Borrego y el Partido Popular de Andalucía representado por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal bajo la dirección letrada de D. Wenceslao Moreno de Arredondo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 16 de Sevilla incoó Diligencias Previas 1009/2012, de las que tras practica de diversas diligencias se acordó desglosar la presente pieza que se dio en llamar de "personal", y una vez concluida lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. 4^a, Rollo 6212/2019), que con fecha 3 de noviembre de 2021, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOSPROBADOS:

"Declaramos expresamente probados los siguientes HECHOS: PRIMERO.- El Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) núm. 33, de 16 de febrero de 2005 publicó el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza de 1 de febrero del mismo año por el que se ratificaba el adoptado por el Consejo Rector del Instituto de Fomento de Andalucía, actualmente Agencia de innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), con fecha 8 de noviembre de 2004, por el que se autorizaba la constitución de una Sociedad Anónima denominada Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, SA. (INVERCARIA), cuyo socio único era el Instituto de Fomento de Andalucía y con un capital social de 3.000.000,00 de euros; su objeto social consistía en la promoción, constitución y participación en Fondos de Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades Gestoras de Capital Riesgo y otras entidades mercantiles, bien en forma unipersonal, mayoritaria o minoritaria en concurrencia con entidades financieras públicas o privadas y/o con otros organismos públicos y privados; la constitución y gestión de sistemas de garantías para empresas; y el fomento y desarrollo de Instrumentos financieros para facilitar el acceso al crédito bancario a las empresas andaluzas y, en general, para la mejora de su financiación.

En la misma escritura pública por la que se constituyó INVERCARIA, se hizo el nombramiento de los integrantes del Consejo de Administración de la sociedad, integrado por diversos cargos de la Agencia IDEA y, además, por Emiliano; en la primera reunión de ese Consejo, celebrada el 6 de abril de 2005, el mencionado Emiliano fue designado Presidente del Consejo de Administración y también Consejero Delegado de la entidad. cargos que aceptó en el mismo acto y continuó desempeñando hasta su cese, también por acuerdo del Consejo de Administración, en fecha 31 de mayo de 2010.

En fecha que no consta de ese mismo año 2005, INVERCARIA, a través de su Director General, suscribió con Emiliano un contrato de alta dirección por el que se le asignaba una retribución bruta anual de 108.182 euros.

Por razón de su cargo, a Emiliano le fueron delegadas diversas facultades de las atribuidas al Consejo, entre ellas las de contratar y separar empleados y señalarles las correspondientes retribuciones y puestos de trabajo.

Invercaria carecía de convenio colectivo con sus trabajadores, no contando tampoco con tablas salariales que determinaran de forma objetiva las retribuciones correspondientes a cada puesto de trabajo.

Segundo.

Los gastos de explotación de la nueva sociedad INVERCARIA, y entre ellos los de sus propios trabajadores, se vinieran financiando desde su nacimiento con fondos públicos provenientes de la Agencia IDEA, que a su vez los recibía de la Consejería correspondiente de la Junta de Andalucía. También en los primeros meses de funcionamiento de INVERCARIA, personal de IDEA les prestaba ayuda o colaboración en materias tales como la redacción y preparación de los contratos para los trabajadores y la confección de nóminas, siempre conforme a los datos que les facilitaban desde Invercaria y sin que por parte de IDEA se ejerciera función alguna de control de la legalidad de tales contrataciones ni de los salarios que se fijaban.

Tercero.

En ejercicio de las facultades delegadas, Emiliano decidió personalmente, a] menos, la contratación de Eduardo, Florencio y otros trabajadores, a los que fijó el salario inicial que él decidió libremente, sin recabar ninguna suerte de informe previo o autorización de la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Economía y Hacienda, pese a que así lo exigían las sucesivas leyes de Presupuestos bajo sanción de nulidad. Así:

a) El 1 de noviembre de 2005 y por decisión personal de Emiliano, que sabía que hasta entonces prestaba servicios en Sepides (sociedad de capital-riesgo de la SEPI), Invercaria contrató a Florencio, con la categoría de

"Director de Promoción", asignándole un sueldo de 52.000 euros brutos anuales, que incluía todos los conceptos. El propio Emiliano, consciente de que había otra persona contratada con la misma categoría de Director de Promoción y con salario superior, le indicó a Florencio que ese era el salario inicial, por tratarse de un proyecto incipiente, y que posteriormente mejoraría sus retribuciones.

b) También por decisión de Emiliano, el Eduardo, al que profesionales en el ámbito privado, y duración indefinida, asignándolo 17 de abril de 2006 Invercaria contrató a aquel conocía de previas relaciones con la categoría profesional de "Técnico" un salario bruto anual de 26.000 euros, que incluía todos los conceptos. Poco después Emiliano fue incrementando su confianza en Eduardo y aumentando sus responsabilidades y capacidad de decisión en Invercaria, al punto de que llegó a ejercer de facto como Director Económico Financiero de Inverarla, lo que le daba capacidad para impartir órdenes en ese ámbito al personal correspondiente de la mercantil.

c) También por decisión personal de Emiliano se contrató, al menos, a hila Paloma (Secretaría de Dirección). Agapito (Conductor) y Alvaro (Jefe de Departamento), con el salario y condiciones que aquel determinó.

Cuarto.

Cuando ya en el año 2006 personal de IDEA dejó de confeccionar las nóminas de Invercaria con las instrucciones de ésta, durante tan sólo unos meses dicha tarea la realizó personal de la propia mercantil, hasta que ya a finales de ese año se decidió externalizar el servicio y encomendárselo a una empresa, que se limitaba a confeccionar las nóminas con las datas que se le facilitaban desde Invercaria.

Es entonces cuando Emiliano, actuando de consuno con Eduardo, decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores, para así enriquecerse a costa de fondos de Inverarla que, como se ha dicho, procedían de la Consejería a través de la Agencia Idea. Con desprecio de los límites marcados por las sucesivas leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, Emiliano como Consejero Delegado tomaba las decisiones de cuánto y a quién incrementar las retribuciones, en tanto que Eduardo ejecutaba con pleno conocimiento esas decisiones, sirviéndose para ello de la jefatura que de facto ejercía en el área económico-financiera de Invercaria, impartiendo a tal efecto las oportunas instrucciones a los restantes empleados, que a su vez las comunicaban a la empresa encargada de confeccionar las nóminas. Con esta dinámica, entre ambos llevaron a cabo las siguientes actuaciones:

1) Sin ningún tipo de autorización o conocimiento de la Agencia Idea, del Consejero de Innovación o de la Consejería de Hacienda, elevaron las retribuciones totales de Emiliano a un importe bruto de 142.552,44 euros en el año 2007, 152.006,37 euros en el año 2008 y 140.472,48 euros en el año 2009, importes que éste percibió con cargo a los fondos de INVERCARIA. Para ello se sirvieron del propio incremento de las retribuciones originales de 108.182 euros, pero también de la introducción de otros conceptos como gratificación extraordinaria y "complemento de destino", que a veces se incluían en la propia nómina y otras se documentaban en una nómina independiente, abonándose también importantes cantidades como supuestos atrasas de esos complementos de destino de años anteriores.

2) Con idéntica dinámica, elevaron también las retribuciones del propio Eduardo, de manera que pese al salario inicial de 26.000 euros anuales que incluía todos los conceptos, pasó a percibir 60.000 euros en el año 2007, 99.954,71 euros en el año 2008, 106.229,42 euros en el año 2009 y 75.098,18 euros en el año 2010, sirviéndose para ello también del incremento de las retribuciones, de complementos de destino y gratificaciones extraordinarias, cantidades que efectivamente hizo suyas el mencionado Eduardo con cargo a los fondos de INVERCARIA.

3) De modo similar procedieron con otros trabajadores, bien que en cuantías sensiblemente inferiores a las que hicieron propias, pero siempre por encima de las autorizadas por las leyes de Presupuestos, y así al menos:

3.1) Cesar, que comenzó prestando servicios en prácticas con un salario anual inicial de 15.000 euros por todos los conceptos, obtuvo una retribución anual de 23.000,10 euros en 2007, de 31.516,36 euros en 2008 (lo que supuso un incremento del 37,02%) y 38.181,11 euros en 2009 (que implicaba un incremento del 21,14%), sin que desde el año 2007 se hubiere modificado su categoría profesional, responsabilidades o competencias.

3.2) Paloma, contratada con un salario anual de 30.000 euros y que ejercía funciones de Secretaria de Dirección, pasó a cobrar 33.000 euros en 2006 (10 % de Incremento), 39.999,96 euros en 2007 (21,21 % de incremento), 43.001,92 euros en 2008 (7,50 % de aumento) y 46.139,39 en 2010 (un 7,29 % superior al anterior).

3.3) Florencio, que ya hemos dicho fue contratado con un salario anual por todos los conceptos de 52.000 euros, pasó a cobrar 61.933,06 euros en 2006 (lo que supone un aumento del 19'10 %) y 67.952,77 euros en 2007 (incremento del 9'71%), extinguiendo su relación laboral ya en junio de 2008 (a lo que nos referiremos en apartado posterior).

3.4) Epifanio, que fue contratado con un salario inicial de 36.000 euros anuales por todos los conceptos, pasa ya a cobrar 59.771,99 euros en 2006 (con incremento del 66,03 %), 67.952,77 euros en 2007 (aumento del 13,68 %) y 71.244,17 euros en 2008 (incrementándose respecto del anterior en un 4,84 %).

3.5) Begoña, que partía de un salario Inicial por todos los conceptos de 23.435,36 euros, pasó a percibir 31.046,97 euros en 2.006 (incremento del 32'47 %), 34.650,11 euros en 2.007 (aumento del 11,6 %), 36.826,58 euros en 2.008 (incremento del 6,28 %), y 38.500,016 euros en 2.009 (un 4,54 % superior al anterior).

3.6) Alvaro, que fue contratado con un salario inicial de 42.000 euros anuales, por todos los Conceptos, pasó a cobrar 52.007,48 euros ya en 2.006 (incrementándose así en un 23'132%), 58.557,98 euros en 2.007 (aumento del 12,8 %), 71.051,58 euros en 2.008 (incremento del 21,12 %) y 88.659,52 euros en 2.009 (aumento del 24,76% respecto del anterior).

En ninguno de esos casos se formalizó un nuevo contrato de trabajo ni se modificó la categoría profesional del trabajador, limitándose Emiliano y Eduardo a asegurarse, en el modo descrito, de que se reflejaran las nuevas cuantías en las correspondientes nóminas, que eran abonadas con cargo a los fondos de Invercaria,

Quinto.

Aunque no fuera aplicable a los trabajadores de Invercaria (salvo aquellos en que excepcionalmente así se hizo constar en su contrato de trabajo), como quiera que el Convenio Colectivo de la Agencia Idea contemplaba el derecho de sus trabajadores a obtener un préstamo sin intereses de hasta 15.000 euros a devolver en un máximo de 60 meses mediante detracción de la nómina, Emiliano decidió extender ese beneficio a los trabajadores de Invercaria, aunque elevando hasta 60.000 euros el importe máximo. Muchos de los trabajadores de Invercaria solicitaron tal préstamo, entre ellos Eduardo, Florencio, Alvaro, Gerardo y Felisa.

También decidió extender a los trabajadores de Invercaria el derecho, contemplado en aquel convenio colectivo, a percibir una parte del importe de la prima del seguro del vehículo que utilizaren para traslados por necesidades del servicio. Así, recibieron esta ayuda trabajadores como Felisa, Miguel, Cesar, Florencio, Gerardo y Alvaro.

SEXTO,- Gerardo suscribió contrato de trabajo con Invercaria el 1 de julio de 2005 con la categoría profesional de "Director de Promoción" y un salario anual, por todos los conceptos, de 60.100 euros, si bien por decisión de Los responsables políticos de la Consejería -aceptada par Emiliano como Consejero Delegado de Invercaria-, prestó servicios desde el primer momento para el Observatorio para la Innovación y la Participación, órgano consultivo y asesor de la Consejería que dependía orgánica y funcionalmente de la Secretaria General de Innovación, cuyo responsable asumía la superior dirección el organismo. A esa fecha, Invercaria se subrogó en el préstamo que le tenía concedido la Agencia IDEA, de la que procedía, préstamo que ya en 2007 amplió hasta los 30.000 euros.

Ya a primeros de Octubre de 2007 y por diferencias surgidas con el Director del Observatorio (Secretario General de Innovación), Gerardo decidió gestionar su salida del mismo, lo que entrañaba resolver su contrato laboral con Invercaria; tras algunos contactos, no consta si con el Director del Observatorio, con personal de la Agencia IDEA o con personas de INVERCARIA, se alcanzó un acuerdo transaccional por el que se le reconocían en la nómina de ese mes, además del salario devengado, la cantidad de 14.079.44 euros por horas extraordinarias y la de 15.848,82 euros como "finiquito" o indemnización por extinción del contrato, confeccionándose un documento con fecha 31 de octubre de 2007 denominado "liquidación y finiquito" en el que se Incluían a favor del trabajador los 26.540,08 euros de la nómina de octubre referida y 906,25 euros por gastos de viaje y representación legítimamente devengados, en tanto que en la partida del debe se incluyeron los 26.500 euros que adeudaba del préstamo antes mencionado y otros 40,08 euros abonados mediante transferencia, lo que arrojaba un saldo a favor del trabajador de 906,25 euros, firmando dicho trabajador otro documento por el que renunciaba a reclamar ninguna otra cantidad.

SÉPTIMO,- A primeros de Junio de 2008, Florencio comunicó a Emiliano su intención de causar baja en la empresa a finales de ese mes, aprovechando para recordarle su promesa de equiparación a otros cargos similares al suyo, indicándole Emiliano que, si no se había hecho, daría instrucciones para que se hiciera. Finalmente, empresa y trabajador alcanzaron un acuerdo transaccional por el que ponían fin a la relación laboral y evitaban futuras reclamaciones, a cuyo efecto en la nómina de aquel mes incluyeron, además del salario y conceptos habituales, la cantidad de 12.960 euros como complemento de destino; como quiera que Florencio realizó el 27 de junio das transferencias a favor de Invercaria por importe total de 6.037,47 euros en concepto de devolución parcial del préstamo recibido, a la fecha de confección de la nómina resultó un saldo cero a percibir, por compensarse las cantidades a percibir por el trabajador y los importes a abonar a Invercaria por razón del préstamo. Con fecha 30 de junio de 2008; Florencio firmó otro documento, por el que se reflejaba el cobro de la parte proporcional de las vacaciones -ya reflejadas en la nómina que acabamos de mencionar- y en el que dicho trabajador renunciaba a reclamar ninguna otra cantidad a la empresa.

Octavo.

La causa matriz de que dimanen estas actuaciones, primero como pieza separada y después como Diligencias Previa independientes, se inició en marzo de 2012. Ya en Julio de 2014 se formó la pieza separada que se dio en llamar de "personal" y en mayo de 2017 se convirtió en Diligencias Previa. Hasta el dictado del auto

de transformación en procedimiento abreviado de 29/03/19, se practicaron diversas diligencias de investigación, básicamente la declaración -en más de una ocasión- de los cuatro entonces imputados y luego acusados, varias testificales y tres periciales. El 25/04/19 se dictó auto de apertura de juicio oral. Por auto de 05/02/20, la Sección Tercera dictó resolución confirmando el auto de transformación en procedimiento abreviado. Ya el 11 de mayo siguiente, esta Sección Cuarta dictó auto pronunciándose sobre las pruebas propuestas por las partes y acordando se fijara día para celebrar el juicio, lo que no pudo hacerse sino para septiembre y octubre del presente año 2021 por carecer de fechas libres anteriores".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "I.- Que debernos absolver y absolvemos libremente a Florencio y a Gerardo de los delitos de falsedad documental y malversación de que venían acusados.

II.- Que, absolviéndole de las restantes acusaciones, debemos condenar y condenamos a Emiliano como autor penalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definido y circunstanciado, apreciando la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE CUATRO AÑOS, condenándole así mismo al pago de una tercera parte de las costas incluidas las de las acusaciones particulares.

III.- Que, absolviéndole de las restantes acusaciones, debemos condenar y condenamos a Eduardo como autor penalmente responsable en concepto de cooperador necesario de un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definido y circunstanciado, apreciando la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas de UN AÑO, UN MES Y QUINCE DÍAS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE DOS AÑOS, condenándole así mismo al pago de una tercera parte de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

IV.- Declaramos de oficio la restante tercera parte de las costas".

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y por la representación de D. Eduardo, y por D. Emiliano, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM por vulneración del artículo 24 CE, al haberse efectuado una valoración irracional de la prueba en relación con los acusados Gerardo, Emiliano y Eduardo.

2º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM por vulneración del artículo 24 CE, al haberse efectuado una valoración irracional de la prueba en relación con los acusados Florencio, Emiliano y Eduardo.

