

**Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2021
(rec.3265/2019)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 685/2021

Fecha de sentencia: 15/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3265/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 DE SEVILLA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3265/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 685/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el nº 3265/2019 interpuesto por **Mauricio** representado por la procuradora Sra. D.^a María Inmaculada Muñoz Camacho, bajo la dirección letrada de D. Miguel Villegas Berdejo contra la *Sentencia de fecha 25 de marzo de 2019 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla* en causa seguida contra el recurrente por delito de malversación de caudales públicos. Han sido partes recurridas MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE SEVILLA SA (MERCASEVILLA), representada por la Procuradora Sra. D.^a Cristina Núñez Ollero y bajo la dirección letrada de D. Bruno Lucas Fernández de Bobadilla; Remigio, representado por el Procurador D. Carlos Ricardo Estevez Sanz y bajo la dirección letrada de D. Carlos García Castaño; y Ruperto y Gregoria representados por la Procuradora Sra. D.^a Reyes Martínez Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Moeckel Gil. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El *Juzgado de Instrucción núm. Seis de Sevilla instruyó PA con el número 253/2016* , contra Mauricio, Victoriano, Vidal, Ruperto, Gregoria, Jose Pedro, Carlos María, Luis Carlos, Remigio, Luis Miguel, Jesús Luis, Juan Carlos, Juan Pedro, y Rocío. Una vez concluso lo remitió a la *Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta) que con fecha 25 de marzo de 2019 dictó sentencia* que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

<< PRIMERO. La empresa municipal "Mercados Centrales de Abastecimiento de Sevilla, Mercasevilla S.A" (en adelante Mercasevilla), se constituyó el 25 de junio de 1971 como empresa mixta del sector público local para la gestión en régimen de municipalización de los servicios de mercados centrales mayoristas y matadero de Sevilla durante el periodo de 50 años.

El objeto social de la sociedad abarcaba las siguientes actividades según el art. 2 de sus Estatutos:

a).- La prestación del Servicio de Mercados Centrales de Abastecimiento y Matadero de Sevilla y la promoción, construcción, gestión y explotación de los mismos.

b).- La promoción, construcción, implantación, prestación, gestión o explotación de cuantas actividades, servicios o instalaciones puedan resultar convenientes para la mejora y modernización de la distribución, para la mayor eficacia del Servicio o para la mejor atención de los usuarios, así como la cesión con dichas finalidades y por cualquier título de superficies, edificios o locales.

c).- El mejoramiento en todos los órdenes del ciclo de comercialización de los productos alimenticios".

El **Ayuntamiento** de Sevilla ostentaba el 51,25% del capital social y la empresa pública estatal MERCASA el 48,20%, correspondiendo el resto a diversos mayoristas.

Los órganos sociales de gobierno y administración de la Sociedad eran la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración (artículo 13).

La Junta de accionista resolvería la aprobación de las cuentas y balances del ejercicio anterior, sobre la aplicación del resultado y cuantos asuntos sociales de su competencia hayan sido previstos en la convocatoria (artículo 16).

La Sociedad sería administrada y regida por el Consejo de Administración, que tenía la representación social y la plenitud de facultades, sin más limitaciones que las reservadas por la *Ley y por los Estatutos a la Junta General de Accionistas (artículo 25)*.

El Consejo de Administración tenía facultades para designar de su seno una Comisión Ejecutiva, a la que corresponderían las facultades que el Consejo estimara conveniente delegarle dentro de los límites legales. Integrarían la Comisión, el Presidente del Consejo, los dos Vicepresidentes y otros dos Consejeros; y, también, como miembros de la misma con voz y voto si fueren consejeros, y sin voto si no lo fueren, el Secretario y el Vicesecretario del Consejo y el Director General de la Sociedad (artículo 30).

El Director General de la Sociedad tenía reconocida las siguientes funciones: a) Ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva, en su caso; b) dirigir e inspeccionar los servicios; c) someter al Consejo de Administración los Reglamentos de Régimen Interior y Normas de Funcionamiento de Mercasevilla y sus modificaciones; d) asistir a las sesiones del Consejo y demás órganos rectores de la Sociedad, con voz y sin voto cuando no fuere Consejero; e) ejercer la Jefatura de Personal; f) la designación, la corrección disciplinaria y el cese por cualquier motivo del personal no directivo; g) la corrección disciplinaria, incluido despido por dicho motivo, del personal directivo sin necesidad de ratificación por el Consejo (artículo 32).

SEGUNDO. En reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla celebrada el 4 de septiembre de 2002, se acordó apoderar al acusado Mauricio, mayor de edad y sin antecedentes penales, que era Director de Recursos Humanos de Mercasevilla. El acuerdo fue elevado a pública escritura el 27 de septiembre de 2002, facultando al acusado, entre otros actos, para: la retirada o disposición de fondos inferiores a 30.000 euros, estando obligado a comunicarlo a la Comisión Ejecutiva; en casos de urgencia, tomar todo tipo de decisiones que evitasen daños mayores, pero informando al Consejo de Administración y a la Comisión Ejecutiva a la mayor brevedad posible; para realizar los actos de disposición que supusieran por sí mismos la asunción de obligaciones por parte de la Sociedad hasta la cantidad de sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos; podía realizar sin límites transacciones y operaciones correspondientes a los Mercados de la Unidad Alimentaria, pago de nóminas y seguros sociales, entre otras. De todas esas operaciones y actos de disposición debía dar cuenta a la Comisión Ejecutiva a efectos de ratificación.

El acusado Mauricio fue nombrado Director General de Mercasevilla por acuerdo de la Junta General de Accionistas celebrada el 30 de septiembre de 2002 y cesado en la reunión del Consejo de Administración de 17 de febrero de 2009. Durante ese periodo fue, también, miembro con voz y sin voto del Consejo de Administración y

de la Comisión Ejecutiva.

TERCERO. En reunión celebrada el 13 de diciembre de 2002, el acusado Mauricio propuso a la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla un Plan de Prejubilaciones anticipadas para rejuvenecer la plantilla y amortizar plazas. La Comisión Ejecutiva acordó autorizar a la dirección "tan ampliamente como fuere necesario para que inicie los trámites precisos a fin de conseguir la aprobación del Plan de Prejubilaciones presentados por esta Empresa".

Para facilitar su tramitación, el 31 de diciembre de 2002 Mercasevilla suscribió con la compañía Hermes Consulting SL (en adelante Hermes), contrato de servicio, que tenía como finalidad la obtención de subvenciones y/o financiación de plan de jubilaciones anticipadas, estipulándose unos honorarios ascendentes a 36.060,73 €; que se abonaron entre los días 21 de abril y 6 de mayo 2004.

El 2 de octubre de 2003 Mercasevilla solicitó al Delegado Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía expediente de regulación de empleo (en adelante ERE) que perseguía rejuvenecer la plantilla y amortizar puestos de trabajo.

Como el ERE de 2003 no logró alcanzar los objetivos previstos, en 2005 el acusado Mauricio se planteó la necesidad de un nuevo ajuste de plantilla mediante prejubilaciones.

Para facilitar las gestiones que debían realizarse, en fecha 27 de diciembre de 2005 el acusado Mauricio, como Director General de Mercasevilla, suscribió un nuevo contrato de prestación de servicios con Hermes, que tenía como objeto "la obtención de subvenciones y/o financiación necesaria a través organismos públicos y/o privados para acometer una mejora de la plantilla de Mercasevilla mediante jubilaciones anticipadas por edad y/o por salud".

Se establecía una "tarifa, excluida el IVA, por la tramitación de ayudas excepcionales, tanto a administraciones públicas como a instituciones privadas, por la preparación de reuniones con los agentes sociales y exposición de motivos a los mismos, por la preparación de la documentación necesaria para la aprobación del expediente de regulación de empleo, por la selección de la consultora de previsión social, por la selección de la compañía de seguros que garantice las rentas y por la preparación de los diferentes conciertos y reuniones entre las partes, el cinco por ciento (5;00%) del coste total de la prima que garantice las rentas que se pacten en el E.R.E. o en acuerdos privados entre las partes". De esa cantidad, 30.000 €; se abonarían dentro de los 10 días naturales siguientes a la aprobación del expediente de regulación de empleo por la autoridad laboral competente y el resto a los cinco meses.

Aunque el acusado Vidal, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el administrador oficial de Hermes, en realidad no realizaba ninguna actividad para la empresa, siendo, de hecho, el acusado Victoriano, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien la administraba y gestionaba, ya que tenía experiencia profesional previa en la materia objeto de contrato como comercial que era de la empresa Vitalia, que fue contratada por Mercasevilla para confeccionar el plan actuarial de ambos ERES de 2003 y 2007.

El mismo día de la firma del contrato, el acusado Mauricio emitió a favor de la empresa Hermes, y en concepto de anticipo, un pagaré con vencimiento el día 3 de

enero de 2006, por importe de 6.000 euros, que fue cobrado el día 4 de enero de 2006 por el acusado Vidal, que entregó el dinero al acusado Victoriano, quien, acompañado del presidente de comité de empresa de Mercasevilla, Pedro, lo ingresó en una cuenta cuyo titular era la aseguradora Personal Life M.P.S. con la finalidad de que siguieran cobrando sus rentas trabajadores prejubilados de la empresa Cash Lepe, y así lograr desbloquear las negociaciones del ERE en Mercasevilla. Bloqueo que había sido impuesto por Pedro por los problemas surgidos, que éste achacaba a un error de Hermes, para el cobro de rentas pactadas en el ERE de la empresa Cash Lepe, en cuyas negociaciones ambos habían intervenido y él había comprometido su prestigio como directivo sindical.

El acusado Mauricio, en representación de Mercasevilla, firmó el 14 de septiembre de 2006 un contrato con la empresa Maginae Solutions SL, que tenía el mismo fin que el suscrito con Hermes, si bien se establecía como honorarios el pago del uno punto veinticinco por ciento (1,25 %) del coste total de la prima que garantice las rentas que se pacten en el E.R.E. o en acuerdos privados entre las partes", fijándose la entrega de un adelanto de 15.000 €; que tendría que hacerse efectivo antes del 31 de diciembre de 2006.

En reunión celebrada el 29 de marzo de 2007, Mercasevilla, el Comité de Empresa y los sindicatos CCOO y UGT acordaron aceptar "la realización de un Expediente de Regulación de Empleo, concretado en la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores de la Empresa Mixta Mercasevilla, S.A. y de la Fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla, S.A., relación de trabajadores que figuran reflejados en el documento que se acompaña a este acta como Anexo 1. Dicho expediente de Regulación de Empleo acordado mediante el Plan de Prejubilaciones presentado por la Dirección de la Empresa, tendrán los mismos términos y condiciones fijados en el anterior Plan, igualmente elaborado por la Consultora Vitalia, S.A. admitiéndose como edad de Prejubilación a partir de los 50 años".

Mediante escrito de 16 de abril de 2007, dirigido al Delegado Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía el acusado Mauricio, en nombre y representación de Mercasevilla, solicitó un Expediente de Regulación de Empleo, como continuación del aprobado en 2003.

Por resolución de la Consejería de Empleo de 7 mayo de 2007 se autorizó a Mercasevilla "a proceder, por causas económicas y organizativas, a la extinción de 63 contratos laborales de los 176 que componen la plantilla..., en base al acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores de la misma, de fecha 29 de marzo de 2007". Por otra resolución de 17-5-07, se subsanó la anterior, ampliándose en uno más el número de trabajadores afectados.

Cuando el acusado Victoriano tuvo conocimiento de la citada autorización, dirigió en nombre de Hermes escritos a Mercasevilla en septiembre y octubre de 2007, reclamado el pago de las tarifas establecidas en el contrato de 27 de diciembre de 2005.

