

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SECCIÓN CUARTA**

Rollo de Sala nº 5508/17

Proa nº 253/16

Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla

SENTENCIA Nº

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MANUEL DE PAUL VELASCO

D^a MARGARITA BARROS SANSINFORIANO

D. FRANCISCO GUTIÉRREZ LÓPEZ, ponente.

En la ciudad de Sevilla, a 25 de marzo de 2019

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial ha visto en juicio oral y público la causa arriba referenciada, seguida por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación y falsedad en documento mercantil.

Han sido partes:

- El Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Juan Enrique Egocheaga Cabello.

- La acusación particular, Mercados Centrales de Abastecimiento de Sevilla y Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, representado por la Procuradora D^a Cristina Núñez Ollero, y defendido por el Letrado D. Jaime Yélamos Bermúdez-Coronel.

- Los acusados:

1. FERNANDO JOSÉ M. J., con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 26/8/1964, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por el Procurador D. Juan Antonio Moreno Cassy, y defendido por el Letrado D. José Manuel Carrión Durán.

2. FRANCISCO JOSÉ G. G., con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 4/8/1962, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por el Procurador D Santiago Rodríguez Jiménez, y defendido por la Letrada D^a M^a del Carmen Perea Moreno.

3. FRANCISCO L. R., con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 10/7/1962, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por el Procurador D Santiago Rodríguez Jiménez, y defendido por el Letrado D. José Antonio López Díaz.

4. ANTONIO ANGEL V. A., con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 17/3/1951, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Reyes Martínez Rodríguez, y defendido por el Letrado D. Joaquín Guillermo Moeckel Gil.

5. CARMEN V. M., con D.N.I. XXX, nacida en Sevilla, el día 27/5/1983, hija de XXX y de XXX, en libertad provisional, la cual ha estado representada por la Procuradora D^a Reyes Martínez Rodríguez, y defendida por el Letrado D. Joaquín Guillermo Moeckel Gil.

6. CRISTOBAL C. R., con D.N.I. XXX, nacido en Jimena de la Frontera (Cádiz), el día 5/12/1957, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Elena Sánchez Delgado, y defendido por el Letrado D. David Franco Ávila.

7 ANTONIO P. L., con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 1/4/1953, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Ana María Asensio Vegas, y defendido por el Letrado D. Antonio Jiménez Almagro.

8. JOSE C. G., con D.N.I. XXX, nacido en la Puebla del Río, el día 19/5/1956, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Elena Sánchez Delgado, y defendido por el Letrado D. David Franco Ávila.

9. EDUARDO D. C. L., con D.N.I. XXX, nacido en Córdoba, el día 22/3/1958, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por el Procurador D. Eugenio Carmona Delgado, y defendido por el Letrado D. Santiago Pérez Piña.

10. SALVADOR O. B., con D.N.I. XXX, nacido en Dos Hermanas, el día 24/2/1953, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Elena Sánchez Delgado, y defendido por el Letrado D. David Franco Ávila.

11. JOSE RAMÓN P. S., con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 21/6/1953, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Elena Sánchez Delgado, y defendido por el Letrado D. David Franco Ávila.

12. FERNANDO R. T., con D.N.I. XXX, nacido en San Juan de Aznalfarache (Sevilla), el día 10/10/1949, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Elena Sánchez Delgado, y defendido por el Letrado D. David Franco Ávila.

13. JOSE MANUEL G. N. , con D.N.I. XXX, nacido en Sevilla, el día 24/4/1956, hijo de XXX y de XXX, en libertad provisional, el cual ha estado representado por la Procuradora D^a Elena Sánchez Delgado, y defendido por el Letrado D. David Franco Ávila.

14. PILAR G. M., con D.N.I. XXX, nacida en Zamora, el día 11/1/1957, hija de XXX y de XXX, en libertad provisional, la cual ha estado representada por la Procuradora D^a Ana María Asensio Vegas, y defendida por el Letrado D. Antonio Jiménez Almagro.

- La responsable civil subsidiaria, Asociación de Mayoristas de Pescados “El Barranco”, que ha estado representada por la Procuradora D^a Reyes Martínez Rodríguez, y defendida por el Letrado D. Joaquín Guillermo Moeckel Gil.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El juicio oral ha tenido lugar en audiencia pública desde el día 15 de enero hasta el 14 de febrero de 2.019, celebrándose sesiones los días 15, 16, 17, 21, 22, 23, 28, 29 y 30 de enero, 4, 5, 6, 11, 12, 13 y 14 de febrero de 2019, practicándose con el resultado que consta en el acta las pruebas propuestas y no renunciadas por las partes.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló conclusiones definitivas considerando que los hechos eran constitutivos de:

A.- Un Delito de prevaricación (A) del artículo 404 y dos delitos de falsedad de documento mercantil (A bis) de los artículos 390,1 2º y 3º y 392 del Código Penal, en relación de concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos (A ter) del artículo 432,1º del Código Penal, todos en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos.

B.- Un Delito de malversación del artículo 432,1º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos.

C.- Un Delito de malversación del artículo 432,1º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos.

D.- Un Delito de malversación del artículo 432,1º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos.

Responden criminalmente, conforme al art. 28 del Código Penal:

- Del delito A, como autor, Fernando M. J., y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus, José Francisco G. G. y Francisco L. R..

- De los delitos A bis, como autores, José Francisco G. G. y Francisco L. R., y como cooperador necesario Fernando M. J..

- Del delito A ter, como autor, Fernando M. J., y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus, José Francisco G. G. y Francisco L. R..

- Del delito B, como autor, Fernando M. J., y como cooperador necesario en calidad de extraneus, Antonio V. A..

- Del delito C, como autor, Fernando M. , y como cooperador necesario en calidad de extraneus, Carmen V. M..

- Del delito D, como autor, Fernando M., y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus, Cristóbal C. R., Antonio P. L., José C. G., Eduardo d. C. L., Salvador O. B., José Ramón P. S., Fernando R. T., José Manuel G. N. y Pilar G. M..

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los encausados.

Corresponde imponer las siguientes penas:

- A Fernando José M. J.:

- por los delitos A, A bis y A ter, una pena única de prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años.

- por el delito B, prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años.

- por el delito C, prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años.

- por el delito D, prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años.

- A Francisco José G. G. Y Francisco L. R., por el delito A, por cada delito A bis y por el delito A ter, a cada uno, prisión de 4 años y 6 meses e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años.

- A Antonio V. A., por el delito B, prisión de 4 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años.

- A Carmen V. M. , por el delito C, prisión de 3 años y 6 meses e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años.

- A Cristóbal C. R., Antonio P. L., José C. G., Eduardo D. C. L., Salvador O. B., José Ramón P. S., Fernando R. T., José Manuel G. N. y Pilar G. M. por el delito D, a cada uno, prisión de 3 años y 6 meses e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años.

Costas: a imponer a todos los encausados por partes iguales.

Como responsables civiles, los encausados deberán restituir a la entidad MERCASEVILLA con las siguientes cantidades:

Fernando M. J., Francisco L. R. y Francisco José G. G., solidariamente, deberán restituir 69.800 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por la empresa "Hermes Consulting" desde el año 2005.

Fernando M. y Antonio V. A. solidariamente, deberán restituir 106.328,62 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por la asociación de mayoristas de pescado "El Barranco" de Mercasevilla.

Fernando M. y Cristóbal C. R., solidariamente, deberán restituir 18.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y Salvador O. B., solidariamente, deberán restituir 15.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y José Manuel G. N., solidariamente, deberán restituir 72.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y Fernando R. T., solidariamente, deberán restituir 36.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y Eduardo d. C. L., solidariamente, deberán restituir 20.624 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y Antonio P. L., solidariamente, deberán restituir 23.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y José C. G., solidariamente, deberán restituir 18.000 euros,

equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y José Ramón P. S., solidariamente, deberán restituir 36.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y Pilar G. M., solidariamente, deberán restituir 18.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación

Como responsables civiles, los encausados Fernando M. J. y Carmen V. M. deberán restituir a la FUNDACION MERCASEVILLA solidariamente, la cantidad de 16.412,12 euros, equivalente al total de lo recibido por la supuesta beca.

Igualmente que se declare la nulidad del contrato suscrito de fecha 27 diciembre de 2005 entre Mercasevilla y la sociedad "Hermes Consulting"

La sociedad "Hermes Consulting", conforme a lo dispuesto en el artículo 120,4 del código penal, responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas a los encausados Fco. L. R. y Fco. José G. G.

La asociación de mayoristas de pescado "El Barranco" de Mercasevilla, conforme a lo dispuesto en el artículo 120,4 del código penal responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas al encausado Antonio V. A..

TERCERO.- La Acusación Particular formuló conclusiones definitivas considerando que los hechos eran constitutivos de:

A.- Un Delito (A) de prevaricación del artículo 404 y dos delitos (A bis) de falsedad de documento mercantil de los artículos 390,1 2º y 3º y 392 del Código Penal en relación de concurso medial con un delito (A ter) de malversación de caudales públicos del artículo 432,1º del Código Penal, todos en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos anteriormente descritos

B.- Un Delito de malversación del artículo 432,1º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos anteriormente descritos

C.- Un Delito de malversación del artículo 432,1º del Código Penal, en su redacción actual.

D.- Un Delito de malversación del artículo 432,1º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos anteriormente descritos.

Responden criminalmente conforme al art. 28 del Código Penal:

- Del delito A, como autor, Fernando M. J., y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus, José Francisco G. G. y Francisco L. R..

- De los delitos A bis, como autores, José Francisco G. G. y Francisco L. R., y como cooperador necesario, Fernando M. J..

- Del delito A ter, como autor, Fernando M. J., y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus, José Francisco G. G. y Francisco L. R..

- Del delito B, como autor, Fernando M. J. y como cooperador necesario en calidad de extraneus, Antonio V. A..

- Del delito C, como autor, Fernando M..

- Del delito D, como autor, Fernando M. y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus, Pilar G. M..

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los encausados.

Corresponde imponer:

- A Fernando M. J.:

- por el delito A, por los delitos A bis y por el delito A ter una pena única de prisión de cuatro años y 6 meses, e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años. Se solicita pena única al ser delito cometido en concurso medial y al ser la extensión de la pena de 3 años y 6 meses para el delito de mayor gravedad, por aplicación de la regla del art. 77 del CP.

- por el delito B, una pena de prisión de 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.

- por el delito C, una pena de prisión de 2 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.

- por el delito D una pena de prisión de 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.

- A Francisco José G. G. Y Francisco L. R., por el delito A, por cada delito A bis y por el delito A ter, una pena única a cada uno, de prisión de 2 años y 3 meses, e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.

- A Antonio V. A., por el delito B, una pena de prisión de 1 año y 6 meses e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.

- A Pilar G. M., por el delito D, una pena de prisión de 1 año y 6 meses e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.

Costas: a imponer a todos los encausados por partes iguales.

Como responsables civiles, los encausados deberán restituir a la entidad

MERCASEVILLA con las siguientes cantidades:

Fernando M. J., Francisco L. R. y Fco. José G. G., solidariamente, deberán restituir 69.800 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por la empresa "Hermes Consulting" desde el año 2005.

Fernando M. y Antonio V. A. solidariamente, deberán restituir 106.328,62 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por la asociación de mayoristas de pescado "El Barranco" de Mercasevilla.

Fernando M. deberá restituir la suma de las siguientes cantidades: 18.000, 15.000 72.000, 36.000, 20.624, 23.000, 18.000, 36.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Fernando M. y Pilar G. M., solidariamente, deberán restituir 18.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación.

Igualmente que se declare la nulidad del contrato suscrito de fecha 27 diciembre de 2005 entre Mercasevilla y la sociedad "Hermes Consulting."

La sociedad "Hermes Consulting", conforme a lo dispuesto en el artículo 120,4 del código penal, responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas a los encausados Francisco L. R. y Francisco José G. G..

La asociación de mayoristas de pescado "El Barranco" de Mercasevilla, conforme a lo dispuesto en el artículo 120,4 del código penal responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas al encausado Antonio V. A..

Carmen V. M. deberá restituir la cantidad de 16.412,12 euros, equivalente al total de lo recibido por la supuesta beca en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

Cristóbal C. R. deberá restituir 18.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

Salvador O. B. deberá restituir 15.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

José Manuel G. N. deberá restituir 72.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

Fernando R. T. deberá restituir 36.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de

partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

Eduardo d. C. L. deberá restituir 20.624 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

Antonio P. L. deberá restituir 23.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

José C. G. deberá restituir 18.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

José Ramón P. S. deberá restituir 36.000 euros, equivalente al total de las cantidades recibidas por el supuesto premio de jubilación, en su condición de partícipe a título lucrativo del art. 122 del CP.

CUARTO.- Todas las defensas formularon conclusiones definitivas solicitando que se dictara sentencia absolutoria. La defensa del responsable civil subsidiario solicitó se le declarara exento de responsabilidad civil.

La defensa de Fernando M. consideró que, en caso de condena, concurría la atenuante de dilaciones del artículo 22-6º y 66 del CP.

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 Fernando M. J., 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 Fernando M. 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 Fernando M. 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 Fernando M. 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 Fernando M. , 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 IV.A., por la tramitación de ayudas excepcionales, tanta 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 Francisco L. R., 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 José G. G., 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 Fernando M. 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 Francisco L., que entregó el dinero al acusado Francisco G., quien, acompañado del presidente de comité de empresa de Mercasevilla, Rafael D. R., 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 Rafael D. 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 Fernando M., 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 Fernando M. , 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 Francisco G. 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 2017 el abogado de Hermes remitió burofax al acusado Fernando M., 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 6.000 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 Fernando M. y Daniel P., subdirector de Mercasevilla, y, por Hermes, el acusado Francisco G., 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 Francisco G. y Francisco L. 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 Fernando M. 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 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. Cristóbal C. R., quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 18.000 euros.

2. Antonio P. L., quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 23.000 euros.

3. José C. G., quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 18.000 euros.

4. Eduardo d. C. L., 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. Salvador O. B., quien recibió mediante talón bancario de fecha 4 de julio de 2008 la cantidad de 15.000 euros.

6. José Ramón P. S., quien recibió mediante transferencia bancaria de fecha 5 de febrero de 2008 la cantidad de 36.000 euros.

7. Fernando R. T., quien recibió mediante talón bancario de fecha 31 de diciembre de 2008 la cantidad de 36.000 euros.

8. José Manuel G. N., 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. Pilar G. M. 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 Fernando R. y Jose Manuel G. 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. Antonio P. y Cristóbal C. 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 Pilar G. M., Directora del Departamento Financiera de Mercasevilla hasta que el 1 de enero de 2008 se prejubiló, el día 2 de enero de 2008 suscribió un contrato con el acusado Fernando M., 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 Pilar G. 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, Antonio V. A., 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, conocedora 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 incluye 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 Fernando M. 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, José R. F., 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 “El 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 Antonio V., como presidente de la citada asociación “El Barranco”, recibió de Mercasevilla un total de 38.000 euros: 11.700 euros mediante pagaré 6102636-6, con fecha de vencimiento 29-7-08, y 26.300 euros mediante pagaré 6102638-1, 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, Fernando M., 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 perecedero”.

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 la 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 disponía 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 Clausula 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 Mercasevill”* (artículo 12).

En la reunión extraordinaria del PATRONATO celebrada el mismo día de la constitución, se acordó nombrar Secretario del Patronato al acusado Fernando José M. J., 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 Fernando M. Gerente de la Fundación.

II. La acusada Carmen V. M., 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 Antonio V., era su padre, realizando, entre otras, labores de intérprete. En ellas conoció a Daniel P., 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 concedida a la acusada Carmen V. 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 Daniel P., 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 Carmen 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 Carmen V., 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 Fernando M., 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 Carmen V. 3.556,06 euros, y otros 3.556,06 euros el 31 de julio de 2008.

El 16 de enero de 2009 el acusado Fernando M. ordenó a María Regla P., que había sido su secretaria de la Dirección General de Mercasevilla hasta 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 Carmen V.. Para ocultar en lo posible el origen del pago, le indicó que firmara ella un cheque, lo cobrara y lo ingresara en metálico. María Regla P. 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 Carmen Vela.

Cuando María Regla P. comunicó al acusado Fernando M. que había transferido el dinero, como quería evitar que constara cualquier dato que lo pudiera relacionar con el pago, Fernando M. le dijo que lo anulase para que hiciese la transferencia Leonardo Antonio G. A., becario en prácticas del Departamento de Caja y

Contabilidad. La transferencia anterior se anuló, y, por indicación de María Regla P., Leonardo A. G. volvió a realizar otra por el mismo importe.

El 22 de enero de 2009, y siguiendo el mismo operativo descrito, Leonardo A. G. transfirió otros 6.500 euros a la cuenta de la acusada Carmen V..

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-2019; 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 Carmen V. M.”.

La acusada Carmen V. 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Cuestiones previas.

PRIMERO. Formuló la defensa del acusado Fernando M. cuestiones previas, a las que se adhirieron el resto de defensas, que aunque fueron rechazadas en la vista oral, merecen una sucinta respuesta.

En primer lugar, solicitó la suspensión del juicio oral para que se citara como responsable civil a una compañía aseguradora con la que Mercasevilla tenía concertado una póliza de seguros, que aportó en el juicio, que cubría las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir sus directivos.

La cuestión se rechazó porque resultaba extemporánea e improcedente, dado que son las partes acusadoras quienes tienen la facultad de dirigir la acción contra los responsables penales y civiles del proceso, que quedan determinados definitivamente en el auto de apertura del juicio oral, conforme a lo dispuesto en los artículos 783 y 784 de la LECr. Decisión que, en ningún caso, afecta ni limita los derechos que, en su caso, tuviera el acusado contra la citada compañía en virtud de las condiciones particulares de la póliza suscrita.