3º.- Al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM por indebida inaplicación del artículo 404 CP respecto de Emiliano.

4º.- Al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM por indebida apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y la indebida aplicación del artículo 66.1. 2ª en relación con el artículo 21. 6ª, ambos del CP.

5º.- Al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM por aplicación indebida del artículo 65.3 del CP.

El recurso interpuesto por D. Eduardo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24.2 de la CE.

2º.- Al amparo de lo preceptuado en el artículo 849.1 de la LECRIM, al entender que se ha infringido precepto penal y normas jurídicas de carácter sustantivos, por aplicación indebida del artículo 432.1 en relación con el artículo 74.1 del CP.

El recurso interpuesto por D. Emiliano se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM, en relación con el artículo 5.4 LOPJ.

2º.- Al amparo del artículo 851.1 LECRIM por consignación como hechos probados de conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

3º.- Al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por indebida aplicación del artículo 432 de CP, y de los artículos 14, 27, 28 y 74 del CP en relación con aquel.

4º.- Al amparo del artículo 849.2 LECRIM, por existir error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación de la Sala Juzgadora sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió a trámite los mismos, quedando concludos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Con la entrada en vigor de LO 14/22, Disposición Transitoria Tercera, de 22 de diciembre, se acordó por Diligencia de Ordenación en fecha 18 de enero de 2023 dar traslado a los recurrentes para alegaciones, por la representación de D. Emiliano se interpuso recurso de reposición contra la citada Diligencia de Ordenación al que se adhirió el otro recurrente D. Eduardo. Con fecha 31 de enero de 2023 se dio traslado para alegaciones al Ministerio Fiscal que manifestó que no procede su aplicación a los hechos enjuiciados.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de febrero de 2024. En la presente causa se han dictado varios autos de prórroga del plazo para dictar sentencia, prologándose la deliberación hasta el redactado de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal.

Primero.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla han presentado recurso el Ministerio Fiscal y los dos condenados. Damos comienzo con el primero de los citados recursos.

Al amparo del artículo 852 LECRIM denuncia el recurso del Fiscal vulneración del artículo 24 CE, al haberse efectuado una valoración irracional de la prueba en lo que concierne a los acusados Gerardo, Emiliano y Eduardo. Considera que las conclusiones probatorias en torno a la condonación de un préstamo que han conducido a la absolución de los citados respecto del delito de malversación por el que fueron acusados, el primero en concepto de cooperador necesario, ha sido irracional y arbitraria.

Insiste el Fiscal en la tesis que sustentó su acusación, al entender que la condonación del préstamo personal por parte de Emiliano y Eduardo -Consejero Delegado y Director Económico-Financiero de INVERCARIA- a Gerardo -empleado de la misma- al tiempo de la extinción de la relación laboral de aquél con la sociedad, careció de justificación, integrando una disposición graciosa y arbitraria de fondos públicos en favor de dicho trabajador por parte del Presidente y del Director Económico-Financiero de la entidad, con quienes aquel actuó concertado. Al hilo de ello solicita la nulidad de la sentencia recurrida.

1. La opción por la que se decanta la Fiscal es la única vía a su alcance para revertir el fallo absolutorio que se combate, dados los estrechos contornos que ciñen la revisión en casación de los pronunciamientos absolutorios.

Las posibilidades de agravación en casación de sentencias absolutorias, especialmente cuando la misma exige la modificación del relato de hechos probados, dadas las características de este recurso, cada vez discurre por senderos más angostos. Especialmente porque de manera unánime ha afirmado esta Sala que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. Audiencia que, como garantía del derecho de defensa se viene exigiendo por el Tribunal Constitucional, en línea con la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, salvo en los supuestos en que la revisión se concrete en la corrección de errores de subsunción jurídica, a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, en los que bastará la intervención de la defensa técnica. Por todas nos remitimos a la STC 125/2017 de 13 de noviembre.

Distinto es cuando la revisión de pronunciamientos absolutorios en casación surge porque la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS 178/2011 de 23 de febrero ó 631/2014 de 29 de septiembre).

Esta Sala ha acogido la distinción entre los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia, en el sentido de que aquel se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no a la existencia o inexistencia de tales motivos. Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta

de motivo para condenar supone la absolución del acusado, mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios (SSTS 178/2011 de 23 de febrero y 631/2014 de 29 de septiembre). En cualquier caso, es necesario precisar que una ausencia relevante de motivación que no verse sobre la valoración sino sobre la propia concurrencia de prueba suficiente para fundamentar la condena, constituye en realidad una vulneración del derecho a la presunción de inocencia que debe determinar directamente la absolución.

Pero también ha advertido esta Sala que no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (entre otras STS 892/2007, de 29 de octubre; o las más recientes SSTS 631/2014, de 29 de septiembre; 189/2015, de 7 de abril; 209/2015, de 16 de abril; 246/2015, de 28 de abril; 601/2016, de 7 de julio; 363/2017, de 19 de mayo; 413/2017, de 6 de junio; 117/2018, de 12 de marzo; 576/2018, de 21 de noviembre; 503/2019, de 24 de octubre; 474/2020, de 24 de septiembre; 769/2021, de 14 de octubre; 113/2022, de 10 de febrero). Criterio igualmente expresado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que "al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas"(STC 141/2006, FJ 3).

La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras STS 350/2015 de 21 de abril). Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la hipotética arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza poderosa del principio constitucional de presunción de inocencia que debe superar toda prueba de cargo y toda motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria. Por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado como titular del ius puniendi o por una acusación privada para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos absolutamente excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En conclusión, en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena, este Tribunal de casación no puede sustituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen.

2. Los apartados del relato de hechos probados que conciernen a la intervención de los acusados Emiliano y Eduardo en relación a Gerardo son los siguientes.

"QUINTO.- Aunque no fuera aplicable a los trabajadores de Invercaria (salvo aquellos en que excepcionalmente así se hizo constar en su contrato de trabajo), como quiera que el Convenio Colectivo de la Agencia Idea contemplaba el derecho de sus trabajadores a obtener un préstamo sin intereses de hasta 15.000 euros a devolver en un máximo de 60 meses mediante detracción de la nómina, Emiliano decidió extender ese beneficio a los trabajadores de Invercaria, aunque elevando hasta 60.000 euros el importe máximo. Muchos de los trabajadores de Invercaria solicitaron tal préstamo, entre ellos ... Gerardo....

...También decidió extender a los trabajadores de Invercaria el derecho, contemplado en aquel convenio colectivo, a percibir una parte del importe de la prima del seguro del vehículo que utilizaran para traslados por necesidades del servicio. Así, recibieron esta ayuda trabajadores como ... Gerardo....

...SEXTO,- Gerardo suscribió contrato de trabajo con Invercaria el 1 de julio de 2005 con la categoría profesional de "Director de Promoción" y un salario anual, por todos los conceptos, de 60.100 euros, si bien por decisión de los responsables políticos de la Consejería -aceptada por Emiliano como Consejero Delegado de Invercaria-, prestó servicios desde el primer momento para el Observatorio para la Innovación y la Participación, órgano consultivo y asesor de la Consejería que dependía orgánica y funcionalmente de la Secretaria General de Innovación, cuyo responsable asumía la superior dirección el organismo. A esa fecha, Invercaria se subrogó en el préstamo que le tenía concedido la Agencia IDEA, de la que procedía, préstamo que ya en 2007 amplió hasta los 30.000 euros.

Ya a primeros de Octubre de 2007 y por diferencias surgidas con el Director del Observatorio (Secretado General de Innovación), Gerardo decidió gestionar su salida del mismo, lo que entrañaba resolver su contrato laboral con Invercaria; tras algunos contactos, no consta si con el Director del Observatorio, con personal de la Agencia

IDEA o con personas de INVERCARIA, se alcanzó un acuerdo transaccional por el que se le reconocían en la nómina de ese mes, además del salario devengado, la cantidad de 14.079,44 euros por horas extraordinarias y la de 15.848,82 euros como "finiquito" o indemnización por extinción del contrato, confeccionándose un documento con fecha 31 de octubre de 2007 denominado "liquidación y finiquito" en el que se incluían a favor del trabajador los 26.540,08 euros de la nómina de octubre referida y 906,25 euros por gastos de viaje y representación legítimamente devengados, en tanto que en la partida del debe se incluyeron los 26.500 euros que adeudaba del préstamo antes mencionado y otros 40,08 euros abonados mediante transferencia, lo que arrojaba un saldo a favor del trabajador de 906,25 euros, firmando dicho trabajador otro documento por el que renunciaba a reclamar ninguna otra cantidad".

3. La valoración probatoria que conduce al pronunciamiento absolutorio que el Fiscal cuestiona se recoge en el fundamento octavo de la sentencia combatida, que transcribimos a continuación como mejor medio de condensar el esfuerzo argumentativo del Tribunal sentenciador, en lo que afecta también a extremos, ya lo avanzamos, propios del segundo motivo de recurso, de factura similar al actual, pero relativo a Florencio que, al igual que el Sr. Gerardo, fue acusado por el Fiscal como cooperador necesario del delito de malversación.

"OCTAVO.- De la extinción de la primera relación laboral de los Sres. Florencio y Gerardo. Las acusaciones centran su reproche penal a estos dos acusados en su participación en el delito que dicen cometido por Emiliano y Eduardo con ocasión de extinguir sus relaciones laborales (nos referimos en ambos casos a la primera, pues los dos volvieron a trabajar en Invercaria, en momentos posteriores que ahora no interesan por cuanto no se ejerce acusación alguna por ellos, como ya hemos aclarado respecto del Sr. Gerardo y que en el caso del Sr. Florencio derivó, además, en un procedimiento en la jurisdicción social).

La clave de estas acusaciones, como bien detectaron ambas defensas, radica en la afirmación de que se confeccionaron documentos ad hoc para "cuadrar" las cantidades a percibir por tales trabajadores con la que habrían de reintegrar de los préstamos que tenían concedidos por Invercaria, que se dicen por tanto condonados. Y el tribunal no puede comenzar el análisis de esta cuestión sino anticipando que, aunque así fuere, no advierte que tal hecho fuera penalmente típico.

Sin necesidad de insistir en que estamos ante relaciones propiamente laborales, el contrato de trabajo se extingue: entre otras causas, por mutuo acuerdo de las partes, paro también por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso oportuno (artículo 49 F.T). Florencio reconoció que dejaba Invercaria por voluntad propia, en tanto que Gerardo habló de ciertas diferencias con el Director del Observatorio del que incluso dice haber recibido indicaciones para que cesara; el tribunal no encuentra motivos para no creer a ambos acusados en este punto, pues a fin de cuentas podían poner fin a su relación laboral libremente y en nada afectan a su situación esas alegaciones, amén de que en ningún momento consta que Invercaria se opusiera a esos ceses o se produjeran contra su voluntad.

Pero una vez determinada la extinción de la relación contractual, llega el momento de liquidar las consecuencias económicas de la misma, donde ambas partes pueden tener reivindicaciones y pretensiones opuestas. Es cierto que Invercaria ostentaba un crédito contra ambos por razón del préstamo que les había concedido, en la parte no devuelta; pero también lo es que los trabajadores podían ostentar legítimas reivindicaciones de naturaleza económica frente a la empresa. En esa situación, cabía sin duda el recurso a una acción judicial, ya fuere ante la jurisdicción civil, ya ante la laboral; pero es evidente que no puede obligarse a ninguno de ellos a acudir a los tribunales en demanda de respuesta a sus pretendidos derechos, pues a la incertidumbre que supone un procedimiento judicial se añade el tiempo que, desafortunadamente, debe invertirse en ella e, incluso, un posible daño reputacional para la empresa (amén de provisionar económicamente la demanda) pero también para los trabajadores. Por ello, las partes son libres de fijar las consecuencias de esa extinción de la relación laboral en el marco de la autonomía de la voluntad a que ya nos hemos referido, y alcanzar una transacción, que en palabras de nuestro Código Civil no es sino "un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado" (artículo 1809); en este marco negociador de cara a un acuerdo transaccional se diluye el concepto de lo aritméticamente justo para ser sustituido por lo globalmente aceptable, con las miras puestas en una respuesta rápida y consensuada; así, en ese mundo laboral no es extraño encontrar auténticos despidos por cualesquiera causas revestidos del ropaje de una dimisión del trabajador o, al contrario, renunciaciones unipersonales que se formalizan como despido e incluso resoluciones pactadas de la relación laboral que se documentan como uno u otra, todo ello siempre que fueren precedidos de un acuerdo económico liquidatorio; Invercaria no podía ser, ni de hecho era, una excepción, y como ejemplo baste referirnos al ulterior despido del Sr. Florencio en junio de 2011, en su segunda contratación por Invercaria (folio 679 de la presente pieza), en el que se le notifica tal despido por causas disciplinarias pero se ofrece simultáneamente, en aras a evitar la contienda judicial, reconocerlo como improcedente y abonarle la oportuna indemnización, despido que, por cierto y hasta donde dijo el propio afectado, acabó en sede judicial.

Así, en cuanto al Sr. Gerardo, el mismo declaró que al tiempo de extinguir su relación formal con Invercaria había reclamado las no pocas horas extraordinarias que había realizado en el Observatorio, lo que al tribunal no le parece en absoluto descabellado; pues no sólo el co-acusado Sr. Emiliano dijo que el Director del Observatorio Sr. Eduardo le había confirmado las horas extraordinarias, sino que el propio Viceconsejero Alonso afirmó que trabajaba muchísimas horas y que viajaba mucho con el propio Consejero en el desempeño de su cargo, confirmando también

Augusto (Director General de IDEA) que se le veía mucho en viajes y actos públicos con el referido Consejero, además de que el testigo Alvaro -que estuvo en una situación similar en el Observatorio- afirmó que allí realizaban muchas horas extraordinarias, entre ellos Gerardo, y si bien es cierto que él no las reclamó y que las estimó incluidas en su sueldo, no se puede perder de vista que dicho testigo continúa trabajando en IDEA y no se ha visto implicado en una resolución similar de su relación laboral (amén de que su salario creció de forma importante como ya hemos reflejado en los hechos probados, en porcentajes muy superiores al de quien él mismo dijo que era su jefe allí, el Sr. Gerardo) y que, en todo caso, las motivaciones personales de un trabajador no son extrapolables ni restan legitimidad a la reclamación de otro que estime le son adeudadas esas horas. Obviamente, que en una situación tan poco habitual como es prestar servicios en un órgano administrativo consultivo mientras se está en nómina de una sociedad mercantil del sector público, el empresario -fuere uno u otra- Incumpla su obligación legal (artículo 35 ET) de llevar un registro de horas extraordinarias, no cercena ni extingue el derecho del trabajador a que le sean abonadas o compensadas, sin perjuicio de las mayores dificultades que tuviera para acreditarlas en sede judicial. En definitiva, es del todo legítimo que uno de los conceptos a valorar y cuantificar al liquidar la relación laboral del Sr. Gerardo con Invercaria fuere precisamente ese de las horas extraordinarias.

Algo similar ocurre con la cuantía abonada en concepto de "finiquito", que para el diccionario de la RAE no es sino "remate de las cuentas, o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas"; es cierto que ese concepto reflejado en la liquidación es poco específico y puede responder a muy diversas figuras, una de ellas la de indemnización por despido que no sería procedente en la resolución a instancias del trabajador, pero también lo es que el propio acusado habla de desavenencias en su puesto de trabajo y una indicación del Director del Observatorio y Secretario General de Innovación para que dejara dicho organismo, y nadie lo ha desmentido en el plenario, lo que entraña una pérdida de confianza que puede apuntar más al despido que a la resolución unilateral, además de que en todo caso Invercaria era la primera interesada en poner fin a una situación en la que alguien percibía de sus fondos cantidades importantes y no retornaba nada en forma de prestación de trabajo. Por cuanto llevamos expuesto, cobra solidez la hipótesis de que el Sr. Gerardo no sólo reclamara las horas extraordinarias, sino que también asumiera que de alguna manera estaba siendo invitado a irse, por lo que es del todo razonable que en sede de solución pactada planteara que su salida pasara por no tener que abonar nada a Invercaria, siendo ello una salida también lógica e incluso interesante para la empresa, que por todas esas razones decidiera reconocerle las horas extraordinarias y una cantidad alzada que alcanzara a compensar la parte del préstamo que todavía adeudaba el trabajador.

De este modo, el contenido de los documentos al principio mencionados, nómina y liquidación, no pueden tildarse de falsos sino esencialmente ajustadas a una realidad que consista en que las partes fijaban definitivamente sus mutuas pretensiones en esos importes y daban no sólo por extinguida su relación laboral, sino también por liquidadas las consecuencias económicas de la misma, desvinculándose de forma definitiva sin riesgos asociados a una eventual acción judicial ...