En fecha 10 de diciembre de 2007 el abogado de Hermes remitió burofax al acusado Mauricio, como Director de Mercasevilla, adjuntando factura de fecha 28 de noviembre de 2007 por los servicios prestados, que ascendía a 34.400 €; (tomo XXVIII, folio 10.065), en reclamación de los honorarios establecidos en la estipulación tercera del contrato.

Como los requerimientos no fueron atendidos, Hermes presentó el 17 de enero de 2008 demanda de *juicio monitorio 85/2008 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Sevilla*, reclamando el pago de 28.800 euros, correspondientes a los primeros 30.000 euros, que debían abonarse según contrato, más IVA, deducidos los 6000 euros que se habían entregado como anticipo el 27 de diciembre de 2005.

Con la intención de llegar a un acuerdo, el 14 de febrero de 2008 se celebró en las dependencias de Mercasevilla una reunión a la que asistieron, por ésta, el acusado Mauricio y Alvaro, subdirector de Mercasevilla, y, por Hermes, el acusado Victoriano, que comunicó que, además de la cantidad demandada, también reclamaría el 5% del coste total de la prima que garantizara las rentas que se pactaran en el ERE, conforme a lo pactado en el contrato.

Días después, ambas partes alcanzaron un acuerdo por el que Mercasevilla abonaría los 28.800 euros reclamados en la demanda, más 35,000 euros como compensación por el 5% del coste total de la prima pactado.

Los acusados Victoriano y Vidal se personaron el 21 de febrero de 2008 en las dependencias de Mercasevilla, presentando al cobro las facturas nº 41/225/08 por importe de 28.800 euros y nº 41/226/08 por importe de 35.000 euros (tomo I, folio 204), que le fueron abonadas, firmando un documento de esa misma fecha en la que Hermes desistía de la demanda sobre Reclamación de Cantidad interpuesta contra Mercasevilla, declarando que quedaba sin efecto obligacional alguno el contrato suscrito con fecha 27 de diciembre de 2005, que se entendía liquidado. El 22 de febrero de 2008 Hermes presentó escrito en el juzgado en el que se desistía de la demanda interpuesta. Por auto de 27 de febrero de 2008 se tuvo por finalizado el procedimiento.

CUARTO.- Para alcanzar los objetivos previstos en el ERE de 2007, el acusado Mauricio intentó convencer a una serie de trabajadores que ocupaban puestos bien remunerados y amortizables, que en principio no querían acogerse voluntariamente al ERE con las condiciones inicialmente pactadas. Para ello entabló negociaciones con cada uno por separado y les ofreció determinadas cantidades al margen de las pactadas con el comité de empresa.

Los trabajadores que llegaron a un acuerdo y se incluyeron en la resolución de la Consejería de Empleo de 7 de mayo de 2007, fueron los acusados siguientes, todos mayores de edad y sin antecedentes penales:

1. Jose Pedro, quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 18.000 euros.

2. Carlos María, quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 23.000 euros.

3. Luis Carlos, quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 18.000 euros.

4. Remigio, quien recibió mediante talón bancario de fecha 3 de junio de 2008 y mediante pagaré de 14 de julio de 2008 la cantidad de 20.624 euros.

5. Luis Miguel, quien recibió mediante talón bancario de fecha 4 de julio de 2008 la cantidad de 15.000 euros.

6. Jesús Luis, quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 36.000 euros.

Juan Carlos, quien recibió mediante talón bancario de fecha 31 de diciembre de 2008 la cantidad de 36.000 euros.

8. Juan Pedro, quien recibió la cantidad de 72.000 euros mediante talones bancarios de fechas 21 de mayo de 2008, y dos 31 de diciembre de 2008.

9. Rocío recibió mediante transferencia bancaria de fecha 17 de abril de 2008 la cantidad de 18.000 euros.

Los acusados que recibieron el pago mediante talones bancarios firmaron recibís, y en el de Juan Carlos y Juan Pedro se decía recibir el dinero en concepto de "gratificación por los servicios prestados en esta empresa". En los pagos realizados por transferencia, en el documento bancario se decía prejubilaciones".

Como quiera que la empresa había entregado el dinero sin practicar retención a cuenta del IRPF, Mercasevilla procedió en 2009 a regularizar los pagos. Para ello, en el departamento de caja y contabilidad entregaron a los trabajadores nóminas en las que, bajo la denominación "complemento por servicios prestados", se recogían las cantidades recibidas más las retenciones correspondientes, que corrieron a cargo de la empresa; y también les entregaron certificados empresariales de retenciones e ingresos para el IRPF. Carlos María y Jose Pedro firmaron en ese momento sendos recibos en los que se decía recibir el dinero en concepto "premio por los servicios prestados".

Todas estas cantidades, que ascendieron a 256.624 €, no se incluyeron en las cuentas de gastos de 2008, sino que, primero, fueron contabilizadas bajo el concepto de "indemnizaciones pre" o "anticipos o gratificaciones, y, el 19 de diciembre de 2008 se traspasaron a la cuenta de activo "Gastos Anticipados".

La acusada Rocío, Directora del Departamento Financiera de Mercasevilla hasta que el 1 de enero de 2008 se jubiló, el día 2 de enero de 2008 suscribió un contrato con el acusado Mauricio, en nombre de Mercasevilla, para realizar de manera externa alguna de las funciones que hasta entonces había venido desempeñando en la sociedad.

Por esta labor, que efectivamente realizó, la acusada Rocío presentó a Mercasevilla y cobró 17 facturas mensuales por importe total de 44.971 euros, a nombre de la sociedad civil "Camon Asesores s.c.", que ella controlaba. El 29 de julio de 2009 el contrato fue cancelado unilateralmente por el entonces Director General de Mercasevilla.

QUINTO. I. La Asociación de Mayoristas de Pescado "El Barranco" de Mercasevilla, de la que era presidente el acusado, Ruperto, mayor de edad y sin antecedentes penales, representaba los intereses de los mayoristas del gremio del pescado que tenían sus instalaciones (cuarteladas) en las naves de Mercasevilla. Los mayoristas de pescado, además del arrendamiento de las dependencias, como era común entre el resto de mayoristas, abonaban determinadas tarifas, exclusivas a nivel local, por las actividades de facturación, cobro, arrastre y colocación que Mercasevilla les prestaba en régimen de monopolio.

Cuando a principios de siglo se conoció la intención de trasladar Mercasevilla a unos terrenos ubicados en Majaravique, los directivos de la citada Asociación de Mayoristas de Pescado "El Barranco" comunicaron a la Dirección de Mercasevilla que ellos querían participar en el diseño de las nuevas instalaciones para evitar las deficiencias que tenían las actuales. La Dirección de Mercasevilla, concedora de las particulares relaciones contractuales que existían con los mayoristas de pescado, tuvo en cuenta la sugerencia y permitió a la asociación que tomara parte activa en lo relativo al traslado y nuevo diseño de las futuras instalaciones de la nave del pescado.

Para aportar sus propuestas, La Asociación "El Barranco" contactó con la empresa "Prae ingeniería S.L." (en adelante PRAE), que en fecha 5 de junio de 2003 presentó una oferta, ofreciendo los servicios de ingeniería necesarios para la realización de la presentación infográfica de las instalaciones de la unidad alimentaria de pescados que la asociación de mayoristas de pescados tenía previsto desarrollar. Según el proyecto, el alcance de los Servicios constaría de las siguientes fases,'

- " Estudio de las necesidades de implantación, superficie, circulación, almacenaje, instalaciones, accesos de los diferentes gremios de la unidad de pescados.

Elaboración de la Infografía compuestas por planos de planta, alzados y perspectivas y realidad virtual interactiva".

Los honorarios previstos ascendían a 30.000 euros, el 40% se abonaría a la firma del contrato y el resto a la entrega del proyecto.

El 18 de junio de 2006 PRAE les presentó un nuevo estudio, teniendo como objeto el ofrecer los servicios de ingeniería necesarios para la realización del reestudio y ampliación de los modelos de las instalaciones de la unidad alimentaria de pescados que la asociación de mayoristas de pescados tenía previsto desarrollar. El alcance constaba de las siguientes fases:

"Estudio de las necesidades de implantación, superficie, circulación, almacenaje, instalaciones, accesos de los diferentes gremios de la unidad de pescados.

- Elaboración de los Modelos compuestos por planos de planta, alzados y perspectivas.

- Participación en la asamblea de la asociación, donde se expondrán los diferentes modelos de mercado".

Los honorarios previstos ascendían a 8,000 euros, que se abonarían al comienzo del traslado de la unidad alimentaria.

II. Con ocasión del contrato de opción de compra suscrito el 23 de febrero de 2006 entre Mercasevilla y la Sociedad SANMA Desarrollos Urbanísticos, S.A. (en adelante SANMA.), el 19-10-2007 ambas partes firmaron un acuerdo (tomo III, folios 926-929), estipulándose que, en caso de que Mercasevilla adjudicara a SANMA la construcción de la nueva Unidad Alimentaria, ésta "asumiría a su costa y cargo el coste de todos los conceptos y partidas relativos a estudios preparatorios, suplidos,

prospecciones, proyectos técnicos y direcciones facultativas que figuraban en la oferta técnica realizada por SANMA, e igualmente los costes correspondientes al reciclaje profesional de los trabajadores de dicha empresa, entre los que se incluyen los costes correspondientes al Plan de Prejubilaciones anticipadas como consecuencia de Expediente de Regulación de Empleo que realice MERCASEVILLA.

Se acordó, asimismo, que en el supuesto de que SANMA ejercitara la opción de compra pero no se le adjudicara la construcción de la Unidad Alimentaria, las cantidades entregadas a cuenta se descontarían del precio total de la compraventa, y que en el supuesto de resolución del contrato de opción de compra por cualquiera de las circunstancias previstas en los apartados C), D) y E) de la Estipulación Cuarta del referido contrato de opción de compra, Mercasevilla estaría obligada a reintegrar a SANMA todas las cantidades recibidas anticipadamente, incrementadas con sus intereses calculados al tipo legal vigente en el momento en el que se produzca la efectiva devolución de las mismas.

En ese acto SANMA abonó a Mercasevilla la cantidad total de novecientos ochenta y siete mil novecientos veintitrés euros (987.923 €), que serían facturadas a SANMA entre 2007 y el 31 de diciembre de 2009 de acuerdo con un calendario establecido.

III. Mediante sendos pagarés de fechas 2 de febrero y 15 de marzo de 2007, y un talón bancario de fecha 17 de julio de 2007, el acusado Mauricio ordenó abonar a La Asociación de Mayoristas de Pescado "el Barranco" 10.413 euros, 10.438 euros y 9.477,62 euros, respectivamente, como pago a cuenta de los gastos que en relación con el traslado a Majaravique había realizado o realizara.

Estos pagos se anotaron en contabilidad bajo los conceptos de publicidad, propaganda y relaciones públicas de la dirección. En fecha 31 de diciembre de 2007, estas cantidades junto con otras fueron traspasadas a una cuenta de activo "anticipos traslado mercado y ese mismo día a otra cuenta de activo denominada "Gastos de establecimiento".

IV. Cuando las autoridades sanitarias comunicaron a los mayoristas de pescado que por razones sanitarias debían sustituir los palés de madera que se usaban para transportar el pescado por otros de plástico, los representantes de La Asociación de Mayoristas "El Barranco" instaron a los responsables de Mercasevilla a que comprasen los palés de plástico porque entendían que eran parte de los servicios que en régimen de monopolio ésta les prestaba. Como quiera que los representantes de esta pusieran objeciones, Pablo Jesús, abogado externo de la Asociación de Mayoristas de Pescado decidió pedir una subvención a la Junta de Andalucía para comprarlos y, después, reclamar el pago a Mercasevilla.