En segundo lugar, solicitó la defensa la suspensión del juicio para que se acumularan a las presentes actuaciones las otras causas que en su momento se

desgajaron de la causa matriz (DP 6143 del juzgado de instrucción nº 6 de Sevilla), una de las cuales es el PROA 177/2018, porque entendía que el enjuiciamiento por separado podía afectar al derecho de defensa de su defendido y, también, a quienes tenían que declarar como testigos en este juicio (Rafael D. R. y Daniel P. V.) que, simultáneamente, eran imputados en otros procedimientos derivados de la causa matriz.

La cuestión se rechazó porque, aunque reconozcamos las dificultades e inconvenientes que pueden derivarse de la división en distintos procedimientos de hechos que pueden guardar una cierta conexión, entendemos que, siempre que no exista ruptura de la continencia de la causa, es la solución menos perjudicial cuando se están investigando numerosos y complejos hechos en lo que se denomina una macro causa, como es el presente caso. Las alegaciones de la defensa, amén de extemporáneas, solo parecían pretender suspender el juicio, y de ellas no era posible atisbar la necesidad de enjuiciamiento conjunto con todos o partes de los hechos que se han investigado en la causa matriz. Además, el desarrollo del juicio ha permitido garantizar plenamente los derechos de los que aquí declaraban como testigos, pues se les permitió que no respondieran a aquellas preguntas que pudieran entender que podían afectar a sus derechos que como imputados tienen en los otros procedimientos.

En tercer lugar, solicitó la nulidad de las actuaciones, alegando instrucción carente de imparcialidad; actuación contra los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso justo y a que no se pueda producir indefensión.

En definitiva, la parte reproduce lo que en su momento articuló como un incidente de recusación en escrito de 28 de octubre de 2010 (folios 2430 a 2447), que fue desestimado por auto de la Sección Séptima de 9 de diciembre de 2010 (folios 2475-2498). Ello basta para desestimar la cuestión previa, y no es óbice para ello que la parte pretenda revestir esta pretensión con argumentos supuestamente novedosos diferentes de los alegados en el incidente de recusación, porque el procedimiento para encauzarla habría sido promover un segundo incidente de recusación en el momento en que tuvo conocimiento de esos nuevos hechos que la justificaban, como exige la regulación del incidente de recusación, art. 223 de la LOPJ. Pretender articular estas peticiones a través de la nulidad de actuaciones resulta injustificado e improcedente, conforme a lo dispuesto en los artículos 239 y 241 de la LOPJ.

En definitiva, por todo ello, procede desestimar las cuestiones previas planteadas.

II. Acusación formulada.

SEGUNDO. Formularon conclusiones definitivas el Mº Fiscal y la acusación particular considerando que los hechos por los que acusan eran constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 y dos delitos de falsedad de documento mercantil de los artículos 390,1 2º y 3º y 392 del Código Penal, en relación de concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432,1º, todos ellos del Código Penal vigente a la fecha de comisión de los hechos; así como, también, de tres delitos de malversación de caudales públicos del art. 432-1º del CP vigente a la fecha de comisión de los hechos, aunque la acusación particular entendió que a uno de ellos le era de aplicación la redacción actualmente vigente.

En resumen, el Mº Fiscal y la acusación particular formulan acusación porque consideran que el acusado Fernando M. realizó con cargo a Mercasevilla y a su Fundación, de las que era Director General y Secretario-gerente, respectivamente, determinados actos de disposición por mera liberalidad, no amparados en causa justa.

TERCERO. Delito de malversación de caudales públicos.

Con carácter previo a analizar los distintos hechos objetos de acusación, consideramos necesario analizar, en primer lugar, los elementos del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432-1 del CP vigente a la fecha de los hechos denunciados (regulación anterior a la LO 1/2015), que dispone el, que lo comete:

“La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años”.

Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo (TS) 232/18, de 17 de mayo, con referencia a la nº 429/2012 de 21 de Mayo:

"Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (STS nº 172/2006 y STS nº 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008).

En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayén-

dolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".

En el mismo sentido, la sentencia del TS 1051/2013, de 26 de septiembre, entendió que son presupuestos del delito de malversación de caudales públicos:

"a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública;

b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;

c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y

d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS310/2003, de 7 de marzo)".

CUARTO. Bien Jurídico

El bien jurídico en el delito de malversación es dual, en cuanto tutela el patrimonio de la administración, pero, también, combinado con el deber de fidelidad del funcionario, como señala la sentencia del TS 797/2015, 27 de noviembre:

"En la malversación predomina el bien jurídico patrimonio de la administración aunque combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración. Es tópico en la doctrina hablar de esa doble naturaleza. Pero se subraya el contenido patrimonial. En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia analizan este delito aludiendo a ese binomio: observan en él un componente patrimonial, en cuanto se lesionan los intereses económicos de la Administración, pero destacan junto a ello la deslealtad del funcionario que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada.

En el mismo sentido, la sentencia del TS 865/2011, de 16 de noviembre pone de manifiesto que en el ámbito doctrinal se ha venido entendiendo que el delito de malversación de caudales públicos presenta una perspectiva dual en lo concerniente a la

tutela de bienes jurídicos, ya que si bien destaca su aspecto patrimonial al proyectarse la conducta del infractor sobre los caudales o efectos públicos, también contempla la norma la deslealtad que entraña la conducta del funcionario que infringe los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones. Se pondera así de una parte el aspecto patrimonial de la malversación y, por otra, el relativo al correcto funcionamiento de una Administración Pública prestacional. La jurisprudencia de esta Sala también ha tenido en cuenta ambas perspectivas, pues si bien afirma que en el delito de malversación predomina la tutela del bien jurídico del patrimonio de la administración, éste ha de ser combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración; de forma que, subrayándose de modo especial el contenido patrimonial, también se atiende a la deslealtad del funcionario que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada (STS 797/2015, de 24-11”).

En el mismo sentido la sentencia del TS 228/2013, de 22 de marzo.

QUINTO. Funcionario Público.

Exige el tipo penal del delito de malversación la cualidad de funcionario público del agente.

Debemos tener presente que la controversia planteada por la defensa, que niega la condición de funcionario del acusado Fernando M. y la consideración de Mercasevilla y su Fundación asistencial como entidades públicas, ya fue abordada y resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia 421/14, de 16 de mayo (Fundamento de Derecho Séptimo), relativa a un procedimiento en el que se juzgó al aquí acusado por la comisión de determinadas acciones constitutivas de un delito de cohecho en el ejercicio de su condición de Director General de Mercasevilla y su Fundación asistencial. Por tanto, las consideraciones allí expuestas son trasladables sin más a este enjuiciamiento, pues la situación del acusado es idéntica en ambos procedimientos.

Decía la citada sentencia del TS de 16-5-14:

“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”.

En definitiva, como quiera que consideramos acreditado que el acusado Fernando M. fue nombrado para sus cargos en Mercasevilla y en su Fundación asistencial por la autoridad pública (anexo, actas de la Junta General folios 1-5, y tomo I, folios 83-94) y que participaba como tal en el ejercicio de la función pública que aquellas realizaban, resulta incuestionable para este tribunal su condición, desde el punto de vista penal, de funcionario pública a los efectos enjuiciados en este procedimiento.

SEXTO. Caudales públicos

Los caudales públicos, objeto material del delito de malversación, deben tener la consideración de públicos.

En cuanto a la definición de caudal público, la sentencia del TS de 28-2-14, en su Fundamento de Derecho 14 consideró que:

“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 (derniers 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 indisoluble 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 inope-

rantes 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 públicas.

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 convertir 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 artificial. 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".

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.

En palabras de la citada sentencia del TS de 16-5-14:

“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”

Por último, reseñar que el acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 25 de mayo de 2017 ha venido a confirmar esta interpretación al entender que es patrimonio público de una sociedad:

“1.2. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas;

1.3.1. Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público”.

SÉPTIMO. La acción típica.

La definición de la acción típica del delito de malversación en su regulación anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 planteará no pocos problemas de encaje con el tipo actualmente vigente del artículo 432, en relación con el 252 del CP, que analizaremos en un apartado posterior.

En la regulación vigente a la fecha de los hechos denunciados (anterior a la LO 1/2015), el verbo que define la acción típica es sustraer en el sentido de separar los caudales públicos del destino público que tienen asignados.

La jurisprudencia del TS es constante y uniforme a este respecto. Así, en la sentencia 232/18, de 17 de mayo señaló que:

“Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (STS nº 172/2006 y STS nº 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga”.

En el mismo sentido la sentencia 797/2015, de 27 de noviembre precisó:

“Como señala la STS 1051/2013, de 26 de septiembre, el delito de Malversación de caudales públicos tiene como presupuestos:

d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS310/2003, de 7 de marzo)”.

Luis Roca Agapito (en Álvarez García, Dr., Tratado de Derecho Penal Español, Tirant Lo Blanch, Parte Especial III, Lección 14) equiparó sustraer a disponer de los caudales públicos como si fueran propios:

“Si «sustracción» equivale a apropiación, entonces cabe definir la modalidad activa del art. 432 CP como aquel comportamiento por el cual el funcionario dispone de los caudales públicos como si fuera dueño, es decir, como si fueran propios, realizando sobre ellos actos incompatibles con el título de su posesión y pretendiendo excluir de modo definitivo a la Administración del control sobre los mismos.

En el aspecto objetivo cabe distinguir, a su vez, dos vertientes. Por un lado, la realización de actos uti dominus, tales como la consumición, la enajenación, la donación, la conmixción, la especificación u otra facultad dominical que impida cumplir con el título de su posesión que le obliga a conservar, custodiar o invertir los caudales públicos. La otra vertiente está representada por la privación de estos bienes que experimenta la Administración pública, que pierde las facultades inherentes al dominio de usar, disfrutar o disponer (física o jurídicamente) del bien, con el consiguiente perjuicio que ello le acarrea, tanto desde el punto de vista económico, como desde el punto de vista funcional o teleológico.

La apropiación (de Aneignung hablan los alemanes) y la correlativa expropiación (Enteignung) que la conducta comporta convierten a esta modalidad de malversación en un delito de resultado, eso sí, de medios indeterminados”.

No obstante, ampliaremos más adelante estas consideraciones generales.

OCTAVO. Ánimo de lucro

Se exige, por último, el ánimo de lucro, que es el propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, como entiende constatare jurisprudencia del TS. Por todas, la de 797/2015, 24 de noviembre señaló que

“...este elemento subjetivo (ánimo de lucro propio o ajeno) añadido a la figura por el Código Penal de 1995 ha de ser interpretado como propósito de cualquier tipo

de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última de la liberalidad sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo.

En consecuencia, el hecho de que la recurrente disponga ilícitamente de fondos públicos en beneficio de terceros, consciente de que les proporciona un enriquecimiento, provecho o ventaja ilícitos, en perjuicio del patrimonio municipal, integra el ánimo de lucro. Con independencia de que el fin último sea el de conceder una mera liberalidad para beneficiar a una compañía y así facilitar ilícitamente la instalación de la empresa en la comarca, pues lo requerido por el tipo es que la conducta enjuiciada incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia, que puede ser, bien directo para el sujeto público implicado, o bien indirecto cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, pues tal interés tendría en todo caso una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos (STS 79/2007, de 7 de febrero)”.

III. Consideraciones generales

NOVENO.

Para evitar reiteraciones sobre cuestiones que son comunes a los distintos hechos de los que se acusa, es oportuno analizar con carácter previo tres argumentos generales que han sido esgrimidos por las acusaciones como elementos inculpatórios contra el acusado Fernando M.: la errónea contabilización de algunas partidas de gastos, que no informaba ni a la Comisión Ejecutiva ni al Consejo de Administración de los actos de disposición que realizaba; y que gestionaba la sociedad sin respetar los límites y condiciones establecidos en los poderes que tenía.

A. Contabilidad.

Las irregularidades detectadas en la contabilidad de Mercasevilla, que son evidentes a la vista del informe pericial emitido por los peritos de la Agencia Tributaria, merecen dos precisiones.

La primera, que por los limitados conocimientos contables que tiene este tribunal, las discrepancias sobre la forma de contabilizar una partida son tan frecuentes entre profesionales contables como las que existen entre profesionales del derecho al interpretar las normas jurídicas. Valga como ejemplo de esto la

controversia sobre el pago de los 1.000 palés a la Asociación “el Barranco”, que se anotó en Mercasevilla en la partida de gasto de “relaciones públicas generales” y no se inventarió, lo que a los peritos de la Agencia Tributaria no les pareció improcedente, cuando, a nuestro parecer, los palés tendrían la consideración de inmovilizado material.

Por tanto, con carácter general, las discrepancias contables no tienen por qué ser necesariamente infracciones contables; ni las infracciones contables son necesariamente constitutivas por sí solas de delito, de hecho, en el caso que enjuicamos las infracciones contables denunciadas no se consideraron idóneas y suficientes para formular acusación por el delito societario del artículo 395 del Código Penal en su regulación anterior a la reforma 1/2015. Cuestión diferente, como las acusaciones sostienen, que estas irregularidades contables permitan acreditar indirectamente los delitos de malversación, porque eran utilizadas por el acusado como medios para ocultarlos. Tesis que no es descartable en línea de principios pero tampoco se puede deducir automáticamente de las infracciones contables.

La segunda, que no nos parece muy razonable que se pueda sostener que el acusado Fernando M. era quien decidía cómo se llevaba la contabilidad, cuando este cometido correspondía al Departamento de caja y contabilidad, al frente del cual estuvieron, primero, la acusada Pilar G., y, después, José Manuel P. Así lo manifestó directamente el acusado, que dijo no tener conocimientos contables, e implícitamente los responsables de la contabilidad, que dijeron que era competencia de ellos y de los auditores, pero no del Director General.

Por ello, para que este tribunal hubiera podido considerar acreditado que el acusado era responsable de las anotaciones irregulares, tendría que haberse acreditado que existía una confabulación entre el Director General y los responsables contables, lo que en ningún caso sostienen los acusadores, que no han formulado acusación contra estos. Además, mal se compadece la existencia de esta confabulación con el hecho de que la mayoría de esas irregularidades contables se subsanasen durante el año contable, probablemente a instancias de los auditores, lo que nos permite deducir que existía más falta de rigor en la llevanza de la contabilidad por el departamento correspondiente que intención de encubrir delitos.

En consecuencia, con carácter general no podemos considerar acreditado que el acusado fuese el autor de las infracciones o irregularidades contables detectadas, ni que las mismas se hicieran para ocultar los delitos de los que se acusa.

B. La información

Sostienen los acusadores que el acusado no ofrecía información de su gestión a los órganos de gobierno de Mercasevilla y que con este proceder el acusado logró ocultar la comisión de los hechos delictivos.

Con carácter general este tribunal no puede compartir esa premisa. Basta dar lectura a la amplia información documental del anexo I para constatar que el acusado informaba verbalmente en las reuniones del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de las cuestiones incluidas en el orden del día (anexo, tomo 1); que antes de las reuniones de esos órganos remitía por correo electrónico a sus miembros la información sobre las cuestiones incluidas en el orden del día, y mensual y anualmente información sobre el estado económico y cuentas de Mercasevilla al Presidente y representante de Mercasa; y que remitía puntualmente cuanta información le era solicitada, incluida la referida al ERE de 2007 (anexo, tomos III-X, folios 851-3995).

Es cierto que la información que se reflejaba en las actas de las reuniones del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla no son muy explícitas, pero, sobre ello explicó Jorge P., abogado externo que asistía a las reuniones y era el encargado de redactarlas, que no se recogía todo sino lo más importante, como, por otra parte, parece lógico y es el proceder usual.

En cuanto a la información de la Fundación de Mercasevilla, el acusado explicó que se aprovechaban las reuniones del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla para informar porque el Patronato no se reunía de forma independiente, como se deduce de las actas de las reuniones de los órganos de administración de Mercasevilla y de que, en efecto, no haya actas de reuniones del Patronato. A veces la información se suministraba a los patronos directamente por correo electrónico (anexo 1, folios 923, 1000-1003, 1015, 1558-1559, 1578-1579, 2561-2562, 2032, 2675-2680, 2685-2691).

En consecuencia, no podemos afirmar ni dar por probado, que, con carácter general, el acusado no facilitase información a los miembros de los órganos de representación y gobierno de Mercasevilla y de su Fundación.

C. Los poderes.

Sostienen, igualmente, las acusaciones que el acusado Fernando M. realizaba actos de disposición sin respetar los límites y condiciones establecidos en los poderes que tenía.

Respecto a Mercasevilla, además de las facultades que el acusado Fernando M. tenía reconocidas como Director General conforme al artículo 32 de los Estatutos

Sociales (tomo I, folios 106-113), en reunión celebrada el 4 de septiembre de 2002, la Comisión Ejecutiva le otorgó una serie de facultades de disposición (tomo I, folios 116-120), que resumidamente consistían, entre otras, en: la retirada o disposición de fondos inferiores a 30.000 euros, con obligación de 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; realizar actos de disposición que supusieran la asunción de obligaciones por parte de la Sociedad, que quedaban limitados a la cantidad de sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos; y realizar transacciones y operaciones sin límites correspondientes a los Mercados de la Unidad Alimentaria y pago de nóminas y seguros sociales. De todas esas operaciones y actos de disposición debía dar cuenta a la Comisión Ejecutiva a efectos de ratificación.

Además, debe tenerse en cuenta que la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla, en reunión celebrada el 13 de diciembre de 2002, 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” (anexo, actas, punto 5, folios 193-198).

Estos son las facultades que el acusado tenía delegadas en la gestión de Mercasevilla, por ello, era solo apoderado de la sociedad y no administrador.