...Precisamente por esta conclusión, ya anticipábamos que se zanjaría cualquier debate sobre el delito de falsedad documental introducido por el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones definitivas, pues el mismo no podrá ser apreciado y han de ser absueltos los acusados, lo que además nos exime de abordar una cuestión también compleja como sería la eventual participación de los mencionados acusados trabajadores de Invercaria de los que no parece fácil predicar en este punto la condición de funcionarios públicos, en un delito especial propio de falsedad en documento oficial del artículo 390.1.4º del Código Penal (excluido para los particulares en el artículo 392), que sería en esa hipótesis acusatoria cometido por los otros dos coacusados.

Obviamente, cuanto llevamos dicho excluye también que esos hechos puedan incorporarse para ninguno de los acusados en un delito de malversación, que sería continuado para Emiliano y Eduardo, que no sería sino el resultado de esa falsedad que ya hemos concluido inexistente, no pudiéndose reputar en esos des casos ilegítima la disposición de fondos de Invercaria. En definitiva, por estos hechos reflejados en los apartados sexto y séptimo de los probados deben ser absueltos todos los acusados".

Se trata de una argumentación que se compartirá o no, pero que dista mucho de poder ser considerada arbitraria.

4. Frente a esta argumentación el Fiscal opone que se trata de una valoración ilógica o arbitraria en cuanto parte de la aceptación de la versión de descargo facilitada por el Sr. Gerardo. Una versión que dice difiere de la mantenida en instrucción, donde dijo que causó baja voluntaria, al parecer sin alusión a la existencia de desavenencias. Censura el recurrente que la defensa no propusiera prueba testifical para apuntalar su versión, pero omite cualquier referencia a que en el acto de plenario se hubieran puesto de relieve las alegadas contradicciones por parte de la acusación, a los efectos de propiciar alguna aclaración al respecto. Aun así, en los términos que se expresa la sentencia recurrida, el cambio fue más bien una matización.

Añade el recurrente que la versión facilitada en el juicio, a la que el Tribunal reconoció fiabilidad, entra en total contradicción con la documentación obrante en el procedimiento, en concreto con un e-mail documentado al f 695 de las actuaciones, que el 10 de octubre de 2007, a las 8:28, dirigió Gerardo a Emiliano -con copia a Eduardo- por el que les manifestó "Estimados Emiliano y Eduardo. Por la presente os transmito mi intención de causar baja en la empresa Inversiones y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía S.A. (INVERCARIA) con fecha de hoy 10 de

Octubre de 2007.- Os agradezco los momentos -y lecciones que me habéis brindado.- Recibid un fuerte abrazo, Gerardo, DNI/NIF (...). Insiste en que tal comunicación sugiere una decisión unilateral del trabajador, cuestión que el Tribunal no omitió, facilitando una explicación que dista de ser irracional.

Tacha igualmente el Fiscal de arbitrario o irracional que la sentencia no especifique con quién alcanzó el trabajador el acuerdo transaccional, que entiende el recurrente que no es otro que con Emiliano. Acuerdo que después se encargó de materializar Eduardo, como Director Económico Financiero de la sociedad. Y señala que ningún elemento de prueba, más allá de la alegación exculpatoria de Gerardo, permite afirmar que ese acuerdo transaccional se alcanzara con alguien distinto de Emiliano y Eduardo, cuando INVERCARIA era absolutamente independiente de la Agencia IDEA y de la Consejería de adscripción en la toma de decisiones en materia de personal. Y alude a una serie de folios de la causa, sin concretar qué tipo de documentación se trata, para concluir simplemente que de ellos se deduciría que el acuerdo se alcanzó con Gerardo y se materializó solo y exclusivamente con la intervención de Emiliano y Eduardo. Nos remitimos de nuevo a las explicaciones que facilita la sentencia. Respecto a la documentación invocada, pese a la falta de desarrollo argumentativo del recurrente, la hemos examinado, y podemos concluir que carece del carácter unívoco que se le atribuye.

Igualmente denuncia recurso que no se hayan justificado documentalmente las horas extras que se consideraron compensadas con el crédito asumido por el Sr. Gerardo, así como la cantidad reconocida por 15.848,82 euros compensada con el importe del préstamo adeudado, en concepto de finiquito, cuando no había ningún importe que finiquitar pues se trató de una pura y simple baja voluntaria y no de un despido. Y resalta que, de hecho, al día siguiente Gerardo fue contratado por otra entidad pública, LIPASSA/VI, según consta en su vida laboral (f. 485 y 486). Por ello concluye que la inclusión de esas partidas en las citadas nóminas y finiquito no tenía otra finalidad que justificar esa disposición graciosa y arbitraria de fondos en favor del trabajador. De ahí que también se incluyera la calificación del delito de falsedad documental en las conclusiones definitivas.

La postura valorativa que el recurso enarbola, no pasa de dejar patente una discrepancia en torno a un criterio argumentado sustentado en bases fundadas, que distan de merecer el calificativo de irracionales o arbitrarias.

El motivo se desestima.

Segundo.

El segundo motivo del recurso del Fiscal, por la misma vía y con similar planteamiento, solicita la nulidad de la sentencia por resultar a juicio del recurrente, irracional y arbitraria la valoración probatoria que ha conducido a la absolución de Florencio, acusado como cooperador necesario de un delito de malversación, y parcialmente de Emiliano y Eduardo, excluyendo de la malversación continuada por la que fueron condenados estos últimos, el episodio relativo a la que el recurso califica de ilícita condonación del préstamo personal contraído por el Sr. Florencio.

Sostiene que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal, porque la inclusión en la nómina de un "complemento de destino" por importe de 12.960 euros no responde a ninguna justificación objetiva, sino a la pura decisión personal de Emiliano de común acuerdo con Eduardo, con la aquiescencia de Florencio, que fue quien se lucró indebidamente con el acto dispositivo desarrollado por aquéllos, lo que constituye una alteración de la realidad y una disposición graciosa de dinero público.

Y añade que, al entender que era mendaz el documento en el que se reconocía las cantidades con las que se compensaban con la parte que adeudaba de sus préstamos personales, sin modificar los hechos por los que se formuló acusación y sin incrementar las penas, se añadió en conclusiones definitivas que los hechos pudieren ser también constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento oficial del artículo 390. 1 4º CP, en concurso medial con el de malversación.

1. El relato de hechos probados en lo que al extremo ahora concernido se refiere, es del siguiente tenor:

"SÉPTIMO, A primeros de Junio de 2008, Florencio comunicó a Emiliano su intención de causar baja en la empresa a finales de ese -mes, aprovechando para recordarle su promesa de equiparación a otros cargos similares al suyo, indicándole Emiliano que, si no se había hecho, daría instrucciones para que se hiciera. Finalmente, empresa y trabajador alcanzaron un acuerdo transaccional por el que ponían fin a la relación laboral y evitaban futuras reclamaciones, a cuyo efecto en la nómina de aquel mes incluyeron, además del salario y conceptos habituales, la cantidad de 12.960 euros como complemento de destino; como quiera que Florencio realizó el 27 de junio dos transferencias a favor de INVERCARIA por importe total de 6.037,47 euros en concepto de devolución parcial del préstamo recibido, a la fecha de confección de la nómina resultó un saldo cero a percibir, por compensarse las cantidades a percibir por el trabajador y los importes a abonar a INVERCARIA por razón del préstamo. Con fecha 30 de junio de 2008, Florencio firmó otro documento por el que se reflejaba el cobro de la parte proporcional de las vacaciones -ya reflejadas en la nómina que acabamos de mencionar- y en el que dicho trabajador renunciaba a reclamar ninguna otra cantidad a la empresa"

En el fundamento jurídico noveno, el mismo en el que se aborda el supuesto analizado en el motivo anterior, se explicita el siguiente razonamiento: "En situación análoga a la hasta aquí descrita se encuentra el Sr. Florencio, que ciertamente al materializar su salida de Invercaria decide reclamar aquello que se le prometió al tiempo de ser contratado, la equiparación con otros cargos similares; el propio Sr. Emiliano declaró en el juicio que había tratado de asimilarlo lo más posible a otras direcciones y que a su cese era de justicia que cobrara esa diferencia, por lo que decidió autorizarlo; también consta que existía otro trabajador con esa misma categoría de Director de Promoción que cobraba un salario superior y que era precisamente el Sr. Gerardo, que por lo ya dicho no trabajaba realmente en Invercaria, por lo que es del todo razonable que al tiempo de extinguir la relación laboral se decidiera restañar de alguna manera esa desigualdad; otro dato relevante es que, en realidad, a Florencio no se le condonó la totalidad del préstamo que adeudaba, pues en esas mismas fechas había anticipado mediante sendas transferencias la devolución de algo más de 6.000 euros (correspondientes a cuotas no vencidas formalmente, por lo que es obvio que se hizo en contemplación de la extinción de la relación laboral y su liquidación); finalmente, su defensa tuvo la habilidad de mostrar matemáticamente que los 12.960 euros que se le reconocieron como "complemento de destino" coinciden casi milimétricamente (12.928'28 euros, en realidad) con la diferencia en más percibida por el Sr. Gerardo desde Noviembre de 2005 (fecha de la incorporación de Florencio) hasta septiembre de 2.007 (última nómina ordinaria percibida por Gerardo), lo que no deja de ser un dato revelador de la justicia de reconocerle tal complemento. Por todo ello y como en el caso anterior, es del todo razonable que el tiempo de liquidar las consecuencias económicas de la relación laboral, en evitación de una reclamación judicial con todo lo que ello pudiera suponer, la empresa decidiera reconocer ese importe a favor del Sr. Florencio, siendo irrelevante a estos efectos la denominación que se le quisiera dar (que, por poner algún ejemplo, también pudo ser "atrasos diferencia categoría"), pues ello no convierte en falsario un documento que reconoce en esencia la realidad de las disposiciones patrimoniales de una y otra parte y va acompañado de la renuncia del trabajador a cualquier actuación o reclamación futura.

Como colofón a este apartado, no puede resultar irrelevante que la propia entidad Invercaria (hoy Venture Invercaria), personada como acusación particular, no acuse a los dos mencionados Sres. Gerardo y Florencio, lo que sólo puede responder a que no percibe como mermados sus fondos y que ratifica de alguna manera aquella forma de proceder, en cuanto transacciones intrínsecamente justas que articulaban adecuadamente los intereses en conflicto de empresa y trabajadores".

2. Como ocurriera en el motivo anterior, nos enfrentamos a una argumentación que parte de reconocer fiabilidad a la versión del acusado, Sr. Florencio; postura interpretativa que podrá compartirse o no, pero que dista mucho de merecer los calificativos de arbitraria, irracional o patentemente errónea, precisamente por las circunstancias que rodean la contratación laboral y el cese del consiguiente cese de la misma, que la propia sentencia expone.

Ya lo hemos dicho, la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés. La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria. El derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del ius puniendi, para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, de "abrupta arbitrariedad" (STS 730/2023, de 4 de octubre).

El alcance de la facultad revisora de las decisiones absolutorias o que declaran menor responsabilidad que la pretendida basada en la valoración de la prueba, debe limitarse a identificar si la decisión del tribunal de instancia se funda en bases cognitivas irracionales o incompletas, ordenando, en estos casos, el reenvío de la causa para que el tribunal a quo reelabore la sentencia racional o informativamente inconsistente o, excepcionalmente, se repita de nuevo el juicio. Entendiendo como irracional cuando se utilizan criterios de atribución de valor a los datos de prueba que respondan a fórmulas absurdas, o máximas de experiencia inidentificables. Ni siquiera cabe la revisión por esta vía cuando el tribunal encargado de la revisión identifica otras fórmulas de atribución de valor que arrojen un resultado probatorio más consistente o convincente -vid. al respecto, la STEDH, caso Tempel c. República Checa, de 25 de junio de 2020- (STS 818/2022 de 14 de octubre).

El motivo se desestima.

Tercero.

El tercer motivo de recurso se canaliza por vía de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM por indebida inaplicación del artículo 404 CP respecto de Emiliano. Entiende el Fiscal recurrente que el hecho de fijar la cuantía de los sueldos y la de los incrementos anuales ignorando por completo las normas legales presupuestarias de obligado cumplimiento, al margen de todos los controles y límites propios de una entidad del sector público andaluz, constituye el delito de prevaricación por el que se formuló acusación.

1. Declaran, en síntesis, los hechos probados, que Emiliano -Presidente y Consejero Delegado de INVERCARIA- tenía la facultad para contratar empleados para la entidad y señalarles los puestos de trabajo y

retribuciones. En el ejercicio de esas funciones contrató empleados para la entidad y decidió la cuantía inicial de sus sueldos y la de los incrementos anuales, ignorando por completo las normas legales presupuestarias de obligado cumplimiento, al margen de todos los controles y límites propios de una entidad del sector público andaluz.

La Sala sentenciadora, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, desmenuza los presupuestos del delito de prevaricación, y concluye que concurren todos menos el de haberse dictado la resolución "en un asunto administrativo", por lo que absuelve al acusado Emiliano del delito de prevaricación.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal sentenciador, sintéticamente expuestos en el recurso, son que en el ámbito de una sociedad mercantil que maneje caudales públicos -como es el caso de INVERCARIA-, solo en dos supuestos estaremos en presencia de un "asunto administrativo": bien cuando desarrolle actuaciones que supongan la ejecución de una encomienda de gestión, bien cuando por aplicación de una norma expresa quede sometida a principios o procedimientos propios de la Administración. Por tanto, solo cuando la resolución se hubiera dictado en alguno de esos dos supuestos podría haber un delito de prevaricación en la actuación de una empresa pública.

Es difícil predicar esa condición de "asunto administrativo", afirma el Tribunal, cuando nos desenvolvemos en el ámbito estrictamente laboral, bajo cuyo ordenamiento se produjeron las contrataciones y se decidieron los incrementos salariales.

La mera existencia de caudales públicos no determina que necesariamente estemos ante un "asunto administrativo", pues, de ser así, se producirá una interpretación expansiva de la expresión -analogía contra reo, proscrita en el Derecho Penal- y se infringiría el principio non bis in ídem, en la medida en que ese único dato -la existencia de caudales públicos serviría para la tipificación de la conducta como prevaricación y como malversación.

El recurrente discrepa de esa apreciación, arguyendo que, según la declaración de hechos probados, concurre en este caso el elemento que engarza las resoluciones -decisiones anuales sobre retribuciones- con un "asunto administrativo": para la contratación de personal y asignación de salario -y de sus incrementos- debió seguirse un procedimiento administrativo, que aquí no se observó, pues debió contarse con la autorización previa del órgano correspondiente de la Consejería de Hacienda -en algunos ejercicios presupuestarios era suficiente una mera dación de cuentas o comunicación a dicho órgano-, de acuerdo con la legislación presupuestaria; no se debieron sobrepasar los límites que en ésta se fijaban para cada ejercicio en cuanto a los incrementos salariales, que en este caso no se respetaron; y todo ello finalizaba en decisiones del Consejero-Delegado de una empresa pública que tenían una repercusión en el ámbito de lo público, como era la necesidad de que la Consejería de la Junta de Andalucía a la que estuvo adscrita INVERCARIA en cada uno de esos ejercicios económicos tuviera que ampliar la dotación de fondos para la sociedad para que ésta pudiera afrontar las consecuencias derivadas de esas decisiones del acusado en materia de salarios.

Concluye el motivo solicitando la estimación del recurso y la condena del acusado en los términos contenidos en el escrito de acusación.

2. Acude en esta ocasión el recurrente a distinto cauce para la revisión de pronunciamientos absolutorios, optando por la segunda de las modalidades que faculta la misma a través del artículo 849.1 LECRIM. Revisión que se concreta en la corrección desde una perspectiva jurídica de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin modificar sus presupuestos de hecho ni verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, (en este sentido SSTS 1014/2013 de 12 de diciembre; 122/2014 de 24 de febrero; 237/2014 de 25 de marzo; 309/2014 de 15 de abril; o 882/2014 de 19 de diciembre, entre otras). Lo que faculta este cauce es una declaración relativa a la subsunción que no exija ni una revaloración de la prueba ni una modificación del hecho probado. Es decir, cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica (entre otras SSTS 500/2012 de 12 de junio; 138/2013 de 6 de febrero; 717/2015 de 29 de enero; 214/2016 de 15 de marzo o 798/2017 de 11 de diciembre).

El TEDH ha apreciado la vulneración del Artículo 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero ha considerado, a contrario sensu, que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica. Es decir, cuando la revisión se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico (entre otras SSTEDH de 16 de diciembre de 2008 caso Bazo González c. España o de 22 de octubre de 2013 caso Naranjo Acebedo c. España).