Por resolución de 29 de agosto de 2006, la Dirección General de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía concedió a Mercasevilla una subvención de 18.975 euros para la adquisición de los palés.

El 17 de enero de 2007 la Asociación "El Barranco" adquirió 1.000 palés de plástico abonando 51.620 euros, y reclamó a Mercasevilla el pago de 32.645 euros, pues del precio de compra dedujeron los 18.975 euros de la subvención pública percibida.

En fecha 2 de octubre de 2007 Mercasevilla abonó 38.000 euros a La

Asociación de Mayoristas de Pescado "El Barranco", 32.645 euros correspondían a la compra de los palés, y 5.355 euros como "anticipo para sufragar gastos de anteproyectos y estudios relativos a la construcción del nuevo mercado"

Los pagos se anotaron en una cuenta de gasto con la descripción "relaciones públicas generales".

V. En fecha 22 de julio de 2008 el acusado Ruperto, como presidente de la citada asociación "El Barranco", recibió de Mercasevilla un total de 38.000 euros:

11.700 euros mediante pagaré NUM000, con fecha de vencimiento 29-7-08, y 26.300 euros mediante pagaré NUM001, con fecha de vencimiento 14-8-08.

Mercasevilla entregó la expresada suma de 38.000 euros como "parte de pago y a cuenta de mayores cantidades que actualmente y en el futuro se irán generando como consecuencia del desarrollo y aplicación de las cuestiones antes indicadas o de otras nuevas que pudieran surgir como consecuencia de las relaciones de colaboración que mantienen la entidad Mercasevilla y la asociación de mayoristas de pescados y el asesoramiento integral permanente que esta última entidad presta a la empresa mixta por los siguientes conceptos: Asesoramiento, gestión y colaboración en todos cuantos conceptos comprenden y están relacionados con el traslado de las instalaciones de Mercasevilla a su nueva ubicación en Majaravique y especialmente los relativos a prospecciones de mercado, viabilidad de proyectos de comercialización de pescados, construcción de un nuevo mercado de pescados y aplicación de nuevos cauces e instrumentos que permitan un control sanitario eficaz y una mejora en la comercialización mediante la aplicación de nuevos sistemas de ventas a través de internet".

Esta cantidad de 38.000 euros fue contabilizada en una cuenta de gastos con la descripción "relaciones públicas varios", aunque posteriormente se activaron cargándolos en otra cuenta con la descripción "anticipos para traslado Merc".

SEXTO. I. La Junta General de Accionistas de Mercasevilla celebrada el 21 de junio de 2004, acordó constituir una Fundación socio-asistencial sin ánimo de lucro, facultando al acusado, Mauricio, en su calidad de Director General, para que realizara cuantas actuaciones fuesen precisas para hacer efectivo el acuerdo.

El 30 de noviembre de 2005 se constituyó la "Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla" con una dotación fundacional de 30.000 euros, que fueron aportados íntegramente por la empresa Mercasevilla.

La Fundación tenía por objeto (artículo 6 de sus estatutos): "...contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, y asimismo contribuir a la mejora de la empleabilidad de los colectivos y minorías sociales más desfavorecidos en este campo de actividad, mediante promoción de la calidad y seguridad alimentarias, el fomento de mejoras en la formación profesional, y de medidas de inserción laboral, en los sistemas de trabajo, en la manipulación de los productos y en la calidad de los servicios complementarios en la Unidad Alimentaria de Mercasevilla, así como mediante la promoción y fomento de proyectos de I+D+I, para coadyuvar con todo ello al fomento de la economía social de las empresas sevillanas del sector agroalimentario percedero"

Para la consecución del fin descrito en el párrafo anterior, la Fundación podrá

desarrollar, entre otras, actividades como las siguientes:

1.- La formación, mediante la organización de cursos y seminarios, para la promoción y difusión de:

a) La calidad alimentaria en relación con la manipulación, etiquetado y distribución de productos.

b) La seguridad de la industria alimentaria (medio ambiente y normas técnico-sanitarias).

c) Difusión de los aspectos y propiedades nutricionales y funcionales de los productos agroalimentarios perecederos.

d) Difusión de los derechos de los consumidores y de los modos de protección de los mismos, especialmente en el caso del sector alimentario.

2.- El fomento y promoción de actividades de Investigación, Desarrollo e Innovación orientadas al logro de los siguientes objetivos:

a) Difusión de innovaciones en nuevos procesos de producción y elaboración, transformación y conservación de los productos agroalimentarios.

b) Mejora y optimización de la calidad y seguridad de los alimentos mediante el desarrollo y aplicación de técnicas para la determinación del origen, trazabilidad, seguridad.

3.- Realización de propuestas e iniciativas tendentes a mejorar la eficiencia y calidad de los servicios prestados en la Unidad Alimentaria de Mercasevilla a las empresas que en ella operan, a través de medios tales como:

a) Disminución del impacto ambiental de los sistemas de producción y transformación de productos agroalimentarios.

b) Formación genérica a través de cursos de orientación profesional, adaptación a nuevas tecnologías u otros.

c) Mejorar la calidad laboral de los trabajadores, con especial atención a aquellos que desarrollan su labor directa o indirectamente con el Servicio de Mercados Centrales de Abastecimiento y Matadero de Mercasevilla, mediante la intensificación de la política de prevención de riesgos laborales y condiciones e higiene en el trabajo, adoptando aquellas medidas que se precise para la mejora y modernización de la distribución.

d) Promoción y divulgación de las medidas contempladas por la Ley de Prevención de riesgos Laborales, con el objeto de evitar posibles riesgos de los trabajadores de los distintos campos profesionales.

e) Promoción y Formación genérica a través de becas, convenios para trabajo en prácticas o en cursos con salida profesional, entre otros, para desempleados y demandantes de mejora de empleo, con especial énfasis en los colectivos y minorías sociales más desfavorecidos.

f) Promoción, formación y divulgación de las medidas previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Normas de Desarrollo, con objeto de fomentar las medidas de prevención y evitar posibles riesgos de los trabajadores en los distintos campos profesionales.

Según el artículo 7 "El desarrollo de los fines de la Fundación se efectuará a través de las formas siguientes de actuación:

a) Gestión directa con el ciudadano para el cumplimiento de los fines de la fundación.

b) Concesión de ayudas económicas de carácter individual a personas y ayudas económicas a colectivos, con arreglo a los propios fines de esta fundación.

c) Subvenciones a instituciones, y convenios con otras entidades.

d) Participando en el desarrollo de las actividades de otras entidades que realicen actividades coincidentes o complementarias con las de la propia fundación".

No obstante lo anterior, el artículo 8 dispónla que "El Patronato tendrá plena libertad para determinar las actividades de la Fundación, tendentes a la consecución de aquellos objetivos concretos que, a juicio de aquél y dentro del cumplimiento de sus fines, sean los más adecuados o convenientes en cada momento.

El artículo 9 disponía que "La elección de los beneficiarios se efectuará por el Patronato con criterios de imparcialidad y no discriminación entre las personas que reúnan las siguientes circunstancias:

a) Formar parte del sector de población que esté dentro del marco de los fines de esta Fundación.

b) Demandar la prestación o servicio que la Fundación puede ofrecer con arreglo a los fines de la Fundación.

c) Carecer de medios adecuados para obtener los mismos beneficios que los prestados por la Fundación .

Según la Cláusula cuarta. "El gobierno, administración y representación de la fundación corresponde al PATRONATO, al que competen todas las facultades que tanto los Estatutos como la Ley le atribuya".

Facultades que según el artículo 20 "se extiende a resolver las incidencias de todo lo que concierne al gobierno, representación y administración de la Fundación, así como a la interpretación y modificación de los presentes Estatutos.

El Patronato podrá nombrar a un Gerente a través de un poder notarial y otorgarle las facultades que se acuerden por el propio patronato".

En cuanto a la composición, se establecía que "El Patronato estará compuesto por un mínimo de tres y un máximo de cinco patronos. En todo caso formaran parte del patronato el Presidente y el Vicepresidente Segundo de! Consejo de Administración de Mercasevilla, así como el Director General de Mercasevilla" (artículo 12).

En la reunión extraordinaria del PATRONATO celebrada el mismo día de la constitución, se acordó nombrar Secretario del Patronato al acusado Mauricio, que tenía como funciones "la custodia de toda la documentación perteneciente a la Fundación, levantar las actas correspondientes a las reuniones del Patronato, expedir las certificaciones e informes que sean necesarios y, todas aquellas que expresamente le deleguen".

Por acuerdo del Patronato de 13 de junio de 2.006, elevado a público en escritura de 18 de Julio de 2.006, se nombró al acusado Mauricio Gerente de la Fundación.

II. La acusada Gregoria, mayor de edad y sin antecedentes penales, asistió a las Ferias del Pescado celebradas en Vietnam en 2007 y 2008 y Bruselas en 2008 por cuenta de la Asociación de Mayoristas de Pescado, cuyo presidente, el acusado Ruperto, era su padre, realizando, entre otras, labores de intérprete. En ellas conoció a Alvaro, subdirector de Mercasevilla, que le propuso colaborar en el departamento de marketing, lo que hizo la acusada esporádicamente, realizando algún trabajo de diseño gráfico y la evaluación de los realizados por una empresa externa.

Por resolución del Director General de la Agencia IDEA de 13 de junio de 2008 no le fue concedida a la acusada Gregoria una Beca Talentia que había solicitado para realizar, entre otros, unos estudios de diseño gráfico de postgrado en la Universidad de Saint Martins en Londres. Días después de volver del segundo viaje a Vietnam, que ya había finalizado el 17 de junio de 2008, la acusada se lo contó a Alvaro, quien le informó que podía solicitar la beca a la Fundación de Mercasevilla, lo que hizo la acusada, aportando la documentación que había presentado para solicitar la Beca Talentia.

Entre la documentación aportada por Mercasevilla, junto con una memoria explicativa y plan de regreso sin firmar, constaba un escrito rubricado con el nombre Gregoria que decía:

"Mi intención es aprovechar esta formación en el extranjero, para en un futuro próximo desarrollar mi trabajo en Andalucía involucrada con lenguajes impresos y digitales, estoy interesada en la creación y fomento de la cooperación entre comunicaciones visuales, diseñadores y artistas, fomentando proyectos donde prime la innovación técnica, exploración de lenguajes, experimentación conceptual y calidad comunicativa".

El acusado decidió personalmente conceder a cargo de la Fundación una ayuda económica de 24.000 euros a la acusada Gregoria, pese a conocer que, no obstante su nombramiento como gerente, no se le habían otorgado poderes para adoptar tal decisión y que la ayuda concedida, por su destino y por las características de su destinataria, no se ajustaba a los fines estatutarios de la entidad.

Por orden del acusado Mauricio, en su condición de secretario-gerente de la Fundación Mercasevilla y con cargo a esta, el 8 de julio de 2008 se transfirió a la cuenta corriente de la acusada Gregoria 3.556,06 euros, y otros 3.556,06 euros el 31 de julio de 2008.

El 16 de enero de 2009 el acusado Mauricio ordenó a Angelina, que había sido su secretaria de la Dirección General de Mercasevilla hasta que a finales de enero de 2008 fue nombrada Directora de Estructuras, con funciones de coordinación del

Departamento de Caja y Contabilidad, que con cargo a la Fundación ingresara 3.000 euros en la cuenta de la acusada Gregoria. Para ocultar en lo posible el origen del pago, le indicó que firmara ella un cheque, lo cobrara y lo ingresara en metálico. Angelina firmó y cobró un cheque por 2.800 euros de la cuenta corriente que la Fundación tenía en la Caixa, y junto con otros 200 € que le habían entregado en metálico en el Departamento de Caja y Contabilidad, transfirió a través de una sucursal de Cajasol los 3.000 euros a la cuenta corriente de la acusada Gregoria.