En cuanto a la Fundación, hay diferencias porque solo consta que el acusado era Secretario y que, según la respuesta de la Fundación de 3 de noviembre de 2010 (Disco AEAT, documentos comunes nº 4), se le nombró gerente por acuerdo del Patronato de 13 de junio de 2.006, elevado a público en escritura de 18 de Julio de 2.006, aunque no nos consta el contenido del citado acuerdo. En su momento abordaremos esta cuestión.

Es evidente que los actos de disposición que adoptase el acusado en Mercasevilla incumpliendo las condiciones y límites establecidos en los poderes y que no fuesen ratificadas tácitamente o por hechos concluyentes por los órganos societarios, podrían dar lugar a responsabilidades contables o civiles ante la Sociedad, materia que no es de nuestra competencia. Pero, no podemos descartar que estos actos de disposición podrían, también, constituir la acción típica de un delito de malversación de caudales públicos, tal y como sostienen las acusaciones.

No procede analizar en este momento si concurren esos presupuestos, pero sí creemos necesario realizar una serie de precisiones que deben tenerse en cuenta para evaluar y ponderar la gestión del acusado al frente de Mercasevilla.

1. No podemos ignorar que existe una gran diferencia entre los principios que

rigen la gestión de una sociedad anónima, como era Mercasevilla, con los de una administración pública, que son más estrictos y menos flexibles en cuanto se encuentra sometida al derecho administrativo. Tampoco, que si un Ayuntamiento constituye una sociedad anónima para la gestión de un servicio público, acogiéndose a lo que doctrinalmente se denomina “la huida del derecho administrativo”, es para buscar mayor agilidad y eficacia en la gestión del servicio. De esto tenían que ser conscientes los administradores.

2- El acusado era solo un apoderado de Mercasevilla, pero de facto actuaba con una amplia delegación y una ratificación tácita de sus decisiones por parte del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva, que nunca cuestionaron su labor ni su proceder pese a que el acusado nunca les informaba de los actos de disposición que adoptaba ni les pedía la preceptiva ratificación.

Y, desde luego, si este proceder no extrañaba a los administradores, que tenían que saber que en una empresa de la magnitud de Mercasevilla eran muchos los actos de disposición que en su gestión adoptaba un director general, solo puede obedecer bien a que el acusado sí informaba en las reuniones, pero no se recogía en las actas porque el secretario lo consideraba innecesario; bien porque entendían que con la remisión mensual de la información económica vía correo electrónico se cumplía la obligación de informar; o bien porque los administradores consentían que el acusado gestionase con un amplio margen decisorio.

En conclusión, el que no conste expresamente que el acusado informara de determinados actos de disposición ni obtuviera la expresa ratificación de los administradores, no permite presuponer, necesariamente, que el acusado cometiera irregularidades o abusaran de los poderes concedidos por los administradores.

Valga como ejemplo que el ERE de 2007 fue aprobado por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía el 7 de mayo de 2007 (tomo III, folios 1220-1223) y, según las actas de las reuniones, el acusado ofreció información por primera vez del ERE en la reunión de la Comisión Ejecutiva celebrada el día 10 de junio de 2008 (anexo, actas, folios 301-303), y, pese a ello, los consejeros nada cuestionaron ni objetaron; como tampoco lo hicieron en las reuniones del Consejo de Administración de 12 de diciembre de 2008 y 17 de febrero de 2009 (anexo, actas, folios 173-178) en las que se informó y habló del ERE, y los administradores felicitaron expresamente al acusado por su gestión al frente de Mercasevilla y por el logro de haber “consensuado” el ERE.

Quizás, este proceder del acusado y administradores se explica por la naturaleza mercantil de la sociedad, o porque era lo más cómodo y operativo para los

socios o administradores, algunos de los cuales parece que, como se deduce de las explicaciones del acusado, estaban más interesados en mantener la paz laboral a toda costa para evitar que los problemas afectaran a su actividad políticas, que en dirigir la empresa con criterios empresariales.

Pero que admitamos que el acusado gestionaba Mercasevilla con amplia libertad por delegación tácita de los administradores, no supone que asumamos que no deba responder de los ilícitos penales que pudiera haber cometido, porque está proscrito lo que en palabras de Tribunal Supremo se define como "huida del Derecho Penal" (sentencia de 28-2-14).

3. Debe quedar claro que el objetivo de este enjuiciamiento no es calificar si el acusado Fernando M. gestionó con profesionalidad y rigor Mercasevilla o su Fundación, ni si algunas de sus decisiones fueron más o menos acertadas o si produjeron resultados económicos negativos, ni si los administradores realizaban con mayor o menor rigor y dedicación sus obligaciones sociales, sino que nuestro cometido se ciñe a decidir si algunos de los actos de disposición carecían de causa lícita, ocasionando con ello que caudales públicos se sustrajesen definitivamente del patrimonio público.

IV. Análisis de las conductas imputadas.

DÉCIMO. Hermes Consulting SL.

Se formula acusación, en primer lugar, porque entienden los acusadores que el contrato de prestación de servicios suscrito el 27 de diciembre de 2005 (tomo VII, folios 2375-2377) entre el acusado Fernando M. J., como Director General de Mercasevilla, y el acusado Francisco L., en representación de Hermes, era simulado y, por tanto, la decisión prevaricadora; las facturas presentadas por Hermes para documentar las cantidades adeudadas por ese contrato eran falsas, y, por ello, constitutivos de delitos de falsedad en documentos mercantiles; y los pagos que en base al contrato abonó Mercasevilla por orden del acusado Fernando M., que ascendieron a 63.800 €, eran injustificados e indebidos, y, en consecuencia, constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos.

Sustentan las acusaciones su tesis inculpatorias en las siguientes aseveraciones:

1. Hermes no tenía capacidad para desarrollar las funciones contratadas, ya que no tenía trabajadores ni infraestructura para desempeñarlas, y, de hecho, no realizó actividad alguna, hasta el punto que ni siquiera emitió un informe para Mercasevilla en el que reflejase las gestiones realizadas.

2. Los servicios contratados no eran necesarios, porque Mercasevilla ya tenía contratada a la empresa Vitalia; y, además, Mercasevilla firmó el 14 de septiembre de 2006 un contrato con Maginae Solutions con idéntico objeto que el firmado de Hermes.

3. El acusado Fernando M. no comunicó ni la firma del contrato ni los tres pagos realizados a la Comisión Ejecutiva ni al Consejo de Administración, incumpliendo la obligación que tenía conforme a los poderes que le fueron delegados.

4. El acusado Fernando M. entregó a Hermes 6.000 € injustificadamente que se destinaron a un fin ajeno a la sociedad.

Es necesario puntualizar que quien dirigía Hermes era el acusado Francisco G. , pese a que constaba como administrador su cuñado, el acusado Francisco L., camarero de profesión, que carecía de conocimientos relacionados con el objeto de la empresa. Así lo reconocieron los propios acusados, que explicaron que Francisco G. le pidió el favor a Francisco L. de que fuese el administrador de la sociedad, ya que aquel no podía porque tenía problemas de incompatibilidad con Vitalia, sociedad para la que trabajaba.

Este tribunal no comparte las conclusiones inculpatórias de los acusadores por las siguientes consideraciones:

1- Resultan injustificadas las alegaciones que niegan que Hermes tuviera capacidad operativa para realizar los servicios contratados, que consistían, según el contrato, en *“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”*.

Y las entendemos injustificadas porque, con independencia de la valoración moral o de otra índole que nos pudiera merecer una actividad que popularmente se conoce como “conseguidor”:

a. Los servicios que se contrataban no precisaban disponer de una gran infraestructura ni plasmarlos en informe alguno.

b. Hermes ya había sido contratada por Mercasevilla para tramitar el ERE de 2003, suscribiendo un contrato de 31 de diciembre de 2002 que se aportó en el juicio oral y que tenía el mismo objeto que el suscrito en 2005, por el que cobró en 2004 los 36.000 € pactados como tarifa más IVA, según las facturas y documentos bancarios aportados en el juicio oral.

Nos resulta paradójico que se sostenga que el contrato de 2005 es simulado y no el de 2002, cuando no apreciamos ninguna diferencia entre el objeto de ambos contratos y ninguno de los órganos de la sociedad puso reparo alguno al contrato de 2002 en las múltiples reuniones del Consejo de Administración en las que se habló del ERE de 2003, como las de 9-5, 29-10 y 17-12- 03, y de 25-2 y 5-2-04 (anexo, actas, folios 90-121).

c. La Policía reconoció en el atestado (tomo XIII, folio 5221) que antes del contrato suscrito en 2005 con Mercasevilla, Hermes participó en los EREs de Cash Lepe y NEXPRON; y que en 2003 declaró en hacienda un ingreso de 12.020€ por la relación con esta última y en el modelo 347 que obtuvo ingresos en 2004 por 29.810.45€.

d. Resulta contradictorio para este tribunal que las acusaciones sostengan que Hermes no realizó ninguna actividad, y, simultáneamente, reconozcan en los escritos de conclusiones definitivas que el acusado Francisco G. realizó gestiones con el presidente del comité de empresa de Mercasevilla para desbloquear las negociaciones del ERE, que después analizaremos.

e. La Consejería de Empleo autorizó el ERE de 2007 (tomo III, folios 1220-1223) y no se ha practicado en este juicio prueba que nos permita considerar acreditado que, para lograr esa autorización, Hermes no realizara las gestiones pactadas en el contrato o parte de ellas, como seguidamente analizaremos.

f. Por último, mal se compadece que el contrato fuese simulado con todo el costoso proceder desplegado por Hermes para reclamar la deuda, porque, de haber sido esto cierto que estaban confabulados Francisco G. y Fernando M., como sostienen los acusadores, más fácil, rápido y económico habría sido para todos que Mercasevilla hubiese pagado lo pactado en el contrato sin necesidad de realizar requerimientos ni interponer demanda alguna, y evitar, así, gestiones y gastos innecesarios.

2. En cuanto a que los servicios contratados no eran necesarios, creemos que las actividades que realizaban Vitalia y Hermes no eran coincidentes, pues, mientras Vitalia se encargaba de hacer el estudio técnico, lo que denominaron plan actuarial, Hermes tenía como misión conseguir subvenciones públicas o privadas, y negociar con el comité de empresa y trabajadores. En este sentido, aunque el acusado Francisco G. era conocido en Mercasevilla como Paco Vitalia, cuando se reunía con trabajadores de Mercasevilla y el Comité de empresa con ocasión del ERE de 2007, lo hacía normalmente en representación de Hermes, como reconocieron algunos empleados de Mercasevilla (JM G., Pilar G. y Verónica R.), porque quienes

representaban los intereses de Vitalia eran Pilar d. C. y Jesús B., según declaró JC R. y se deduce de correos entre Mercasevilla y Pilar d. C. y J. B. (tomo VIII, folio 3149).

Asimismo, aunque es cierto que Mercasevilla firmó en fecha 14 de septiembre de 2006 un contrato de prestación de servicios con la empresa Maginae Solutions para la realización de actividades coincidentes con las concertadas con Hermes, el contrato es de fecha muy posterior al de Hermes, y ese contrato bien pudo obedecer a lo alegado por Francisco G., que dijo que Mercasevilla no estaba satisfecha con el trabajo que Hermes realizaba porque surgieron problemas de cobro en el ERE de 2003 y buscaron otra empresa, impidiéndoles realizar todas las gestiones contratadas; por eso no reclamaron la totalidad de sus honorarios pactados en el contrato (5% de la póliza) y rebajaron sus pretensiones para llegar a un acuerdo que fuese satisfactorio para ambas partes.

Es cierto que el acusado Francisco G. no profundizó demasiado en el motivo de las desavenencias con Mercasevilla, pero nadie mejor que el M^o Fiscal puede intuir los móviles que pudieron justificar que el acusado Fernando M. cambiara de sociedad “conseguidora” a la vista de la información que consta en otros procedimientos que se están tramitando, que ya aparecían señalados por la Unidad Central Operativa de Policía Judicial de la Guardia Civil en uno de los atestados que da inicio a las investigaciones (tomo XIII, folios 5182 y ss.).

3. Respecto a. que el acusado no comunicara la existencia del pleito o del acuerdo alcanzado al abogado externo, sr. R., no advertimos la trascendencia de ello, pues el acusado no estaba obligado, ni se entiende la necesidad de tal consulta cuando evitaron el pleito mediante un acuerdo extrajudicial.

Manifiestan las acusaciones en sus escritos de conclusiones definitivas como broche de la imputación, que el acusado Fernando M. no comunicó ni la firma del contrato ni los tres pagos realizados a la Comisión Ejecutiva ni al Consejo de Administración.

Aunque no se dice más, podemos deducir que las acusaciones sostienen que, aunque el contrato fuera real, la conducta sería típica, ya que el acusado actuó extralimitándose de los poderes concedidos en tanto que asumió obligaciones superiores a 60.000 € para lo que no estaba facultado y no lo comunicó a la Comisión Ejecutiva para su necesaria ratificación, como exige el poder.

Ya hemos analizado anteriormente la problemática que, desde el punto de vista teórico, genera la extralimitación de los poderes y, en el caso concreto, los condicionantes que deben tenerse en cuenta para valorar e interpretar la gestión del acusado al frente de Mercasevilla, especialmente que existía una tácita autorización y

ratificación por los miembros de la Comisión Ejecutiva y Consejo de Administración de los actos de gestión ordinaria que realizaba el acusado al frente de Mercasevilla. No obstante, admitimos que esta conclusión general no puede excluir automáticamente que el acusado pudiera haber realizado algún acto concreto de disposición no ratificado o contrario a la voluntad de los órganos de la sociedad que pudiera integrar el delito de malversación de caudales por arbitrario, infundado y desviado.

La cuestión debatida obliga a determinar qué poderes tenía el acusado como Director de Mercasevilla y, en el caso de los actos de disposición relativos al ERE de 2007, como es el contrato de Hermes, entronca con el debate que se suscitó en el juicio oral sobre si el ERE de 2007 era continuación del ERE de 2003 o era otro independiente.

El acusado Fernando M. sostuvo que el ERE de 2007 era continuación del anterior, por lo que siempre entendió que no precisaba una nueva autorización diferente a la que le confirió la Comisión Ejecutiva el 13 de diciembre de 2002 (anexo, acta, punto 5, folios 193-198) que permanecía vigente cuando se planteó en 2005 ampliar el ERE.

Podríamos entender que esta versión del acusado no está respaldada por el término “anterior”, que recoge el acta de la reunión celebrada el 29 de marzo de 2007 entre Mercasevilla, el Comité de Empresa y los sindicatos CCOO y UGT (tomo III; folios 1224-1227), en la que se decía que el ERE *que se solicitaba* tendrá “*los mismos términos y condiciones fijados en el anterior Plan*”, referido claro está al ERE de 2003. Pero, amén de que es una expresión poco precisa, en el escrito de 16 de abril de 2007 dirigido por el acusado Fernando M. al Delegado Provincial de la Consejería de Empleo (tomo VIII, folios 2742-2746), se decía expresamente “Que mediante escrito de veintisiete de diciembre de 2.005 la empresa instó la instrucción de un nuevo Expediente de Regulación de Empleo, continuación del citado Expediente del año 2003”.

Es decir, sin entrar a valorar desde el punto de vista jurídico si la petición era procedente o no, lo cierto es que la intención expresada claramente por el acusado Fernando M. fue “*continuar*” con la tramitación del ERE de 2003 y, en consecuencia, podría entender que pervivía la amplia autorización que en 2002 le dio la Comisión Ejecutiva para gestionar el ERE. Así lo confirmaron en el juicio oral Gonzalo Crespo, consejero y presidente de Mercasevilla, y Jorge P., abogado externo que asistía a las reuniones y confeccionaba las actas.

Conclusión que, además, entendemos está apoyada en la reacción de los miembros Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva, quienes, cuando

fueron informados por el acusado de las gestiones del ERE de 2007; no solo no cuestionaron la gestión del acusado ni solicitaron aclaración en la reunión de la Comisión Ejecutiva del 10 de junio de 2008 (anexo, actas, punto 4, folio 301-303); sino que, incluso, lo felicitaron por la gestión del ERE de 2007 en las reuniones del Consejo de Administración de 12 de diciembre de 2008 y 17 de febrero de 2009 (anexo, actas, folios 173-178).

En definitiva, de lo anterior, ni podemos considerar acreditado que el acusado Fernando M. no estuviera facultado para firmar o resolver el contrato con Hermes, ni tampoco que no informara a los administradores de la sociedad del contrato ni que estos no ratificaran el negocio jurídico con actos concluyentes o tácitos.

4. Respecto a los 6.000 € que el mismo día de la firma del contrato el acusado Fernando M. abonó a Hermes (tomo XXVIII, folio 10.064), y que, días después, el acusado Francisco G. ingresó en la cuenta de Personal Life EPS por indicación del presidente del comité de empresa, M. D., para sufragar la póliza de un ERE ajeno a Mercasevilla, consideraron las acusaciones que no fue un anticipo, como sostienen las defensas, sino un pago injustificado, como demuestra que no se recogiera la cantidad en las facturas emitidas por Hermes a Mercasevilla y que se utilizara el dinero para un fin ajeno a la sociedad.

Este tribunal admite que ese pago constituiría un delito de malversación de caudales públicos si se probase que ese dinero no era un anticipo del contrato y se entregó sin causa lícita a Hermes para un fin ajeno a Mercasevilla.

Pero, este tribunal considera que las pruebas practicadas no permiten concluir que esos 6.000 € no fueran un anticipo que se entregara a cuenta de las tarifas a cobrar por Hermes por el contrato suscrito con Mercasevilla. Nos basamos en los siguientes datos:

a) Hermes declaró en hacienda el cobro en el modelo 347 según la Policía (tomo XIII, atestado, folio 5221), lo que parece poco compatible con que fuese una operación oculta.

b) Hermes tuvo en cuenta esa cantidad al emitir la factura 41/225/08 de 21-2-08 que ascendió a 28.800 euros (tomo I, folio 203), cantidad resultante de deducir esos 6.000 euros de los 30.000 euros, más IVA, que, según contrato, debía abonar como primer pago Mercasevilla en cuanto se aprobase el ERE.

c) En la demanda interpuesta, Hermes reclamó esos mismos 28.800 € (tomo XXVIII, folios 10.049-10.051). El abogado de Hermes, Fernando R. G., explicó que tuvo en cuenta ese anticipo de 6.000 € para determinar la cuantía a reclamar.