En el mismo sentido se ha pronunciado de antiguo ya la doctrina constitucional (SSTC 153/2011 de 17 de octubre y 201/2012 de 12 de noviembre). Dijo la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 88/2013 de 11 de abril "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005 de 6 de junio o 2/2013 de 14 de enero)", e insistió en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida

en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011 de 11 de abril y 153/2011 de 17 de octubre)". En el mismo sentido la STC 125/2017 de 13 de noviembre.

3. El delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios (STS 600/2014, del 3 de septiembre).

Recordaba la STS 576/2021, de 30 de junio, con referencia a la 577/2015 "El artículo 404 del Código Penal, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, (SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010)".

La arbitrariedad, dijo la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. También cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. O cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad convertida en fuente de normatividad sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (SSTS 49/2010, de 4 de febrero; 1160/2011, de 8 de noviembre; 502/2012, de 8 de junio; 743/2013, de 11 de octubre; 1021/2013, de 26 de noviembre; 773/2014, de 28 de octubre; o 259/2015, de 30 de abril, entre otras).

En palabras de la STS 773/2014, de 28 de octubre, la prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con

el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre; STS 152/2015, de 24 de febrero; y 259/2015, de 30 de abril, entre otras).

4. Entiende el Tribunal sentenciador que al haber recaído las resoluciones que se tachan de manifiestamente ilegales y arbitrarias -según los respectivos escritos de acusación, aquellas que acordaron los incrementos salariales que el relato de hechos recoge, con exclusión de la inicial contratación- en relaciones privadas de ámbito puramente laboral, no alcanzan la consideración típica de ser resoluciones recaídas en asunto administrativo, aun cuando se omitieron los controles y se rebasaron los límites cuantitativos del sector público andaluz. Y a tal fin se apoya de manera fundamental en la STS 166/2014, aun admitiendo que la postura de que la misma mantuvo no ha sido refrendada por la ulterior jurisprudencia, que podemos al día de hoy calificar de constante, aun cuando alguna resolución siga insistiendo en que se trata de un asunto no pacífico.

La cuestión suscitada no puede deslindarse de la interpretación que esta Sala ha configurado en relación a otros elementos de tipicidad, como el del concepto de funcionario público a efectos del artículo 404 CP, ni del bien jurídico protegido por tal precepto y que confluye en entender que la alocución resolución arbitraria en asunto administrativo, se refiere a la recaída en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa. Y desde luego lo es cuando se trata de un proceso de contratación y de fijación de retribuciones, cualquiera que sea su naturaleza, que compromete caudales públicos, respecto de los que se reclama del funcionario una actuación dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, y respeto a la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

El criterio jurisprudencial que admite la posibilidad de incurrir en prevaricación en supuestos de contratación de empresas públicas, se ha venido consolidando a lo largo de los años, hasta el punto que , en palabras de la STS 149/2015, citada por muchas de las posteriores, se dice de la STS 166/2014, de 28 de febrero -en la que el Tribunal sentenciador se basó- que en ella " se produce un quiebro aislado en nuestra jurisprudencia consolidada al excluir la prevaricación en un supuesto de arbitrariedad en la contratación de una empresa pública, pese a reconocer la condición de funcionario, a efectos penales, del acusado y la naturaleza pública de los caudales dispuestos, lo que determina la confirmación de los delitos de cohecho, fraude y malversación de caudales públicos, pero no la del delito de prevaricación".

Queda clara pues la inescindible relación entre el alcance reconocido del concepto de funcionario público ex artículo 404, y la consideración de lo que daba entenderse como asunto administrativo.

Señalábamos en la STS 546/2019, de 31 de octubre, que "La cualidad de autoridad o funcionario público del agente es un concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Conforme expresábamos en la sentencia núm. 296/2018, de 8 de febrero, con referencia expresa a la sentencia núm. 166/2014, de 28 de febrero, a efectos penales, "el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos: el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas.

No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material.

Asimismo, es doctrina consolidada de esta Sala que puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con

personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). Doctrina reiterada en la STS 166/2014." En el mismo sentido decíamos en la sentencia núm. 83/2017, de 14 de febrero que "Esta interpretación amplia del concepto de funcionario público ha sido la tónica seguida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, rebasando así las líneas definitorias del concepto administrativo de funcionario, en tanto se atiende de forma primordial a la función desempeñada, alcanzando incluso al personal laboral contratado para el ejercicio de funciones en el ámbito de un organismo público".

En este caso no se cuestiona que, pese a su forma jurídica, INVERCARIA gozaba de carácter público: su único socio era el Instituto de Fomento de Andalucía; públicos eran los fondos que la nutrían-todos provenían de la Agencia IDEA, que los recibía de la correspondiente Consejería- y su finalidad también estaba volcada en el interés público - el fomento y desarrollo de instrumentos financieros para facilitar el acceso al crédito bancario a las empresas andaluzas y, en general, para la mejora de su financiación-.

Tampoco se discute la consideración de Emiliano, Presidente y Consejero Delegado de la misma, como funcionario público a efectos del artículo 404 CP. Es cierto que en sus relaciones con terceros se regía por normas propias del derecho privado, pero en su actuación como gestor societario no podía prescindir de los principios que inspiran y rigen la actividad administrativa. En lo que ahora nos concierne, el de sometimiento a los controles legales y presupuestarios que le eran exigibles, además de la necesaria salvaguarda de los intereses generales, pues en definitiva gestionaba un capital íntegramente público.

Como destaca la STS 815/2022, recaída en relación a la actuación del Sr. Emiliano, en INVERCARIA, que confirmó su condena como autor de sendos delitos de prevaricación y malversación, en aquella ocasión en relación a la concesión de ayudas financieras a una empresa aceitunera, "INVERCARIA era una empresa con participación pública. Fue constituida por escritura pública otorgada el 28 de marzo de 2005, constituyéndose como sociedad unipersonal. Su único accionista era la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) creada por Ley 3/87, de 13 de abril, entonces Instituto de Fomento de Andalucía (IFA). Su creación se decidió por acuerdo adoptado por el Consejo rector de IFA en sesión de 8 de noviembre de 2004, y fue ratificado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 1 de febrero de 2005 y publicado en BOJA el 16 de febrero de 2005. Ya hemos visto como su objeto social era la promoción, constitución y participación en Fondos Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades Gestoras de Capital Riesgo y otras entidades mercantiles, bien en forma unipersonal, mayoritaria o minoritaria en concurrencia con entidades financieras públicas o privadas; la constitución y gestión de sistema de garantía para empresas, el fomento y desarrollo de instrumento financiero para facilitar el acceso al crédito bancario de las empresas andaluzas y en general para la mejora de la financiación.

Ello resulta acorde con la normativa europea. De esta forma, la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas con participación pública, las delimita no sólo desde el punto de vista de la forma jurídica, pues otorgada o reconocida por cada Estado conllevaría que estos pudieran desvirtuar las normas comunitarias al no dotar al concepto de uniformidad, sino que se centra en atender a los medios de control sobre la actividad de los poderes públicos. En este sentido el art. 2 de la Directiva establece que se entenderá por Empresa Pública cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. La Directiva, de acuerdo con la delimitación que recoge, entiende que existe "influencia dominante" cuando los poderes públicos se encuentran en alguna de estas circunstancias:

1. Cuando posea la mayoría del capital suscrito.
2. Cuando disponga de la mayoría de los votos inherentes a las acciones emitidas por la empresa.
3. Cuando puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o

vigilancia de la empresa.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha interpretado que las circunstancias recogidas en la Directiva mencionada no constituyen una enumeración exhaustiva, sino que son presunciones de cuándo se produce esa influencia.

Así, el citado Tribunal ha entendido (SS 30 de abril de 1974 y de 12 de julio de 1984) que existe una empresa pública cuando hay una actividad económica, industrial o comercial, que sea desarrollada por los poderes públicos, con independencia de cuál sea la personificación jurídica que adopte, y los poderes públicos tengan una influencia dominante...".

Y prosigue la citada STS 815/2022, hablando del delito de prevaricación, "... Conforme exponíamos en la sentencia núm. 481/2019, de 14 de octubre, esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer estos delitos en el ejercicio de actividades en el seno de empresas con participación pública. Decíamos en aquella sentencia: "Lo

admite el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 al recordar la Sentencia 149/2015, de 11 de marzo, al apuntar que la presencia de capital de carácter exclusivamente público no altera la naturaleza de la actuación de la empresa en el ámbito mercantil, pero sí condiciona las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos.

Por ello estas sociedades están sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación, y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen desde la perspectiva del ámbito penal la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se dictan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación.

En consecuencia, nos recuerda esta Sentencia para afirmar la tipicidad en el delito de prevaricación, este no refiere de modo expreso a las resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo. (...)

(...) En cuanto al sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades, estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). La Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

El Derecho Penal -concluye la Sentencia 149/2005- no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas, si concurren los requisitos para ello, del delito de prevaricación."

5. La doctrina expuesta es directamente extrapolable a la contratación laboral y especialmente a la fijación de las retribuciones correspondientes. En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se describe un proceso complejo mediante el cual se destinaba parte del dinero del presupuesto de una empresa pública, a realizar pagos a algunos de los directivos de la misma, lo que se calificó como prevaricación al señalar que "al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, sometidas las retribuciones y percepciones económicas de sus directivos y demás empleados a las normas aprobadas por la autoridad pública, especialmente con las limitaciones contenidas en las leyes de presupuestos que se mencionan en la sentencia, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa que no se aprobaban por la junta general de accionistas, sino por las autoridades públicas competentes, y que no encontraban limitaciones en las decisiones empresariales sino en las normas administrativas aplicables. Y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma".

Y en la STS 600/2014 del 3 de septiembre, se califica de prevaricación una contratación irregular de carácter laboral realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento.

Según el relato de hechos que, en atención al cauce casacional empleado, nos vincula: "Por razón de su cargo, a Emiliano le fueron delegadas diversas facultades de las atribuidas al Consejo, entre ellas las de contratar y separar empleados y señalarles las correspondientes retribuciones y puestos de trabajo.

En ejercicio de las facultades delegadas, Emiliano decidió personalmente, al menos, la contratación de Eduardo, Florencio y otros trabajadores, a los que fijó el salario inicial que él decidió libremente, sin recabar ninguna suerte de informe previo o autorización de la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Economía y Hacienda, pese a que así lo exigían las sucesivas leyes de Presupuestos bajo sanción de nulidad...

...Cuando ya en el año 2006 personal de IDEA dejó de confeccionar las nóminas de Invernada con las instrucciones de ésta, durante tan sólo unos meses dicha tarea la realizó personal de la propia mercantil, hasta que ya a finales de ese año se decidió externalizar el servicio y encomendárselo a una empresa, que se limitaba a confeccionar las nóminas con las datas que se le facilitaban desde Invercaria

Es entonces cuando Emiliano, actuando de consuno con Eduardo, decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores, para así enriquecerse a costa de fondos de Invercaria que, como se ha dicho, procedían de la Consejería a través de la Agencia Idea. Con desprecio de los límites marcados por las sucesivas leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma y sin ningún tipo de autorización o conocimiento de la Agencia Idea, del Consejero de Innovación o de la Consejería de Hacienda, elevaron las retribuciones ...". A continuación enumera los distintos incrementos salariales aprobados en beneficio propio y de terceros.

Con independencia de que las relaciones laborales que INVERCARIA pudiera mantener con los distintos trabajadores contratados hubieran de estar sometidas en la resolución de sus controversias a la jurisdicción laboral, ello no es extrapolable a la actividad que como gestor público realiza el acusado, en relación a fondos públicos, en su propio interés y el de terceros, contraviniendo la normativa administrativa de control presupuestario y rebasando los límites que la misma fija, lo que encaja de plano en la calificación de su actuación como asunto administrativo.

No es solo afectación de caudales públicos a observar a través del delito de malversación lo que le atribuye ese carácter, sino también el desprecio patente a la legalidad administrativa que determina la actuación del Sr. Emiliano. No podemos entender que se evapore la prevaricación desplazando su eficacia al campo de la contratación privada, cuando se sortearon conscientemente todos los presupuestos de control que le afectaban como gestor público, desviándose de lo que para cualquier observador reclama el interés general al que con objetividad debe servir la Administración, cualquiera que sea su ámbito.

Según recuerda la STS 82/2017, de 13 de febrero "como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio)". En este caso, del relato fáctico surge con nitidez la consciente injusticia de su arbitraria actuación con proyección en el ámbito administrativo.

En atención a lo expuesto, el motivo va a prosperar, apreciando la concurrencia del delito del artículo 404 CP reclamado por el recurrente, delito que no agota la antijuridicidad del comportamiento desplegado, por lo que concurrirá en relación de concurso medial, con el de malversación por el que ya fue condenado el Sr. Emiliano. Como expresábamos en la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita expresa de la STS 18/2014, de 23 de enero "Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo)".

Cuarto.

El cuarto motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, y con ella, la indebida aplicación de los artículos 66.1 2ª y 21.6 CP.

1. El apartado octavo del relato de hechos dice: "OCTAVO.- La causa matriz de que dimanen estas actuaciones, primero como pieza separada y después como Diligencias Previa independientes, se inició en marzo de 2012. Ya en Julio de 2014 se formó la pieza separada que se dio en llamar de "personal" y en mayo de 2017 se convirtió en Diligencias Previa. Hasta el dictado del auto de transformación en procedimiento abreviado de 29103/19, se practicaron diversas diligencias de investigación, básicamente la declaración -en más de una ocasión- de los cuatro entonces imputados y luego acusados, varias testificales y tres periciales. El 25/04/19 se dictó auto de apertura de juicio oral. Por auto de 05/02/20, la Sección Tercera dictó resolución confirmando el auto de transformación en procedimiento abreviado. Ya el 11 de mayo siguiente, esta Sección Cuarta dictó auto pronunciándose sobre las pruebas propuestas por las partes y acordando se fijara día para celebrar el juicio, lo que no pudo hacerse sino para septiembre y octubre del presente ario 2021 por carecer de fechas libres anteriores".

Alega el Fiscal que no se dan los presupuestos que permitan considerar que la mencionada circunstancia opera con el efecto de muy cualificada que la sentencia le reconoce.

Que la fase de instrucción duró algo menos de 5 años. Durante la misma se recabó abundante documentación necesaria para agotar la investigación de los hechos y de sus posibles responsables, se tomó declaración a los cuatro acusados, se practicaron testificales, se elaboraron periciales con sus correspondientes ratificaciones en sede judicial. Particularmente por la defensa del acusado Gerardo, se propuso la práctica de diligencias -la mayoría rechazadas por impertinentes e inútiles- y se recurrieron por la parte en reforma y posterior

apelación la mayor parte de las resoluciones que se dictaban sobre el particular. Descarta que se haya producido paralización relevante en esta fase, o que la misma haya tenido una duración irrazonable, teniendo en cuenta la complejidad de la causa y la labor desarrollada por el Juzgado de Instrucción 16 de Sevilla en una causa cuya matriz se extiende ya a más de 90 tornos y de la que se han desgajado más de 25 piezas separadas.

En cuanto a la fase de juicio oral, entiende el recurrente que debe valorarse que las actuaciones se recibieron por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial el 27 de junio de 2019. Antes de dictar auto de admisión de pruebas y señalar fecha para la celebración del juicio oral, la Sala tuvo a bien esperar a que se resolvieran los diferentes recursos de apelación que contra el auto de transformación interpusieron las defensas de los cuatro acusados, lo que no se produjo hasta el 5 de febrero de 2020. Decretado el estado de alarma el 14 de marzo de 2020 -con interrupción de los plazos procesales hasta el 5 de junio de 2020- se dictó el auto de admisión de pruebas el 11 de mayo de 2020, y diligencia de ordenación con señalamiento de fechas para celebración de juicio oral el 2 de julio de 2020.

Prosigue señalando que, por la necesidad de celebrar el juicio en varias sesiones, no se pudo hacer el señalamiento para antes del mes de septiembre/octubre de 2021, no solo por estar completa la agenda de la Sala, sino además por la necesidad de reubicar señalamientos anteriores que hubieron de suspenderse por las limitaciones derivadas de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia causada por el COVID-19.

En atención a ello concluye, que ha habido dilación, ni ésta, en caso de que la hubiera, puede ser calificada de extraordinaria ni de indebida.

2. La sentencia va desgranado la evolución de las diligencias, desde su comienzo en 2012 a raíz del Informe de la Cámara de Cuentas y la denuncia de Florencio en marzo de 2012, hasta que se formó dos años después -en 2014- pieza separada conocida como "de personal", en la que se sustanció la causa a partir de ese momento.