Cuando Angelina comunicó al acusado Mauricio que había transferido el dinero, como quería evitar que constara cualquier dato que lo pudiera relacionar con el pago, Mauricio le dijo que lo anulase para que hiciese la transferencia Juan Luis, becario en prácticas del Departamento de Caja y Contabilidad. La transferencia anterior se anuló, y, por indicación de Angelina, Juan Luis volvió a realizar otra por el mismo importe.

El 22 de enero de 2009, y siguiendo el mismo operativo descrito, Juan Luis transfirió otros 6.500 euros a la cuenta de la acusada Gregoria.

En la contabilidad de la Fundación se anotaron los siguientes pagos con la descripción "ayudas monetarias de la entidad": 3.556,06 euros el 8 de julio de 2008; otros 3.556,06 euros el 31 de julio de 2008; 2.800 euros el 20 de enero de 2009; y 6.500 euros el 29 de enero 2009.

En la memoria de la Fundación del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2008, firmada el 15 de julio de 2009, se hizo constar dentro del epígrafe "otros resultados", el pago de 7.112 euros como gasto "por el pago de unos estudios en el extranjero a Gregoria".

La acusada Gregoria se marchó a Londres en agosto de 2008, y cursó sus estudios en la Universidad de Saint Martins en Londres desde octubre de 2008 a junio de 2010, que los finalizó. >>.

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

<<FALLO.- I . Que debemos absolver a los acusados Mauricio, Victoriano y Vidal de los delitos de prevaricación, falsedad en documento mercantil y malversación de caudales públicos del *artículo 432-1 0 del Código Penal* , en su regulación vigente a la fecha de los hechos, relacionados con el contrato suscrito con Hermes Consulting SL.

II . Que debemos absolver a los acusados Mauricio, Jose Pedro, Carlos María, Luis Carlos, Remigio, Luis Miguel, Jesús Luis, Juan Carlos, Juan Pedro y Rocío del delito de malversación de caudales públicos del *artículo 432-1 0 del Código Penal* , en su regulación vigente a la fecha de los hechos, relacionado con las prejubilaciones del ERE de 2007.

III- Que debemos absolver a los acusados Mauricio y Ruperto del delito de malversación de caudales públicos del *artículo 432-1º del Código Penal* , en su regulación vigente a la fecha de los hechos, relacionado con pagos a la Asociación de Mayoristas de Pescados "El Barranco".

IV- Que debemos absolver a la acusada Gregoria del delito de malversación de caudales públicos del *artículo 432-1º del Código Penal* , en su regulación vigente a la

fecha de los hechos, relacionado con el pago de la beca.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Mauricio como autor de un delito de malversación de caudales públicos del *artículo 432-1º del Código Penal*, en su regulación actualmente vigente tras la reforma operada por LO 1/2015, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS (2) de prisión e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis años.

Imponemos al condenado el pago de 1/23 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarando el resto de oficio.

Mauricio indemnizará a La Fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla con 16.412,12 euros, cantidad de la que Gregoria responderá conjunta y solidariamente en su condición de partícipe a título lucrativo. La indemnización devengará el interés legal establecido en el *art. 576 de la LEC*.

Declaramos exentos de responsabilidades civiles como partícipes a título lucrativo a Mauricio, Jose Pedro, Carlos María, Luis Carlos, Remigio, Luis Miguel, Jesús Luis, Juan Carlos, Juan Pedro y Rocío.

Se declara exento de responsabilidades civiles a la Asociación de Mayoristas de Pescado "El Barranco".

Aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas legales las resoluciones que se dictó en instrucción sobre la capacidad económica del acusado. Declaramos de abono, en su caso, el tiempo que el acusado ha permanecido privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de cinco días desde la última notificación, mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador".

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

Motivos aducidos en nombre de Mauricio.

Motivo primero.- Al amparo del *artículo 5, número 4 LOPJ*, y *art. 852 LECrim*, por vulneración del *art. 24.2 CE* (Presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.2 LECrim* por error en la apreciación de las pruebas. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del *art. 849.2 LECrim* por error de hecho en la apreciación de las pruebas. **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo de *art. 849.2 LECrim* por error en la apreciación de las pruebas. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del *art. 849.1 LECrim* por aplicación indebida *art. 432.1 CP* (malversación de fondos públicos).

CUARTO .- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando todos sus motivos; la representación legal de Mercasevilla igualmente lo impugnó. La representación de Remigio evacuó el traslado expresando que no le afectaba el recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 1 de junio de 2021.

SEXTO.- Con fechas 15 de junio y 26 de julio de 2021 se dictaron sendos autos de prórroga del plazo para dictar sentencia a la visa de la complejidad de la causa, número de motivos y densidad y volumen de documentación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso interpuesto por la representación procesal de Mauricio contra la sentencia condenatoria dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Sevilla se compone de cinco motivos.

a) El primero se levanta sobre la plataforma del derecho a la presunción de inocencia (*art. 852 LECrim* en relación con el *art. 24.2 CE*).

b) Los motivos segundo a cuarto transitan por la senda del *art. 849.2º LECrim* - *error facti*- con invocación de prueba documental específica. Como se explicará enseguida, los argumentos vertidos en esta tríada de motivos, participan de un claro denominador común: siendo en rigor incompatibles con la arquitectura legal del *art. 849.2º*, su contenido, en cambio, puede ser rescatado para completar y reforzar el motivo primero, en tanto recogen consideraciones que giran alrededor de la valoración probatoria y que, no siendo concluyentes -como exigiría el *art. 849.2º-*, sí abundan en las razones apuntadas en el primero de los motivos.

c) Por fin, un quinto motivo analiza cuestiones estrictamente jurídicas usando el formato casacional idóneo para ese tipo de censura: el *art. 849.1º LECrim* , a través del cual se denuncia aplicación indebida del *art. 432 CP* (delito de malversación de caudales públicos).

Esta panorámica justifica que analicemos con carácter previo por qué los motivos segundo a cuarto no pueden prosperar en los términos en que vienen perfilados. A continuación, estaremos en condiciones de adentrarnos en el examen de la compatibilidad de la condena con el derecho a la presunción de inocencia (motivo primero) teniendo presentes todos los argumentos relacionados con ese tema (algunos aparecen en los motivos siguientes). Despejadas las cuestiones probatorias, estaremos en condiciones de resolver las quejas relativas a la subsunción jurídica (motivo quinto).

SEGUNDO.- Los motivos tercero a cuarto, como se anticipó, buscan cobijo en el *art. 849.2º LECrim* . Lo hacen de forma tan esforzada como infecunda. Su desarrollo argumental -en muchos puntos paralelo- no respeta las premisas que rigen ese angosto camino casacional.

El uso -iabuso!- del *art. 849.2 LECrim* es tan frecuente, como infrecuente su manejo correcto (*SSTS 368/2018, de 18 de julio* o *592/2021, de 2 de julio*). Este recurso constituye una muestra más de esa afirmación que no sorprenderá a ningún operador familiarizado con la casación.

Esa realidad -porcentaje bajísimo de estimación de motivos fundados en el art. 849.2º LECrim - puede encontrar alguna explicación en el contraste entre el enunciado legal del motivo (*error en la valoración de la prueba*), muy atractivo y capaz de seducir al profesional disconforme con el juicio fáctico realizado por el Tribunal en la instancia; con su rígida disciplina procesal plagada de exigencias y condicionantes que conforman un terreno bien abonado para provocar no pocos *tropezones* en quienes exploran esa vía. No tiene cabida en el art. 849.2º cualquier divergencia en la valoración probatoria como podría sugerir su enunciado y como se entiende tantas veces; solo la que venga apuntalada por prueba estrictamente documental pueda apoyarse en un documento. Y no en cualquier documento, sino solo en un documento literosuficiente, es decir que demuestre directamente por sí, sin posibilidad de duda alguna, lo que se quiere probar. *Item* más, no basta que el documento sea *literosuficiente*. Hay que verificar que ningún otro elemento probatorio -sea del tipo que sea- desmiente o contradice lo que asegura el documento. Superados todos esos obstáculos, resta un último control -que es el que en mayor medida flaquea aquí-: es necesario bien que lo que acredite el documento por sí haya sido rechazado por el Tribunal y modifique el juicio jurídico; bien que la aseveración que se trata de introducir en el hecho probado -que debe ser identificada- sea justamente lo que acredita el documento, y no una deducción a la que se llega a través de valoraciones, más o menos racionales, pero que no cancelan interpretaciones alternativas.

Los motivos que ahora analizamos incurren en uno de los más habituales distorsionados enfoques del art. 849.2º LECrim . Tomando como punto de arranque unas pruebas documentales, cuyo contenido en lo esencial es plenamente aceptado por el Tribunal de instancia, se enjareta un razonamiento que, siendo lógico, no es el único posible y compatible con esos documentos, queriendo concluir que algunas de las afirmaciones fácticas que el Tribunal da como probadas no son razonables; no porque sean incompatibles con lo que demuestran por sí los documentos; sino porque no lo son con las deducciones -no necesariamente asumibles- a que voluntariamente quiere llegar. Ese esquema argumental no guarda armonía con el diseño del art. 849.2º. Si podría, empero, examinarse desde la óptica de la presunción de inocencia, sin perjuicio de otras limitaciones presentes en ese otro cauce (motivo primero) vinculadas a la naturaleza de la casación y al principio de inmediación.

No basta con citar documentos como excusa para discutir sin limitación alguna sobre la prueba. La prosperabilidad de un motivo *ex art.* 849.2º exige **(i)** que los documentos invocados sean literosuficientes, es decir directamente demostrativos de lo que se quiere acreditar; **(ii)** que se hayan designado sus particulares concretos relevantes; **(iii)** que las aseveraciones que quieren extraerse de ellos no estén contradichas por otros elementos probatorios; y, por fin, **(iv)** que se consigne la redacción alternativa del hecho probado que se propone.

TERCERO.- Veamos cómo se proyectan estas ideas generales en relación a cada uno de esos tres motivos.

El motivo segundo -aunque no lo expresa con la claridad y nitidez que hubiera sido aconsejable- quiere añadir en el hecho probado que el recurrente gozaba de facultades como Gerente de la fundación para conceder la beca por importe de 16.412,12 euros que fundó la condena por malversación en su modalidad de administración desleal. También se aludirá al conocimiento por parte del Patronato de la decisiones del Gerente sobre ayudas y becas. A esos fines designan varios

documentos:

a) Certificado emitido por el Vicesecretario en funciones del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla, S.A. relativo al acuerdo de constituir una Fundación socio-asistencial, así como facultar al acusado para realizar todas las actuaciones encaminadas a hacer efectivo tal acuerdo (Junta celebrada el 21 de junio de 2004). Este documento, amén de no haber sido mencionado en el escrito de preparación (rompiendo así el principio de unidad de alegaciones, lo que en cualquier caso obviamos), solo acredita que el acusado fue comisionado por Mercasevilla para ejecutar ese acuerdo de constitución de una fundación. No revela nada sobre las facultades o cargos que ostentase en esa fundación todavía no constituida.

b) Sin solución de continuidad pasa el recurso a referirse a la *extensísima documentación obrante en las actuaciones* (fórmula genérica que está en las antípodas de la precisión en la designación de documentos y particulares que reclama el *art. 849.2º -855 LECrim -*), para sostener que de ella y de las propias afirmaciones de la sentencia (lo que descalifica el motivo en tanto vendría a reconocerse que la sentencia guarda armonía con lo que se deriva de esos documentos) se deduciría que el acusado concedió otras ayudas y becas y que siempre el Patronato era informado no cuestionando la gestión.

c) A los mismos fines -conocimiento por parte del Patronato- cita singularizadamente el Acta de la Comisión Ejecutiva de 28 de noviembre de 2007 (tampoco mencionada en el escrito de preparación).