En definitiva, que esta operación no se reflejara expresamente en la factura o en algún documento de liquidación independiente no es suficiente para cuestionar que esos 6.000 € se entregaron como anticipo, y puede explicarse, si se quiere, por falta de rigor o formalismo, pero no permite, en nuestra opinión, contradecir, sin más, lo evidente.

En consecuencia, desde el momento en que consideramos acreditado que los 6.000 € eran un anticipo de un contrato real, la conducta es atípica, y resulta, por ello, indiferente a qué destinara Hermes ese dinero, lo que, por otra parte, no es objeto de controversia, ya que el acusado F. González admitió que ingresó los 6.000 € en la cuenta de Personal Life EPS por indicación del presidente del comité de empresa, M. Domínguez, con la finalidad de desbloquear las negociaciones del ERE de Mercasevilla porque M. D. se negaba a cualquier acuerdo mientras HERMES no solucionase el problema que había creado por error en el ERE de la empresa Cash Lepe.

No encontramos motivos para cuestionar esta versión que nos parece creíble. Si HERMES asumió ese coste como pago por un supuesto error cometido en otro ERE no parece una decisión carente de racionalidad económica porque debemos recordar que el contrato de Hermes tenía como finalidad la consecución de subvenciones y convencer a las partes implicadas, por tanto, nadie más interesado que HERMES para conseguir desbloquear los obstáculos que ponía el presidente del comité de empresa que impedían que el ERE prosperase. Ahora bien, si las acusaciones intentan veladamente sugerir que, en definitiva, ese pago lo iba a asumir Mercasevilla a través de un pago desorbitado de las tarifas a HERMES, ni se acusa de ello ni se ha practicado prueba para demostrarlo.

En este sentido nos consideramos obligados a precisar que tenemos la sensación de que las acusaciones han sustentado, en parte, sus tesis acusatorias en datos y conclusiones extraídas de otros procedimientos pero que este tribunal ignora, de tal suerte que han pretendido que construyamos el silogismo que todo enjuiciamiento conlleva con una premisa preconstituída que se deriva de otras investigaciones en curso. Probablemente sea una consecuencia negativa de la división de las denominadas macro causas, que, a veces, resultará oportuno realizar para facilitar la celebración de juicios orales, pero que, en ningún caso, pueden justificar que se den por válidas esas premisas como elementos inculpatorios contra reo porque se han sustraído al debate en este juicio. Como tampoco podemos asumir que, en realidad, la concreta acusación que ahora analizamos sea la alternativa posibilista que sustituya a la acusación por un entramado más amplio que integraría un delito de cohecho que, aunque no se acuse en este procedimiento, parece que, en realidad, es la idea que subyace y sobrevuela en este juicio.

En definitiva, como quiera que, por lo anteriormente expuesto, no consideramos probado que el contrato suscrito entre Mercasevilla y Hermes de 27 de diciembre de 2005 (Tomo III, folios 1124-1127) fuera simulado ni falsas las dos facturas emitidas el 21-2-08 por Hermes, ni indebidas las cantidades abonadas, los hechos declarados probados no pueden integrar los delitos falsedad en documento mercantil de los artículos 390, 1, 2º y 3º y 392 y malversación del art. 432-1 del Código Penal.

En cuanto al delito de prevaricación es evidente que no parece posible la concurrencia de los elementos del tipo de este delito si hemos concluido que el contrato no era simulado y obedecía a un negocio jurídico lícito, pero si planteasen las acusaciones que, incluso si no fuera simulado, el contrato constituía un delito de prevaricación porque la decisión de contratar a Hermes adoptada por el acusado Fernando M. fue arbitraria e injustificada, y solo perseguía dar dinero sin contrapartida alguna, ello no es posible visto que esa decisión no constituye un asunto administrativo, presupuesto indispensable del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal como ha sostenido de forma reiterada la jurisprudencia del TS.

Así, en su sentencia de 28-2-14 el TS consideró que:

“El recurrente razona que no se trata de resoluciones recaídas en asunto administrativo como exige el art. 404 CP. En verdad en esas operaciones el recurrente vulneró los principios de publicidad y concurrencia a que venía sometido. Pero no estamos ante un "asunto administrativo". La extensión del tipo del art. 404 CP supondría rebasar, más que bordear, las exigencias del principio de legalidad.

Desarrolla el recurrente su argumentación con solvencia y solidez, como todo su recurso lo que ha sido objeto de justa alabanza en el dictamen del Fiscal, que, por otra parte, es totalmente impugnatorio. BITEL era una empresa sometida al derecho privado. La presencia de capital público, aunque fuese mayoritario, no altera la naturaleza de su actuación en el ámbito mercantil. Una cosa es que tales sociedades estén sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación y otra que eso mute la naturaleza jurídica de su actuación. Lo razona de forma suasoria el recurrente. El sometimiento a los dos expresados principios en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Su Disposición Adicional Sexta rezaba así: "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Dicha re-

dación estuvo en vigor hasta el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en el que, se le dio a la nueva redacción: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que lo naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". No por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia, se convierte en una contratación propia de Administraciones Públicas u Organismos Autónomos. Por ende, no cabe hablar de "asunto administrativo". Precisamente que deban extenderse expresamente por ley tales principios a la actuación de esos entes es señal de que no se trata de actividad administrativa, sino puramente mercantil, sometida al derecho privado. Eso no viene alterado ni por la consideración jurídico penal del recurrente como funcionario, ni por la naturaleza pública de los caudales. El concepto de "asunto administrativo" que maneja el Derecho Penal no se ajusta estrictamente a las categorías ajenas a él. Pero no llega al punto de atraer a ese campo actos sometidos exclusivamente al Derecho Privado aunque con esos condicionantes".

En definitiva, y por todo lo anterior, procede absolver a los acusados Fernando M., Francisco G. y Francisco L. de los delitos de prevaricación, falsedad en documento mercantil y malversación de caudales públicos por los que han sido acusados.

DÉCIMO PRIMERO. Prejubilaciones.

Formulan, en segundo lugar, acusación contra F. M. porque entienden los acusadores que, por mera liberalidad y "sin causa ni justificación alguna", abonó a nueve trabajadores cercanos a él, que se iban a acoger voluntariamente al ERE de 2007, "más cantidad de la que legalmente les correspondía" según el acuerdo suscrito el 29 de marzo de 2007 entre Mercasevilla, el comité de empresa y los sindicatos (tomo III, folios 1224-1227); sostienen, asimismo, que el acusado no informó a la Comisión Ejecutiva, al Consejo de Administración, al resto de trabajadores que se acogían al ERE y al comité de empresa de Mercasevilla; y los, contabilizó, primero, bajo el concepto de "indemnizaciones pre", y, después, el 19 de diciembre de 2008 en una cuenta de activo como "gastos anticipados" y concepto "cargo anticipo Vitalia".

El tribunal tampoco puede compartir esta tesis ni en sus premisas fácticas ni en su valoración jurídica.

En cuanto a los hechos, el acusado F. M. explicó que Mercasevilla quería desde hacía años aligerar y rejuvenecer la plantilla, que estaba sobredimensionada y

envejecida; por ello, se aprobó un ERE en 2003, pero, como este fue insuficiente, en 2005 se planteó ampliarlo; que como tenía especial interés en que se acogieran voluntariamente al ERE trabajadores que ocupaban puestos amortizables y con salarios elevados, negoció por separado con trabajadores que, en principio, no iban a acogerse al ERE, mejorando la propuesta general; que unos trabajadores aceptaron la propuesta y se acogieron al ERE y otros no en función de los intereses particulares de cada uno; que su intención era dar indemnizaciones no premios de jubilación; y que él no tuvo nada que ver con el concepto que se recogió en los recibos de pagos ni con la cuenta en que se contabilizaron o que no se practicaran retenciones a cuenta del IRPF, que fueron decisiones del departamento de contabilidad.

Los nueve trabajadores acusados ofrecieron versiones similares entre ellos y complementarias con las de F. M.. Explicaron que ninguno quería acogerse voluntariamente al ERE porque las condiciones generales pactadas no les parecían ventajosas; F. M. se puso en contacto con cada uno de ellos, y, por separado, les propuso llegar a un acuerdo, ofreciéndoles mejorar las condiciones iniciales; después, cada uno aceptó la propuesta cuando vieron colmadas sus pretensiones que eran superiores a las que les correspondían según el acuerdo firmado con el comité de empresa; todos entendieron que las cantidades ofrecidas eran netas, sin descuento ni retención alguna, y creían que se trataba de una indemnización, y no les preocupaba ni repararon en el concepto jurídico que se les asignaba, materia que desconocían, sino las cantidades que iban a percibir; todos percibieron las cantidades reseñadas en los hechos probados; que, en principio, no se practicó retención, aunque sí se hizo a mediados de 2009 cuando les dieron nóminas y el certificado de retenciones e ingresos para la declaración del IRPF; que algunos firmaron recibís cuando les entregaron los talones y otros después, cuando fueron llamados en 2009 (tomo XXIII, folios 8823-8877).

Las explicaciones nos parecieron absolutamente convincentes por lógicas y coherentes y porque se encuentran apoyadas en pruebas válidamente practicadas. Nos basamos en las siguientes consideraciones para rechazar la tesis inculpatoria:

- No podemos considerar acreditado, como móvil, que el acusado realizó los pagos porque los trabajadores “eran cercanos”. Con carácter general, la existencia de una relación laboral no presupone necesariamente la existencia de amistad o de vínculos más allá de los laborales, y, de haberlos, no permiten presuponer que cualquier mejora obtenida sea un trato de favor motivado por esa relación. Y con referencia al caso enjuiciado, no hay prueba alguna que nos permita considerar acreditada una relación de cercanía o amistad entre F. M. y los nueve trabajadores acusados diferente a la laboral. Por ello, nos parece muy aventurado sostener que el

pago de esas cantidades fuese una decisión caprichosa movida exclusivamente por la amistad o el trato de favor.

Por el contrario, nos pareció razonable que los trabajadores no se quisieran acoger voluntariamente al ERE porque tenían puestos de trabajo bien remunerados (tomo III, folios 1228-1238) e iban a perder mucho dinero con las condiciones generales que se pactaron.

En paralelo, no puede extrañarnos que para aligerar los costes de personal, el acusado quisiera que se prejubilasen los trabajadores que más cobraban y tenían puestos amortizables, y que para ello mejorase la oferta general a quienes cumplían esas condiciones.

Cuantos han declarado en este juicio han confirmado la necesidad histórica que tenía Mercasevilla por reducir los costes de personal, que eran particularmente elevados porque ofrecía servicios en régimen de monopolio a los mayoristas de pescado; y se puede deducir tanto del escrito que el acusado F. M. dirigió a la autoridad laboral solicitando el ERE de 16 de abril de 2007, en el que explicaba los motivos que justifican la petición, como de los acuerdos adoptados por la Comisión Ejecutiva y el Consejo de Administración en relación con el ERE de 2007.

No creemos necesario profundizar en la intensa polémica que sostuvieron las partes sobre las categorías de los nueve trabajadores acusados y si sus puestos eran de los grupos 5 y 6 y, por tanto, amortizables al amparo de lo dispuesto en el art. 10 del X Convenio Colectivo (tomo XXIII, folio 8760-8817), que entendemos resulta estéril, porque nos lleva al campo de la racionalidad económica o acierto de la decisión, tan alejada del tipo penal del delito de malversación.

No obstante, para no eludir la polémica y agotar el razonamiento, aún en el supuesto de que algunos de esos puestos no se hubiesen amortizado, es evidente que la mayoría sí lo fueron, y, en líneas generales, los nuevos contratados de los sustitutos, de haberlos, tendrían menos coste para la empresa que los anteriores, que correspondían a trabajadores con muchos años de antigüedad.

- En cuanto a las maniobras desplegadas por el acusado F. M. para ocultar los pagos, no podemos hacerle responsable de la forma de contabilizar los pagos o que no se practicara retención para el IRPF porque, como ya hemos dicho, no era el responsable de hacerlo-

Asimismo, creemos incompatible sostener que el acusado ocultó la información de los pagos a la Comisión Ejecutiva ni al Consejo de Administración cuando, como ya hemos dicho, el acusado informó de los pormenores del ERE de 2007 en la reunión de la Comisión Ejecutiva celebrada el 10 de junio de 2008 (anexo

actas, folios 301-303), sin que nadie plantease objeción alguna, y en la reunión del Consejo de Administración de 12 de diciembre de 2008 y 17 de febrero de 2009 fue felicitado al acusado por su gestión y por haber “consensuado” el ERE (anexo, actas, folios 173-178).

Respecto a que los nueve trabajadores y el acusado ocultaron al resto de trabajadores las condiciones especiales de esas prejubilaciones, lógicas razones de discreción justificarían que no pregonaran los términos del acuerdo a los demás trabajadores que pensaban acogerse al ERE, porque podrían poner en peligro las mejoras y la viabilidad del ERE.

- En cuanto a la legalidad de los pagos, núcleo de la acusación, las acusaciones sostienen que eran actos de liberalidad porque la Comisión Ejecutiva no fue informada y, por tanto, no los ratificó, y que no existía base legal para abonar más cantidad que las previstas en el acuerdo pactado, de ahí que se abonaran, indebidamente, como premios extraordinarios de jubilación y que el ERE de 2007 fuera calificado como fraudulento por la Sala de lo Social del TSJA en sentencias nº 1389 y 1395/2014, de 22 de mayo, y 2811/14, de 30 de octubre (tomo XXI, folios 8425-8567).

En primer lugar, ya hemos dicho que el acusado tenía amplios poderes para gestionar el ERE, y el acuerdo alcanzado con los trabajadores se considera parte de esta delegación y, en todo, caso existió una ratificación tácita de los acuerdos porque se informó del ERE de 2007 a la Comisión Ejecutiva y al Consejo de Administración y ninguna objeción plantearon. .

En segundo lugar, no podemos considerar acreditado que, como entienden las acusaciones, no existiera base legal para que Mercasevilla pactase con los trabajadores esos pagos, que llamaremos suplementarios para identificarlos.

El concepto por el que las acusaciones sostienen que se pagaron estas cantidades, premio extraordinario de jubilación, es una cuestión que creemos ha sido desenfocada y amplificada.

Nos parece evidente que en ningún caso los pagos suplementarios podrían ser premios extraordinarios de jubilación a la luz de lo dispuesto en el artículo 42, 5º del X Convenio Colectivo (tomo XXIII, folios 8760-8817), pues estos están previstos para supuestos de jubilaciones voluntarias de trabajadores con más de 60 años, y su cuantía sería la de 4 mensualidades por año que falte hasta los 65 edad.

Pero el acusado siempre ha sostenido que esas cantidades se entregaron como indemnización y no como premios extraordinarios de jubilación. Versión que consideramos probada porque en ninguna de las órdenes que dio al departamento de

caja y contabilidad para el pago de esas cantidades utilizó ese término, sino que decía que se ordenaba el pago para “satisfacer las cuantías correspondientes a ERE”, ver las de 19-5, 3-6 y 2-7-08 (tomo XXIII, folios 8824, 8833 y 8846).

Tampoco se usó ese término en los recibos firmados por algunos de los trabajadores acusados, sino que en algunos se hizo constar “premio o gratificación por servicios prestados”, ni en los documentos de las transferencias, que se renombraron como “prejubilaciones”, ni en las nóminas suplementarias entregadas a mediados de 2009, que los denominaba “complementos premio servicios prestados”. Y, en todo caso, estos documentos fueron confeccionados por los empleados del departamento de contabilidad sin que conste la intervención del acusado, que, además, había cesado en sus funciones en febrero de 2009.

El término premio extraordinario de jubilación creemos que fue utilizado por primera vez por Mercasevilla en una relación remitida al juzgado (AEAT, punto 6, c-11), probablemente para buscar acomodo jurídico a las prestaciones abonadas a los nueve trabajadores; documento en cuya redacción el acusado F. M. no tuvo participación alguna porque ya no se encontraba trabajando en Mercasevilla; posteriormente fue utilizado por los peritos de la Agencia Tributaria simplemente porque con ese término Mercasevilla había definido esas prestaciones; y, por último, por los abogados de Mercasevilla en el pleito del juzgado de lo social.

Pero, además de esta confusión, creemos que las acusaciones parten de una premisa errónea: que Mercasevilla solo podía ofrecer a sus trabajadores mejoras económicas como premios extraordinarios de jubilación.

Y creemos que es errónea porque las mejoras económicas no están prohibidas con carácter general, como se deduce, con las precisiones que después se dirán, por las consideraciones realizadas por la Sala de lo Social del TSJA en sentencia nº 1395/2014, de 22 de mayor, que en, en referencia al ERE de Mercasevilla de 2007, concluyó que “*TERCERO. Es aceptable que un ERE se puede acordar por las partes una indemnización superior a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores...*”

Pero, no solo no están prohibidas estas mejoras con carácter general, sino que en el caso concreto de Mercasevilla parece que estaban permitidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 42-6º del X Convenio en el Convenio, que disponía que:

“Las jubilaciones anticipadas incentivadas que se realicen en el marco de la reestructuración de la plantilla en la Empresa o de un Servicio, se acordarán entre la Empresa y los trabajadores afectados, o en su caso, entre la Empresa y el Comité de Empresa”.

Es decir, creemos que no existía impedimento legal para que Mercasevilla acordara el pago de indemnizaciones suplementarias, con independencia de la errónea denominación con la que se contabilizaron.