Sintetiza los hitos que considera más relevantes de la siguiente manera: "En los dos primeros años de instrucción, bajo una única causa que hemos denominado matriz que se extendía a otros objetos penales, se fueron recabando y aportando no pocos documentos relacionados con el personal de Invercaria y sus salarios; así, valgan, como meros ejemplos, el oficio de INVERCARIA del folio 549 y siguientes, datado el 13/12/2012, en que se aportan, entre otros muchos, el expediente completo de Emiliano; también el obrante al folio 619 y siguientes, ya de fecha 25/10/2013, en que se aportan documentos relativos a Florencio y Gerardo, entre otros muchos; o el informe del grupo de blanqueo de la Policía Nacional que figura al folio 787 y siguientes, relativo a finiquitos e indemnizaciones abonados en Invercaria, mencionando expresamente a tres de los aquí acusados.

La pieza de personal principia con un escrito del Ministerio Fiscal de fecha 03/07/14 interesando diversas diligencias y la imputación de los cuatro hoy acusadas (folios 799 a 801), a lo que se accede por el Juzgado días después; sin embargo, por providencia de 10 de julio siguiente se suspende la declaración de los otrora imputados y se fija nuevamente para el 13 de noviembre, lapso de cuatro meses que se justifica en necesidades del servicio; tras ello se suceden diversos informes de la Policía Nacional, también alegaciones de la propia entidad Invercaria e incluso algún recurso de las defensas.; ya el 14 de noviembre el Ministerio Fiscal vuelve a solicitar diversas diligencias, a las que nuevamente se accede días después, librándose oficios a los que se va recibiendo respuesta ya en los últimos días de ese año y primeros del siguiente. No es hasta el 15 de noviembre de 2015 que los Inspectores de Trabajo aportan el informe pericial que les había sido encomendado, informe que sin embargo no ratificarán personalmente a presencia judicial hasta el 13/09/16; el 14 de diciembre se dicta auto declarando la complejidad de la presente pieza; el 02/02/16 comparecen en el Juzgado los peritos Victoria y Amadeo, de la IGJA, aceptando el cargo para el que han sido designados; peritos que tras reclamar cierta-documentación que hubo de ser aportada por Invercaria, no emiten su informe hasta abril de 2017 y lo ratifican a presencia judicial el día 28 de ese mes y año.

Por auto de 18/05/17 y a instancias, una vez más, del Ministerio Fiscal, la que era una pieza separada "de personal" .se convierte en Diligencias Previas independientes ,con número NUM000, y se acuerda citar nuevamente como imputados a Emiliano y Eduardo, así como a diversos testigos de los que luego han comparecido al juicio oral, a los que luego se suman otros propuestos por diversas partes, cuyas declaraciones se prolongan hasta primeros de 2018, al tiempo que se sigue incorporando documental a instancias de las partes; ese año 2018 se invierte prácticamente en seguir incorporando documentación y tramitar diversos recursos articulados por las partes en relación con, por ejemplo, su petición de sobreseimiento, a la que se unen ya en 2019 nuevas peticiones de diligencias por las partes, hasta que finalmente el 29/03/19 se dicta auto de transformación en procedimiento abreviado; se suceden los escritos de acusación, pero también los recursos de las defensas contra aquella resolución, que no son óbice para que el 25/04/19 se dicte auto de apertura de juicio oral, por más que la desestimación de esos recursos de reforma no se produce hasta el 06/05/19, tramitándose a partir de ahí los correspondientes recursos devolutivos, que son finalmente desestimados ya por auto de la Sección Tercera de 05/02/20.

Ya en lo que hace al Rollo de Sala, se recibieron las actuaciones para enjuiciamiento en junio de 2019 aunque lógicamente se acordó estar a la espera de la resolución de los recursos de apelación pendientes contra el auto de transformación en abreviado, sin lo cual no podía celebrarse el juicio. El 12 de febrero de 2020 se recibió dicha resolución de la Sección Tercera (el oficio de remisión del día 5 es erróneo, pues la resolución no consta

firmada hasta el día 10), y no es hasta el 11 de mayo siguiente (decretado el estado de alarma) que se dicta auto resolviendo sobre las pruebas propuestas para el plenario, que finalmente fue señalado para septiembre del presente año, habiendo concluido el pasado día 6 de octubre.

Este apresurado resumen permite comprobar que se han invertido unos nueve años y media en el enjuiciamiento en primera instancia de la presente causa, de los cuales siete años corresponden a la fase de instrucción, en realidad ocho si se cuenta la fase intermedia hasta la firmeza del auto de transformación en abreviado, y casi año y medio más para el enjuiciamiento, pues la agenda de este tribunal estaba completa hasta - estas fechas, mas con las exigencias de tiempo de esta tipo de causas, y, además, se vio obligado a reubicar los no pocos juicios suspendidos por la pandemia. Ni los tiempos invertidos en la instrucción pueden reputarse razonables, al tratarse de una investigación excesivamente lenta y siempre e impulso de las partes, básicamente del Ministerio Fiscal, ni la tardanza en ir acumulando documentales tan sólo a demanda, pueden reputarse razonables ni hacer recaer tal circunstancia sobre las partes; tampoco puede reputarse razonable desde la óptica de las defensas que este Tribunal no pudiera señalar el juicio hasta año y medio después de estar en condiciones de celebrarse, por más que obedezca a las razones expuestas.

Hablamos, por tanto, de paralizaciones que, especialmente en su cómputo global, deben reputarse indebidas al menos en dos terceras partes, pues con la perspectiva del juicio y de esta resolución que dictarnos, cabría estimar que hasta tres años hubiera sido un lapso adecuado para poder incorporar esa documental, practicar las periciales y recibir las declaraciones de investigados y testigos, pudiéndose haber celebrado el juicio en apenas unos tres meses más, todo lo cual no es imputable a los acusados e integra el presupuesto de hecho necesario para apreciar una atenuante de dilaciones indebidas, que además hemos de reputar como muy cualificada, pues a la exigencia riel Código Penal de que sea extraordinaria, indebida y desproporcionada con la complejidad de la causa, debe otorgársele en este caso un valor superior, pues concurre con una especial intensidad que desborda el marco de la atenuante ordinaria y nos lleva a calificarla, en términos de nuestra Jurisprudencia, de una dilación especialmente extraordinaria a superextraordinaria (Auto del Tribunal Supremo 358/2017, de 16 de febrero de 2017, y las sentencias que en él se citan), especialmente si reparamos que se trataba tan solo de cuatro acusados y que ni siquiera se ventilaban eventuales responsabilidades civiles, en asunto cuya investigación era de índole principalmente documental y no muy complicada, singularmente si se despejan de la ecuación la causa matriz y otras numerosas piezas -sólo muy periféricamente ha sido aquí necesaria útil la primera-, al punto de que los doce tomos de esta causa podrían, con un criterio sistemático y no de mero acopio cronológico, reducirse a apenas un centenar de folios útiles y los correspondientes anexos documentales".

3. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE, que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15 de febrero; 269/2010, de 30 de marzo; 338/2010, de 16 de abril; 877/2011, de 21 de julio; 207/2012, de 12 de marzo; 401/2014, de 8 de mayo; 248/2016, de 30 de marzo; o 524/2017, de 7 de julio, entre otras, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración; y exige también, que tal demora no sea atribuible al propio inculpado ni guarde proporción con la complejidad de la causa.

Todo ello sin olvidar la jurisprudencia de esta Sala, según la cual el cómputo a efectos de dilaciones atenuatorias se inicia no en el momento de comisión del delito, ni en el de incoación de las diligencias, sino cuando

se adquiere la condición de imputado, o, si se quiere, cuando se conoce la pendencia de un proceso dirigido contra quien invoca la atenuante (entre otras SSTS 841/2015, de 30 de diciembre; 132/2021, de 15 de febrero; 191/2022, de 1 de marzo; o 917/2022, de 23 de noviembre, entre otras muchas).

Como señala la citada STS 191/2022, de 1 de marzo, "el cómputo a efectos de dilaciones atenuatorias se inicia no en el momento de comisión del delito, ni en el de incoación de las diligencias, sino cuando se adquiere la condición de imputado, o, si se prefiere, cuando el afectado conoce la pendencia de un proceso dirigido contra él (STS 132/2021, de 15 de febrero, entre muchas).

Esta regla es congruente con la filosofía que inspira la atenuante del art. 21.6 CP. Conecta con su fundamento. El dies a quo de las dilaciones no se activa con la comisión de los hechos enjuiciados (SSTEDH de 15 de julio de 1982 y de 28 de octubre de 2003 caso López Solé y Martín de Vargas c. España). Hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental. El cómputo comenzará cuando se adquiere la calidad de sujeto pasivo del proceso judicial. Solo en ese instante surge el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural latente en la construcción dogmática y jurisprudencial de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un exótico derecho de todo delincuente a ser descubierto o denunciado con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre)".

Como explicaba y compendia la STS 249/2015, de 5 de abril "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años)".

La STS 760/2015, de 3 de diciembre, estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste.

Decíamos en la STS 512/2024, de 31 de mayo que, según viene declarando esta Sala, la apreciación de la atenuante como muy cualificada precisa que la dilación supere objetivamente el concepto de "extraordinaria" es decir, sea manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales.

4. Con arreglo a estos parámetros hemos de compartir la opinión del Fiscal cuando sostiene que no se dan méritos para apreciar la atenuante indicada como muy cualificada. Que la causa está dotada de complejidad se deduce no solo de su contenido, sino del iter procesal que la sentencia recurrida expone.

La demora y distorsión que en el funcionamiento ordinario de los Tribunales provocan los macroprocesos es una realidad que no admite discusión, pero no por ello se pueden obviar su necesidad en determinadas situaciones que dificultan un abordaje diferenciado, ni la complejidad que los mismos condensan, y que, a su vez, por regla general incide en las distintas causas que de ellos se desprenden, como es la pieza que ahora nos ocupa.

La sentencia recurrida en su detallada exposición relata las diligencias que se han practicado, una actividad abundante. Y pone de relieve que el impulso por partes del órgano de instrucción no ha sido marcado. Sea como fuere lo cierto es que la causa no ha estado parada, por lo menos no se especifican periodos relevantes de inactividad. A lo sumo los cuatro meses - de julio a noviembre de 2014 que por necesidades del servicio se retrasó la declaración de los investigados, aunque tampoco se afirma claramente que fuera un periodo de total paralización. Que una pericial tarde varios meses en completarse, habrá de valorarse en función de su complejidad, pero no es por sí indicativo de inacción, como tampoco lo es el que la documental se vaya incorporando episódicamente a instancia de las partes en apoyo de sus respectivas posturas procesales.

Si tomamos en consideración que la imputación en esta causa de quienes finalmente resultaron acusados se produjo en el año 2014, como marca la jurisprudencia que hemos invocado, al momento del enjuiciamiento habrían transcurrido siete años, lo que desde luego es un periodo elevado, no puede negarse, incluso suficiente para justificar un atenuante de dilaciones indebidas, pero tampoco extremadamente desmedido, como exige la apreciación una atenuante cualificada. Sobre todo porque la ponderación debe realizarse, no tanto en función de los medios con los que cuenta la Administración de Justicia, porque no incumbe al acusado soportar sus deficiencias, pero sí a la complejidad de la causa y su duración en comparación con otras de similares características.

Establecida la comparación en estos últimos términos, hemos de descartar que se den motivos que justifiquen la cualificación apreciada. La sentencia aventura la que en su criterio habría sido la duración lógica del procedimiento, pero no deja de ser una previsión de lo óptimo, alejada de la que viene siendo la duración media de causas dotadas de la complejidad que acompaña a la presente, claramente parangonable. Por lo demás, tampoco asocia un especial gravamen al retraso, ese plus de perjuicio para la persona acusada, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, que también ha significado esta Sala como factor de ponderación en orden a apreciar la circunstancia de dilaciones como muy cualificada.

En atención a ello el motivo va a prosperar en el sentido de entender que, aunque la duración del proceso aporta base para la apreciación de una atenuante de dilaciones del artículo 21.6 CP, lo será en todo caso con la consideración de simple, al no darse méritos que justifiquen su cualificación, con su consecuente efectividad en la determinación de la pena.

Quinto.

Se formula por el Fiscal un quinto motivo de recurso que invoca el artículo 849.1 LECRIM por indebida aplicación 65.3 por rebaja de la pena al cooperador necesario.

1. Alega el recurso que el grado de implicación en los hechos de Eduardo descarta como justificada la aplicación al mismo de la regla penológica contemplada en el artículo 65.3 CP.

Que según se recoge en la declaración de hechos probados -Hecho Tercero, in fine, y Cuarto, ab initio-, Eduardo llegó a ejercer de facto como Director Económico-Financiero de INVERCARIA y, en tal condición, actuando "de consuno" con Emiliano, "decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores". Emiliano decidía cuánto y a quién incrementar las retribuciones, en tanto que Eduardo ejecutaba con pleno conocimiento esas decisiones, sirviéndose para ello de la jefatura que de facto ejercía en el área económico-financiera de INVERCARIA, impartiendo las oportunas instrucciones a los restantes empleados, que a su vez las comunicaban a la empresa encargada de confeccionar las nóminas.

Que la Sala lo considera un extraneus en el delito de malversación por ser un empleado laboral de INVERCARIA, pues no fue nombrado por autoridad alguna ni existía disposición ley que le atribuyera el ejercicio de funciones públicas, lo que no puede confundirse con el manejo o actuación en relación con caudales públicos, pero su intervención se ajusta más a una coautoría que a una cooperación necesaria. Que la intensidad de su intervención descarta como procedente la rebaja penológica aplicada.

2. Por muy intensa que sea la aportación del cooperador necesario, la rebaja aplicada no puede entenderse arbitraria, cuando, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, la antijuridicidad de su comportamiento se ve aminorada al no producirse el quebranto del particular deber que incumbe al autor. En palabras que tomamos de la STS 1300/2009, de 23 de diciembre, aunque el artículo 65.3 " establece que la disminución de pena al partícipe del delito especial propio es una posibilidad de la que dispone el Tribunal, no es menos cierto que, dado que en ese partícipe no concurre el mismo deber que en el autor propio, la disminución de la pena prevista para éste derivaría de que, la ausencia del incumplimiento de deberes, exigibles al autor propio, ya reclama, salvo excepción, esa disminución de pena en comparación al autor".

Y como dijo al STS 657/2021, de 28 de julio, "el fundamento de la reducción de la pena al extraneus aparece íntimamente ligado al principio de proporcionalidad. El contenido y la intensidad del injusto en la acción del extraneus que interviene en el delito especial es, por definición, menor que el predicable de la acción del intraneus, tomando en cuenta el legislador que aquel no infringe -no puede infringir- el deber jurídico especial que pesa sobre el intraneus (STS 636/2012, de 13 de julio), lo que nuestra jurisprudencia había proclamado destacando que no podía equipararse la antijuridicidad del partícipe no cualificado a la del sujeto contemplado en el tipo penal (STS 817/2008, de 11 de diciembre)".

Si bien la degradación es facultativa, la jurisprudencia le ha otorgado valor como regla general, precisamente basada en el plus de antijuridicidad de quien quebranta determinado deber jurídico, frente al que actúa sin verse concernido por el mismo, de manera que reclama un especial esfuerzo motivador cuando no se acceda a ella. Lo explicaba la STS 867/2022, 4 noviembre, con cita de otros precedentes "Sobre la naturaleza facultativa de la degradación de la pena prevista en el art. 65.3 CP, ya se ha pronunciado esta Sala. El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena, hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán", es bien expresivo de que la diferente posición del particular en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe (SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25-11; 693/2019, de 29-4; 332/2020, de 18-6)".

En este caso, el criterio del Tribunal sentenciador, sustentado en la jurisprudencia de esta Sala, no puede tacharse de arbitrario, cuando no se aprecia en el comportamiento elementos capaces de neutralizar el plus de

antijuridicidad que pesa sobre autor, y, consecuentemente, depositario del especial deber de lealtad derivado de su peculiar relación con la Administración.

El motivo se desestima.
Recurso de D. Emiliano.

Sexto.

Emiliano, condenado como autor de un delito continuado de malversación, formaliza un primer motivo de recurso que por vía del artículo 852 LECRIM y 5.4 LOPJ denuncia infracción de la garantía de presunción de inocencia y de un juicio con todas las garantías artículo 24 CE, así como del principio in dubio pro reo.

Se dice que el recurrente ha sido condenado sin prueba de cargo capaz de enervar su presunción de inocencia, a partir de una serie de inferencias ilógicas o tan abiertas que en su seno caben una pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada.

Denuncia que existe vacío probatorio en relación al dolo que el tipo por el que viene condenado exige. Que de la actividad probatoria practicada en el juicio oral no puede concluirse que el Sr. Emiliano consciente y voluntariamente decidiera ignorar o incumplir los límites marcados por las leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, con la intención de enriquecerse a costa de fondos públicos de INVERCARIA.