El certificado invocado en primer lugar no desvela nada relativo a las facultades que pudiera haber tenido cuatro años después el acusado en una Fundación todavía en constitución. El documento es mera disculpa para sostener una hipótesis defensiva que no viene demostrada por él.

La sentencia -y entramos en el segundo grupo de documentos- no niega que se concediesen otras ayudas, pero explica, al mismo tiempo, por qué eso no es óbice para considerar que la beca concreta por la que era acusado y viene condenado (única actuación de esa morfología que las acusaciones han sometido a consideración del Tribunal) invadió el campo penal. Razona de forma expresa cómo consta que algunas de esas ayudas fueron aprobadas por el Patronato, y señala las diferencias esenciales en relación a la que es objeto de controversia (fundamento de derecho décimotercero).

Desde luego -y se cierra así el listado de documentos- el acta de 28 de noviembre de 2007 no puede servir para acreditar que la Comisión Ejecutiva tuvo conocimiento de una beca que se daría varios meses después.

Finalmente y a mayor abundamiento, la sentencia sostiene, y es acertado su posicionamiento, que, aún admitiendo que se hubiese realizado una delegación de facultades en su gerente -el acusado- similar a la que había efectuado Mercasevilla, no se diluiría el carácter delictivo de los hechos que pivota fundamentalmente, no sobre un exceso formal en sus facultades realizando actos de disposición a los que no estaría autorizado, sino en la disposición a propia voluntad, sin ajustarse a los fines fundacionales; en el desvío consciente y por una decisión personal arbitraria de unos fondos de los fines de la fundación.

CUARTO.- El motivo tercero da también un salto acrobático desde lo que

demuestran los documentos invocados -que entre los fines de la fundación se encontraba la concesión de becas y de ayudas- a lo que pretende sostenerse: que la beca concedida a Gregoria se ajustaba de manera plena a la praxis y a los fines fundacionales y, por tanto, no fue una decisión del recurrente caprichosa y ajena a toda racionalidad desde la perspectiva de los objetivos buscados.

La Audiencia Provincial no se aparta ni un ápice de lo que afirman los documentos invocados (acta de 21 de junio de 2004, estatutos de la Fundación, concesión de otras becas y ayudas que aparecen recogidas en las cuentas de la fundación). La inclusión de todos esos elementos fácticos en el hecho probado (muchos aparecen expresamente -fragmentos invocados de los Estatutos o acta de 21 de junio-; otros se dan por supuestos aunque no estén mencionados, -ayudas concedidas a otras entidades y personas-) no alteraría en nada ni el razonamiento de la sentencia (que -hay que insistir de nuevo en ello- explica las diferencias y singularidades de la ayuda concedida a Gregoria, haciendo además, protesta expresa de no estar llamada a calificar algunas otras, quizás anómalas, salidas de fondos de la Fundación), ni la subsunción jurídica. El empeño por equiparar a ellas la ayuda a Gregoria se estrella contra los sólidos argumentos ofrecidos por la sentencia de instancia, de magnífica factura y enorme fuerza persuasiva. En lugar de rebatir esos argumentos de la Audiencia el recurrente insiste en una motivación que ha sido refutada de forma contundente por el Tribunal.

QUINTO.- El motivo cuarto introduce varias líneas argumentales:

a) Se vale de las cuentas de la fundación para señalar que en la contabilidad aparece cada uno de los pagos efectuados a Gregoria; así como de la Memoria de la Fundación del ejercicio 2008 donde figura la concesión de esa Beca. Ninguna de esas dos cuestiones está contradicha por la Sentencia que ha contado con ellas y las explica mostrando como ambos datos son compatibles con el carácter delictivo que atribuye a los hechos. Otra vez los documentos son la excusa para introducir la propia versión exculpatoria que no se deduce de forma directa del documento. El tenor de este es respetado escrupulosamente en la valoración probatoria de la Audiencia.

b) Invoca diversas actas de los órganos societarios para mostrar que el recurrente informaba de las actividades de la Fundación también a los órganos de Mercasevilla. Pero de poder afirmarse que el acusado informaba de actuaciones de la fundación a asegurar que informó de la beca concedida a Gregoria media un abismo que la lógica no autoriza a soslayar. Lo uno no lleva ineludiblemente a lo otro. Es imaginable que el acusado informarse de muchas o casi todas la actividades y no revelase nada de esa Beca, ni solicitase su convalidación exponiendo todas sus circunstancias. Como es perfectamente congruente con el hecho de que el cajero de un banco de cuenta puntual de todos los movimientos de cada día y, sin embargo, oculte el dinero que ha sustraído para sí. La forma de argumentar del recurso es extremadamente endeble, aunque desde luego viene legitimada por la amplitud del derecho de defensa que lógicamente trata de explotar cualquier argumento, máxime cuando nos movemos en unos parámetros tan estrechos como los que impone el tipo de recurso -casación- al que nos enfrentamos.

c) Las actas de las Juntas Generales de Mercasevilla celebradas antes de los hechos (junio de 2004 y octubre de 2005) tampoco acreditan nada que incida en la valoración probatoria de la Sala.

d) El informe pericial (cuya cita en la fase de preparación se echa en falta igualmente) contiene una valoración subjetiva: la certeza personal de que los patronos habrían de conocer la beca en tanto aprueban las cuentas. Pero, aparte de ser ese un conocimiento *a posteriori*, una cosa es que *conozcan* (o, mejor, *puedan conocer*: no es máxima de experiencia que todos y cada uno de los que aprueban unas cuentas revisen uno por uno cada movimiento) la salida de tres cantidades, y otra distinta que hayan sido informados de las circunstancias de la beca, sus objetivos y su beneficiaria.

Igual cabe argumentar para mostrar la irrelevancia a los fines pretendidos del informe de los peritos de la Agencia Tributaria: todos los gastos e ingresos están en la contabilidad. La Audiencia no afirma nada distinto ni contradictorio con esa aseveración.

El motivo acaba clonando algunos párrafos finales del motivo segundo, lo que es síntoma de lo que se aducía antes: un denominador común a estos tres motivos: cuestionan la valoración probatoria de la Sala valiéndose de documentos que no constituyen las piezas clave del razonamiento desarrollado, sino mera disculpa para dar vueltas a las mismas ideas -que la beca se ajustaba a los fines sociales; que se informó de ella al Patronato; y que entre las facultades del recurrente estaba la posibilidad de conceder esa ayuda-.

Sin perjuicio de rescatar su contenido argumental en lo que sea útil al analizar el primer motivo, **estos tres han de desestimarse.**

SEXTO.- El primer motivo de casación se entretiene en un análisis detallado y minucioso de la prueba, invocando en pro de la tesis exculpatoria argumentos apoyados en documentos y testificales. El desarrollo, denso y extenso, desciende tres escalones que obedecen a otras tantas premisas de la sentencia que el recurso considera huérfanas de prueba suficiente:

a) Que el recurrente careciese de facultades delegadas en el seno de la fundación para otorgar esa beca.

b) Que esa beca no encajase entre los fines u objeto de la fundación.

c) Que no tuviesen intervención alguna, aunque sea por la vía de una convalidación o anuencia posterior, los miembros del Patronato en su concesión.

Desmentida cualquiera de esas tres premisas se vendría abajo, en la estimación del recurrente, una pieza esencial del andamiaje fáctico que sostiene la condena.

Sin perjuicio de abordar todas y cada una de las cuestiones apuntadas conviene recordar de nuevo que la sentencia, después de justificar por qué ha llegado a la conclusión de que el acusado carecía de facultades delegadas para adoptar ese tipo de acuerdos que implicaban disponer de una cantidad relevante de fondos para una beca sin relación clara con los fines fundacionales, hace protesta explícita de que, aunque se partiese de la hipótesis contraria, estaríamos ante un caso de administración desleal encajable en la malversación de caudales públicos, estimación que es congruente con la conducta que se castiga: la administración desleal no requiere necesariamente que el agente traspase el haz de facultades atribuidas. Si el uso formalmente correcto de esas facultades (en tanto no se desborda el marco de los poderes concedidos) se hace en perjuicio de la administrada y por criterios ajenos (en

este caso un afán de liberalidad con una persona conocida) a los que deben regir esa administración, estaremos ante un supuesto de administración desleal. Por tanto, el primero de los puntos señalados (a) no es en absoluto decisivo, como se tuvo ocasión ya de sugerir al hilo del examen de los motivos ya desestimados.

a) En cuanto a las facultades de que gozaba el recurrente se reproduce en alguna medida lo que se alega en el motivo segundo, ya analizado: se alude a los poderes conferidos para adoptar cuantas decisiones fuesen necesarias para ejecutar los acuerdos de constitución de la fundación. Como ya vimos, eso no nos dice nada acerca de sus facultades en la fundación una vez constituida. Se remite, igualmente, a un documento que, de forma heterodoxa, acompaña con el recurso de casación excusándose en que esas certificaciones estarían en la causa matriz pero, que, incomprensiblemente (estuvo en manos de la defensa evitarlo), no se incorporaron a esta pieza separada pese a resultar esenciales. Aún pasando por alto los óbices procesales de fuste que repudian la incorporación de nuevas pruebas en fase de casación (*STS 286/2020, de 4 de junio*), teniendo en cuenta tanto que estamos ante una *pieza separada* (lo que puede dulcificar el rigor de ese axioma) como que algún pronunciamiento del TC parece posibilitar la apertura de alguna rendija en ese dogma (*STC 80/1992, de 28 de mayo*), examinaremos, pese al rotundo rechazo que con toda razón muestra la acusación particular, esa documentación incorporada al escrito de formalización. Y de ella tampoco se deduce nada tan significativo como sostiene el recurrente. El certificado inicial acredita el nombramiento del recurrente como gerente de la fundación en la reunión del Patronato celebrada el 13 de junio de 2006, nombramiento que es aceptado en el acto, al tiempo que se le otorgan poderes en los términos que igualmente constan en el certificado. Son poderes amplios de administración, pero no de decisión, limitados éstos a casos de urgencia (punto IX) y *para evitar daños mayores*, debiendo informar a la mayor brevedad al Patronato.

Por lo demás, la sentencia acude también a otros datos indiciarios para deducir esa falta de facultades: unos correos electrónicos remitidos los días 22 de junio y 3 y 4 de julio de 2006 por Angelina (anexo tomo 4 folios 856 y 859) de los que infiere la carencia de facultades delegadas decisorias

b) En lo que respecta a la congruencia de la ayuda concedida con el marco estatutario de la fundación, se insiste en que entre los fines de la fundación estaba la promoción y formación genérica a través de becas. Pero eso no es discutido por la sentencia que recoge literalmente el articulado de los Estatutos donde se prevén esas posibles actuaciones (arts. 6 y 7), aunque a continuación se preocupa de apostillar que se incluían algunos condicionantes: En concreto el artículo 9 disponía que:

"La elección de los beneficiarios se efectuaron por el Patronato con criterios de imparcialidad y no discriminación entre las personas que reúnan las siguientes circunstancias: o) Formar parte del sector de población que esté dentro del marco de los fines de esta Fundación.

b) Demandar la prestación o servicio que la Fundación puede ofrecer con lo a los fines de la Fundación.

c) Carecer de medios adecuados para obtener los mismos beneficios que los prestados por la Fundación".

Según la Cláusula cuarta. "El gobierno, administración y representación de la fundación corresponde al PATRONATO, al que competen todas las facultades que tanto

los Estatutos como la Ley le atribuya".