Aunque no queda claro del escrito de conclusiones definitiva, pero sí del informe oral, parece que el Mº Fiscal sostiene, también, que, aunque se admitiera como mera hipótesis que Mercasevilla pudiera conceder a los trabajadores, con carácter general, mejoras en un ERE y que el acusado F. M. tuviera poderes para tomar la decisión, en el caso concreto no podía concederlas porque no concurrían las circunstancias económicas necesarias para ello, como entendió el TSJA en las sentencias antes reseñadas, en las que se calificó como fraudulento el ERE de Mercasevilla de 2007.

Ciertamente en la sentencia 1395/2014, de 22 de mayor, se decía, en referencia al ERE de Mercasevilla de 2007, que: *“TERCERO. ... una empresa con beneficios y por causas organizativas puede pactar con los trabajadores la indemnización que tenga por conveniente, pero una empresa en una precaria situación económica no puede acordar indemnizaciones que superen con mucho los límites legales...”*.

Pero sobre ello debemos hacer dos precisiones. La primera, que salvo que hayamos interpretado mal las sentencias, el TSJA consideró fraudulento el ERE de 2007 en su integridad por resultar excesivas todas prestaciones económicas abonadas, tanto las generales pactadas por el comité de empresa y Mercasevilla como las que denominados suplementarias abonadas a los nueve trabajadores.

Así lo deducimos de la citada sentencia nº 1395/2014, de 22 de mayo, cuando su concluía que:

PRIMERO. *“En el presente caso no nos encontramos ante una defectuosa tramitación del expediente de regulación de empleo 8/2007, sino ante una falta de control del contenido del acuerdo alcanzado entre la representación de la empresa y los trabajadores, homologado por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, cuando el mismo podría resultar fraudulento, abusivo o irregular por pactarse indemnizaciones muy superiores a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral, para los casos de despido improcedente, alegando una crisis económica en la empresa para que se autoricen las extinciones de los contratos de trabajo y pérdidas que no justifican en forma alguna el exceso en la indemnización...”*

DÉCIMO. *“Corolario de todo lo expuesto es que el ERE del que traen causa las reclamaciones que efectúan los aquí actores, es irregular, permitiendo a los*

trabajadores la obtención por extinción de la relación laboral de indemnizaciones, notablemente superiores a la que corresponderían por despido improcedente, resultando que en el acuerdo suscrito entre los representantes de la empresa "Mercasevilla S.A. y el Comité de Empresa en el seno del ERE, se pactan condiciones económicas abusivas y fraudulentas...".

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJA nº 1389/2014, de 22 de mayo, precisó en su Fundamento de Derecho SÉPTIMO que:

“En segundo lugar, si bien los acuerdos entre las representaciones sociales y el empresario tienen como objetivo paliar o mejorar las consecuencias del Expediente de Regulación de empleo, -y entre ellas las económicas-, carece sin embargo de sentido ni proporcionalidad alguna el que se adopten acuerdos desmesurados que superen incluso en cuatro veces la máxima de las indemnizaciones tasadas previstas para los supuestos de extinciones contractuales en nuestra legislación, como es la del despido improcedente, que en la fecha del ERE estaba fijada en el art. 56.9 a del Estatuto de los Trabajadoras, en la redacción vigente al tiempo de la extinción, en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Repárese que la indemnización por despido objetivo aplicable en el presente supuesto, alcanzaría el máximo de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (Art. 23.1 b del Estatuto de los Trabajadores en la redacción mantenida al tiempo de la extinción del contrato); todo ello en el contexto de una situación de crisis y déficit económico de la empresa que ha sido la base para la petición y autorización del ERE. Y ello además unido a otra serie de ventajas acordadas en el seno del expediente, tales como complementos de prestaciones y pagos de cuotas de convenio especial”.

Es decir, y siguiendo este razonamiento, si se pretendiera sostener que los pagos realizados en el ERE de 2007 fueron delictivos simplemente porque las cantidades abonadas fueron desmesuradas a la vista de la situación económica de crisis y déficit económico que sufría Mercasevilla, por coherencia, tendríamos que considerar delictivos, también, todos los pagos realizados a los 64 trabajadores que se acogieron voluntariamente al ERE de 2007, tanto por los pagos que se abonaron en virtud del acuerdo de 29 de marzo de 2007 entre Comité de Empresa, los sindicatos y Mercasevilla (tomo III, folios 1224-1227) como por los suplementarios abonados a estos nueve trabajadores.

Y, sinceramente creemos que esta tesis nunca ha sido sostenida por las acusaciones, que nunca han basado la ilegalidad de los pagos en que las cantidades suplementarias fueran desmesuradas sino en que eran indebidas porque no

obedecían a causa alguna. Por tanto, esta tesis no puede servir como premisa para sustentar la imputación.

En cuanto a la situación de crisis, y sin entrar a cuestionar la valoración que hizo el TSJA de la situación económica de Mercasevilla, debemos precisar que en el ámbito penal, lo importante a nuestro entender no es si Mercasevilla se encontraba en crisis sino si la decisión que se adopta es tan absolutamente irracional, arbitraria, injustificada y desviada que supuso de hecho un acto de liberalidad. Y en el caso concreto no lo creemos por las siguientes consideraciones:

1. En principio, creemos que la operativa diseñada por el acusado obedecía a un fin legítimo, reducir plantillas y costes; se realizó en interés de Mercasevilla y no personal; las cantidades abonadas a los trabajadores no nos parecen desorbitadas vistos los salarios que cobraban los nueve trabajadores; y no parece descabellado que el acusado creyese que la medida disminuiría el gasto de personal de la empresa en años venideros.

No vemos necesario profundizar en el debate de los peritos sobre el ahorro o coste concreto que para la empresa supuso el pago de los suplementos, porque, como hemos dicho, no se juzga la rentabilidad ni el acierto de la decisión sino si se desviaba grosera e injustificadamente de las facultades que tenía.

2- El que Mercasevilla tuviese una situación económica complicada o de crisis no es impedimento para que se pusiera en práctica un ERE, más bien es el motivo económico para promoverlo.

3- En el ERE de 2007 se pactó que tendría “los mismos términos y condiciones fijados en el anterior Plan”, y ni en 2003 se advirtieron impedimentos económicos para ejecutar el ERE, ni se tiene información, ni se ha practicado prueba al respecto, que permita concluir que la situación económica de Mercasevilla hubiese empeorado desde 2003 a 2007.

4. La situación de crisis que se alega mal se compadece con que en 2007 Mercasevilla tuviera beneficios y que en 2008 repartiera dividendos. Es cierto que esta decisión puede calificarse a posteriori de técnicamente desacertada o demasiado optimista porque se fundaba en considerar ingresos las cantidades entregadas a cuenta por SANMA por la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla, pero ello dista mucho de que la decisión fuese irracional y arbitraria porque en ese momento existían razonables expectativas de que las instalaciones de la empresa se trasladarían a Majaravique y que la opción de compra se ejecutaría y, con ello, los ingresos serían definitivos.

En definitiva, aunque en los pagos suplementarios realizados a los nueve

trabajadores prejubilados podamos percibir errores, inexactitudes o irregularidades en su contabilización y gestión tributaria, creemos que ello es indicativo solo de una falta de rigor y tecnicismo en el desempeño de las funciones contables y no la prueba de que se realizaron por mera liberalidad, porque, fuesen o no acertadas las decisiones que tomó el acusado F. M., resulta evidente que obedecían a una estrategia empresarial legítima y razonable, con independencia de los resultados de la misma, porque en ningún caso se enjuicia el buen fin o el acierto en la gestión empresarial sino la grosera e injustificada desviación de fondos fuera del patrimonio de la empresa, lo que no consideramos probado.

Y si concluimos que el ánimo que presidía la conducta del acusado F. M. no es delictiva, ni siquiera en el caso en que, a título de mera hipótesis, lo fuera, en ningún caso podrían serlo las conclusiones de los nueve trabajadores acusados por el Ministerio Fiscal que se acogieron voluntariamente a las prejubilaciones, a los que solo se les puede responsabilizar de haber aceptado una propuesta de su empresa que se ajustaba a los usos laborales, que percibían razonablemente como lícita y legítima, como no podía ser de otro modo porque ningún motivo había para que desconfiaran. Todo ello, con independencia de las decisiones adoptadas por los tribunales en materia laboral, que han sido contrarias a los intereses de los trabajadores.

Idénticas conclusiones deben aplicarse a la acusada Pilar G., que, como única diferencia con el resto de trabajadores acusados, se dice que mantuvo la vinculación con Mercasevilla después de su prejubilación, acaecida el 1-1-2008, porque al día siguiente firmó un contrato con Mercasevilla para seguir realizando durante cuatro años sus funciones de forma externa, a través de una sociedad. Llegando a cobrar por ello 44.971 € hasta que Mercasevilla resolvió unilateralmente el contrato el 29-7-09 (tomo XVI, folio 6668).

El Mº Fiscal no cuestiona ni la realidad del contrato suscrito ni que la acusada siguiera desempeñando después de su prejubilación parte de sus funciones en Mercasevilla a través de la sociedad "Camon Asesores s.c", lo que, además, confirmó J. M. P., que asumió las funciones de la acusada en el departamento de contabilidad; ni reclama las cantidades que la acusada percibió por el desempeño de esa actividad de asesoramiento externo, de lo que podríamos deducir que, en realidad, el Mº Fiscal no acusa expresamente por este hecho.

Pero, además, son aplicables aquí los razonamientos generales respecto de toda la operativa antes expuestos, porque lógicamente, ese contrato formaba parte del acuerdo para que la acusada aceptara acogerse voluntariamente al plan de prejubilación, porque no es razonable que la acusada solo reclamara como

indemnización 18.000 €, cantidad muy baja comparada con las percibidas por otros trabajadores con menor o igual nivel retributivo, lo que solo se explica porque, además de esta cantidad, iba a percibir esos otros ingresos derivados del contrato de asesoramiento como medio para ser compensada por la pérdida de ingresos que iba a sufrir al prejubilarse. La racionalidad de todo ello es obvia.

Por último, las infracciones contra hacienda o la seguridad social que, en su caso, la acusada hubiese podido cometer no competen a este tribunal.

En definitiva, y por lo dicho, considera este tribunal que los pagos suplementarios realizados a los nueve trabajadores no son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432-1 del CP.

Procede, por tanto, la absolución del acusado Fernando M. y de los nueve trabajadores acusados.

TERCERO. La Asociación de Mayoristas de Pescado “El Barranco”.

Se formula acusación, en tercer lugar, contra F. M. y contra el Presidente de la Asociación de Mayoristas de Pescado “el Barranco”, por determinados pagos que el acusado ordenó realizar a favor de la citada Asociación, que las acusaciones consideran “que no estaban justificados ni obedecían a obligación alguna de la empresa, respondiendo a un exclusivo ánimo de liberalidad, de los que no se dio cuenta ni a la Comisión Ejecutiva ni al Consejo de Administración de Mercasevilla”, y fueron anotados incorrectamente en cuentas no apropiadas.

Los pagos que se imputan realizados injustificadamente son los siguientes:

1. Pago de 1000 palés.

El 2 de octubre de 2007 F. M. ordenó abonar 38.000 € a la citada Asociación; de ellos 32.645 € corresponderían al abono de los 1.000 palés comprados por la Asociación, (el pago de los otros 5.355 € se analizará más adelante).

Las acusaciones admiten que la Asociación “el Barranco” compró los 1000 palés con factura (tomo VI, folio 2338), pero entienden que Mercasevilla no estaba obligada a su pago porque eran propiedad de la Asociación, de ahí que no estuvieran inventariados en Mercasevilla y que la Asociación no girara factura del cobro.

Este tribunal no comparte la versión que sostienen los acusadores porque la versión de lo ocurrido con la compra de los palés ofrecida por acusados y cuantos testigos han declarado a lo largo del juicio ha sido, en nuestra opinión, unánime, razonable, lógica y corroborada por la prueba practicada en el juicio oral.

Así, y sin necesidad de extendernos en demasía, explicaron que la relación

entre Mercasevilla y los mayoristas de pescado era particular y única a nivel local y nacional: Mercasevilla les prestaba obligatoriamente y en régimen de monopolio determinados servicios de facturación, cobro, arrastre y colocación del pescado, y, a cambio, los mayoristas de pescados estaban obligados a pagar unas tarifas; cuando las autoridades sanitarias comunicaron a la Asociación de Mayoristas que, por motivos sanitarios, debían cambiar los palés de madera por otros de plástico, Antonio V. como Presidente de la Asociación, y J. R. F., asesor externo, se reunieron con los responsables de Mercasevilla, el acusado F. M. y D. P., exponiéndoles el problema. Como estos se resistían a abonar los palés porque decían que no tenían dinero, la Asociación “el Barranco” decidió comprarlos para evitar sanciones y después solicitar a Mercasevilla el reintegro; como J. R. F. pidió una subvención a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que le fue concedida el 29 de agosto de 2006 por 18.975 € (tomo VI, folios 2339-2340), solo solicitaron a Mercasevilla 32.645 € (tomo I, folio 191), porque del importe de la compra, que ascendió a 51.620 €, dedujeron el de la subvención.

Prueba de todo ello, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de octubre de 2002 (tomo VIII, folios 2957-2972) y, entre otras, las actas de las reuniones de la Comisión Ejecutiva de 28 de octubre y 29 de noviembre de 2004 (anexo actas, folios 231 y 235), que reflejan que Mercasevilla prestaba determinados servicios a los mayoristas de pescado en régimen de monopolio y la existencia de esas tarifas particulares para los mayoristas de pescado, y las reclamaciones que por este motivo continuamente estos planteaban a Mercasevilla.

En cuanto a las alegaciones que cuestionan que Mercasevilla fuese la propietaria de los palés, que, por cierto, todavía se encuentran en las instalaciones de Mercasevilla, según las fotografías aportadas en el juicio oral por la defensa, el que no estuvieran inventariados puede ser una infracción de naturaleza contable, pero no es un dato que por sí solo permita acreditar que los palés no fueran propiedad de Mercasevilla, porque la propiedad de un bien se acredita mediante cualquier título admitido en derecho y, desde luego, la función de la contabilidad dista mucho de ser la de un registro oficial que acredite la propiedad a modo del Registro de la Propiedad. Admitir en el mundo del derecho que un bien no inventariado no es propiedad de la sociedad sería tan contrario a derecho como lo contrario: que el simple inventariado de un bien es título de propiedad para la sociedad.

Asimismo, el que Mercasevilla pagase a la Asociación el Barranco sin que esta emitiera factura, podría, en su caso, tener trascendencia desde el punto de vista tributario, pero no penal. Con independencia de que no advertimos ninguna anomalía en la operación desde el punto de vista del negocio jurídico realizado, porque

admitido que la provisión de los palés era obligación de Mercasevilla, que la Asociación “el Barranco” los comprara debe ser considerada como gestión de negocio ajeno, regulada en el artículo 1888 del Código Civil, que generó en Mercasevilla la obligación de reintegrar lo abonado a la Asociación el Barranco, bien por la vía del mandato expreso en el caso de ratificación de la gestión por parte de Mercasevilla, como entendemos que ocurrió, conforme a lo dispuesto en el artículo 1892, en relación con el 1709 y 1727 del Código Civil; o bien por la vía prevista en el artículo 1893 del Código Civil si Mercasevilla no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, porque, en todo caso, la compra de los palés se hizo en interés de Mercasevilla y la Asociación “el Barranco” no debía soportar ese gasto.

Por último, admitido que la compra de los palés era obligación de Mercasevilla y que, por tanto, el pago realizado por ello no era indebido, carece de trascendencia penal que el acusado F. M. no hubiese comunicado la operación a la Comisión Ejecutiva o al Consejo de Administración, basta remitirnos a las consideraciones generales realizadas en el Fundamento de Derecho Tercero, II y III, si bien debemos precisar que, además, el gasto de los palés afectaba a la unidad alimentaria, y, por tanto, el acusado solo estaba obligado a informar a efectos de ratificación.

Asimismo, tampoco tiene trascendencia penal que se contabilizara incorrectamente el gasto en las cuentas de Mercasevilla, porque, como ya hemos dicho, por sí solo es un dato irrelevante, y porque la llevanza de la contabilidad era responsabilidad del departamento de contabilidad y no del Director General.

2. Pago de determinadas cantidades a la asociación “El Barranco” para sufragar gastos de asesoramiento, anteproyecto y estudios relativos al traslado y construcción de un nuevo mercado en Majaravique. En concreto Mercasevilla abonó:

a) 10.413 euros mediante pagaré de 2 de febrero de 2007, en concepto de “estudio, anteproyecto, infografía y realidad virtual del futuro mercado de pescado”; 10.438 euros mediante pagaré de 15 de marzo de 2007, en concepto de “pago a cuenta proyecto nuevo mercado de pescados”, y 9.477,62 € mediante talón bancario de 17 de julio de 2007.

Estos pagos se anotaron en contabilidad, primero bajo los conceptos de “publicidad, propaganda y relaciones públicas de la dirección”; y el 31 de diciembre de 2007 fueron traspasados, junto a otros, a la cuenta de activo “anticipos traslado mercado” y ese mismo día a otra cuenta de activo con descripción “Gastos de establecimiento”.

b) 5.355 euros que se abonaron el 2 de octubre de 2007 junto al gasto de palés ya analizado, según consta en el recibo de 4 de septiembre de 2007 (tomo I, folio

191), en concepto de “anticipo para sufragar gastos de anteproyectos y estudios relativos a la construcción del nuevo mercado”, que se anotaron en una cuenta de gasto con la descripción “relaciones públicas generales”.

c) 38.000 euros, que se abonaron mediante pagarés de 11.700 euros y 26.300 euros, con vencimientos el 29 de julio y 14 de agosto de 2008 (tomo VI, folio 2245 y 2246).