Que el Sr. Emiliano fue contratado a propuesta de la Consejería de Innovación Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, de la que dependía la Agencia IDEA, a fin de crear una empresa dedicada al Capital Riesgo, creándose INVERCARIA. Que recibió la oferta por su contrastada experiencia y cualificación en el ámbito de la empresa privada al más alto nivel, y que se le indicó expresamente que sus emolumentos serían idénticos a los percibidos por el Director General de la Agencia IDEA, D. Augusto, aceptando la contratación en esas condiciones. Y dado que tenía que desplazar su residencia desde Madrid a Sevilla, los días laborables tenía derecho a percibir el "complemento de destino" en los mismos términos que el director general de IDEA y otros directivos de la propia Consejería. Sus retribuciones y la del resto de personal de INVERCARIA fueron auditadas y supervisadas todos los años tanto por la Cámara de Cuentas como por Auditorías externas, sin recibir recriminación, reproche u objeción alguna. Argumenta que la retribución que se fijó a su favor era razonable.

1. De manera reiterada hemos señalado (entre otras muchas, en STS 304/2022, de 25 de marzo) que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

La constatación del dolo, y en concreto de su elemento intelectual en orden al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, se ha resuelto de forma reiterada por la jurisprudencia a través de la prueba indiciaria. De manera que han de ser los datos externos que resulten observables y verificables empíricamente los que permitan inferir, a través de máximas de experiencia y reglas de lo razonable (con una base de legitimación social), cuáles eran los niveles de conocimiento del acusado.

La prueba de indicios ha sido admitida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000, 117/2000, 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) como por la jurisprudencia de esta Sala de casación (SSTS 1085/2000, de 26 de junio; 1364/2000, de 8 de septiembre; 24/2001, de 18 de enero; 813/2008, de 2 de diciembre; 19/2009, de 7 de enero; 139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; 690/2013, de 24 de julio; 481/2014, de 3 de junio; 43/2015, de 28 de enero; 45/2017, de 8 de marzo; o 639/2019 de 19 de diciembre, entre otras), como idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, sometida a la concurrencia de una serie de presupuestos. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control a través del recurso de casación se debe proyectar en la verificación de la existencia de varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente inculpativa, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la

conclusión a la que se llega; es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001, 137/2002, 229/2003, o 111/2008).

2. En este caso el aserto fáctico referente al dolo que el recurso combate se encuentra incorporado en el hecho probado cuarto, del siguiente tenor literal:

"...Es entonces cuando Emiliano, actuando en consuno con Eduardo, decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores, para así enriquecerse a costa de fondos de Invercaria que, como se ha dicho, procedían de la Consejería a través de la Agencia Idea. Con desprecio de los límites marcados por las sucesivas leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, Emiliano como Consejero Delegado tomaba las decisiones de cuánto y a quién incrementar las retribuciones, en tanto que Eduardo ejecutaba con pleno conocimiento esas decisiones, sirviéndose para ello de la jefatura que de facto ejercía en el área económico financiera de Invercaria, impartiendo a tal efecto las oportunas instrucciones a los restantes empleados, que a su vez las comunicaban a la empresa encargada de confeccionar las nóminas."

Los elementos que el Tribunal sentenciador toma en consideración para sustentar su inferencia los concreta en el fundamento jurídico undécimo, después de realizar una exhaustiva valoración probatoria a partir del fundamento tercero, que le conduce a excluir la hipótesis de una actuación desarrollada en el ámbito de una especie de tutelaje desplegado sobre el Sr. Emiliano por la Agencia IDEA o por la Consejería, para concluir que fue él, actuando como Consejero Delegado y Presidente de IVERCARIA, quien decidió los incrementos salariales suyos y de otros trabajadores por encima de los límites establecidos para la función pública, extensivos a los trabajadores de sociedades mercantiles del sector público. Y que lo hizo sin comunicarlo al Consejo de Administración de IVERCARIA, sin solicitar autorización alguna ni consultar con los organismos correspondientes de la Consejería de Hacienda, y ello pese al claro tenor literal de las normas.

Sobre la base de esa actuación, se concluye la existencia del dolo entendido como consciencia y aceptación de la ilegalidad de ese comportamiento proyectado sobre los fondos públicos de los que por razón del cargo tenía disponibilidad, a partir de una serie de indicios que, como dijimos, sintetiza en el fundamento undécimo.

Este comienza señalando que Emiliano realizó de forma personal y directa, con pleno dominio del hecho, todas las conductas señaladas para incrementar de forma arbitraria sus propias retribuciones y las de otros empleados a costa de caudales públicos. Y entiende que lo hizo de forma consciente y voluntaria.

Prosigue señalando que el propio acusado reconoció en su declaración en juicio que era él quien decidía los sueldos y los incrementos salariales siguiendo las sugerencias de IDEA, extremo este último que la Sala descarta con base en lo anteriormente expuesto, para centrarse ahora en rechazar lo que integró la base de la defensa del ahora recurrente, el error de prohibición, al desconocer, según su versión, que en el desempeño de su cargo contaba con límites para la fijación de salarios.

Y en ese contexto hemos de encuadrar la inferencia del Tribunal, que siguiendo la pauta marcada por la STS 600/2014, de 3 septiembre, en un supuesto parangonable con el que ahora nos ocupa, aprecia los elementos que permiten conformar las bases de este elemento intelectual, descartando cualquier posibilidad de error.

El error, dados los términos en que se plantea, más parece enfocado hacia un error de tipo excluyente del dolo, el que recae sobre sus posibilidades de actuación en el manejo de los fondos, que el que afecta a la significación antijurídica del comportamiento. Se reivindica error acerca de un elemento de carácter normativo y no meramente descriptivo, consideración que no transmuta la categoría del error que sobre él recae como error de tipo excluyente del dolo. Aunque la distinción no es fácil cuando se trata de error sobre elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad, y existen varias posiciones doctrinales, la mayoritaria sostiene que los errores sobre los elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, siempre son elementos del tipo y así deben ser tratados (entre otras STS 438/2018 de 3 de octubre). En cualquier caso, desde el análisis que ahora nos incumbe, la cuestión carece de trascendencia.

La concurrencia de cualquier modalidad de error tiene que ser explorada a partir de las características objetivas del hecho y las circunstancias particulares de quien lo invoca. Y así lo hace en este caso la Sala sentenciadora.

La sentencia recurrida arranca su análisis a partir la formación y experiencia profesional del recurrente, destacando la formación del Sr. Emiliano -es licenciado en Derecho- y su experiencia profesional, pues el señaló que venía avalado por una dilatada trayectoria en el mundo de la empresa privada. Precisamente fue esta fue la que determinó su contratación. La aceptación por su parte del cargo para el que fue designado, tras reunirse con el Consejero correspondiente y con el Director General de Idea de quienes partió la iniciativa para la creación de IVERCARIA, presupone su conocimiento sobre el propósito y la función de la nueva entidad en el ámbito de la actividad de fomento que correspondía a la Junta de Andalucía, y especialmente que la misma se nutría de fondos públicos. Solo así puede entenderse cuando es evidente que sabía que una Agencia pública era su accionista única y la que habría de soportar los gastos de explotación con fondos procedentes de la Consejería. Y precisamente el carácter de los fondos que nutrían su actividad modula los parámetros de gestión aplicables a la misma a través de

límites que una persona avezada en el sector económico involucrado y con adecuada formación, como el recurrente, no podía desconocer.

Ese conocimiento engarzado en una actuación que revirtió en su beneficio y en el de personas de su entorno, sustentan la inferencia del Tribunal como lógica, exenta de arbitrariedad y lo suficientemente cerrada, para vetar el paso a cualquier otra alternativa que pudiera emerger como más razonable. Entender que el recurrente desconocía la existencia de límites presupuestarios y legales a la hora de fijar salarios o complementos salariales a favor suyo y de personas de su entorno cuando fondos públicos se trataba, carece de toda plausibilidad, por más que no fuera detectado por los órganos de fiscalización.

Sobre este último punto la sentencia recurrida contiene una sólida argumentación. "Conviene hacer aquí un pequeño inciso para rechazar de forma contundente el argumento reiteradamente esgrimido por la defensa de Emiliano, y también en parte por la de Eduardo, respecto de que, como quiera que su salario y los restantes iban incluidos en las cuentas anuales que formulaba el Consejo de Administración (cuyos Consejeros eran cargos de la Agencia) y aprobaba IDEA como accionista única, doblan entenderse de alguna manera autorizados o convalidados por dicho accionista y, por ende, por la Consejería. De una parte, respecto a los restantes trabajadores de Invercaria, en esas cuentas tan sólo aparecía la masa salarial bruta, sin que se detallaran los salarios percibidos por cada trabajador ni, menos aún, los incrementos aplicados cada ejercicio, por lo que mal puede afirmarse que el Consejo o Idea como tal conocieran esos sueldos o las subidas que periódicamente experimentaban, lo que hace decaer el argumento por falta de todo soporte fáctico. Y respecto de las retribuciones del propio Consejero Delegado- es cierto que sí aparecían individualizadas, pero que el Consejo las conociera y que la propia Idea aprobara como parte de las cuentas anuales no entraña decisión alguna ni autorización por su parte, para lo que debemos reparar, de un lado, en que hablamos de un mero instrumento contable y la inclusión de la retribución realmente percibida era inevitable conforme a los criterios contables aplicables, pero ello no entraña ninguna suerte de control de legalidad o pertinencia respecto de tal salario sino la mera constatación de que se ha abonado por tal importe en ese ejercicio, como debe reflejarse cualquier otro gasto a coste, sea a no legal; y de otro lado, porque como ya hemos dicho con ocasión de las cuestiones previas, la aprobación de las cuentas no ejerce ninguna suerte de preclusión sanadora de eventuales delitos cometidos por los gestores de una sociedad, extremo que ha dado lugar a una más que pacífica jurisprudencia integrada no sólo por la sentencia 885/2021, de 15 de septiembre, que con buen tino invocó alguna acusación (dictada en casación de otra de esta misma Sección, en el conocido como caso Mercasevilla), sino también en la previa sentencia 166/2014, de 28 de febrero, que ya hemos citado en esta resolución y que volveremos a mencionar en no pocas ocasiones por su gran cercanía al supuesto que hoy resolvemos, resolución en la que podemos leer de forma diáfana: "La experiencia enseña que el hecho de que las cuentas fuesen aprobadas sin reparo alguno, significa solo una cosa: que su actuación delictiva no se descubrió hasta más tarde (cuando se inició una investigación a raíz de unas más que sospechosas transferencias con motivo de su cese), y que confería a esas desviaciones apariencia de legalidad y correcto funcionamiento. La aprobación de unas cuentas no cancela el delito patrimonial cometido, ni es necesariamente prueba de que no se produjo".

En todo caso, no se olvide que la retribución del Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado, conforme a la normativa que luego exponremos, correspondía fijarla al propio Consejero, por lo que es del todo razonable que los vocales del Consejo de Administración de Invercaria que simplemente vieran allí reflejada la cifra total, pensaran o dieran por supuesto que dicho salario se había fijado de forma legítima y contaba con el respaldo del máximo responsable de la Consejería; por lo que difícilmente podrían poner algún reparo o tacha".

Se trata de una argumentación lógica que contribuye a sustentar la inferencia discutida.

3. Cuestiona el recurso que la sentencia se apoye en la denominada "ignorancia deliberada", por lo que tiene de inversión de la carga de la prueba. Es cierto, que este Tribunal Supremo en alguna de nuestras resoluciones se ha mostrado refractario a la aplicación de la denominada doctrina de la "ignorancia deliberada". Ejemplo de ello lo constituye, entre otras, la STS 830/2016, de 3 de noviembre. Rechazo basado en razones semánticas, y, lo que resulta más relevante, por el peligro que el empleo indiscriminado de esta figura pudiera proyectar sobre el derecho a la presunción de inocencia en cuanto pueda ser utilizada para eludir la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual, o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo. Las SSTS 849/2023, de 20 de noviembre, y 833/2023, de 24 de noviembre, dan buena cuenta de ello.

Ahora bien, en muchos casos, como dijo la STS 239/2023, de 30 de marzo, "La doctrina de la ignorancia deliberada no se invoca, pese a lo equívoco de la expresión, para eludir la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual, o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo (STS 374/2017, de 24 de mayo), sino porque existen suficientes y concomitantes indicios que permiten concluir en racional e inductiva inferencia, la aceptación por los recurrentes -cuando menos eventual- de su participación en una trama defraudatoria"

Y este es uno de los casos. La sentencia invoca la mencionada ignorancia deliberada señalando " pues si ante esa pluralidad de datos demostrativos del carácter público de los fondos y la inviabilidad de disponer de ellos a su antojo consagrada por explícitas normas legales, simplemente se renuncia a cualquier comprobación adicional tan accesible como consultar [a normativa o interesarse formalmente en la Agencia IDEA o en la propia Consejería, es porque lisa y llanamente se pretende mantener un consciente desconocimiento, que es tanta como aceptar la

irregularidad de ese proceder en relación con fondos públicos, por la que concurre un claro dolo directo o, en el mejor de los casos, eventual, tan reprochable como aquel".

Hemos de concluir que se trata de una mera invocación retórica o cláusula de cierre, para reforzar argumentativamente el cúmulo de indicios que dan asiento el juicio inferencial. Igual que retórica es la alusión al dolo eventual, cuando las conclusiones avalan la existencia de un dolo directo materializado en la actuación consciente de la ilegalidad y voluntaria. La actuación del Sr. Emiliano no fue hipotética y abstracta, sino directa, con ejecución de conductas estrechamente vinculadas al empleo de fondos públicos en interés propio y en claro perjuicio de la finalidad a la que estaban destinados.

La alegada vulneración constitucional, queda descartada.

Séptimo.

Se formaliza un segundo motivo de recurso por quebrantamiento de forma, que invoca el artículo 851 LECRIM para denunciar consignación como hechos probados de conceptos que, por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo. Concretamente proyecta el vicio denunciado sobre las expresiones "para así enriquecerse a costa de fondos de Invercaria" y "con desprecio de los límites marcados por las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma".

1. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el artículo 851.1º de la LECRIM es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado. Exige para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000 de 12 de abril; 1121/2003 de 10 de septiembre; 401/2006 de 10 de abril; 755/2008 de 26 de noviembre; 131/2009 de 12 de febrero; 381/2009 de 14 de abril; 449/2012 de 30 de mayo; o 627/2014 de 29 de septiembre, entre otras muchas).

En palabras de la STS 390/2014 de 13 de mayo tal predeterminación precisa la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con situación causal respecto al fallo. Se da cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación.

El vicio denunciado no es viable cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que son meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico. No existe inconveniente en que tales vocablos se utilicen en la redacción de las sentencias para conformar su relato histórico. Aunque los emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial. Es más, en ocasiones se convierten en imprescindibles, y arrojan más claridad semántica.

2. En concreto en relación a los delitos de contenido patrimonial, la STS 361/2006 de 21 de marzo, condensó distintas resoluciones que rechazaron valor predeterminante a expresiones tales como "puestos de común acuerdo para apropiarse de...", "apropiarse", "intención de obtener ventajas patrimoniales", "que el acusado llegó a incorporar a su patrimonio", "apropiándose en perjuicio de...", "con ánimo de enriquecerse", para en el caso en cuestión negar tal valor a la expresión "ánimo de enriquecimiento injusto", prácticamente la misma de una de las que ahora se denuncia como tal, y a través de la que se describe el elemento subjetivo del delito.

El relato de hechos probados debe condensar, como resultado del proceso de valoración probatoria del Tribunal, todos los elementos fácticos sobre los que se sustenta la calificación jurídica aplicada a los mismos, incluidos aquellos que afectan a la tipicidad subjetiva. Lo que inevitablemente establece una necesaria correlación entre estos y la consecuencia jurídica a ellos anudada. Lo que veta el motivo ahora invocado es que ese contenido descriptivo propio de la secuencia fáctica, se sustituya por expresiones de carácter técnico jurídico.

En realidad, el relato de hechos probados debe en todo caso predeterminar el fallo, pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería de la imprescindible lógica en la subsunción jurídica que conduce al fallo. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados. Lo que obviamente no acaece en autos.

Las expresiones que el recurso censura son meramente descriptivas, sin incorporar terminología técnico jurídica, por más que sobre las mismas se asienten deferentes elementos del delito de malversación por el que el recurrente viene condenado.

El motivo se desestima.

Octavo.

El tercer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar aplicación indebida de los artículos 432, 14, 27, 28 y 74 CP.