La Audiencia no condena porque se concediese una beca no siendo posible; sino por hacerse de forma arbitraria y al margen de los condicionantes y objetivos que derivan de los estatutos y de los fines fundacionales que especifican cuál debía ser el objetivo de esas ayudas, quiénes debían ser los principales beneficiarios y otras circunstancias. La beca concedida a Gregoria se otorgó dando las espaldas a esas determinaciones: ni pertenece a un sector desfavorecido (más bien parecen haber pesado otros factores particulares); ni la formación que pretendía seguir guarda relación alguna con los fines sociales de Mercasevilla; ni podía estimarse, como razona la sentencia, que era una forma de retribuir unos trabajos realizados para la fundación.

La argumentación de la sentencia al respecto es contundente:

"Sobre las razones que justificaron conceder la beca, el acusado Mauricio ofreció en el juicio una explicación que nos parece confusa e incoherente, y abiertamente contradictoria con la declaración prestada en fase de instrucción (tomo XXX, folios 11035-11041).

Así, en instrucción dijo que conocieron a la acusada Gregoria en el viaje a Vietnam en 2007 (sobreentendemos que se refería a los empleados de Mercasevilla, porque él no fue), donde les hizo funciones de traductora; que le concedió una ayuda social y no beca, y que no era para finalizar sus estudios en Gran Bretaña sino que se le pagó tales cantidades porque trabajó (hizo cartelera, trípticos y se reunió con Adriana).

Y en el juicio oral declaró que fue Alvaro quien le habló de la acusada y le remitió los documentos de la beca desde Vietnam, que sabía que necesitaban personas para el tema de publicidad porque querían promocionar una nueva imagen de Mercasevilla; que se decidió promocionar los estudios de la acusada a cambio de que trabajara en proyectos de Mercasevilla (logos, nueva mascota y en colaborar porque sabía varios idiomas); que iba a colaborar con ellos a cambio de la beca, que era más económico que contratar a una empresa; que fue el sr. Carmelo quien le preguntó que cuando iba a trabajar con Mercasevilla de manera formal; que las cantidades que cobró serían pagos a cuenta del trabajo que nos estaba realizando; que la ayuda estaba en función del trabajo que tenía que terminar en el año 2009, que terminaba la campaña de lanzamiento; que si no hubiese hecho ninguna actividad no se le hubiera pagado ningún euro; que le iba a pagar una cantidad similar a la beca Talentia, 24.000 €; que no era retribución salarial, era como una beca para su colaboración; que los trabajos que pretendía que hiciera la acusada eran distintos de los que hacía la Azotea (empresa externa que llevaba temas publicidad); que informaba de todas las actividades al Consejo de Administración; y que autorizó otras becas y ayudas similares.

Basta analizar la secuencia temporal de los hechos, la forma en que se concedió la beca y los motivos esgrimidos para comprobar que la versión del acusado no es coherente y, por ello, creíble, así:

1- Sabemos que la beca Talentia se denegó por resolución de 13 de junio de 2008 (viernes) y que Alvaro ya estaba en Sevilla de vuelta del viaje a Vietnam el martes 17 de junio de 2008, pues este día devolvió en la caja de Mercasevilla 1150 €; según los peritos de la agencia Tributaria (AEAT punto 10). Por ello, no parece posible, como declaró el acusado, que Alvaro remitiera la documentación por

correo electrónico desde Vietnam, lo que, por cierto, podrían haberlo acreditado cualquiera de ellos aportando el correo remitido con la documentación.

Por tanto, la decisión de conceder la beca solo pudo adoptarse en el periodo comprendido entre unos días después del 17 de junio de 2008, como, reconoció, aunque con reticencias, la acusada, y el 8 de julio de 2008, día en que se realizó la primera transferencia a la acusada.

Y si la acusada reconoció que se marchó a Londres en agosto de 2008 y no volvió a Sevilla ni realizó ninguna actividad más con Mercasevilla, no parece que tuviera tiempo para haber hecho alguna actividad merecedora de una contraprestación económica tan elevada como la recibida, lo que contradice lo manifestado por el acusado al decir que la beca era el pago a cuenta a una colaboración porque, desde la concesión de la ayuda económica no consta que existiera ni que pudiera hacerlo. Y respecto a la programación de "la orquesta en el barrio", aparte de realizar el boceto o dibujo, ya resultaría complicado que participara en la organización de esa actividad porque se presentó a finales de febrero de 2009 cuando ya estaba en Londres desde hacía más de seis meses.

2. Admitimos, como ya dijimos, que al ser la concedente una fundación privada, no era necesario un concurso ni una oferta pública ni una resolución formal para conceder la beca o ayuda. Pero que admitamos una cierta informalidad o flexibilidad dista mucho de que no consideremos anómalo que se concediera una prestación económica sin que, siquiera, se conocieran una serie de exigencias que parecen de sentido común: cuánto y cuándo se pagaría, cuál era la finalidad de la beca, por qué se concedía específicamente a la acusada, y qué se exigía a la beneficiaria como contrapartida a los pagos (matrículas abonadas, prueba de haber cursado los estudios etc...), para que pareciera que era una beca y no un regalo incondicional a persona determinada.

Por ello, desconocemos los motivos por los que se dio la ayuda económica a Gregoria; por qué se iban a abonar 24.000 €; en concreto, porque en la solicitud de la beca Talentia no se reflejaba el coste del curso de Saint Martins, contrariamente a lo que ocurría en el apartado del curso para la Universidad de Valencia, California, que también solicitó, en el que constaba expresamente que el coste ascendía a 32.860 dólares; ni a qué obedecían las cantidades que se abonaron en julio de 2008 (dos pagos de 3.556,06 €), ni las de enero de 2009 (3.000 € más 6,500 €) en solo 6 días, cuando, según la documentación de Talentia, el periodo de estudios se prolongaría durante 5 cuatrimestres de octubre de 2008 a junio de 2010.

Es decir se habían abonado más de las 2/3 partes de la ayuda total antes del cuarto mes de unos estudios que iban a durar unos 20 meses, cuando hasta ese momento los gastos devengados solo podrían ser los del pago de la primera matrícula, que ascendía a 2.810 libras, avión y 4 meses de alojamiento.

Debemos resaltar, también, el extraño procedimiento que utilizó el acusado para realizar los pagos de enero de 2009, que fue narrado sin contradicción por Angelina, que lo calificó de peculiar y extraordinario, y Juan Luis, y constan documentados en autos (AEAT, punto 12, beca)".

La sentencia concluye, así pues, de forma racional y razonada que la beca fue una decisión arbitraria, infundada y desviada (un regalo incondicional disfrazado de

beca):

" 3. En cuanto a los motivos o racionalidad de la decisión, no podemos cuestionar que la Fundación pudiera conceder becas y ayudas económicas como medios para conseguir sus fines sociales, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de sus Estatutos, pero creemos que la concesión de la beca no respetó los fines, objetivos estatutarios y condiciones personales del beneficiario, hasta el punto de que consideramos que la decisión fue arbitraria, infundada y desviada.

En primer lugar, creemos que no se respetaron los fines y objetos fundacionales, que según los Estatutos sociales (artículo 6) eran: "...contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, y asimismo contribuir a la mejora de la empleabilidad de los colectivos y minorías sociales más desfavorecidos en este campo de actividad, mediante promoción de la calidad y seguridad alimentarios, el fomento de mejoras en la formación profesional, de medidas de inserción laboral, en los sistemas de trabajo, en la manipulación de los productos y en la calidad de los servicios complementarios en la Unidad alimentaria de Mercasevilla, así como mediante la promoción y fomento de proyectos de I+D+I, para coadyuvar con todo ello al fomento de la economía social de las empresas sevillanas del sector agroalimentario percedero".

El artículo 6 continuaba diciendo que la promoción y formación iba dirigida, "entre otros, para desempleados y demandantes de mejora de empleo, con especial énfasis en los colectivos y minorías sociales más desfavorecidos".

La constancia de otras ayudas concedidas (normalmente a asociaciones o colectivos, y no a personas individuales, salvo en algún caso) no legitima la aquí analizada que es la que la Sala tuvo que valorar desde una perspectiva penal; amén de que, como se anticipó, no elude la sentencia la tarea de discriminar unas y otras ayudas para destacar que las cosas aparecen de forma sustancialmente distintas en la que ha motivado la condena. En este punto la Sala también se apoya en las declaraciones de Angelina (que no pueden ser descalificadas sin más, como hace el recurrente, por el simple dato de que detecte en su deposición una inexactitud en relación al conocimiento de Gregoria) que expresó con rotundidad que las singularidades de la ayuda prestada a Gregoria no concurren en ninguna otra de las ayudas aprobadas.

Elementos diferenciales no desdeñables y muy relevantes e efectos probatorios, en tanto reveladores de *una mala conciencia* son tanto que no se efectuase el último pago (¿por qué?), como la forma que que se articularon algunos de los pagos, una fórmula especialmente sinuosa y sugestiva de obedecer a una estrategia de ocultación que no tendría sentido si la actuación era ortodoxa:

"Cuando Angelina comunicó al acusado Mauricio que había transferido el como quería evitar que constara cualquier dato que lo pudiera relacionar con pago, Mauricio le dijo que lo anulase para que hiciese la transferencia Juan Luis, becario en prácticas del Departamento de Caja y Contabilidad. La transferencia anterior se anuló, Y, Por indicación de Angelina, Juan Luis volvió a realizar otra por el mismo importe".

La intención que con este anómalo proceder pretendía el acusado es más que evidente para este tribunal: para evitar que lo relacionasen con unos pagos que el acusado sabía que eran ilícitos, era mejor que no aparecieran vinculados ni a él ni a quien había sido su secretaria durante muchos años".

c) Con lo expresado en el apartado anterior se podría conformar ya el delito por el que ha sido condenado el recurrente: es indiferente a esos fines que los demás miembros del patronato llegasen o no a conocer y con qué grado de detalle la concesión de esa beca. El delito se habría cometido. A lo más ese debate serviría para discutir si la anuencia o la tolerancia consciente por parte de los miembros del Patronato sería también reprobable incluso, en su caso, en el orden penal. De cualquier forma que esos gastos se contabilizasen no es prueba inequívoca de buena fe del recurrente, buena fe que cohonesta mal con la alambicada metodología de pago a que acabamos de referirnos y que se recoge en el hecho probado. Nada decisivo puede extraerse de los informes periciales aducidos. Ciertamente la Fundación puede proporcionar ayudas gratuitas. Pero lo que no puede su gerente es realizar liberalidades por puro capricho o decisión personal, y sin ligazón alguna con los objetivos fundacionales, a cargo de los fondos de la fundación.

Las declaraciones de Jose Daniel, Abelardo. Belarmino Alvaro o Pablo Jesús solo permiten saber de algunas colaboraciones esporádicas de la becada (muy limitadas en el tiempo como se justifica en la sentencia), así como que se concedieron otras ayudas (nadie lo ha discutido).

Que el recurrente informase normalmente de todos los asuntos no excluye que en este caso concreto actuase por su cuenta y limitando los reflejos documentados a lo indispensable (contabilidad e incluso ingeniando una fórmula de pago nada transparente por artificiosa). Y la aparición de la ayuda en la Memoria correspondiente también es justificada por la Sala de instancia.

El motivo ha de ser rechazado.

SÉPTIMO.- Queda por resolver el motivo quinto. Discurre a través del art. 849.1º cuestionando la subsunción jurídica.

Conviene rememorar antes que nada la *STS 421/2014, de 16 de mayo* referida precisamente a Mercasevilla y a su Fundación que estudiaba cuestiones similares, si no idénticas, en muchos puntos a las ahora planteadas. Y lo hacía respondiendo a un recurso de casación de este mismo recurrente.