En el recibo de estas cantidades de fecha 22 de julio de 2008 (tomo I, folio 192) se decía que la suma de 38.000 euros se entregaba 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.*

La expresada suma de 38.000 euros, es entregada por Mercasevilla en el concepto de 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”.

Los pagos fueron contabilizados inicialmente en una cuenta de gastos con la descripción “relaciones públicas varios”, pero, posteriormente, se activaron cargándolos en otra cuenta con la descripción “anticipos para traslado Merc”.

El presidente de la Asociación “el Barranco”, el acusado A. V., y el asesor externo de la asociación, J. R. F., explicaron que esos pagos correspondían, por una parte, a la labor de asesoramiento permanente que la Asociación El Barranco realizaba a Mercasevilla en relación con las necesidades diarias y con el traslado a Majaravique, que consideraban imprescindible porque querían participar desde el principio en el diseño de la nave de pescado para evitar que se reprodujeran las graves deficiencias de las actuales instalaciones; y, por otra, correspondían los estudios técnicos encargados con el mismo fin en 2003 y 2006 a la empresa “Prae Ingeniería SL”, que ascendieron a 30.000 € y 8.000 €, respectivamente.

El acusado F. M. confirmó esta versión, aclarando que esos gastos los pagaba, en principio, Mercasevilla pero después se los cargarían a SANMA en virtud del

acuerdo que ambas sociedades habían firmado el 19 de octubre de 2007 (tomo III, folios 926-929).

Las acusaciones cuestionaron esta versión, y, aunque reconocieron la existencia del acuerdo con SANMA, consideraron que estos gastos no debieron ser abonados por Mercasevilla porque:

- No existía labor de asesoramiento de la Asociación el Barranco a Mercasevilla.
 - Esos pagos no tenían soporte documental formal ni contrato alguno que los justificaran y se anotaron irregularmente en la contabilidad.
 - La Asociación nunca abonó a PRAE los 8.000 euros recibidos por el proyecto de 2006; y PRAE, que cesó en su actividad en 2008, nunca hizo constar en el modelo 347 que hubiera recibido pago alguno de la Asociación.
 - De estos pagos tampoco dio cuenta el acusado Fernando M. ni a la Comisión Ejecutiva ni al Consejo de Administración.
-

El tribunal discrepa de la tesis que sostienen los acusadores a la vista de las pruebas practicadas; así:

1. En cuanto a la realidad del traslado a Majaravique, no parece que sea objeto de controversia, por ser de público conocimiento, estar documentado (ver en anexo las actas del Comité Ejecutivo, Consejo de Administración y Junta General) y haber sido reconocido por cuantos acusados y testigos han prestado declaración en el juicio y se le interrogó sobre esta incidencia. Por ello, consideramos acreditado que en los primeros años del presente siglo Mercasevilla decidió trasladar las instalaciones del mercado municipal a unos terrenos ubicados en Majaravique; que Mercasevilla firmó el 23 de febrero de 2006 un contrato de opción de compraventa con la empresa SANMA para la adquisición del suelo donde se encontraban ubicadas las antiguas instalaciones de Mercasevilla; que posteriormente, el 19 de octubre de 2007 ambas partes suscribieron un acuerdo (tomo III, folios 926-929) en el que se establecían estipulaciones relativas a los supuestos en que SANMA abonaría los gastos realizados por Mercasevilla para el traslado a las nuevas instalaciones, así como los anticipos que SANMA entregaría a Mercasevilla para ello, que ascendieron a 250.000 € en 2007, 368.961,50 € en 2008 y otros 368.961,50 € en 2009 (tomo III, folios 933-937).

2. En cuanto a la labor de asesoramiento integral permanente que realizaba la asociación “El Barranco”, no nos puede extrañar que la asociación tuviese manifiesto interés, como usuarios que eran, en participar desde el principio en el diseño de las nuevas instalaciones de la nave de pescado para evitar errores de diseño como los que tenían las antiguas instalaciones de Mercasevilla, que al parecer eran manifiestos

y dificultaban la operatividad del trabajo diario; nos parece lógico, también, que Mercasevilla tuviese interés en que los mayoristas de pescado se implicaran en el proyecto y, por ello, les pidiera asesoramiento, opinión y colaboración para evitar errores, e, incluso, que les permitiera que presentaran ideas y proyectos, y que acordara con la asociación que le reintegraría los gastos que para ello realizaran, porque las nuevas instalaciones serían propiedad de Mercasevilla y la asociación de mayoristas solo serían unos concesionarios que pagarían por el uso de las instalaciones.

3- En cuanto a la realidad de los encargos realizados debe tenerse en cuenta que, según la documentación que consta en autos (tomo VI, folios 2259-2270):

a- El 5 de junio de 2003 la empresa PRAE presentó a la asociación de mayoristas de pescado una oferta para ofrecer los servicios de ingeniería necesarios para la realización de la presentación infográfica de las instalaciones de una unidad alimentaria de pescados que la asociación de mayoristas de pescados tenía previsto desarrollar. El alcance de los Servicios de Ingeniería y Arquitectura de la ingeniería 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 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.

b- El 18 de junio de 2006 PRAE presentó a la asociación de mayoristas 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 €, que se abonarían al comienzo del traslado de la unidad alimentaria.

Además, existe una referencia, aunque poco precisa, en el acta de la Comisión Ejecutiva de 15-9-08 (anexo, actas, folio 304-306), en la que, a preguntas sobre si se ha realizado proyectos sobre las edificaciones de la nueva unidad alimentaria, el acusado M. lo negó, pero reconoció que “ha habido aportaciones de los futuros usuarios sobre las ideas que ellos tienen al respecto”.

A la vista de todo ello, no podemos negar que la asociación encargara estos estudios y que PRAE les presentara dos proyectos. Cuestión diferente es que consideremos probado que La Asociación “El Barranco” los pagó a PRAE.

Respecto al pago de los 8.000 € del segundo estudio es evidente que no se pudieron pagar ya que, según contrato, se abonarían cuando comenzara el traslado, lo que no ocurrió. Y respecto del primer estudio de 2003, no existe constancia documental del pago ni información en los documentos fiscales de PRAE y de la Asociación de Mayoristas, según comprobaron los peritos de la Agencia Tributaria.

Pero, aunque no considerásemos acreditado que La Asociación “El Barranco” hubiera abonado los dos estudios a PRAE, o que el proyecto de 2003 tuviese otro destino, como sostienen los peritos de la AEAT, debemos tener presente que, según los recibos firmados y las anotaciones contables realizadas por Mercasevilla, estos pagos se realizaron como “anticipos” o “parte de pago y a cuenta de mayores cantidades que actualmente y en el futuro se irán generando”.

Tenemos que hacer una breve puntualización respecto del pago realizado con el talón bancario de fecha 17 de julio de 2007. Aunque no conste recibo, creemos que debemos admitir que tenían el mismo destino que los anteriores, visto que fue contabilizado junto con los otros dos pagos en una cuenta de “anticipos traslado mercado”, que después de pasó a otra de “Gastos de establecimiento”.

En consecuencia, como las cantidades se entregaron por Mercasevilla a cuenta de futuros gastos, no puede sostenerse que el dinero ha salido definitivamente del patrimonio de Mercasevilla. Incluso en el caso de que La Asociación de Mayoristas no acreditara gastos que justificaran el montante total de esas cantidades entregadas a cuenta, Mercasevilla tendría un derecho de crédito a su favor contra aquella por las cantidades entregadas como anticipo y que no se pudieran compensar con pagos efectivamente realizados por la Asociación “El Barranco”. La determinación de la cuantía del crédito que parece existe a favor de Mercasevilla o su reclamación es una cuestión civil que no corresponde en ningún caso a la jurisdicción penal.

En definitiva, como no podemos cuestionar ni la realidad del traslado de Mercasevilla a Majaravique, ni que la Asociación “El Barranco” tuviera interés en participar en el diseño del nuevo mercado y, a la recíproca, que Mercasevilla estuviera inte-

resada en que aquellos participaran; ni tampoco la realidad de los encargos a PRAE, ni los pagos que por estos conceptos se realizaron “a cuenta” y no definitivamente, los hechos no pueden ser constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos, porque existió una causa legal para realizar los pagos y la separación de los caudales públicos no ha sido definitiva, como exige el tipo penal.

Procede por tanto absolver a los acusados Fernando M. y Antonio V. del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432-1 del CP, en su versión anterior a la reforma operada por LO 1/2015.

Se declara, asimismo, exento de responsabilidades civiles a la Asociación de Mayoristas de Pescado “El Barranco”.

DÉCIMO TERCERO. La beca.

Se formula acusación, por último, contra el acusado F. M. porque consideran que, como secretario-gerente de la Fundación, concedió una beca a la acusada C. V. “sin causa ni justificación”, pues ésta no había solicitado en forma ninguna beca a Mercasevilla ni a su Fundación, ni fue aprobada por órgano de gobierno, ni publicadas sus bases, objetos, requisitos y cuantía.

La acusada declaró que, tras conocer a D. P., subdirector de Mercasevilla, en las Ferias del Pescado celebradas en Vietnam en 2007 y 2008 y Bruselas en 2008, a las que ella asistió por cuenta de la Asociación de Mayoristas de Pescado, realizando, entre otras, labores de intérprete, comenzó a colaborar en el departamento de marketing de Mercasevilla a propuesta de aquel; que solicitó la beca Talentia a la agencia IDEA de la Junta de Andalucía para cursar unos estudios de postgrado sobre diseño gráfico en la Universidad de Saint Martins en Londres; que cuando se la denegaron se lo contó a D.P., quien le informó que podía solicitar la beca a la Fundación de Mercasevilla; que entregó a D. P. la documentación que había presentado para solicitar la beca Talentia, que fue su único interlocutor; y que de Mercasevilla le comunicaron que se la habían concedido, aunque no sabía quién se lo dijo; y que la cuantía sería la misma que la beca Talentia, unos 24.000 €, de los que recibió solo parte mediante transferencias a su cuenta corriente.

Por su parte D. P. confirmó la versión ofrecida por la acusada, salvo que negó que ésta le entregase a él la documentación para solicitar la beca.

El relato de hechos declarados probados por este tribunal asume prácticamente en su integridad las versiones de ambos, con las precisiones que después se dirán, en tanto que los mismos están admitidos por las acusaciones o

corroborados por la documental que consta en el informe de los peritos de la Agencia Tributaria (punto 12) y en los documentos aportados por las defensas. En base a ello hemos considerado acreditado que:

1. La acusada colaboró puntualmente con Mercasevilla en algunas actividades relacionadas con el diseño gráfico. No creemos necesario polemizar en exceso sobre este punto, que fue corroborado por el responsable de su departamento de Marketing, F. V. R., que mencionó que recordaba que la acusada participó en su departamento, aunque no creía que fuera antes de la Feria de Bruselas, y que participó en una cartelería de una actividad de Mercasevilla llamada “La orquesta en mi barrio”.

Sobre ello debemos precisar que la actividad “La orquesta en mi barrio”, cuya publicidad fue aportada al juicio oral por su defensa, fue organizada por la Fundación de Mercasevilla, pero, también, por la Asociación de Mayoristas de Pescado “el Barranco”, de cuyo presidente era hija la acusada, y se presentó públicamente en febrero de 2019, cuando la acusada hacía unos 7 meses que no colaboraba con Mercasevilla.

2. La acusada solicitó la beca Talentia el 6 de marzo de 2008, y no le fue concedida por resolución del Director General de la Agencia IDEA de 13 de junio de 2008, aunque no consta en autos la fecha de su publicación, que se haría en la web de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, según establecía la Orden de la convocatoria de la citada Consejería de 14-11-07.

En poder de la Fundación constaba esta documentación como justificante de la petición de la beca realizada por la acusada, junto a una Memoria Explicativa y Plan de Regreso sin firmar, y un escrito mecanografiado, a modo de solicitud, en el que no constaba destinatario pero sí la rúbrica, C., que presentaba diferencias con las estampadas por la acusada en el impreso oficial de solicitud de la beca Talentia de la Junta de Andalucía. Este escrito 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”.

3. Con cargo a la Fundación y por orden del acusado F. M., se abonaron a la acusada, mediante transferencias, 3.556,06 € el 8 de julio de 2008, otros 3.556,06 € el 31 de julio de 2008, 3.000 € el 16 de enero de 2009 y 6.500 € el 22 de enero de 2009.

4. La acusada cursó los estudios de postgrado en la Universidad de Saint Martins en Londres desde octubre de 2008 hasta junio de 2010.

En definitiva, no cuestionamos que la acusada, a la vuelta del viaje a Vietnam en junio de 2008, solicitara la beca a la Fundación de Mercasevilla tras serle denegada la beca Talentia, ni que el acusado F. M. le concediera la prestación económica para cursar los estudios en Londres; pero ello no es obstáculo para que podamos considerar, siguiendo la tesis de las acusaciones, que la decisión no se ajustó a las facultades del acusado ni a los objetivos y fines reconocidos en los Estatutos Sociales de la Fundación.

Resulta indiferente a estos efectos, el motivo que guió la decisión del acusado, pues no es este un elemento del tipo del delito de malversación del art. 432-1 del CP, como entiende la jurisprudencia del TS, por todas, sentencias de 797/2015, de 24 de noviembre y 232/18, de 17 de mayo.

Lo importante, por tanto, será determinar si esa decisión integra la conducta típica del delito de malversación de caudales públicos en su regulación vigente a la fechas de los hechos, anterior a la LO 1/2015.

Cuando el Tribunal Supremo define las conductas típicas del delito de malversación de caudales públicos asimila el verbo sustraer del artículo 432-1 del CP a decisiones tomadas sin facultades o de forma arbitraria, infundada y desviada.

Así, en la sentencia 797/2015, 24 de noviembre, se utiliza el término arbitrario:

“DECIMOQUINTO. Es cierto que para fomentar dicha instalación estaba previsto subvencionarla en determinadas condiciones, pero al duplicar arbitrariamente la cantidad a la que la empresa tenía derecho, la Alcaldesa desvió fondos públicos de su destino y dispuso de ellos, como si fuesen propios, en beneficio de la empresa adjudicataria, permitiendo a la citada empresa lucrarse indebidamente con fondos públicos que no le correspondían

En la sentencia 232/18, 17 de mayo se habla de desvío:

“Una sustracción, lo que conlleva la acción de sustraer, es decir, quitar los caudales apartándolos de su destino o desviándolos para hacerlos propios. El verbo típico es «sustraer» significa la de apropiación definitiva de los caudales o efectos públicos de que se trate (SSTS de 6 de julio de 1965, de 15 de enero de 1974; y de 29 de septiembre de 1978). Por ello, debe admitirse según la doctrina más autorizada que:

1º. Que el delito es eminentemente intencional, pero es, por el contrario, irrelevante el móvil que pudiera inspirarle (STS de 10 de abril de 1973).

2º. *Que es indiferente la trayectoria posterior que siguen las cosas malversadas (STS de 10 de abril de 1973).*

En la sentencia 166/2014, de 28 de febrero, se habla de decisión arbitraria e infundada y uso desviado:

SÉPTIMO “Si no se dice nada en cuanto a las facultades delegadas, es porque la Audiencia considera que carecía de atribuciones para fijarse las propias retribuciones y complementos, lo que significa sostener claramente que no tenía delegada tal facultad. Pero es que, aunque la tuviese delegada, si esas auto-asignaciones de emolumentos eran arbitrarias e infundadas continuaríamos estando ante un delito de malversación de caudales públicos. Esa falta de justificación, en lo material (y no solo en la ausencia de autorización), es el núcleo de la acusación

UNDÉCIMO. No basta con decir que estaba autorizado como gerente para acordarlos. Eso no excluye la apropiación o malversación (ilegitimidad del pago en definitiva) cuando esos poderes se utilizan desviadamente para asignarse de esa forma encubierta o aparentemente legítima pagos que no le corresponderían. La facultad de autorizar abonos por horas extras, no autoriza a auto adjudicarse incrementos sin efectuar esas horas extraordinarias o sin concurrir los supuestos que podrán fundar una gratificación u otros conceptos y complementos como atrasos o incentivos. La conducta global del acusado genera una atmósfera con la que es muy congruente concluir que esa era una mecánica más de desviar el patrimonio social a su enriquecimiento particular. Si además no se hace el más mínimo esfuerzo por acreditar los conceptos que justificaban esas percepciones, se alcanza la certeza.

b) La experiencia enseña que el hecho de que las cuentas fuesen aprobadas sin reparo alguno, significa solo una cosa: que su actuación delictiva no se descubrió hasta más tarde (cuando se inició una investigación a raíz de unas más que sospechosas transferencias con motivo de su cese), y que confería a esas desviaciones apariencia de legalidad y correcto funcionamiento. La aprobación de unas cuentas no cancela el delito patrimonial cometido, ni es necesariamente prueba de que no se produjo.

Y en la sentencia 600/2014, de 3 de septiembre, se identifica malversar con carecer de competencias y decisión basada en la simple voluntad:

CUARTO “Más limitadamente se está ante un doble ataque que integra un doble delito, en el que se atacan bienes jurídicos distintos, prevaricación como manifestación del abuso de poder arbitrario ejercido por el recurrente y malversación de fondos públicos que integran perjuicio para el erario público pues la consecuencia de la resolución prevaricadora fue la salida de dinero de las empresas municipales del Ayuntamiento de Jerez, y por tanto, de dinero público en favor de personas por el solo

hecho de pertenecer al mismo partido político que la autoridad que así ordenó los pagos, y recordemos que el total malversado ascendió a la más que respetable suma de 206.833'66 €.

.... El recurrente, careciendo de toda competencia y por su simple voluntad como única fundamentación dispuso del erario público acordando pagos a dos personas bajo la apariencia de unos servicios de asesoría que en realidad no existieron -ni podían existir-causando un efectivo daño al erario público”.