Tras poner de relieve que INVERCARIA era empresa mercantil, que gestionó con criterios empresariales, añade que el recurrente desconocía las limitaciones en cuanto a sus retribuciones y las del personal que contrató. En relación a estos explica que captó profesionales cualificados, pero con poca experiencia, y cuando aprendieron todo lo necesario les incrementó el sueldo en el afán de retener el talento. Gestión de personal que, sostiene, proporcionó importantes resultados a la empresa. Alega que en todo caso le sería aplicable la exigencia del artículo 20.7 CP, en cuanto obró en cumplimiento de un deber. Insiste en mostrar su desacuerdo con la inferencia que llevó al Tribunal de instancia a entender que el recurrente sabía que carecía de facultades y atribuciones para fijar sus retribuciones y las del personal de INVERCARIA. Sostiene que los estatutos de la entidad le conferían dichas facultades de forma expresa, y no hay prueba de que dichas asignaciones fueran arbitrarias e infundadas. Reiterando los argumentos del motivo primero, alega que la confabulación entre los Sres. Emiliano y Eduardo carece de soporte probatorio, debiendo regir la presunción de inocencia y el principio in dubio proreo. Reivindica la apreciación de un error invencible de tipo excluyente del dolo, pues sostiene que desconocía que las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma marcaran límites para la fijación de salarios. Arguye que, de haberlo sabido, habría solicitado los correspondientes informes a la Dirección General de Presupuestos. Y para el caso de que se entendiera que el error fue vencible, la conducta resultaría atípica, ya que la malversación no tiene prevista su comisión imprudente. E insiste de nuevo en que la doctrina de la "ignorancia deliberada" o "ceguera voluntaria" no es apta en este caso para dar por acreditado el dolo.

1. El recurrente viene condenado como autor de un delito continuado de malversación del artículo 432.1 CP según redacción vigente a la fecha de los hechos -la versión anterior a la LO 1/2015-. Respecto a los requisitos que completan la tipicidad aplicada, señaló la sentencia 482/2020, de 30 de septiembre, con cita de otros precedentes - especialmente STS 1374/2009, de 29 de diciembre-, "que el delito de malversación de caudales públicos requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) El autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal o resultar asimilado a la condición de funcionario por la vía del art. 435. b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales, en todo caso de naturaleza mueble, han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma. c) El tercer elemento se refiere a la especial situación en que debe encontrarse el funcionario respecto de tales caudales o efectos públicos. Estos deben estar "...a su cargo por razón de sus funciones...", dice el propio tipo penal. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido (SSTS 2193/2002, de 26-12 , y 875/2002, de 16-5), refiriéndose también a las funciones efectivamente desempeñadas (STS 1840/2001, de 19-9). d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar consiste en "sustraer o consentir que otro sustraiga", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva - quebrantamiento del deber de impedir- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa -elemento subjetivo del tipo-, y una actuación en la que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito. Ánimo de lucro que se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el animus rem sibi habendi , que no exige necesariamente enriquecimiento, sino que, como ésta Sala viene señalando desde antiguo, es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS. 1514/2003 de 17.11). Bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (SSTS. 1404/99, de 11-10 y 310/2003, de 7-3). En este sentido, la STS nº 657/2013, de 15 de julio, FJ 4º".

2. No está de más recordar que la discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada. No es el momento ya de cuestionar la prueba, sino la calificación jurídica aplicada con sujeción al relato de hechos que la sentencia ha declarado probados.

No se cuestiona en el recurso el carácter de funcionario a efectos penales ex artículo 24 CP del recurrente, por otra parte, perfectamente razonado en la sentencia de instancia; tampoco el carácter público de los fondos, o las facultades de disposición sobre los mismos que ostentaba el recurrente. A estos efectos, decíamos en la STS 13/2017, de 14 de febrero, que es necesario para la existencia del delito que el funcionario tenga facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material, que en este caso indudablemente concurre.

Tampoco se discuten los incrementos salariales que el recurrente aprobó en beneficio propio y de terceros. El recurso insiste en replantear cuestiones probatorias en el afán de diseñar una realidad distinta de aquella que el factum refleja. Necesariamente hemos de remitirnos a lo que señalamos al resolver el primer motivo de recurso.

Que INVERCARIA revistiera la forma de sociedad anónima, y como tal girara en el ámbito de sus relaciones con terceros, no condiciona su actuación en el ámbito mercantil, pero tampoco desvanece el carácter público de los fondos que la nutren, ni las obligaciones que en relación a la gestión de los mismos tenía encomendada el recurrente como Consejero Delegado de la entidad. Obligaciones que, según el relato de hechos concluye, a partir de un proceso de valoración probatoria que hemos validado como razonable desde la perspectiva de la garantía de presunción de inocencia, el Sr. Emiliano conocía y de las que deliberadamente se apartó, desviando parte de esos fondos sobre los que tenía facultades de disposición hacia atenciones propias y de otras personas de su entorno.

Aprobó incrementos salariales muy por encima de los que las respectivas leyes presupuestos autorizaban en los diferentes ejercicios afectados. Decisiones adoptadas por propia autoridad, con elusión de los trámites legales correspondientes, cuya arbitrariedad solo por eso resulta palmaria, si bien conlleva un plus de antijuridicidad sobre la prevaricación a razón del acto de defraudación que provoca. Ningún encaje puede obtener en el relato de hechos que nos vincula el alegado error de tipo, que probatoriamente hemos descartado. Tampoco una supuesta eximente de cumplimiento de un deber, cuando precisamente lo que incumplió fue el deber de lealtad con la Administración Pública que como gestor de fondos públicos le incumbía; ni cabe entender que actuara en ejercicio de un derecho. Este se agotaba en el cobro de las retribuciones que con arreglo a la ley le correspondían. El exceso revierte en un cobro ilegítimo.

Por último, el ánimo de lucro, proyectado sobre el beneficio propio y de terceros resulta igualmente indiscutible.

El motivo necesariamente debe decaer.

Noveno.

El cuarto y último de los motivos de recurso acude al cauce previsto en el artículo 849.2 LECRIM para denunciar error en la valoración de prueba.

Designa una serie de documentos de los que dice se desprenden datos que hacen cuestionar la realidad de los hechos probados. Sostiene que de la documental que invoca se extrae que la agencia IDEA y la propia Consejería de Innovación de la Junta de Andalucía tenían puntual conocimiento de los sueldos y retribuciones anuales de todo el personal de INVERCARIA, incluido el recurrente, quien actuó en el convencimiento de hacerlo conforme a las facultades que le correspondían como Consejero Delegado.

Alega que la complejidad del régimen jurídico de INVERCASA como sociedad mercantil del sector público, dificultó el conocimiento por su parte de toda la legislación aplicable, habida cuenta que se regía por sus propios estatutos y por el derecho mercantil privado en sus relaciones con terceros, y por el derecho laboral en sus relaciones con los trabajadores. Sobre todo, porque, además, nunca recibió ninguna advertencia, reparo u objeción del socio único, la agencia IDEA, de los órganos fiscalizadores de la Junta de Andalucía o las sociedades auditoras públicas o privadas que, con absoluta transparencia, accedieron, tuvieron conocimiento y pudieron revisar las retribuciones del Presidente y demás trabajadores de la empresa.

Reiterando las alegaciones de los motivos precedentes, concluye que no se ha podido probar la presencia del dolo, que el Tribunal afirma sobre la base de una supuesta ignorancia deliberada o ceguera voluntaria sin aporte probatorio alguno.

1. Los requisitos que ha exigido la jurisprudencia de esta Sala para que el motivo basado en error en la valoración de la prueba del artículo 849.2 LECRIM pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal sentenciador; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia. Exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. Se señalan como documentos:

i) Las cuentas anuales de INVERCAR1A de los ejercicios 2007 a 2010. Con las mismas trataría de acreditar que en las cuentas se especificaban los emolumentos íntegros que percibía el Sr. Emiliano como Consejero Delegado, de lo que deduce que IDEA y la propia Consejería debían de conocer los mismos.

ii) El contrato de arrendamiento de 18 de junio de 2008 entre el recurrente y Mar de la Plata SL, y la comunicación de la rescisión del mismo el 8 de julio de 2010. Se trataría del piso que el recurrente utilizó como vivienda en el periodo de tiempo que permaneció en Sevilla al frente de INVERCARIA, como demostrativo de los gastos de vivienda que hubo de afrontar, a los que se sumaron los correspondientes a los continuos desplazamientos en AVE. Todo ello como justificación del complemento de destino fijado a su favor.

En relación al complemento de destino añade, en lo que atañe a Eduardo, que el mismo fue promocionado al cargo de Director Financiero por lo que se trató de equiparar su salario con los de otros directores de departamento de la misma categoría. Que además este último residió entre 2007 y 2009 en Ciudad Real, lo que le obligaba a continuos traslados. Y añade que permaneció trabajando en INVERCARIA hasta 2016 con el mismo salario

iii) La Resolución de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía, Innova Venture SGEIC SAU de 10 de mayo de 2021. La misma contiene las directrices marcadas por la Intervención General de la Junta de Andalucía (IGJA) de cómo actuar en el caso de ingresos contra legem en el caso Innova Venture. Y arguye en su caso no se le avisó de la aplicación de posibles mecanismos correctores.

iv) Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía 119/2020 sobre las pautas de actuación en relación a los complementos retributivos del personal laboral de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía que vulneraban las leyes de presupuestos.

v) El informe definitivo de control financiero en materia de personal del ejercicio 2012 en INVERCARIA por la Intervención General de la Junta de Andalucía.

vi) Informe definitivo de cuentas anuales y PAIF del ejercicio 2010 en la agencia IDEA.

vii) Finiquito emitido por INVERCARIA relativo a Florencio de Ibarguen en el que se incluyen todos los conceptos retributivos, incluido el complemento de destino.

viii) Informe de fiscalización de regularidad en el ejercicio 2009 elaborado por la Cámara de Cuentas.

ix) Y documentos de trabajo utilizados para la auditoría del ejercicio 2010 por la auditora PWC del ejercicio 2010 concluyó que no había incidencias dignas de mención.

mención.

3. El motivo no puede prosperar. Ninguno de los documentos señalados goza de autosuficiencia o literosuficiencia demostrativa del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas.

Ya hemos señalado al resolver los motivos anteriores, que el Tribunal tomó en consideración las alegaciones esgrimidas por la defensa del recurrente en orden a reivindicar el desconocimiento de la legislación que le impedía acordar los incrementos salariales, especialmente por vía de complementos de destino muy por encima de lo que la normativa presupuestaria le permitía, descartando el mismo.

No obvió el Tribunal que en las cuentas anuales se incluían los emolumentos que el Consejero Delegado percibía, pero también señaló -hemos transcrito el fragmento literal- el alcance que tal constancia tenía, según un criterio interpretativo que se ajusta a cánones lógicos. Igual que despreció la tesis de que actuó esa política retributiva en línea con las indicaciones que recibió de IDEA, conclusión que la Sala sentenciadora sustentó en la ausencia de documentación alguna que hiciera sugerir que tales directrices existieron, unidas a las testificales que se citan negando tal extremo, o que las modificaciones salariales, que eran competencia del recurrente, fueran abordadas en el seno del Consejo de Administración de INVERCARIA.

Carecen de autonomía probatoria los documentos relativos al contrato de arrendamiento de vivienda. No se discute que el recurrente hubiera de sufragar ese gasto, pero otra cosa es que ello comprometiera el correspondiente complemento.

Respecto a los informes que hacen alusión a las pautas de actuación en relación a ingresos contra legem en el ámbito de la Junta de Andalucía, carece de trascendencia a los efectos que nos ocupan. No solo son posteriores a los hechos, sino que en todo caso se excluyen aquellos supuestos en que de tales prácticas derivaran responsabilidades penales. Una cosa son los trabajadores que se hubieran podido verse beneficiados, y otras los gestores que urdieran y ejecutaran los correspondientes desembolsos.

Igualmente carecen de potencialidad para incidir en el relato de hechos el finiquito firmado por Florencio, en cuanto tales hechos han quedado excluidos de la condena, o los documentos que pudiera haber utilizado la Auditora PWC, cuyo contenido ni siquiera se especifica.

4. La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Error que, para que pueda prosperar el motivo, debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que, además, en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Es necesario que el documento que se dice erróneamente interpretado sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que, como ya hemos dicho, sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables.

El planteamiento del motivo desborda los estrechos contornos del cauce casacional que lo vehiculiza, para adentrarse en el terreno propio de un motivo de presunción de inocencia, reclamando una nueva valoración probatoria que sustituya la efectuada por el Tribunal sentenciador, por lo que, a lo señalado al resolver los anteriores motivos de recurso, nos remitimos.

El motivo necesariamente debe decaer, y con él la totalidad del recurso.

Recurso de D. Eduardo.

Décimo.

El primer motivo de recurso invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar infracción de la garantía de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Alega el recurso que, si bien la sentencia de instancia es detallada respecto a la actuación y facultades del condenado Sr. Emiliano, no ocurre lo mismo con el Sr. Eduardo, cuyas funciones se describen en el relato de hechos probados de manera que considera imprecisa, sin especificar las funciones y deberes que el mismo tenía encomendados dentro de la sociedad INVERCARIA. Tampoco se concretan las razones por las que al mismo se le responsabiliza de los incrementos salariales base del delito de malversación, cuando otros trabajadores también se vieron beneficiados por los mismos y ni siquiera fueron imputados.

Señala que no existe prueba sobre la manera en la que el recurrente resultó decisivo en la ejecución de las ordenes impartidas por el Sr. Emiliano, pues carecía de potestad para fiscalizar el sueldo de otros trabajadores, lo que solo a aquel incumbía, y también carecía de facultades decisorias. Era el Sr. Emiliano la única persona con capacidad de decisión y quien impartía las instrucciones que debían ser cumplidas no solo por el recurrente, sino por todo el personal de INVERCARIA.

Añade que no solo existe imprecisión en la definición de sus funciones y responsabilidades dentro del organigrama de la empresa, sino tampoco está acreditado el dolo. Es decir, el grado de conciencia o conocimiento que habría de tener en cuanto a la existencia de leyes presupuestarias que limitaban las facultades del Presidente del Consejo de Administración en la decisión de incrementar los salarios, pues la sentencia no dice que tuviera conocimiento de dichos límites, o la obligación de conocerlos por su cargo.

1. Ya hemos señalado al resolver el recurso anterior los límites del análisis que nos incumbe en casación cuando se denuncia infracción de la garantía de presunción de inocencia. No nos corresponde suplantar el criterio valorativo del Tribunal de instancia, sino simplemente comprobar que la condena se basa en prueba válidamente introducida en el proceso y de suficiente contenido incriminatorio; prueba motivadamente analizada, de manera que sea posible deducir que el juicio de inferencia extraído de la misma se acomoda a pautas homologables desde criterios lógicos y máximas de experiencia comúnmente aceptadas.

En este caso la sentencia recurrida, tras indicar en el apartado tercero del relato de hechos probados que la contratación de Eduardo por parte de INVERCARIA fue decidida personalmente por el otro condenado, el Sr. Emiliano, especifica en el apartado cuarto, que una vez ya en el año 2006 se decide externalizar la elaboración de nóminas, que hasta ese momento había asumido personal de IDEA, "Es entonces cuando Emiliano, actuando de consuno con Eduardo, decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores, para así enriquecerse a costa de fondos de Invernarla que, como se ha dicho, procedían de la Consejería a través de la Agencia Idea. Con desprecio de los límites marcados por las sucesivas leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, Emiliano como Consejero Delegado tomaba las decisiones de cuánto y a quién incrementar las retribuciones, en tanto que Eduardo ejecutaba con pleno conocimiento esas decisiones, sirviéndose para ello de la jefatura que de facto ejercía en el área económico-financiera de Invercaria, impartiendo a tal efecto las oportunas instrucciones a los restantes empleados, que a su vez las comunicaban a la empresa encargada de confeccionar las nóminas".

A continuación pasa a describir los incrementos operados fundamentalmente a través de gratificaciones extraordinarias o complementos de destino en las nóminas del Sr. Emiliano, o en las del mismo recurrente " de manera que pese al salario inicial de 26.000 euros anuales que incluía todos los conceptos, pasó a percibir 60.000 euros en el año 2007, 99.954,71 euros en el año 2008, 106.229,42 euros en el año 2009 y 75.098,18 euros en el año 2010, sirviéndose para ello también del incremento de las retribuciones, de complementos de destino y gratificaciones extraordinarias, cantidades que efectivamente hizo suyas el mencionado Eduardo con cargo a los fondos de INVERCARIA".

Y de modo similar, aunque en porcentajes menores, con otros trabajadores, bien que en cuantías sensiblemente inferiores a las que hicieron propias, pero siempre por encima de las autorizadas por las leyes de Presupuestos. Y se mencionan Cesar, Paloma, Florencio, Epifanio, Begoña o Alvaro. Y se especifica que "En

ninguno de esos casos se formalizó un nuevo contrato de trabajo ni se modificó la categoría profesional del trabajador, limitándose Emiliano y Eduardo a asegurarse, en el modo descrito, de que se reflejaran las nuevas cuantías en las correspondientes nóminas, que eran abonadas con cargo a los fondos de Invercaria".

A continuación, en los fundamentos jurídicos expone el soporte probatorio de esas conclusiones, sobre las que sustenta la aportación imprescindible del Eduardo en el delito de malversación atribuido al otro condenado. Condensa toda esa apreciación probatoria el fundamento duodécimo, en el que, tras descartar que el mismo ostentara la condición de funcionario o autoridad ex artículo 24 CP, por ser de carácter laboral su vínculo con INVERCARIA, aborda en bagaje probatorio que perfila su papel dentro de la empresa.

Parte el Tribunal de instancia de la progresiva asunción de responsabilidades por parte del recurrente, reconocida por él mismo, inicialmente contratado como analista, para pasar a ser Jefe de Servicios Financieros y finalmente ostentar el cargo de Director Financiero, y, en algunas ocasiones, apoderado del Sr. Emiliano, quien incluso lo definió como "su mano derecha". Todo ello sin documentar un nuevo contrato. Cometido laboral que solo se entiende puede ser cumplido por quien conoce las limitaciones en algo tan esencial como son las retribuciones, especialmente cuando estas, como es el caso, comprometen fondos públicos.

Se concretan los distintos medios de prueba, especialmente testificales, que contribuyeron a delimitar los perfiles de su cometido. Y así se explica Teodosio identificó a Eduardo como una de las tres personas de INVERCARIA (junto con Emiliano y Luis Manuel) que le facilitaban los datos para confeccionar materialmente los contratos y las nóminas, documentos que le entregaban precisamente a Eduardo (y, por cierto, desmintió que le hubiere consultado nunca sobre eventuales complementos de destino). El auditor Daniel identificó también a Eduardo como responsable financiero y aclaró que a él se comunicaba cualquier cuestión reseñable. Faustino, secretario del Consejo de Administración, confirmó que las cuentas de INVERCARIA a efectos de su formulación por dicho órgano y aprobación por IDEA como accionista único, se las enviaba Eduardo, aunque éste no asistía a las reuniones del Consejo.

El mismo papel relevante en los temas de personal y económicos fue confirmado por todos los empleados que depusieron en el juicio: Cesar, trató con Eduardo la solicitud de un préstamo; Paloma lo vinculó con decisiones de índole económico como la negociación de préstamos. Agapito también dijo haber hablado con el otro acusado y con el recurrente el tema de su préstamo, así como que su relación de horas extraordinarias se la enviaba a Eduardo, al que identificó como Director Financiero. Beatriz explicó que para su contratación se entrevistó sólo con Eduardo, "sino que también con él trató el tema de su subida de sueldo y el préstamo, por más que entendió que lo debía consensuar con Emiliano, aclarando igualmente que los datos para la confección de nóminas los proporcionaba Eduardo, aunque presumía que venían de Emiliano, siendo Eduardo quien ordenó la confección de las nóminas duplicadas de algunos meses que recogían el tan mencionado complemento de destino, atribuyendo a Eduardo un papel relevante en la salida de Florencio y concluyendo que era su superior, que daba instrucciones a todos, que supervisaba los temas de personal y préstamos y que intervenía respecto de las retribuciones, aunque la última palabra la tuviera Emiliano". También la testigo Emma relató que Eduardo daba directrices sobre nóminas y las revisaba, que fue él quien le paso un papel para hacer la transferencia a Gerardo con ocasión de su salida e intervino en la de Florencio, siendo su jefe directo, pues ella no tenía trato con el Sr. Emiliano.

2. El engarce lógico de los elementos indiciarios que la prueba analizada ha conseguido acreditar, lleva a la Sala sentenciadora a concluir que el recurrente Eduardo, "desempeñaba un papel harto relevante en relación con el personal de Invercaria y la fijación de sueldos e incrementos (y basta para ello repasar los correos electrónicos que le remitía Emiliano y a los que ya nos hemos referido antes), hasta el punto de que hubiera sido imposible sin su concurso la aplicación de los aumentos anuales de salarios por encima de lo autorizado por las leyes de Presupuestos, sólo él podía impartir órdenes en tal sentido a los empleados y a la propia gestoría a la que se encomendó la confección material de las nóminas y desde luego, si él se hubiere opuesto o formulado algún reparo, las decisiones de Emiliano no habrían llegado a materializarse ni, por ende, a mermarse los caudales públicos con que se abonaban esas arbitrarias retribuciones". En definitiva, una inferencia razonable en orden a considerar su aportación como consciente aun a sabiendas de la contravención de los límites presupuestarios. Solo así puede interpretarse de quien en una sorprendente progresión laboral, reveladora de una estrecha relación con quien le captó para el empresa pública, se ocupaba materialmente de todo lo concerniente a la retribución y las nóminas del personal, en las que se incluyeron incrementos omitidos en los distintos contratos, para los que no se recabó autorización de la administración que dotaba de fondos a la empresa -no solo los que integraban su capital social, sino también los que se empleaban para el desenvolvimiento de su actividad-. Incrementos que rebasaban los límites presupuestariamente permitidos. Una aportación como brazo ejecutor de lo decidido por el funcionario público que ostentaba la disponibilidad de los fondos, imprescindible para que la malversación de estos pudiera perfeccionarse.

La alegada vulneración de la garantía de presunción de inocencia queda descartada.

El motivo decae.

UNDÉCIMO.- Se formaliza un segundo motivo de recurso que invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar indebida aplicación del artículo 432.1 CP y 74.1 CP.

Sostiene que las afirmaciones que el relato de hechos probados de la sentencia recurrida contiene, no colman, en lo que al Sr. Eduardo se refiere, los presupuestos de la cooperación necesaria al delito de malversación por el que viene condenado.

Que el único con capacidad decisoria en la materia de incrementos salariales era el Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado. Que el papel asignado a Eduardo en esta materia, según la sentencia, no abarcaba la decisión de disponer de los fondos necesarios para materializar el incremento salarial de los trabajadores de INVERCARIA. Que los límites marcados por las sucesivas Leyes de Presupuesto solo podrían afectar, en consecuencia, a quien en su caso tuviera facultad decisoria de los fondos, que no era el Sr Eduardo. Que la función de Eduardo se limitaba a ejecutar las ordenes impartidas por el Presidente y Consejero Delegado.

Resalta que no se declara como hecho probado que el Sr. Eduardo, en su función de director financiero, tuviera autonomía suficiente para oponerse a la ejecución de las órdenes e instrucciones que en la materia controvertida impartiera el Presidente y Consejero Delegado, lo que entiende impide la comisión dolosa del delito. Que el Sr. Eduardo, según se extrae de los hechos probados, se limitó a obedecer las órdenes e instrucciones impartidas por quien tenía poder de disposición para ello, pues su relación con INVERCARIA derivaba de un contrato laboral, sin que consten en la sentencia recurrida las consecuencias disciplinarias del incumplimiento de un mandato impartido por quien tenía atribuida funciones de dirección en la empresa.

Del relato de hechos probados, apunta el recurso, no se extrae la consecuencia jurídica de que a Eduardo, en su calidad de empleado de INVERCARIA, le fuera exigible otra conducta que la de cumplir con las instrucciones impartidas por el Presidente de la compañía. Añade que se da una total ausencia del elemento subjetivo.

1. Ya hemos explicado al resolver el motivo anterior, la sujeción que en la revisión del juicio de subsunción a través del artículo 849.1 LECRIM impone al relato de hechos probados.

El recurrente viene condenado como cooperador necesario al delito de malversación del artículo 432.1 CP según legislación vigente a la fecha de los hechos, que se atribuye al Presidente de INVERCARRIA. Se le considera extraño por no concurrir en el mismo la condición de funcionario público, al ser su vínculo con la citada empresa, y en consecuencia, con los fondos de que la misma se nutría, simplemente de índole laboral y no ser el titular de la facultad de disposición sobre los mismos.

Esta Sala tiene dicho que, si bien el extraneus no puede ser autor de delitos especiales sin menoscabo del principio de legalidad, si le alcanzan los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales. Recordaba la STS 1022/2022, que aun tratándose el delito de malversación de caudales públicos de un delito especial propio que sólo puede ser perpetrado por quienes tengan la condición de autoridad o funcionario público y sean custodios de los fondos, nada impide que pueda responder como partícipe cualquier extraneus que induzca o coopere a la ejecución del delito, siempre que su intervención no consista en la autoría directa (SSTS 257/2003, de 18 de febrero o 1074/2004, de 18 de octubre). Y hemos subrayado que la cooperación es necesaria o esencial para la perpetración del delito cuando el partícipe facilita el expolio con un hacer o no hacer que resulte significativo y difícilmente reemplazable para el desarrollo del iter criminis y su consumación, siempre que conozca que el autor material desviará en su provecho los fondos públicos que tiene a su cargo (STS 211/2006, de 2 de marzo).

La cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse. Como explica la STS 707/2022, de 12 de julio, la cooperación necesaria se diferencia de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros.

2. En este caso el recurrente no realizó el hecho típico porque carece de la condición de funcionario a efectos penales, y no le competía el poder de disposición sobre los fondos, vinculado a las decisiones del Presidente de INVERCARIA, condenado como autor del artículo 28.1 CP. Sin embargo su aportación a la estrategia de sustracción fue imprescindible.

Según lo que se recoge en la declaración de hechos probados -Hecho Tercero , in fine, y Cuarto, ab initio-, Eduardo llegó a ejercer de facto como Director Económico-Financiero de INVERCARIA y, en tal condición, actuando "de consuno" con Emiliano, "decidieron incrementar sus propias retribuciones y las de otros trabajadores". Este último, con desprecio a los límites presupuestarios, tomaba las decisiones de cuánto y a quién incrementar las retribuciones, en tanto que el Sr. Eduardo ejecutaba con pleno conocimiento esas decisiones, sirviéndose para ello de la jefatura que de facto ejercía en el área económico-financiera de INVERCARIA, impartiendo a tal efecto las oportunas instrucciones a los restantes empleados, que a su vez las comunicaban a la empresa encargada de confeccionar las nóminas.

De esta manera queda acotada la aportación del recurrente como esencial en la fijación de sobresueldos e incrementos salariales, hasta el punto que hubiera sido imposible sin su concurso la aplicación de los aumentos salariales por encima de los límites presupuestarios. A el incumbía hacer eficaces las decisiones que al respecto adoptaba el otro acusado, dirigiendo las oportunas órdenes a los empleados y a la gestoría a la que se encomendó

la elaboración material de las nóminas. Sin su intervención tales decisiones no hubieran llegado a materializarse ni, por ende, a mermarse los caudales públicos con que se abonaban esas arbitrarias retribuciones.

Respecto a sus posibilidades de oposición a esas órdenes, quizás hubieran puesto en peligro su puesto de trabajo, pero también podrían haber permitido que los hechos quedaran al descubierto reduciendo de esa manera su efecto nocivo sobre los fondos públicos. En definitiva es una reflexión que nos coloca en el ámbito de la especulación, porque la contundencia de la secuencia fáctica completa el elemento subjetivo que la cooperación necesaria reclama.

De este último se ha dicho que exige lo que ha venido en llamarse un doble dolo, es decir, una doble proyección de la tipicidad subjetiva del partícipe. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquel. Solo así puede entenderse en quien, según describe el factum que acota nuestro análisis, desarrolló una actuación concertada y de consuno entre el Presidente de INVERCARIA, consciente de que la misma rebasaba los límites presupuestariamente operativos, y de la que además se vio beneficiado.

El motivo decae, y con él la totalidad del recurso.

Ley 14/2022, de 14 de diciembre.

DUODÉCIMO. La sentencia recurrida aplica el artículo 432.1 CP, según redacción vigente a la fecha de los hechos, tras efectuar la correspondiente comparación normativa con la que fue introducida en el precepto y, en general, en la regulación de la malversación, por la LO 1/2015. Entendió que esta última no resultaba más beneficiosa para los condenados.

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, ha dotado de nueva redacción a los artículos 432 y ss del CP, lo que demanda un nuevo análisis de la sucesión normativa con el fin de concretar si la nueva regulación resulta más beneficiosa a los condenados y, en consecuencia, les sería retroactivamente aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 CP.

La Sala sentenciadora rechazó la aplicación introducida por la LO 1/2015 porque, al superar el importe de lo malversado los 50.000, sería aplicable la modalidad del artículo 432.3º con una penalidad de 4 a 8 años, de prisión y de 10 a 20 de inhabilitación, superior a la que llevaba aparejada el precepto aplicable - artículo 431.1 CP- en su redacción anterior- de 3 a 6 años y de 6 a 10 años de inhabilitación-. En la medida que la penalidad que el actual artículo 432.3 contempla para los supuestos en que el importe de lo malversado supera los 50.000 euros coincide con el que fijó la ley 1/2015, por las mismas razones que expuso la sentencia recurrida, la nueva regulación no resulta retroactivamente aplicable.

Costas.

DÉCIMO TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede declarar de oficio las costas del recurso del Fiscal, debiendo los recurrentes Sr. Emiliano y Eduardo soportar las causadas a su instancia.

FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 3 de noviembre de 2021 (Sec. 4ª, Rollo 6212/2019), y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de exponer.

DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de D. Eduardo, y por D. Emiliano contra la referida sentencia.

Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García
Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION NÚM.: 7473/2021

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de septiembre de 2024.

Esta sala ha visto el procedimiento incoado por el Juzgado de Instrucción 16 de Sevilla con el núm. 1009/12, del que tras practica de diversas diligencias se acordó desglosar la presente pieza que se dio en llamar de "personal" y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla (Rollo 6212/2019), que con fecha 3 de noviembre de 2021, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, procede condenar a Emiliano como autor de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 en relación con el 74 CP, en concurso medial del artículo 77 con un delito de malversación por el que también ha sido condenado, resultando más beneficioso para el acusado que ambos sean penados de manera independiente. Y así, apreciada la atenuante de dilaciones indebidas como simple, procede suprimir la reducción penológica en un grado que había aplicado la sentencia recurrida por efecto del artículo 66.2 CP. Dentro del marco delimitado por la tipicidad aplicada, siguiendo las mismas pautas que marcó la Sala de instancia al determinar la pena en el límite mínimo, y la pretensión deducida por el Fiscal en la instancia, procede concretar la pena en 12 años de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones de administración y gestión de entidades participadas directa o indirectamente por alguna administración pública. También se le condena al abono de la parte proporcional de las costas de la primera instancia.

La modulación de la atenuante de dilaciones indebidas, estimada ahora como no cualificada, obliga a efectuar una nueva determinación de la pena, derivada del delito de malversación, eliminando la reducción en grado que venía acordada en atención a la misma, para optar por la pena prevista para el delito en el caso de Emiliano, y con la rebaja en un solo grado -el que deriva de la aplicación del artículo 65.3 CP - en el caso de Eduardo. En ambos supuestos en su límite mínimo, por seguir el criterio individualizador del Tribunal de instancia.

De esta manera, la pena para Emiliano, derivada de su condena como autor de un delito continuado de malversación del artículo 432.1 CP, según redacción vigente a la fecha de los hechos, en relación con el artículo 74

CP, debe fijarse en cuatro años y seis meses de prisión y ocho de inhabilitación absoluta, con el alcance fijado en la instancia.

En lo que afecta a Eduardo, condenado como cooperador necesario de un delito continuado de malversación del artículo 432.1 CP, según redacción vigente a la fecha de los hechos, en relación con el artículo 74 CP, la pena se fija en dos años y tres meses de prisión, con las correspondientes accesorias, e inhabilitación absoluta por tres años.

FALLO

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

CONDENAR a Emiliano como autor, concurriendo la atenuante no cualificada de dilaciones indebidas, de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 en relación con el 74 CP, en concurso medial del artículo 77 con un delito de malversación por el que también ha sido condenado, a la pena de 12 años de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones de administración y gestión de entidades participadas directa o indirectamente por alguna administración pública, y al abono de la parte proporcional de las costas de la primera instancia.

Asimismo, al apreciar la mencionada atenuante de dilaciones indebidas sin efecto cualificado, la pena a imponer a Emiliano a razón de su condena como autor de un delito continuado de malversación del artículo 432.1 CP, según redacción vigente a la fecha de los hechos, en relación con el artículo 74 CP, se fija en cuatro años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el mismo tiempo, y ocho años de inhabilitación absoluta, con el alcance fijado en la instancia.

Por la misma razón, en lo que afecta a Eduardo, condenado como cooperador necesario de un delito continuado de malversación del artículo 432.1 CP, según redacción vigente a la fecha de los hechos, en relación con el artículo 74 CP y 65.3 CP, concurriendo la atenuante no cualificada de dilaciones indebidas, la pena para el mismo se fija en dos años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el mismo tiempo, e inhabilitación absoluta por tres años.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

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