Sienta ese precedente una doctrina que el recurrente debe conocer bien y de la que se hace eco la sentencia de instancia:

"Alega al respecto que la conducta del acusado no es típica ya que este no reúne la condición de funcionario público que exige el *art. 425 del C. Penal* y tampoco es pública la función que desarrollaba en Mercasevilla y en la Fundación Socio- Asistencial cuando se constituyó la Escuela de Hostelería, siendo, respectivamente, gerente y secretario de aquellas.

Con respecto a la entidad Mercasevilla, S.A., señala la parte recurrente que es una sociedad anónima con participación pública, por lo que, al tratarse de una sociedad de economía mixta no sería una entidad pública, ya que el patrimonio de la sociedad no lo es, pues aparece integrado parcialmente por capital privado. Esta clase de sociedades, dice el impugnante, se sujetan al derecho privado y no existe delegación de funciones por parte del **Ayuntamiento** de Sevilla a favor de la empresa mixta.

De otra parte, también se arguye que no se dan las condiciones de funcionario público en el acusado porque no ha accedido al cargo por nombramiento de autoridad competente ni participa en el ejercicio de funciones públicas, ya que no se ejercería ninguna función de esta índole mediante el acto de concederse la explotación de la Escuela de Hostelería.

La defensa aplica la misma argumentación a la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, considerada en la sentencia recurrida como un instrumento jurídico de la sociedad anónima.

En respuesta a estas impugnaciones, el Tribunal de apelación se remite al auto dictado el 2 de abril de 2012 (folios 1032 y ss.). En esta resolución el Tribunal Superior de Justicia acoge los criterios jurídicos ya establecidos en la fase de instrucción, aplicando el concepto amplio de funcionario público que contempla el C. Penal, al mismo tiempo que fija las bases jurídicas que después se plasmarían en la sentencia del Tribunal del Jurado, según se reseñará en su momento.

2. Pues bien, sobre el **concepto penal de funcionario público** aplicable a supuestos similares al que aquí se dilucida, se remiten las *sentencias de esta Sala 186/2012, de 14-3* , y *166/2014, de 28-2* , entre otras, a la **1590/2003, de 22 de abril** , en la que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el *art. 24.2 del C. Penal* , conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (*STS 68/2003, de 27-1*). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para este los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (*STS 2059/2002, de 4-12*), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (*SSTS 37/2003, de 22-1* y *1952/2000, de 19-12*), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo.

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas -prosigue argumentando la *STS 1590/2003, de 22-4* - 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 temporalidad (*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*).

Apoyándose en lo anterior, se matiza en la *sentencia 166/2014, de 28 de febrero* , que 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 (*art. 24.2 CP*): 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.

3. Al trasladar al caso enjuiciado los anteriores criterios jurisprudenciales, se observa en lo que se refiere a la entidad Mercasevilla, S.A, que, según se especifica en el fundamento tercero de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, se trata de una empresa mixta del sector público local que ejerce una indudable función pública, al estar encargada de la prestación de un servicio público de esa índole de competencia local, con capital mayoritariamente público. En concreto: los servicios de mercados centrales de mayoristas y el de matadero.

Destaca la sentencia del Tribunal del Jurado, siguiendo los criterios que ya se habían establecido en el auto del Tribunal Superior de Justicia de 2 de abril de 2012, que el socio mayoritario de Mercasevilla es el **Ayuntamiento** de Sevilla, con un 51 % de las acciones, y que también es socio de la misma MERCASA, empresa pública de la Administración del Estado, cuyos accionistas son la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), siendo su capital íntegramente del Estado, la cual detenta el 48% del capital social. En vista de lo cual, concluye el Tribunal del Jurado que el nombramiento de Director Gerente de Mercasevilla es realizado por los socios mayoritarios, por cuanto, según los Estatutos de la sociedad mixta aprobados por el **Ayuntamiento** de Sevilla en el expediente de municipalización en su sesión de 8 de mayo de 1971, ratificados por el Ministerio de la Gobernación en resolución de fecha 19 de mayo siguiente, para dicho nombramiento es necesario que asistan a la Junta General cuatro quintas partes del capital desembolsado, y en segunda convocatoria las tres cuartas partes de dicho capital, lo que implica, a la vista de la distribución del capital social de la entidad examinada, que los representantes del **Ayuntamiento** y de la Sociedad pública Mercasa son los encargados del nombramiento, trasladando a la Junta las instrucciones de la autoridad pública titular de los intereses que defienden.

Visto lo que antecede, no puede cuestionarse que, tal como señala la sentencia

del Tribunal del Jurado y asume después el Tribunal de apelación, tanto el director general como el subdirector de Mercasevilla son nombrados por la autoridad pública a través de la Junta General que gobierna la sociedad, al hallarse esta controlada de forma abrumadoramente mayoritaria por capital público.

4. De otra parte, y en lo que atañe al requisito de la participación del recurrente en el ejercicio de funciones públicas, se afirma en la sentencia del Tribunal del Jurado y se ratifica en la de apelación al remitirse al auto dictado el 2 de abril de 2012, que Mercasevilla, S.A., gestiona un servicio de genuina competencia municipal mediante concesión administrativa en régimen de monopolio: los servicios de Mercados Centrales y Matadero, que constituyen materia propia de la competencia municipal, e incluso se integran entre los que revisten carácter de obligación mínima a tenor de lo previsto en los arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, figurando entre los que pueden ser municipalizados en monopolio. La personalidad jurídica de la empresa ha de considerarse conferida por el Ayuntamiento a través del expediente de municipalización. En dicho expediente, sancionado por el entonces Ministro de la Gobernación, se contienen las bases por las que ha de regirse la empresa, que son de obligado acatamiento para los representantes del capital privado, que representan el 0,2%. La empresa mixta Mercasevilla tiene, pues, carácter público, y alberga como finalidad la prestación de un servicio público.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, acogiendo el criterio de la del Tribunal del Jurado, se dice que Mercasevilla, S.A., es una entidad que tiene encomendada la gestión de servicios públicos.

Sin embargo, la parte recurrente deriva la cuestión jurídica hacia la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, alegando que la subvención de 900.000 euros le fue concedida por la Junta de Andalucía a la Fundación y tenía como objeto la instalación de una Escuela de Hostelería, objetivo que la defensa no considera incardinable en un servicio público, por lo que entiende que todo lo referente a este tema debe quedar fuera de la función pública.

Para contradecir la tesis del impugnante, remarca la sentencia del Tribunal del Jurado que la constitución de la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla fue aprobada por la Junta General Extraordinaria de Mercasevilla S.A. en sesión celebrada el día 21 de junio de 2004, siendo dotada con la suma de 30.000 euros que aportaría la entidad Mercasevilla S.A., en orden a su composición. El art. 12 de los Estatutos de la Fundación establece que el Patronato estará compuesto por un mínimo de tres y un máximo de cinco patrones, formando parte en todo caso del Patronato el Presidente y el Vicepresidente Segundo del Consejo de Administración de Mercasevilla, así como el Director General de Mercasevilla. Y también precisa que las fundaciones del sector público local, entre las que se encuentra la examinada, si bien no tenían una regulación legal expresa en el año 2004, no por ello dejaban de tener el carácter de públicas en aplicación supletoria y analógica de los arts. 44 y siguientes de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y, posteriormente, de los arts. 55 y siguientes de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Además, advierte el Tribunal del Jurado que el artículo 3.1.f) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público incluye en este sector a "las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un

carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades".

Por todo lo cual, concluye afirmando la sentencia del Tribunal del Jurado, no contradicha en estos extremos por la de apelación, que la Fundación Socio-Asistencial debe considerarse como una entidad pública a los efectos de la aplicación del art. 24 del C. Penal , al tener entre sus fines contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, compartiendo la función de Mercasevilla S.A. De modo que, no obstante ser una realidad que formalmente Mercasevilla y la Fundación son dos entidades diferentes, desde el punto de vista legal y práctico la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla no es más que un instrumento jurídico creado por la Empresa Mercasevilla como medio para desarrollar proyectos que contribuyan a la mejora del servicio público de mercado mayorista alimentario.

Así lo acredita, según señala el Tribunal del Jurado, el hecho de que la subvención concedida por la Consejería de Empleo para equipamiento de una Escuela de Hostelería se fuera a instalar en los terrenos de Mercasevilla. A lo que ha de añadirse como dato relevante que era esta sociedad y no la Fundación quien suscribió con el Grupo La Raza el acuerdo marco de colaboración de fecha 24 de mayo de 2006 para la constitución de la escuela de hostelería cuyo proyecto sería desarrollado por la Fundación Socio-Asistencial.

A tenor de todos estos antecedentes, no puede acogerse la tesis del recurso de casación de que la instalación de una Escuela de Hostelería no entraba dentro del ámbito de un servicio público. En contra de esta alegación impugnativa ha de contraargumentarse que se trataba de invertir un dinero público procedente de una subvención concedida por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y que se iba a materializar a través de una sociedad integrada de forma abrumadoramente mayoritaria por capital público. El dinero asignado como subvención por la referida Consejería cumplimenta un fin de interés general y público, cual es la creación de empleo a través de la instalación de la Escuela de Hostelería en un ámbito que tiene cuando menos relación con mercado de abastecimiento en el que opera Mercasevilla y su Fundación instrumental.

Tal como se subraya en las *sentencias de esta Sala 1590/2003 y 166/2014* , anteriormente acotadas, está admitido que el Estado puede actuar mediante sociedades estatales revistiendo formas jurídico privadas, por considerarse que de esa manera se gestionan más adecuada y eficazmente los intereses generales, situación que se considera justificada cuando se trata de administrar intereses generales. Y aquí, al estar en juego la inversión de una subvención pública con fines de generar empleo en una zona golpeada por el paro laboral, no resulta razonable afirmar que la sociedad de capital público utilizada, junto con la Fundación que constituye su instrumento jurídico, no estaban prestando un servicio de interés general y público cuando invirtieron el dinero de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en la instalación de la Escuela de Hostelería, ocasión que aprovecharon los acusados para sobornar a los empresarios que iban a materializar en la práctica el objetivo social de la subvención pública. (...) (énfasis añadido).

OCTAVO.- Bastaría proyectar estas consideraciones sobre este asunto para que, con pocas adaptaciones, quedase contestado el último motivo del recurso. No eludiremos esas adaptaciones.

El recurrente niega, en primer lugar, el carácter público de los fondos. En esa dirección ensaya dos líneas de argumentación.

a) La segunda en el orden expositivo (que pasamos a primera posición en orden a su refutación) es un tanto grosera. Se desmonta con facilidad. Se dice que como los fondos fueron destinados a fines estrictamente privados (pago de los estudios de un particular) habrían perdido su condición de públicos. El argumento carece de recorrido. Si lo admitiésemos estaríamos derogando el delito de malversación de caudales públicos que, en esencia, consiste en distraer los fondos públicos de su destino natural (finalidades públicas) a fines particulares (propios del autor o de un tercero). El carácter público de los fondos viene determinado por su origen y su destino debido; no por su destino real. En todo delito de malversación los caudales públicos acaban empeñados en fines particulares, sin que eso -es de *Perogrullo* - transforme la naturaleza de los fondos. El precedente que se aduce (proveniente de una Audiencia Provincial) contempla una situación radicalmente diferente en tanto la sustracción o distracción se produce cuando ya los fondos había pasado del patrimonio público a manos privadas de forma legítima. En ese momento dejaron de ser fondos públicos y su distracción no integrará este tipo penal (sí otros, en su caso). Pero aquí la distracción se identifica precisamente con la disposición producida al salir del patrimonio público. El delito no radica en el uso de esos fondos por parte de Gregoria; sino en su transmisión a Gregoria. El argumento encierra un sofisma.

b) La otra línea aumentativa reviste mayor envidia jurídica. Se dice que estamos ante una fundación privada (nada hay que objetar a ello) y que, por tanto, los fondos no pueden ser públicos (esa consecuencia ya no puede aceptarse). Se enreda el recurso con la legislación autonómica sectorial para reforzar la afirmación de que la fundación no pertenecía al sector público.