Para determinar, por lo tanto, y siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo, si la beca se concedió, sin tener facultades para ello o de forma arbitraria, infundada y desviada, debemos analizar la decisión desde el punto de vista formal y material.

A. Desde el punto de vista formal, debemos comprobar si se cumplieron los requisitos formales exigidos por los estatutos para que se concediera una beca o ayuda económica, que es indiferente a los fines analizados.

Vaya por delante que para la consecución de sus fines, la fundación podía conceder becas y ayudas económicas al amparo de lo dispuesto en los artículos 6-3, e y 7 b de sus Estatutos.

Las acusaciones pusieron mucho énfasis en el procedimiento como medio para cuestionar la realidad de la beca, considerando “que no se había solicitado en forma, ni fue aprobada por órgano de gobierno, ni publicadas sus bases, objetos, requisitos y cuantía”. Pero, debemos tener en cuenta que los Estatutos de la Fundación no establecían ninguna formalidad concreta para la petición o concesión de una beca o ayuda económica, más allá de la observancia de los fines sociales y beneficiarios que después analizaremos.

Esta falta de formalismo no puede extrañarnos porque debemos tener en cuenta que no estamos ante una beca pública sometida a estrictas formalidades o bases reguladoras, como sí existía para la beca Talentia la ORDEN de 14 de noviembre de 2007, “por la que se modifica la de 23 de noviembre de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de incentivos para la realización de programas de postgrado en universidades o centros de enseñanza superior extranjeros, y se efectúa su convocatoria para el año 2008”.

Por tanto, el único requisito o presupuesto formal para conceder una beca que encontramos en los Estatutos es el previsto en su artículo 9 que establecía que el Patronato tenía la facultad de elegir a los beneficiarios de las ayudas.

Y de las pruebas practicadas consideramos acreditado que fue el acusado quien decidió personalmente conceder la beca, como él asume, pese a que no tenía facultades para ello porque solo era miembro del Patronato, en calidad de Secretario y gerente y no nos consta que tuviese delegada esa facultad.

A estos efectos, la única información que hemos localizado en las actuaciones es la remitida por la Fundación el 3 de noviembre de 2010 (Disco AEAT, documentos comunes nº 4), en la que se dice que el acusado fue nombrado gerente de la Fundación por acuerdo adoptado en la reunión del Patronato de 13 de junio de 2006, elevado a público por escritura del 18 de julio de 2006, pero no nos consta el contenido concreto del acuerdo y, por ello, no podemos presumir que el Patronato hubiese delegado en el acusado la facultad de conceder las becas o ayudas económicas.

Incide en esta conclusión los correos electrónicos remitidos el 22 de junio y 3 y 4 de julio de 2006 por R. P., secretaria de la Dirección, a J. P., abogado externo de Mercasevilla (anexo, tomo 4, folio 856 y 859), que permiten deducir que el acusado no tenía delegadas esas facultades porque en estas fechas no las tenía y no consta ningún acuerdo del Patronato de fecha posterior que lo hiciera.

Además, ni siquiera podría sostener la defensa que el Patronato pudo de alguna manera ratificar tácitamente la decisión del acusado, porque no consta que éste pidiera opinión ni informara al Patronato; de hecho, ningún patrono o consejero reconoció en juicio que recordara que se le informó de esa beca o que la autorizara, y estaba en manos de la defensa haber traído a los patronos para que lo explicasen, lo que no hizo la defensa; y tampoco consta en las actas que se ofreciera información de ello en ninguna de las reuniones del patronato, del Consejo de Administración o Comisión Ejecutiva de Mercasevilla.

El acusado poco aclaró en el juicio oral sobre estos extremos. No habló de los poderes que le fueron delegados como gestor y cuando explicó los pormenores de la concesión de la beca, lo hizo en tercera persona y de forma imprecisa “se valora por la Fundación” “se decide promocionar”, lo que abunda en la conclusión alcanzada de que no tenía esas facultades delegadas.

En definitiva, el acusado concedió la beca pese a no tener facultades para ello.

No obstante, aún cuando, como mera hipótesis, el acusado hubiese tenido delegadas unas facultades de disposición similares a las que tenía en Mercasevilla, las conclusiones alcanzadas no se alterarían por lo que seguidamente se dirá.

B. Desde el punto de vista material, debemos analizar los motivos y la racionalidad de la decisión.

Sobre las razones que justificaron conceder la beca, el acusado F. M. 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 C. V. 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 cartelería, trípticos y se reunió con Juana Márquez).

Y en el juicio oral declaró que fue D. P. 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. T. 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 D.P. 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 D. P. 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 C. V.; 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 R. P., que lo calificó de peculiar y extraordinario, y L. G., y constan documentados en autos (AEAT, punto 12, beca).

Así, hemos declarado probado que: *“El 16 de enero de 2009 el acusado F. M. ordenó a M. R. P., 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 C. V.. Para ocultar en lo posible el origen del pago, le indicó que firmara ella un cheque, lo cobrara y lo ingresara en metálico. M. P. 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 C. V..*

Cuando MR P. comunicó al acusado F. M. que había transferido el dinero, como quería evitar que constara cualquier dato que lo pudiera relacionar con el pago, F. M. le dijo que lo anulase para que hiciese la transferencia , becario en prácticas del Departamento de Caja y Contabilidad. La transferencia anterior se anuló, y, por indicación de MR P., 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.

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 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 perecedero”.

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”.*

Es evidente, por ello, que la beca concedida a C. V. no respetaba los fines estatutarios establecidos.

Por último, en cuanto a quienes debían ser los beneficiarios de las ayudas o prestaciones económicas ofrecidas por la fundación, el art. 9 de sus Estatutos 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.

Pero, además, si ponemos en relación este precepto con los artículos 6 y 6-3-e de los Estatutos, se refuerza la idea de que las ayudas debían ir dirigidas *“a la mejora de la empleabilidad de los colectivos y minorías sociales más desfavorecidos”.*

En definitiva, es obvio para este tribunal que la beca se concedió, además de sin facultades, sin respetar los criterios de imparcialidad y no discriminación, porque no hubo ninguna convocatoria ni ningún procedimiento de selección que lo permitiese; y a una persona que visiblemente no reunía las características exigidas para que fuera beneficiaria, pues no formaba parte de sectores desfavorecidos de población a quienes debían ir dirigidas las ayudas, pues sabía que su padre era el presidente de los mayoristas de pescado.

Las defensas realizaron una serie de alegaciones para acreditar que la decisión de conceder la beca fue correcta y ajustada a los fines y usos de la Fundación.

En primer lugar, alegaron que los pagos se contabilizaron e, incluso, con el nombre de C. V., lo que indicaría una transparencia no compatible con que se califique de ilícito su comportamiento.

El que se hubiesen contabilizado los pagos realizados a la acusada C. V. o que apareciese su nombre en la Memoria de la Fundación como receptora de 7.112 € (AEAT, punto 12, letra f, folio 601) no es prueba de la atipicidad de la conducta ni de ningún ánimo de transparencia, porque, por una parte, ya hemos dicho anteriormente para otras imputaciones, y en favor del acusado, que no era facultad de éste la llevanza de la contabilidad sino de los contables, que tenían necesariamente que contabilizar esos gastos, so pena de incurrir en responsabilidades; y, por otro, que la Memoria en la que se menciona nominalmente a C. V. está fechada el 15 de julio de 2009, cuando el acusado ya había sido cesado en su cargo por la anomalías detectadas y estaba en curso una investigación penal por otros hechos, lo que era un incentivo más que evidente para que quienes confeccionaron la memoria anotaran correctamente el gasto e identificaran a la receptora.

Asimismo, el que se hubiesen aprobado las cuentas de 2008 sin reparo ni tacha alguna no puede tener el alcance exculpatario que pretenden las defensas, pues, como apuntó la sentencia del Tribunal Supremo nº 166/2014, 28 de febrero (FD 11, b):

“La experiencia enseña que el hecho de que las cuentas fuesen aprobadas sin reparo alguno, significa solo una cosa: que su actuación delictiva no se descubrió hasta más tarde (cuando se inició una investigación a raíz de unas más que sospechosas transferencias con motivo de su cese), y que confería a esas desviaciones apariencia de legalidad y correcto funcionamiento. La aprobación de unas cuentas no cancela el delito patrimonial cometido, ni es necesariamente prueba de que no se produjo”.

Y parece lógico que, para detectar las irregularidades de la beca, hacía falta un análisis exhaustivo no ya de la contabilidad formal, de la que difícilmente se podía advertir nada anómalo, sino de los soportes materiales o documentales de los gastos, de los que sí se podían descubrir las anomalías existentes. Y la exhaustividad que este cometido precisa no parece compatible con la premura en descubrir la actividad ilícita exigida por las defensas.

Pusieron las defensas, seguidamente, especial énfasis las defensas para sostener la atipicidad de la conducta del acusado en que no se acusó por otros actos de disposición de la Fundación que consideran idénticos a la concesión de la beca.

Con carácter general no corresponde a esta sala valorar la estrategia de las acusaciones, pero, aunque fuera cierta la tesis de las defensas, ello podría constatar,

en su caso, un error jurídico valorativo de las acusaciones pero no, necesariamente, la atipicidad de la conducta del acusado.

En este sentido, el TS en sentencia 18/2014, de 23 de enero (FD Tercero), entendió que:

“Suministraría quizás, de concurrir los elementos típicamente penales, argumentos para ampliar el círculo de los eventuales responsables penales. No para eliminar esa consideración del aquí acusado”. O en su sentencia 600/2014, de 3 de septiembre (FD Cuarto) cuando advirtió que *“...que la intervención de pagos -si es que existió- no se apercibiera de la ilegalidad, no borra ni disminuye la responsabilidad del recurrente, solo podría ampliarse a otras personas por el posible incumplimiento de sus funciones de control, lo que no se ha investigado”.*

Y analizando el caso concreto mencionado, creemos que son sustanciales las diferencias entre los gastos devengados por la conferencia de B. Garzón organizada por el Foro Jurídico de la Fundación y los de la beca de C. V..

No está en nuestra mano valorar desde un punto de vista ético una conferencia cuyo coste alcanzó los 15.987,92 € (8.849,06 € en publicidad, 1.138,86 € de alojamiento y 6.000 € de retribución al ponente), de los cuales la Fundación solo abonó los 6.000 € del conferenciante. Tampoco que no se practicara retención a cuenta del IRPF, porque sería una infracción fiscal ajena a nuestra competencia. Pero, si podemos afirmar, en cuanto a la argumentación propuesta por la defensa, que, aunque la conferencia no guardara, en principio, relación con el objeto fundacional estricto, no apreciamos ningún impedimento teórico para que pudieran ampliarse esos fines, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, que establecía 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”.

Es una interpretación extensiva que sostenemos en las expresas manifestaciones vertidas en reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de 28 de noviembre de 2007 (anexo, actas, folios 297-300), en la que, tras informar el acusado F. M. sobre la creación de la escuela de Artes Escénicas, D. A. G. manifestó que *“a su entender, sería bueno plantearse, junto a este tipo de actividades con proyección social, no dejar de lado las actividades más relacionadas con el suministro y el consumo alimentario, en definitiva con lo que es el objeto fundamental de Mercasevilla”.* Es decir, los patronos eran plenamente conscientes y partícipes de la decisión de interpretar extensivamente los fines fundacionales.

Por tanto, realizando una interpretación flexible, no cuestionamos que el Patronato, e, incluso, teóricamente el acusado de haber tenido poderes específicos, tuviera capacidad para ampliar con libertad los fines estatutarios generales, pero, para ello era necesario que los patronos de la Fundación lo decidieran, como creemos que ocurrió, a diferencia de la beca, con la puesta en marcha de determinadas actividades que no se ajustaban estrictamente a los fines recogidos en el citado artículo 6, pero que fueron autorizadas de facto o expresamente por los patronos, a los que se dio cumplida cuenta de las actividades y participaron en ellas sin objeción.

Como prueba de ello, el Convenio suscrito con un Colegio de Educación Infantil y Primaria (anexo, tomo 5, folios 1000-1003 y 1558-1559), que fue firmado por el presidente del Patronato; o el servicio de Mediación (anexo, tomos 4 y 5, folios 923 y 1015), cuya invitación para la presentación en el Ayuntamiento de Sevilla fue cursada por el Presidente del Patronato en nombre de éste; o la Escuela de Artes Escénicas, de la que se informó en la reunión de la Comisión Ejecutiva del 28 de noviembre de 2007 (anexo, actas, folios 297-300).

Debemos hacer un breve inciso para explicar que, como declaró el acusado F. M., el Patronato de la Fundación no solía reunirse formalmente de forma autónoma, de ahí que no existan actas de reuniones, sino que, dado que los patronos eran, también, el presidente y vicepresidente del Consejo de Administración y el director general de Mercasevilla (artículo 12 de los Estatutos), aprovechaban las reuniones del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla para dar cuenta de las cuestiones referentes a la Fundación, lo que, en efecto, consta en las actas de las reuniones de esos órganos sociales.

Y en cuanto al denominado Foro Jurídico, que organizó la conferencia de B. Garzón, las pruebas que confirman que fue una actividad expresamente aprobada por los patronos son las siguientes:

- Acta de la reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de 28 de noviembre de 2007, en la que se informa de la creación del Foro Jurídico, personas que lo integrarían, fines y actividades (anexo, actas, folios 297-300).

- Acto público de 11 de diciembre de 2007 en el que el sr. Rodrigo Torrijos, Vicepresidente del Patronato de la Fundación, presentó formalmente el Foro Jurídico (anexo, tomo V, folios 1578-1579).

- Correo de 12 de septiembre de 2008 en el que se remitió a los miembros del Consejo de Administración información de las actividades a realizar por el citado Foro Jurídico (anexo, tomo 7, folio 2561-2562).

- Correo con publicidad de la Conferencia del sr. Garzón, en las que se

presentaron, también, a los miembros del Foro Jurídico y los premios que concede la Fundación (anexo, tomo 7, folios 2675-2680).

- Correo con información de las actividades de la Fundación para 2009, entre las que están mencionadas expresamente las del Foro Jurídico, junto a otras muchas (anexo, tomo 7, folios 2685-2691).

En definitiva, ninguna similitud guardan a nuestro entender, por tanto, estas actividades que son conocidas y participadas, y, por tanto, autorizadas, por los miembros del Patronato, con la beca que el acusado concedió a C. V., que en ningún momento fue conocida ni autorizada por el Patronato ni se ajustaba a los fines y beneficiarios estatutarios.

Las defensas mencionaron, además, otras actividades, algunas de las cuales integran de lleno el objeto de la Fundación, como ayudas de transporte a estudiantes desfavorecidos para realizar cursos en Mercasevilla, y otra (ayuda a la Hermandad de la Macarena), que no podemos valorar porque desconocemos la razón de ser o en qué consistió la actividad y la ayuda.

En todo caso, estaba en manos del acusado F. M. y su defensa demostrar que éste había concedido otras prestaciones o becas de similar naturaleza a la de C. V. y, así, contradecir lo que dijo R. P., que explicó que, aparte del procedimiento de pago, que calificó de peculiar y extraordinario, una beca como la de C. V. fue la primera vez que se dio. Le bastaba al acusado con haber ofrecido los nombres de otras personas a las que se concedieron becas por estudios o ayudas de similar naturaleza para contradecir a la testigo y cuestionar su credibilidad, lo que no le habría resultado difícil teniendo en cuenta que la decisión de conceder las becas dependía de él, según su declaración, y tenía que recordar a las otras personas beneficiadas, porque no debieron ser muchas. Pero el acusado no ofreció dato alguno, lo que permite colegir a este tribunal que la versión ofrecida por R. P. es creíble y la del acusado es una comprensible estrategia de defensa, pero no creíble.

En conclusión, las confusas, contradictorias y poco racionales explicaciones que ofreció el acusado sobre la causa de la prestación económica, si una beca o una contrapartida por trabajo realizado; la indefinición sobre las condiciones formales o económicas que se le impusieron; el extraño proceder utilizado para realizar algunos de los pagos; y que no respetara los Estatutos fundacionales para conceder una ayuda económica ni en las facultades, fines y beneficiarios, son una demostración evidente de que la decisión que tomó integra la acción del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432-1 del CP vigente a la fecha de los hechos, porque la concedió sin tener facultades, con manifiesta desviación de los fines sociales, de forma

arbitraria e infundada en tanto no se atuvo a criterios de imparcialidad y no discriminación y se eligió a persona que no reunía las condiciones exigidas a los beneficiarios.

Concurren, además, el resto de elementos del delito, algunos de los cuales ya fueron analizados (cometido por funcionario y sobre caudales públicos).

Respecto al ánimo de lucro exigido por el tipo penal, consiste en cualquier enriquecimiento, ganancia económica, ventaja o provecho para el autor o para un tercero, siendo indiferente que el acusado no se enriqueciera, pues, como entendió el TS en sentencia 600/14, de 3 de septiembre:

“el delito de malversación no exige un beneficio para el sustractor. El tipo se satisface con que exista un ánimo de lucro bien para el sustractor o para la persona a la que se le facilita la sustracción o a la que se le entrega el dinero malversado”

Y esto fue lo que ocurrió en el presente caso enjuiciado, en que el acusado sufragó sin causa legal los gastos de estudios de un tercero, siendo indiferente el móvil o causa de ello.

Por último, la defensa de F. M. adujo incidentalmente que, en todo caso, concurriría en su defendido error de prohibición del artículo 14 del Código Penal, dado que el acusado creía estar obrando lícitamente.

La pretensión no puede prosperar, pues mal se compadece el relato de hechos probados con que el acusado creyera estar actuando lícitamente.

Sobre el error de prohibición, la sentencia del TS 722/2019 de 23 de enero, entendió que:

“Esto es, aún en la hipótesis más favorable para el acusado (se fiaba ciegamente del informe y estaba convencido de que esa conclusión era segura y que, por tanto, se apreciaban dificultades de tipicidad para activar una reacción penal ante la rebeldía frente a las decisiones de los órganos del Estado), nada penalmente variaría: el dolo en derecho penal solo exige el conocimiento de la antijuridicidad genérica de la conducta; no un conocimiento de una específica antijuridicidad penal o de la exacta ubicación en un determinado tipo penal. Basta con saber que un comportamiento es antijurídico, aunque se ignore que está tipificado penalmente, para que se integren las exigencias culpabilísticas de una condena penal. Quien conduce a velocidad muy superior a la permitida, y sobrepasa los topes que abren paso a una respuesta, no le vale como excusa aducir que pensaba que las lindes entre la infracción administrativa y la penal se situaban en una velocidad superior. Quien defrauda a la Seguridad Social cien mil euros incurre en responsabilidad penal aunque sea capaz de demostrar que

estaba convencido de que la cifra que figura en el art. 305 CP se extendía también a los delitos contra la seguridad social.

No son estas ideas novedosas en la doctrina jurisprudencial. Recordemos un ya añejo pronunciamiento, la STS 1301/1998, de 28 de octubre:

"Prescindiendo del problema metodológico de su engarce con los elementos del delito, bien dentro del tipo como uno de los elementos del dolo, bien dentro del dolo como separado del tipo, bien dentro de la culpabilidad concebida como reproche personal al autor del hecho por un comportamiento, la conciencia de la antijuridicidad como requisito para la exigencia de responsabilidad penal, constituye un verdadero hito en el progreso del Derecho Penal. Fue introducida por vez primera en nuestras leyes en 1983. Hemos de precisar aquí su contenido.

Antes de 1983 nuestro CP no requería esta conciencia de la antijuridicidad como elemento del delito. A partir de entonces, con la regulación que introduce del llamado error de prohibición, que es el reverso de este requisito, excluye la responsabilidad criminal de quien actúa con "la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente" (art. 6 bis a CP 1973) o, como dice el art. 14 del CP ahora en vigor, de quien se halla afectado por un "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal".

Conforme a tales normas, la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Para incurrir en responsabilidad penal no hace falta conocer ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben ese comportamiento que él realiza).

El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3".

En definitiva, y pese a lo que sostuvo la defensa del acusado, el tribunal considera acreditado que éste conocía la importancia y trascendencia de la extensión de los poderes y que no podían conceder ayudas económicas de espaldas a los fines sociales. Véanse en este sentido los correos electrónicos remitidos por R. P., secretaria

de la Dirección, a J. P., abogado externo de Mercasevilla, el primero de 22 de junio de 2006, reiterado por otro de 3 de julio (anexo, tomo 4, folios 856 y 857):

“También me indicó D. Fernando que le consultara si existía algún inconveniente en que los cursos a impartir por la Fundación no tuvieran relación con el objeto social de la Fundación”.

O el correo de 4 de julio (anexo, tomo 4, folio 859):

“Como le he comentado telefónicamente, hay que suscribir una póliza de crédito de la Fundación, para lo que nos han pedido ambos poderes, el de D. Fernando de Mercasevilla y el de la Fundación, donde únicamente consta la composición del Patronato, por lo tanto, tenemos dos impedimentos a solventar:

- 1. Limitación de 60.000 € de D. Fernando en su poder de Mercasevilla.*
- 2. Limitación de Facultades del Patronato.*

Posible solución:

- Realizar certificaciones a tal efecto.*
- En el caso de la Fundación, ¿firma del Presidente?”*

Por otro lado, el acusado sabía, sin duda, que la acusada no reunía las condiciones exigidas por los estatutos para ser beneficiaria, pues conocía quien era su padre y cuáles eran sus circunstancias familiares.

En definitiva, el acusado conocía, perfectamente, los fines de la Fundación, los límites de sus poderes, quien podía ser beneficiario de las ayudas y las consecuencias de realizar actos de disposición contrarios a ellos. Lo que impide la apreciación de error de prohibición en su conducta.

DÉCIMO CUARTO. En consecuencia, y de todo lo anteriormente expuesto, los hechos declarados probados en Fundamento de Derecho anterior (beca concedida a C. V.) serían constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432-1 del Código Penal, en su versión vigente a la fecha de comisión de los hechos delictivos.

No obstante, debemos plantearnos si la nueva regulación del artículo 432-1 en relación con el 252 del CP, operada por LO 1/2015, es más favorable para el acusado, bien en su vertiente penológica, como sostiene la acusación particular, bien en cuanto a la atipicidad.

Las modificaciones introducidas por la LO 1/2015 en el delito de malversación de caudales públicos son evidentes.

Dispone el actual artículo 432 del CP: *“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años”.*

Y establece el artículo 252 del CP: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.

Según el TS, las alteraciones introducidas por la nueva regulación son sustanciales, considerando que la conducta típica para el nuevo artículo 432 del CP consiste en la producción de un menoscabo al patrimonio público provocado por un ejercicio exorbitado de las funciones encomendadas.

Así, en la sentencia 232/18, de 17 de mayo, el TS precisó que:

“Estos son los parámetros de la redacción del art. 432 CP en su versión anterior a la LO 1/2015. Pero la modificación operada en esta con la nueva redacción de este precepto altera sustancialmente lo que ahora se entiende por malversación de caudales públicos, ya que al relacionarlo con el delito de administración desleal en su configuración del nuevo art. 252 CP conlleva al decir de la doctrina que la conducta típica para este art. 432.1 CP consiste en la producción de un menoscabo al patrimonio público provocado por un ejercicio exorbitado de las funciones encomendadas.

Y para hacer esta comparativa que resulta fundamental a los efectos que aquí nos interesan debemos destacar las dos redacciones del actual art 432 relacionado con el art. 252 CP, a saber:

1. Nuevo delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP: La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público.

2. Nueva redacción del delito de administración desleal del art. 252 CP: Los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Por ello, destacando el elemento en el tipo de la "infracción de las facultades para administrar un patrimonio ajeno (en este caso caudales públicos) excediéndose

en el ejercicio de las mismas", vemos que el recurrente no puede ampararse en la redacción del anterior art. 432 CP para fundar una sentencia condenatoria que ahora pretende, dado que si quisiéramos hablar de "exceso en el ejercicio de facultades" nos tendríamos que ir a la actual redacción del art. 432 CP, lo que es inaplicable al presente caso al serle más favorable al acusado/absuelto la redacción del código penal precedente a la LO 1/2015. Ello conllevaría que ahora para hechos ya vigentes con la entrada en vigor de la LO 1/2015, exigiríamos que se realice un ejercicio contrario a los fines idóneos para los que fueron concebidos, de modo que provoquen un perjuicio patrimonial, lo que antes no estaba justificado en la exigencia para entender cometido este delito. Sin embargo, y a diferencia de la redacción anterior con la actual y el ánimo de lucro, sobre esta cuestión el delito de administración desleal de patrimonio ajeno no contempla ninguna referencia expresa, por lo que no se exige como elemento sustancial, que sí se exigía en la redacción del CP vigente al momento de los hechos.

Las características del delito ahora analizado en la redacción dada por la legislación anterior a la LO 1/2015 varían en los elementos del tipo penal y así recuerda esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 806/2014 de 23 Dic. 2014, que "Es verdad que la conducta típica consiste tanto en sustraer como consentir que otro sustraiga (modalidad esta segunda que parece acercarnos al fraude). Pero de cualquier forma basta la sustracción desnuda, aunque no vaya acompañada de artificio".

Y también en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 429/2012 de 21 Mayo 2012, se exige que "El artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (STS nº 172/2006 y STS nº 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extra-yéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".

Según el diccionario de la RAE, exorbitado significa "excesivo o exagerado". En el contexto enjuiciado consideramos que la concesión de la beca a Carmen Vela supuso un ejercicio exorbitado de las funciones encomendadas al acusado por cuanto que, como ya hemos dicho, carecía de facultades para concederla, e, incluso de haberlos tenido, lo hizo a espaldas del Patronato y apartándose groseramente de los

finances fundacionales y de los condiciones que debía reunir el beneficiario, sin atenerse a criterio alguno que respetara la imparcialidad y la no discriminación exigidas.

En definitiva, la ayuda económica se concedió sin causa lícita, abusando de forma exorbitante de las funciones encomendadas.

Además, causó perjuicio al patrimonio público, pues como tal debe considerarse que la Fundación se desprendiera definitivamente de 16.612,12 euros.

En consecuencia, la concesión de la ayuda económica integra el delito de malversación de caudales públicos del artículo 432-1 del CP, tanto en la regulación vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos como en la actual. Y como quiera que la pena a imponer en la regulación actualmente vigente puede ser menor (2 años de prisión) que en la anterior (3 años de prisión) y el máximo es idéntico en ambas regulaciones (6 años de prisión), es de aplicación el artículo 432-1 del CP actualmente vigente, conforme a la calificación de la acusación particular.

DÉCIMO QUINTO. Del expresado delito responde el acusado Fernando José M. J. como autor, por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, conforme al artículo 28 del Código Penal, en relación con el artículo 27 del mismo texto legal.

Autoría que resulta acreditada por la propia confesión del acusado que reconoció que fue él quien concedió la beca o ayuda económica a Carmen V. y quien ordenó se realizaran los pagos; por las documentales de las transferencias bancarias; y por los testimonios prestados por D. P., R. M. P. y L. G., que ya fueron analizados anteriormente.

Por el contrario, considera este tribunal que respecto a la acusada Carmen V. no es posible considerar acreditada su culpabilidad, porque, creemos que la acusada no podía conocer las facultades que tenía el acusado en Mercasevilla o en la Fundación, ni los requisitos que los estatutos exigían para que se concediera una ayuda de esa naturaleza, solo podía saber que el subdirector de Mercasevilla le ofreció la posibilidad de que pidiera la ayuda a la Fundación y que el acusado era el Director General de una sociedad anónima que no funcionaba como la administración, y que estaba al frente de la empresa y tomaba las decisiones.

Es evidente que a la acusada pudo extrañarle la falta de formalidades del procedimiento por el que le concedieron la beca si lo comparamos con las que se exigían para la beca Talenta, pero este indicio aislado es poco significativo teniendo en cuenta que la concedente era una empresa privada, cuyo funcionamiento difiere del de la administración pública.

Debemos reconocer, igualmente, que la acusada dijo en el juicio oral que no se sorprendió cuando le dejaron de remitir el dinero prometido, pero no podemos forzar esa manifestación hasta el punto de asimilarla a una confesión de culpabilidad, como sostuvo el M^a Fiscal, porque es una interpretación muy forzada, contra reo, que no está apoyada por ninguna prueba objetiva, y que, también, se puede interpretar en otro sentido, pues cuando su hermano le informó que F. M. había sido cesado en sus cargos por irregularidades en la gestión de Mercasevilla y que estaba sometido a una investigación penal, no era difícil atar cabos y deducir que ese era el motivo por el que no le pagaban y que, incluso, su beca, que había sido concedida por el acusado, podía ser uno de los actos investigados.

En definitiva, la acusada no podía ser consciente de que el acusado cometía una ilegalidad concediéndole la ayuda económica. Por ello, procede su absolución.

No obstante, como quiera que la acusada se lucrara con la ilícita actividad, responderá a título lucrativo de las cantidades percibidas, conforme a lo dispuesto en el artículo 122 del Código Penal, que dispone:

“El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

DÉCIMO SEXTO. Solicitó la defensa de F. M. que, en caso de condena, concurría la atenuante de dilaciones indebida del artículo 22-6º y 66 del CP.

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TS para la aplicación de esta atenuante son, según sentencia 613/2018, 29 de noviembre:

1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

La parte justificó su pretensión en que se había “producido paralización del procedimiento no imputable a mi patrocinado en los períodos que se determinarán y sobre la base de lo que en su momento se dirá”.

Pese a ello, la parte no determinó en ningún momento los periodos de paralización del procedimiento ni las bases de la solicitud, de tal suerte que este tribunal desconoce los presupuestos fácticos en que la parte funda su pretensión,

que, de este modo, ha incumplido las exigencias que establece reiterada jurisprudencia del TS para que pueda apreciarse la citada atenuante.

Así, el TS en sentencias 613/2018, 29 de noviembre (también la 72/2019, de 11 de febrero), sostuvo que:

“Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Pero si la defensa lo que quisiese proponer es que la sentencia no se ha dictado en plazo razonable, debe tenerse en cuenta que en este sentido la jurisprudencia del TS que, para ello, considera que deberán tenerse en cuenta la complejidad de la causa y otros avatares procesales. Así, en su sentencia TS 31/2018, 22 de enero entendió que:

“También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2; 269/2010, de 30-3; 338/2010, de 16-4; 877/2011, de 21-7; y 207/2012, de 12-3).

A lo que añade el TS en sentencias 613/2018, 29 de noviembre, que:

“Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora le siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante...(SSTC. 153/2005, 177/2004, 237/2001, SSTS. 470/2010 de 20.5, 271/2010 de 30.3, 202/2009 de 3.3, 40/2009 de 28.1, 892/2008 de 26.12, 535/2006 de 3.5, 1293/2005 de 9.11, 858/2004 de 1.7, 1733/2003 de 27.12)”.

En el caso concreto enjuiciado, aunque es cierto que no podemos calificar de rápido el enjuiciamiento si tenemos en cuenta que la querrela inicial se interpuso el 29 de septiembre de 2009, no podemos admitir la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas vistas las circunstancias concurrentes en el caso concreto:

- extrema complejidad de la causa, que formaba parte de otra mucho más amplia de la que fueron desglosados numerosos procedimientos que están en curso:

- la naturaleza de los hechos denunciados obligaron a la práctica de numerosísimas diligencias de investigación, algunas de ellas muy complejas (pericia AEAT), que resultaban imprescindibles para avanzar en la investigación; de hecho, pese a que el acusado fue imputado por la beca a Carmen V. el 26 de noviembre de 2013, negándose a declarar, (tomo XIV, folios 5567 y ss), prestó declaración sobre este hecho, por primera vez, y a petición de su defensa el 30 de noviembre de 2015 después de numerosas suspensiones de la declaración, algunas por petición de la defensa (tomo XXX, folios 11035 y ss);

- su notable extensión (unos 17.000 folios más los soportes contables y documentales);

- el amplio número de recursos interpuestos por las partes en el uso legítimo de su derecho de defensa, pero que demoraron la finalización del proceso;

- el amplio número de investigados, hechos objetos de investigación y partes, que, aunque en el juicio se redujeron a dos acusaciones, 14 acusados, 1 responsable civil y 4 hechos delictivos independientes;

- la compleja infraestructura necesaria para celebrar un juicio que duró 1 mes, y que precisó una sala de vistas especial en la que se pudieran acomodar a las 10 acusaciones y defensas y 14 acusados.

Sentado lo anterior, considera este tribunal que no concurren los presupuestos para apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, pues no se

identificaron las paralizaciones indebidas extraordinarias del proceso no imputable al acusado y el plazo transcurrido para el enjuiciamiento desde la denuncia no puede considerarse irrazonable a la vista de las circunstancias concurrentes en este caso.

En consecuencia, como quiera que en la ejecución del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en sede de determinación de las penas, vista la cuantía de la cantidad sustraída de fondos públicos, que dista mucho de tener la consideración de notoria importancia, la lejana fecha de comisión de los hechos delictivos y que no existe ninguna circunstancia que justifique una imposición al alza de las penas, se impondrán en su mínima extensión: 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.

DÉCIMO SÉPTIMO. Según el artículo 123 del Código Penal, los responsables criminalmente de delitos y faltas lo son también de las costas que ocasione su enjuiciamiento.

Teniendo en cuenta que se formuló acusación por 6 hechos delictivos diferentes y contra 14 acusados, y que se realizaron en total 23 imputaciones individuales y solo se condena por una de ellas, procede imponer al condenado 1/23 partes de las costas procesales. Entre ellas se deben incluir las de la acusación particular, cuya intervención no ha sido notoriamente inútil o superflua en el delito concreto por el que se ha condenado.

El resto de las costas se declaran de oficio.

DÉCIMO OCTAVO. Según lo dispuesto en los artículos 109 a 116 del Código Penal, los responsables criminalmente de delitos y faltas están obligados a reparar los daños y perjuicios por él causados.

En consecuencia, el condenado indemnizará a La Fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla con 16.412,12 euros por los pagos realizados a Carmen V., cantidad máxima que podemos conceder por el principio dispositivo, ya que es la reclamada por las acusaciones, pese a que hemos considerado acreditado que la cuantía de las transferencias ascendieron a 16.612,12 euros. Cantidad de la que Carmen V. M. responderá conjunta y solidariamente en su condición de partícipe a título lucrativo.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

I. Que debemos absolver a los acusados Fernando José M. J., Francisco José G. G. y Francisco L. R. de los delitos de prevaricación, falsedad en documento mercantil y malversación de caudales públicos del artículo 432-1º 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 Fernando M., Cristóbal C. R., Antonio P. L., José C. G., Eduardo D. C. L., Salvador O. B., José Ramón P. S., Fernando R. T., José Manuel G. N. y Pilar G.M. 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 las prejubilaciones del ERE de 2007.

III- Que debemos absolver a los acusados José M. J. y Antonio Angel V. A. 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 Carmen V. M. 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 Fernando José M. J. 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.

V. Fernando José M. indemnizará a La Fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla con 16.412,12 euros, cantidad de la que Carmen V. M. 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 Fernando M., Cristóbal C. R., Antonio P. L., José C. G., Eduardo D. C. L., Salvador O. B., José Ramón P. S., Fernando R. T., José Manuel G. N. y Pilar G. M.

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.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada por el Magistrado Ponente en el día de la fecha. Doy fe.

juzgadodeguardia.es