Las razones que han llevado a la Audiencia provincial a calificar de fondos públicos y, por tanto, aptos para dar vida a un delito de malversación de caudales públicos, no tienen nada que ver con la catalogación administrativa o civil de la fundación. Ninguna discusión hay sobre ello. Lo que sucede es que los conceptos de *caudales públicos* o de *funcionario público* a efectos penales no están encorsetados por las estrictas etiquetas de otros ámbitos jurídicos como son el derecho mercantil, el civil o el administrativo. Así viene a establecerlo la *STS 166/2014, de 28 de febrero*, en la que se apoya la Audiencia transcribiendo un largo fragmento de la misma, así como la *STS 421/2014* apoyándose en la anterior y refiriéndose a esta concreta Fundación, y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 25 de mayo de 2017 también invocado. El recurso se limita a ignorar esos precedentes expresamente citados. No lucha por convencernos de que no serían aplicables; o por combatir sus argumentos. Sencillamente los ignora.

No podemos sino volver a hacernos eco de ellos.

La *STS 166/2014, de 28 de febrero* razonaba así:

"El motivo sexto denuncia aplicación indebida del *art. 432.1º CP* : si antes discutía su condición de funcionario, ahora con densidad y extensión argumentativa pone en cuestión que pueda hablarse propiamente de caudales públicos tal y como exige tal precepto.

El objeto material del delito de malversación viene constituido por caudales

públicos. A falta de una definición legal, hay que perfilar el concepto escudriñando en la legislación.

La cuestión es enjundiosa. No existe un concepto legal de "fondos, caudales o efectos públicos" a diferencia de otros ordenamientos como el francés singularmente (*deniers publics*). En nuestro panorama normativo perfilar esa noción obliga a sumergirse en una marasma de cambiante y no clara legislación nacional y autonómica; y a diferenciar según el prisma (penal, contable, administrativo, financiero) desde el que abordemos la cuestión. La creciente y progresiva ampliación del Sector público con la pujante aparición en su seno de entidades que vienen a prestar servicios de responsabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, en uno y otro caso en régimen de Derecho Privado, acrecienta la dificultad.

Aquí estamos ante una empresa pública autonómica. La naturaleza jurídica de los caudales de las empresas públicas es materia controvertida. Su claro e indisimulable componente mercantil convive con el control que sobre ellas ejerce la Administración, en este caso autonómica. Se impone un esfuerzo de diferenciación entre la variada tipología de empresas públicas para alcanzar una conclusión sobre la condición de caudales públicos o no de sus fondos y patrimonio. Como es sabido en el horizonte actual proliferan en virtud del fenómeno ya aludido plásticamente bautizado como "huida del derecho administrativo": se busca la agilidad y operatividad del derecho privado y mercantil escapando de la rigidez y esquemas burocratizados de la actividad administrativa. El intervencionismo del Estado en la economía mediante actividades de esa naturaleza se realiza a través de organismos autónomos o de empresas públicas que también asumen funciones propias del órgano público. Las empresas públicas a su vez pueden ser sociedades de exclusivo capital público o sociedades de economía mixta en las que la Administración solo tiene una participación.

La *Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*, señala "1.- En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de Empresas públicas, [...] tendrán aquella consideración:

a) *Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos Autónomos.*

b) *Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado".*

Concurren al diseño jurídico otras normas: el *art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre* que define el Sector público estatal, o la *disposición adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la administración General del Estado*, modificada por la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Tal disposición introduce unas peculiaridades en el régimen de las sociedades mercantiles estatales.

Al estar ante una empresa surgida en el ámbito autonómico esas referencias estatales tienen solo un valor relativo. Es el ordenamiento autonómico el que debe ser

escrutado para decidir la cuestión debatida que no está condicionada en absoluto por el hecho de que las empresas públicas se rijan por normas de derecho privado, actuando en el tráfico mercantil y las normas de derecho administrativo resulten inoperantes para el cumplimiento de sus fines. La pureza conceptual de otras ramas del ordenamiento se diluye en el derecho penal en función de los intereses tutelados.

Las empresas públicas mercantiles son parte del sector público como se sostiene el *art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas* y, en su ámbito, el *art. 2 de la Ley General Presupuestaria* 47/2003, de 26 de noviembre. Si las cuentas de las empresas públicas pueden ser fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas al estar aquellas, inequívocamente incluidas en el sector público, también les alcanzará la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran sus administradores.

Los argumentos relativos al control de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, son predicables respecto de las sociedades mercantiles públicas. Jurídicamente la distinción se relativiza: ambas son conceptuadas como *empresas pública*.

Sin embargo existen diferencias de relevancia entre unas y otras que para algunos implican la imposibilidad de asimilación. En las sociedades mercantiles, el Derecho privado despliega una mayor influencia bajo la forma societaria anónima. Ese influjo opera de manera distinta según la participación pública en el capital de la sociedad sea exclusiva o simplemente mayoritaria. Esto arrastrará consecuencias en la determinación de la naturaleza de sus fondos.

Respecto de estas sociedades, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, negó en algún lejano precedente el carácter público de su capital, bienes y mercancías, argumentando que la naturaleza de la sociedad es esencialmente mercantil y persigue una finalidad lucrativa, por lo que *"no hay razón alguna para hablar de caudales públicos"* (*STS de 13 de marzo de 1992*): *"[Se trata de] una sociedad mercantil concesionaria de un monopolio, con un fin lucrativo, gestionada mercantilmente y obtiene unos beneficios de los que tiene que abonar al Estado, a cambio de la concesión exclusiva, una parte y en sus órganos rectores hay una representación del Estado para velar por el cumplimiento del contrato y supervisar los resultados económicos. Y eso es todo y no es suficiente para atribuir a sus bienes, géneros comerciales, capital e ingresos el carácter de caudales públicos. Los pagos que se le hacen no se ingresan directamente en el Tesoro, ni los pagos que ella hace salen de las arcas públicas sino de su tesorería comercial como cualquier otra empresa mercantil. Sus géneros no están en un inventario público"*.

Pero en la doctrina se manejan otros parámetros. Unos de tipo funcional. Otros de realidad jurídica subyacente. Lo que podría privar del carácter público a los caudales de la sociedad no es tanto la naturaleza mercantil de la sociedad sino su condición específica de sociedad anónima que comporta una diferenciación de personalidad jurídica. Eso conduce a convertirse en difícilmente admisible que los fondos de las sociedades de economía mixta controladas por el Estado -aunque sean empresa pública- puedan considerarse públicos. Hay participación privada. La sociedad anónima es una sociedad siempre capitalista en la que apenas interesan las condiciones personales de los socios sino su participación en el capital social. En la sociedad anónima *patrimonio* y *capital* son conceptos diferenciados: Aquél es el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social, no a los socios. El capital social es la suma escriturada de los valores nominales

de las acciones. Sólo coincide necesariamente con el patrimonio en el momento fundacional. La sociedad anónima es una persona jurídica independiente de los socios. Por ello, la naturaleza jurídica del capital, que su origen determina, no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea. El Estado puede tener la condición de socio y, con ella, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos. Pero los fondos de la Sociedad no son del Estado o Administración.

Ahora bien cuando las Administraciones públicas utilizan la forma de la sociedad anónima de exclusivo capital público para la gestión de determinadas funciones y servicios cambia sustancialmente la perspectiva y el argumento aducido sería artificioso. El hecho de que el capital de la sociedad esté íntegramente desembolsado por el Estado, modifica ontológicamente la situación descrita respecto de las sociedades de economía mixta con capital público, mayoritario o no. De este modo si podría considerarse irrelevante para establecer la naturaleza de los caudales el que la participación pública sea mayoritaria o minoritaria, que se trate de una sociedad con exclusivo capital público sí resulta decisivo. Se produce una identidad entre patrimonio social y patrimonio del socio. En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con los de las entidades de derecho público.

Aunque formalmente los patrimonios no se confunden, resulta imposible mantener la naturaleza privada de los fondos de la sociedad, dado que, a diferencia de las sociedades mayoritariamente participadas por el Estado, el destino de *todos* sus caudales es el Erario Público, con lo que ha de sostenerse que, la naturaleza de dichos fondos es pública.

Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público.

Así pues, dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos. (*SSTS de 13 de marzo o 15 de diciembre de 1992*)

Ahora bien en relación a sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionista, es decir la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación.

La jurisprudencia en algún caso ha alentado esa visión, no en relación a sociedades estatales con capital exclusivamente público, pero sí en el ámbito local. La *STS de 5 de febrero de 1993* , considera públicos a efectos penales los fondos de las sociedades municipales o provinciales, aunque es justo reconocer que lo hace en atención, no solamente a que su capital sea exclusivamente público, sino a que los órganos de la sociedad vienen determinados por las normas de Derecho Administrativo y no por las de Derecho Privado y porque, además, desarrollan funciones públicas. Al hilo de la argumentación se contiene una interesante afirmación: " *si estos entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y*

el capital por ella manejado pertenezca al ente público matriz, los fondos de aquélla son fondos públicos".

La *STS 558/2017, de 13 de julio* insistirá en esa exégesis refrendada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo anterior que es transcrito, en lo que aquí afecta, por la sentencia de instancia:

De ahí que podamos suscribir sin matización o apostilla alguna la conclusión que sobre este particular contiene la sentencia de la Audiencia:

"En definitiva, los fondos de Mercasevilla eran públicos porque, como, según reconoció la ya mencionada *sentencia del TS de 16-5-14*, el capital de Mercasevilla era prácticamente público en su totalidad (99,45%) y "gestiona un servicio de genuina competencia municipal mediante concesión administrativa en régimen de monopolio: los servicios de Mercados Centrales y Matadero, que constituyen materia propia de la competencia municipal, e incluso se integran entre los que revisten carácter de obligación mínima a tenor de lo previsto en los *arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, figurando entre los que pueden ser municipalizados en monopolio".

Idéntica conclusión sobre la consideración de fondos públicos es aplicable a su Fundación asistencial, que se constituyó con aportaciones exclusivas de Mercasevilla".

DÉCIMO.- Un argumento de cierre adicional: aunque nos situásemos en la ya rebatida tesis jurídica del recurso, no podría prosperar el motivo. Si trasladamos los hechos imputados al recurrente a una fundación que gozase de la consideración de estrictamente privada, ajena totalmente a la consecución de fines públicos y nutrida exclusivamente de fondos privados, sin participación pública alguna, no llegaríamos a la irrelevancia penal de los hechos. Estaríamos ante un delito de administración desleal (homogéneo con el que ha sido objeto de acusación y condena, en tanto la conducta es la misma, variando en exclusiva la naturaleza de los fondos) del anterior *art. 295 CP* (en las fechas de los hechos; actual *art. 252 CP*) que merecería una penalidad no necesariamente inferior a la que ha sido impuesta: podría ser de multa; pero también, alternativamente, de prisión de hasta cuatro años (anterior *art. 295 CP*).

UNDÉCIMO.- La desestimación del recurso lleva aparejada la condena en costas al recurrente (*art. 901 LECrim*).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Mauricio contra la *Sentencia de fecha 25 de marzo de 2019 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla* en causa seguida contra el recurrente por delito de malversación de caudales públicos.

2.- Imponer a Mauricio el **pago de las costas** de este recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura