

Procuradora D^a Pilar Murga Fernández y asistido por el Letrado D. Adolfo Cuéllar Portero.

La acusada D^a Ana V R representada por el Procurador D. Santiago Rodríguez Jiménez y asistida del Letrado D. Manuel Piñero González Salinero.

Segundo. Las sesiones de juicio oral tuvieron lugar durante los días 29,30, 31 de mayo y 5 y 6 de junio de 2023 haciéndose entrega del objeto del veredicto e instrucciones a los señores miembros del jurado el día 12 de junio del mismo año.

Tercero. El Ministerio Fiscal consideró en sus conclusiones definitivas que los hechos eran constitutivos de un delito de malversación continuada del artículo 432.1 y 74 del Código Penal en la redacción ofrecida por la Ley Orgánica 15/2003, y asimismo de un delito de falsedad en documento oficial continuado cometido por funcionario público previsto y penado en los artículos 390.1.1º, 2º y 4º y 74 del Código Penal, ambos en régimen de concurso medial del artículo 77 del mismo código, de los que era autor Fernando V R y cooperadora necesaria Anna V R , solicitando para el primero la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 24 meses a razón de 10 € diarios y seis años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público. Para Ana V R solicitaba la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 20 meses, a razón de 10 € de cuota diaria, así como cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público, solicitando igualmente en concepto de responsabilidad civil que los acusados indemnizasen conjunta y solidariamente a la Junta de Andalucía en la cantidad de 32.566 € por las cantidades distraídas.

La acusación particular de la Junta de Andalucía en sus conclusiones definitivas consideró que los hechos eran constitutivos de los mismos delitos, considerando a Fernando V R autor del referido concurso de delitos, y a Ana V R como cooperadora necesaria del delito continuado de falsedad, solicitando para el primero la misma pena solicitada por el Ministerio Fiscal y que indemnizase a la Junta de Andalucía en la suma de 32.566 € por las cantidades distraídas, y para la

acusada Ana V R la pena de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 15 meses a razón de 10 € diarios y cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público.

La acusación popular del Partido Popular de Andalucía mantuvo idénticas conclusiones definitivas que las del Ministerio Fiscal.

La defensa de Fernando V R en sus conclusiones definitivas consideró que los hechos no eran constitutivos de delito alguno, y subsidiaria y alternativamente que serían subsumibles en un delito de malversación de uso del artículo 433 del Código Penal en su redacción vigente a la fecha en que se cometieron los hechos, delito que se encontraría prescrito. Subsidiaria y alternativamente, también consideró que en el supuesto de que se acogiera la tesis de las acusaciones resultaría de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal.

La defensa de Ana V R en sus conclusiones definitivas estimó igualmente que los hechos no eran constitutivos de delito alguno, y subsidiariamente que serían subsumibles en un delito de malversación de uso que estaría prescrito. También alegó que para el caso de que se acogiera la tesis de las acusaciones resultaría de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas citada.

Cuarto. Los señores miembros del Jurado en fecha 16 de junio de 2023 alcanzaron un veredicto, y en presencia de las partes se dio lectura del mismo, declarándose por la Magistrada-Presidente disuelto el jurado. A continuación a efectos del artículo 68 de la LOTJ se dio la palabra a las partes para que informaran y concretaran las penas solicitadas y responsabilidad civil, explicando sucintamente el Ministerio Fiscal las razones por las que consideraba que existía un concurso medial entre el delito continuado de malversación y el delito continuado de falsedad por el que formulaba acusación, elevando respecto de su escrito de conclusiones definitivas la pena de la acusada Ana V a cuatro años y seis meses de prisión, manteniendo el resto en su integridad. El resto de las acusaciones se adhirieron a la solicitud del Ministerio Fiscal.

Las defensas mostraron su desacuerdo con el veredicto del jurado,

ratificando sus conclusiones definitivas y se reservaron el derecho a formular recurso.

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara:

Primero. Que el acusado Fernando José V [redacted] R [redacted], mayor de edad, con DNI [redacted], fue nombrado Director General Técnico de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (en adelante FAFPE) desde que la misma fue creada. Dicha entidad fue constituida en 2003 por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, procediendo sus recursos en su inmensa mayoría de fondos públicos, percibiendo cuantiosas subvenciones fundamentalmente del Servicio Andaluz de Empleo, teniendo la misma como finalidad la gestión de los fondos públicos para la formación y la promoción de actuaciones formativas y de empleo en relación a los distintos sectores productivos andaluces. Que en virtud de su cargo como Director General el Patronato de la Fundación había autorizado que el Sr. V [redacted] dispusiera de tarjeta de crédito contra las cuentas de la misma para el abono de gastos de representación.

Fernando José V [redacted] prevaliéndose de su cargo llevó a cabo de manera continuada una disposición ilícita de los fondos de dicha entidad, utilizándolos para abonar los servicios que había solicitado en distintos locales de alterne de Sevilla y otras provincias andaluzas, usando para ello la tarjeta que en cada momento dispuso como Director contra las cuentas de la Fundación. Las tarjetas utilizadas fueron las siguientes:

-
-
-

Con ellas dispuso de un total de 32.566 € para gastos en prostíbulos con cargo a los fondos de la FAFPE, los cuales se efectuaron en los siguientes establecimientos, fechas y cuantías:

A) Pagos en el establecimiento JR. DON ANGELO, sito en la Avenida Manuel Siurot 62 de Sevilla; en total 25.277 €, que se desglosan de la siguiente forma:

1) El 20 de octubre de 2004 el acusado realizó cuatro pagos de 481€, 674 €, 373 € y 420 €; en total 1948 €, con cargo a la tarjeta

2) El día 22 de diciembre de 2004 con cargo a la misma tarjeta realizó dos pagos de 270 € y 560 €; en total 830 €.

3) El día 26 de marzo de 2008 realizó dos pagos de 1500 € y 500 € con cargo a la tarjeta ; en total 2000 €.

4) Los días 3 y 4 de junio de 2008 utilizó la misma tarjeta y realizó dos pagos el día 3 de junio, de 1554 € y 812 €; en total 3106 €, y el día 4 de junio uno de 740 €. La suma de ambas cantidades arrojaba la cantidad de 3846€.

5) El día 10 de julio de 2008 nuevamente con la misma tarjeta acabada en , hizo dos pagos de 1856 € y 800 €; en total 2656 €.

6) Los días 22 y 23 de marzo de 2010, utilizando la tarjeta realizó los siguientes pagos: el día 22 de marzo efectuó siete pagos de 562 €, 580 €, 890 €, 980 €, 1470 € y 1260 €; en total 5742 €.

El día 23 de marzo efectuó nueve pagos de 760 €, 640 €, 520 €, 310 €, 1340 €, 1405 €, 1490 €, 1490 € y 1040 €; en total 8995 €.

La suma de ambos días ascendió a 14.737 €.

B) Pagos en el establecimiento TOP SHOW GIRLS perteneciente a la entidad "Electro Dance, SL. 12", sito en la Avenida de Jerez número 45 de Sevilla, realizados los días 17, 18 y 24 de mayo de 2005 que alcanzaron un total de 2591 € con la tarjeta :

-Así el día 17 de mayo de 2005 realizó dos pagos de 175 y 263 € respectivamente, en total 438 €.

-El 18 de mayo de 2005 realizó tres pagos de 250 €, 563 y 540 € respectivamente; en total 1353 €.

-El día 24 de mayo de 2005 realizó un pago de 900 €.

C) Pagos en el establecimiento LA CASITA perteneciente a la empresa "Restaurante I. C ", sito en la Avenida de Andalucía 26 bajo B de

Sevilla: concretamente un solo pago realizado por el acusado con la anterior tarjeta, terminada en , el día 18 de noviembre de 2005, ascendente a 780 €.

D) Pagos en la SALA DELUX, "Pub La Movida", anteriormente denominada "AMERICAN SHOW", establecimiento situado en la calle Platino de Córdoba. Se realizaron por el acusado dos pagos los días 7 y 9 de abril de 2006 por importe de 1120 y 270 € respectivamente. En total 1390 €.

E) Pagos en el establecimiento BAHIA 2 "Restaurante Bahía 16", sito en la Avenida del Mueble, km. 4-6 de la localidad de Chiclana, Cádiz, utilizando el acusado la tarjeta . durante los días 11 y 12 de abril de 2008. El día 11 realizó cinco cargos de 43 €, 288 €, 554 €, 620 € y 176 €; en total 1681 €. Y el día 12 de abril realizó un único pago de 250 €. En total 1931€.

El acusado Fernando V dispuso de dichos fondos públicos en los referidos locales de alterne para su aprovechamiento y lucro personal, en actividades completamente ajenas a la función pública, sin que haya devuelto los gastos realizados a través de ninguna de sus cuentas bancarias (Unicaja, CaixaBank y Banco de Santander), ni tampoco en metálico a través de la Caja Central de la Fundación, no existiendo constancia alguna de que así lo hiciera, pues no recibió resguardo alguno de dichas supuestas entregas, ni quedó en la Caja documentación justificativa que acreditase la recepción por la acusada Ana V o por la cajera, del dinero que hubiese recibido de manos de Fernando.

Solo devolvió dicho acusado parcialmente los gastos realizados los días 22 y 23 de marzo de 2010 en el local Don Angelo.

Segundo. La acusada Ana V , mayor de edad, con DNI , era la Directora Económica Financiera de la Fundación, en cuyo departamento que dirigía, se llevaba la contabilidad y el control de las cajas.

El acusado Fernando V no quería hacer las devoluciones mediante transferencia bancaria, pues su intención era no restituir los fondos

públicos distraídos. Los acusados Fernando V. y Ana V., mediante el influjo del primero, decidieron de común acuerdo, aprovechando el control y acceso que ésta última tenía de la contabilidad y de la Caja Central en su condición de Directora Económica, simular las devoluciones de los referidos gastos de tarjeta del primero mediante el procedimiento del ingreso fingido de tales devoluciones en metálico en la referida Caja Central, ordenando la segunda la anotación de dichas devoluciones en las liquidaciones de la misma, la cual estaba destinada exclusivamente a atender a pequeños gastos corrientes de carácter periódico como gastos de transporte que habían sido abonados directamente por los empleados, comidas, material o anticipos de viaje etc., y en la que no debían hacerse ingresos que no fueran pequeñas devoluciones de anticipos.

Para cuadrar la Caja los acusados conocían que en el momento de practicarse la liquidación únicamente se precisaba que hubiesen gastos como los correspondientes a dietas o desplazamientos, que absorbieran el importe de la devolución. Estos gastos, cuyas cantidades se ajustaban a la normativa de la Junta de Andalucía (Decreto 54/1989 y Orden 404/2000 de 5 de octubre), podían ser reales, pero en muchos casos eran ficticios, pues la documentación justificativa de los mismos era prácticamente inexistente, los cuales eran anotados en las liquidaciones de la Caja con la referida finalidad de que se ajustasen al importe de los ingresos que suponía la devolución simulada.

Y en segundo lugar igualmente decidieron de común acuerdo que en el Departamento Económico que dirigía la acusada se llevase a cabo la anotación contable de las inexistentes devoluciones en el Libro Diario, para que concordasen con los referidos gastos de la tarjeta, anotaciones que tuvieron lugar en ocho de las 10 operativas de gasto descritas, con un decalaje entre el gasto y la anotación contable a veces de días y en ocasiones de varios meses.

Tercero. Así respecto del gasto de 1948 € realizado el día 20 de octubre de 2004 en el local Don Angelo, los acusados decidieron que se realizara el apunte contable correspondiente a su devolución en el Libro Diario, el cual tuvo lugar el 15 de noviembre de 2004 y en el que figura como pagado en caja.

Para ello precisaban de una liquidación de caja que contuviese la

referencia a dicha devolución.

No obstante en la caja central 040128 ya existía una liquidación que no contenía dicho ingreso extraordinario de 1948€ ni gastos de desplazamiento.

De esta forma para facilitar la contabilización de la reposición de los fondos y asimismo la compensación en la caja de dicho ingreso inexistente, la acusada Ana V , puesta de acuerdo con el acusado Sr. V , facilitó a los empleados del referido Departamento el dato falaz de dicha devolución así como de gastos que no se habían producido , consiguiendo que se practicara otra liquidación de la caja central el 2 de noviembre de 2004, concretamente de la caja 040128, en la que se incluyó el ingreso extraordinario de 1948 €, y para cuadrar la misma se introdujeron gastos simulados, en este caso, dietas por desplazamientos ascendentes a 901,30 euros: una de ellas era del empleado Joaquín M M cuya declaración del viaje ni siquiera estaba suscrita por él ni certificada por la acusada Anna V , ya que el documento carecía de firmas; y los otros dos viajes eran de Ana V , uno a Málaga los días 14 y 15, y otro a Almería los días 19 y 20, certificados por ella misma, sin que se incluyera en las hojas de liquidación de los viajes factura de hotel (pese a que una noche en cada uno habría precisado pernoctar recogiendo en ellas la dieta legalmente prevista por alojamiento, que solo alcanzaba 60,10 €, salvo presentación de factura por importe superior, ni tampoco tickets de comidas, pues también como en el caso anterior el importe de la dieta por todas las comidas diarias era muy reducida.

Lo mismo ocurriría con las dos cajas confeccionadas posteriormente, la caja 0400126 y la caja 050039, en la que se incluyeron nuevos gastos de desplazamiento ficticios por importe respectivamente de 469,18 € y 577,07 €, la mayoría de Ana V , incluyendo más de un día de viaje, sin que se aportase a la caja factura de hotel o tickets de comidas, siendo así que la suma de los tres gastos de desplazamiento, justificados únicamente mediante las hojas denominadas "orden de viaje y anticipo" autorizados por la acusada Ana V como Directora económica, ascenderían a la misma cantidad que la devolución contabilizada.

Cuarto. Los días 17, 18 y 24 de mayo de 2005 el acusado Fernando V realizó pagos con la tarjeta por cuantía total de 2591 € en el establecimiento Top Show Girls. Pese a que no se realizó la devolución de

dicha suma, los acusados decidieron que se anotase la reposición de los fondos en el Libro Diario de la Faffe. Constan dos apuntes contables efectuados el día 18 de octubre de 2005 bajo el concepto de "Devol. Visa F. V .", aparentando uno un supuesto ingreso en la caja central, cuenta , y el otro un gasto por el mismo importe en la cuenta (compras y gastos), donde se contabilizaban por ejemplo los gastos de viaje del personal de la empresa. Sin embargo, como en el resto de los casos, en la caja central no existía documentación justificativa de dicha devolución, no habiéndose encontrado ningún documento que se correspondiese con este supuesto abono, que terminó contabilizándose como un gasto.

Quinto. Los días 7 y 9 de abril de 2006 el acusado Fernando V realizó gastos en el local de alterne denominado Sala Delux, antes denominada American Show, por importe total de 1390 €.

Los acusados decidieron realizar el mismo procedimiento, que se anotase en el Libro Diario de la Faffe la ficticia devolución, que en este caso fue parcial por importe de 1294 € mediante dos anotaciones de fecha 11 de abril de 2006, simulando una un supuesto ingreso en la caja central, cuenta , y la otra un gasto por el mismo importe en la cuenta (compras y gastos). Sin embargo en la caja central no existía documentación justificativa de dicha devolución, no habiéndose encontrado tampoco ningún documento contable que se correspondiese con este supuesto abono, que terminó también contabilizándose como un gasto .

Sexto . Respecto del gasto de 2000 € realizado por el acusado Fernando V el día 26 de marzo de 2008 en el local Don Angelo, fueron tres los asientos recogidos en el Libro Diario, uno de ellos haciendo constar el gasto de la tarjeta, y los otros dos de fecha 1 de abril de 2008 haciendo constar la devolución de dicho importe por caja central, dato que fue suministrado al departamento de contabilidad directa o indirectamente por la acusada Ana V , puesta de acuerdo con el acusado Fernando V .

En la liquidación de la caja 080021 de fecha 22 de abril de 2008, posterior a la referida contabilización en el Libro Diario, se recoge la anotación de una devolución por idéntico importe de 2000 €, no existiendo documento en la referida caja que acreditase la realización de dicho ingreso por el Sr. V .

El día 30 de abril de 2008, los acusados decidieron confeccionar una caja extraordinaria, la 080047, con la finalidad de dar salida al importe de la supuesta devolución, en tanto que la misma no había existido realmente, mediante el fingido abono de una factura de fecha 18 de abril de 2008 de Jaime d'Í E A por importe de 2514,50 €. En la propia factura se anota de manera manuscrita que 2000 € son pagados por caja central y los 514,50 € serán pagados por banco al socio o empleado de Jaime d'Í E , José N S .

El motivo de dicha factura fue una comida de feria de empleados de la FAFPE en la caseta de la UGT, siendo el casetero Jaime d'Í E A , quien afirmó no conocer a la Fundación, negando haber recibido los 2000 € referidos y cualquier pago que no fuera de la UGT. Tampoco se ha acreditado que con motivo de dicha caja extraordinaria se hubiese expedido por los acusados un cheque para pagar en efectivo la referida comida por importe de 2000 €. De dicha comida de feria, aunque se celebrara, sólo consta abonado el importe de 514,50 € a José N S por transferencia bancaria.

Sexto. Que en relación al gasto de 14.737 € de los días 22 y 23 de marzo de 2010 en el club de alterne Don Angelo, el acusado Fernando V al darse cuenta de la elevada cuantía del mismo le comentó su realización al día siguiente a la acusada Ana V , y ésta le encargó al técnico Rafael M R , Adjunto a la Dirección, que llamase al banco para que les informase sobre las posibilidades de anulación de la tarjeta y recuperación del dinero, porque el Sr. V decía que se la habían robado o le habían imputado pagos que él no había hecho. Como quiera que le dijeron que tendría que denunciar los hechos, y además éstos ya habían trascendido del círculo de los acusados, Fernando V optó por la devolución, que se llevaría a cabo el día 25 de marzo. No obstante éste último carecía de fondos propios suficientes para hacer la misma, por lo que puesto de acuerdo con Ana, decidieron ese mismo día, 25 de marzo, extender dos cheques contra la cuenta corriente de la Fundación de CaixaBank, firmados por ambos, uno por importe de 3000 € y otro por importe de 3300 €, cheques que Ana cobró en metálico ese mismo día, en sucursal distinta de la habitual, para poder hacer frente parcialmente a la referida restitución. Por su parte Fernando decidió devolver el resto, prestado por un tercero, llamando a su chofer, entregándole un sobre que contenía dinero, para que se desplazara desde el domicilio del

acusado hasta la puerta del local de alterne donde le entregó el sobre a una persona que había esperando. De esta forma dispuso el responsable del prostíbulo del importe de 14.737 €, para hacer la devolución por el TPV.

La salida de los fondos de la cuenta bancaria de la FAFPE a través del cobro en efectivo de los cheques referidos se mantuvo oculta, al no haberse recogido en la contabilidad a través del Libro Diario de la Fundación ni en ningún otro registro contable por decisión de los acusados que eran los únicos que conocían dicha salida de efectivo.

Además decidieron no contabilizar el gasto de la tarjeta por importe de 14.737 €, ni tampoco la devolución, a fin de mantener también oculto todo lo relativo a dicho asunto.

Constan realizados en la cuenta de la Faffe de CaixaBank cinco ingresos entre el 2 y el 20 de diciembre de 2010, que sumarían 6300 €; ambas partidas, el importe de los talones y los referidos ingresos conciliarían entre sí, si bien se desconoce quien realizó tales ingresos, el concepto, la procedencia de los mismos, y su relación con los referidos cheques, no pudiendo afirmarse que se trate de la devolución de éstos por parte de los acusados.

Séptimo. Finalmente en relación a los gastos efectuados el día 18 de noviembre de 2005 en el local de alterne La Casita, ascendentes a 780 €, como quiera que el establecimiento pertenecía a la empresa "Restaurante I. C ...", determinó que los mismos se contabilizaran en el Libro Diario de la Faffe como gasto normal de comida de visa, al desconocerse por los empleados del Departamento Económico cual era la actividad de dicho local, sin que el acusado Fernando V ... comunicara la realización de dicho gasto ilícito para su posterior devolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los hechos que se han declarado probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación del artículo 432 del Código Penal en su redacción ofrecida por la Ley Orgánica 15/2003, cometido

por ambos acusados, si bien en el caso de Fernando V sería delito continuado en relación con el artículo 74 del mismo código. Dicho delito de malversación estaría en concurso medial del artículo 77 con un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público del artículo 390.1. 1º, 2º y 4º en relación con el artículo 74 del referido cuerpo legal, respecto de ambos acusados.

A) Delito de malversación

El delito de malversación (artículo 432 Código Penal), castiga a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere, es decir se apropiare, de los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones o consintiere que un tercero con igual ánimo sustrajere dichos caudales públicos.

La jurisprudencia (SSTS 482/2020 de 30 de septiembre, 627/2019 de 18 de diciembre, 362/2018 de 18 de julio, entre otras) tiene declarado que el delito de malversación de caudales públicos requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

a) El autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal o resultar asimilado a la condición de funcionario por la vía del art. 435, bastando a efectos penales con la participación legítima en el ejercicio de función pública.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales, en todo caso de naturaleza mueble, han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público.

En relación al supuesto aquí planteado, y en relación al especial interés de las defensas en resaltar la porción de ingresos aunque fuere minoritario de origen privado de las cuentas de la Fundación, debemos recordar el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017, recogido en la STS 177/2018 de 8 de junio, que estableció que los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otro de cualquier índole que integran el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y por tanto

pueden ser objeto material del delito de malversación, siempre que, entre otros supuestos, el objeto de la sociedad participada sea la prestación directa o indirecta de servicios públicos, que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado u otras Administraciones Públicas y que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido para desarrollar su objeto social y actividad. Todas estas circunstancias concurren en el presente caso: en primer término porque dentro del concepto jurídico penal de sociedad, debemos entender incluidas, entre otras entidades, a las Fundaciones (art. 297 CP). En segundo lugar porque también se cumple en la Faffe el carácter público de las funciones que desarrollaba y para las que fue creada por la Junta de Andalucía relativas a la gestión de los fondos públicos para la formación y la promoción de la formación y el empleo en Andalucía, que resultan especialmente de la documentación incorporada al informe pericial de la defensa realizado por el economista Juan Luis P G . En tercer lugar porque sus recursos, como analizaremos poco después, procedían fundamentalmente de subvenciones del SAE y de otros organismos públicos, tal y como se deduce del primer informe de inteligencia policial, atestado 182/18 y como admitió la acusada Ana V , al afirmar que cada año entraban en expedientes de subvenciones públicas. En cuarto y último lugar porque la Fundación estaba sujeta a la fiscalización de la intervención de la Junta de Andalucía, como también veremos más adelante, reconociendo Ana V que la Cámara de Cuentas les auditó dos o tres veces y que cuando pasaron a integrarse en el SAE hubo una auditoría excepcional.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación en que debe encontrarse el funcionario respecto de tales caudales o efectos públicos. Estos deben estar "*...a su cargo por razón de sus funciones...*", dice el propio tipo penal. La jurisprudencia ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias le atribuyan específicamente tal cometido, refiriéndose también a las funciones efectivamente desempeñadas (SSTS 222/2022 de 9 de marzo, 411/2013 de 26 de mayo). Esto es, los fondos públicos han de estar a su cargo ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en el primer caso tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material, pero no se precisa una inmediata posesión o tenencia, es decir, que el funcionario tenga en su

poder los fondos públicos, siendo suficiente la posesión mediata.

d) El cuarto y último elemento consiste en que la acción punible a realizar es "*sustraer o consentir que otro sustraiga*", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva, esto es quebrantamiento del deber de impedir en cuanto que el funcionario se sitúa en posición de garante, y que supone una apropiación sin ánimo de reintegro, en la que se requiere el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito. Ánimo de lucro que se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS 1514/2003 de 17 de noviembre), no siendo necesario lucro personal sino ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucro se refiera al beneficio de un tercero (STS 506/2014 de 4 de junio).

Como elemento subjetivo del injusto se requiere el dolo genérico de conocer que los caudales que se sustraen son públicos y que con dicha actuación se apartan de la finalidad pública para la que están destinados.

Finalmente debemos destacar especialmente en relación al supuesto enjuiciado, que el delito de malversación es un delito de resultado, y que el mismo se consuma cuando se realiza la efectiva disposición de los fondos públicos (SSTS 909/2022 de 22 de noviembre, 277/2015 de 3 de junio, 310/2013 de 7 de marzo).

Pues bien en el caso de autos en relación a dichos requisitos jurisprudenciales, son hechos indiscutidos, que han de servir de base, los siguientes:

1. Que la Fundación Faffe fue constituida por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en virtud escritura fundacional de fecha 22 de mayo de 2003, a través de la autorización concedida por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 28 de enero del mismo año.
2. Sus recursos, como así lo declaró probado el Jurado, procedían en su gran mayoría de fondos públicos, fundamentalmente del Servicio Andaluz de Empleo, como con claridad resulta del atestado 182/2018, folios 5 a 8 (tomo I del Testimonio) tras examinar los ingresos de las tres cuentas bancarias de la Fundación en las cuales se cargaron las tarjetas de crédito objeto de enjuiciamiento, señalando que en una de ellas el 81,79% tenía su origen en la Tesorería del Servicio Andaluz de Empleo

(SAE), en otra el 67,86% eran también fondos públicos, ingresos que tenían su origen en diferentes organismos públicos de la Administración Andaluza, entre ellos el SAE, y que en la tercera el 73,89% de sus ingresos también eran públicos, procedentes de la Tesorería del SAE y un 21,51% del Consorcio Centro de Formación en Técnicas Industriales de San Fernando, financiado íntegramente con subvenciones públicas, lo que sumaba en esta cuenta el 95,40% de ingresos públicos.

3. Que la referida Fundación tenía como finalidad la gestión de los fondos públicos para la formación y la promoción de actuaciones formativas y de empleo en relación a los distintos sectores productivos andaluces.

4. Que en la escritura pública fundacional se designó al acusado Fernando V R como Director General Técnico con amplias facultades de gestión y de representación, como así lo expone su defensa en su escrito de conclusiones definitivas, siendo nombrada como Directora Económica Financiera la acusada Ana V R , quien dirigía el departamento económico financiero, en el cual se llevaba la contabilidad y la gestión de las cajas, tal y como reconoció la misma en su declaración judicial, admitiendo su defensa en su escrito de conclusiones definitivas, que por resolución de 12 de junio de 2003 el entonces Tesorero del Patronato de la Fundación delegó en la Sra. V las funciones de contabilidad, esto es las tareas contables que se derivasen de la gestión económica-presupuestaria de la Fundación.

Por consiguiente ambos acusados eran empleados públicos por nombramiento de autoridad competente y participaban en el ejercicio de funciones públicas.

5. Que el acusado Fernando V , tal y como lo reconoció en su declaración judicial, y así lo declara probado el Jurado, tenía asignada una tarjeta de crédito para gastos de representación contra las cuentas de la Fundación.

6. Y que el mismo, como también lo declara probado el Jurado, en un uso ilegítimo de dicha tarjeta realizó de forma continuada una disposición de los fondos de la Fundación para abonar los servicios que había solicitado en distintos locales de alterne de Sevilla, Córdoba y Chiclana (Cádiz). Así lo admitió el propio acusado en el plenario (*"los cargos en puti-clubs son ciertos"*) y resulta del referido atestado 182/2018 donde se analizaron los gastos de las tres tarjetas bancarias de las que el Director dispuso en diferentes momentos temporales, comprobándose así los gastos

abonados con dichas tarjetas por el Sr. V en diferentes prostíbulos en los años 2004, 2005, 2006, 2008 y 2010 por un total de 32.566 €.

El acusado manifestó no obstante que en todas esas ocasiones pagó con la tarjeta de la Faffe conscientemente, sabiendo que era un gasto que tenía que devolver. Que él siempre devolvía el dinero en metálico por caja, para no alarmar a su familia, ya que compartía con su mujer las cuentas bancarias. Que lo sacaba del cajero y lo entregaba en caja. Que previamente le preguntó a Ana V si esto se podía hacer y le dijo que era una fórmula posible, y así lo hizo. En la misma línea su defensa sostiene que los citados gastos fueron devueltos por el acusado en la forma indicada por éste, pronunciándose en idéntico sentido la defensa de Anna V. Por ello ambas consideran que estaríamos en presencia de un delito de malversación de uso del artículo 433 del Código Penal, por el uso transitorio de los fondos públicos posteriormente devueltos, delito que llevaba aparejada en la fecha de los hechos una pena de multa de 6 a 12 meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, por lo que a tenor del artículo 131 del referido Código dicho delito estaba prescrito al comienzo de la investigación judicial.

Sin embargo como declaró probado el jurado, con la excepción del gasto en el local Don Angelo los días 22 y 23 de marzo de 2010 al que luego nos referiremos, resulta acreditado que no se produjo dicha devolución por las siguientes razones:

- 1.No consta ninguna extracción por parte de Fernando V en sus cuentas bancarias, Unicaja, CaixaBank y Banco de Santander, por el importe de dichos gastos entre la fecha de los mismos y la fecha en la que se anotaba la devolución en el Libro Diario de la Fundación a través de la caja central, tal y como resulta de las conclusiones de los informes de inteligencia policial incorporados, concretamente del atestado policial 10/20 ratificado en el plenario y que obra en el Tomo III del Testimonio (folio 49 del atestado), no habiéndose aportado tampoco ningún testigo que pudiera confirmar que le prestó dinero como parece sugerir su defensa en sus conclusiones definitivas.

2. La transferencia bancaria hubiese sido la forma lógica y razonable que cualquier persona hubiese utilizado para dejar plena constancia de la reposición de los fondos, de su cuantía y de la fecha de su realización. El

argumento por sí mismo inconsistente, alegado por el acusado para no realizar las devoluciones a través de transferencia bancaria, que era para evitar que su esposa pudiera enterarse de los referidos gastos por compartir las cuentas con ella, decae definitivamente cuando se comprueba, como así lo hizo el Jurado, a través de los extractos de las cuentas del acusado, que el mismo era usuario con su propio dinero de los referidos locales de alterne, como con claridad resulta del extracto de su cuenta del Banco de Santander aportado en el plenario por su defensa. En la misma figuran gastos de 1200 € y 784 € en el local Electro Dance SL el 23 de junio de 2005; otro gasto el 13 de noviembre de 2007 en Don Angelo por importe de 130 €; otros en el local Restaurante Bahía el 14 de abril de 2008 por importes de 250 €, 250 €, 176 € y 132 €; nuevamente en el mismo local gastos el 6 de junio de 2008 por importes de 277 €, 179 € y 110 €. Llamativo sin duda es el gasto de 920 € que el acusado hace el 23 de marzo de 2010, el mismo día que también realiza el gasto de 14.737 € en el local Don Angelo con la tarjeta de la Fundación.

De los extractos de su cuenta de Unicaja entre los días 2 y 3 de abril de 2007 en el Restaurante Bahía también figuran 25 gastos que suman un total de 5668 €. Y nuevamente en el mismo local, el 12 de abril de 2008, día en el que también se registra un gasto en dicho club con la tarjeta de la Faffe de 250 €, el acusado utilizando la tarjeta de su propia cuenta realizó un gasto de 370 € que dejó a la misma al descubierto.

3. La versión del acusado de que realizaba las devoluciones en metálico a través de la caja central, únicamente aparece corroborada por la coacusada Ana V . Sin embargo no existe la menor justificación documental de dichas entregas a la acusada en metálico, pues ni Fernando V aporta resguardo alguno de haber realizado dichas entregas, donde se especifique su identidad, el día, el importe y la persona que recibe el dinero, ni ha quedado en la Caja en cada caso documentación justificativa que acredite la recepción del dinero en metálico de manos del acusado, con igual indicación de fecha, importe e identidad de la persona receptora. Todo ello resulta del atestado 55/2019, folio 21 y siguientes, incorporado al Tomo I del Testimonio, y de la testifical del capitán de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil que instruyó el mismo, que manifiesta que en las cajas no había soporte documental de las devoluciones pese a lo cual se contabilizaba la

devolución en el Libro Diario. Que la dinámica que observaron con motivo de la investigación es que en el Libro Diario los asientos contables indicaban la devolución en la caja central, y al acudir a ella no encontraron documentación justificativa de la realidad de la misma, no había recibí, ni factura ni liquidación posterior. Insiste en que la dinámica era hacer ver que se devolvía el dinero en la caja incluyendo la compensación de un gasto para que las cuentas cuadrasen.

4. Además de lo anterior existen importes sobre los que ni siquiera ha existido simulación de devolución, y así lo ha declarado probado el Jurado; esto es que se habrían gastado ilícitamente sin más por el Sr. V..., lo cual reafirma la tesis de las acusaciones, sobre la voluntad de disposición de los fondos por parte de aquel con nula voluntad de restitución, como en el caso del gasto correspondiente al día 18 de noviembre de 2005 en el local de alterne La Casita ascendente a 780 €, local que como quiera que pertenecía a la empresa "Restaurante I. C...", ignorándose en el Departamento Económico de la Fundación la actividad desarrollada en dicho establecimiento, determinó que el gasto se contabilizara en el Libro Diario como gasto normal de comida de visa, como así lo manifestó la acusada Ana V..., sin que el acusado Sr. V... le comunicara dicho gasto indebido. Esto impidió a su vez que la acusada activara el procedimiento de reintegro simulado.

Asimismo la devolución anotada correspondiente al gasto de los días 7 y 9 de abril de 2006 en el local Sala Delux ni siquiera fue por importe total de 1390 €, sino por el importe de 1294 €, de modo que de la diferencia, 96 €, no consta siquiera contabilizada su devolución.

5. Queda patente en virtud de lo expuesto que la contumacia y frecuencia con la que el acusado disponía de los fondos públicos para gastos en prostíbulos, de elevadas cantidades en ocasiones, que además simultaneaba con gastos de recursos propios en los citados locales, incluso con coincidencias de fechas, es incompatible con la idea de la disposición de los caudales públicos de forma transitoria, pues la situación descrita lo que pone de manifiesto es que en las fechas enjuiciadas el acusado tenía una afición descontrolada por este tipo de establecimientos.

Corresponde a continuación referirnos a la participación de Ana V. en el delito de malversación. Ello supone referirnos a los gastos realizados por Fernando V. con cargo a la tarjeta de la Fundación los días 22 y 23 de marzo de 2010 en el local Don Angelo por importe de 14.737 €.

Declararon ambos acusados que Fernando V. al día siguiente, al darse cuenta de la cuantía tan elevada del gasto, le comentó a Ana V. lo sucedido y que le habrían sustraído la tarjeta o le habrían imputado pagos que no había hecho y que había que buscar una solución. Que por tal motivo la acusada encargó al Adjunto a la Dirección llamado Rafael M. R. que llamase al banco para que se informase de las posibilidades de recuperar los importes y anular la tarjeta. Que en virtud del soporte de audio de la grabación de dicha conversación telefónica entre el referido empleado de la Fundación, cuya voz él mismo reconoció, y el empleado del banco, se oye como el primero le dice al segundo que a su jefe le habrían sustraído la tarjeta y que el último movimiento era del 23 de marzo a las 2,42 horas de 1.040 €. La acusada manifestó en su declaración en el plenario que el empleado del banco dijo que para anular la tarjeta por sustracción había que poner una denuncia, aportar pruebas, testigos por si habían visto algo, el lugar donde había ocurrido, por lo que supone que por tal motivo Fernando V. no denunció y que éste estaba muy preocupado porque este asunto pudiera causar daño.

Ante tal situación ambos acusados reconocieron, como así lo ha declarado probado el jurado, que Fernando V. decidió devolver el dinero; seguramente tomando en consideración la elevada cuantía del gasto y que el asunto ya era conocido por personas ajenas a la Dirección.

Que asimismo el acusado manifestó que tuvo que pedir el dinero prestado porque él no tenía, y que al siguiente día de haber revelado lo acontecido mandó a su chofer con un sobre con dinero para que lo entregara en el club Don Angelo, concretamente a una persona que estaría esperando en la puerta. Era el día 25 de marzo, día en el que finalmente el propietario del establecimiento realizó la devolución del gasto a través del TPV, hecho éste último incuestionado por las partes y que resulta plenamente acreditado a través del atestado 55/2019 (folio 116 y siguientes).

Ha de hacerse constar como inciso, que por error informático la alusión a

la devolución del gasto a través del TPV no se incluye en el hecho declarado probado del objeto del veredicto (hecho 5) relativo a Fernando V , observándose al final del mismo una frase inacabada precisamente por la falta de dicha mención, aunque su contenido íntegro con inclusión de dicha referencia fue expuesto en Sala el 14 de junio de 2023, explicando al jurado la diferencia entre dicho hecho y el siguiente, que finalmente se declaró no probado. Sin embargo este defecto resulta subsanado por el comienzo del hecho 7, declarado probado, que refiere el reintegro de los gastos a través del TPV, y además porque el contenido íntegro del hecho quinto coincide con el contenido del hecho tercero del objeto del veredicto de Ana V , declarado probado, que contiene la mención omitida por error.

Continuando con lo acontecido el día 25 de marzo de 2010, resulta acreditado en virtud del contenido del atestado 55/2019 (folio 118) incorporado al Tomo I del Testimonio, que ese mismo día 25, la acusada, Ana V R , cobró dos cheques en efectivo de la cuenta de la Fundación de CaixaBank, uno por importe de 3000 € y otro por importe de 3300 €, los cuales, según la normativa interna de la Fundación, tenían que llevar la firma mancomunada tanto del Sr. V como de la Sra. V , como asimismo ellos reconocieron en sus respectivas declaraciones, y resulta del análisis de la referida normativa obrante a los folios 43 y 44 del atestado 63/2021 (Tomo III del Testimonio).

Pues bien el Jurado ha declarado probado que como quiera que el Sr. V carecía de fondos suficientes para hacer la completa devolución, los acusados Fernando y Ana, puestos de común acuerdo decidieron que Ana cobrara esos dos cheques, firmados por ambos, en metálico, en la entidad CaixaBank, para con dicha suma hacer frente parcialmente a la reposición de los fondos.

En tanto que no existe prueba directa de la utilización del importe de ambos cheques para completar la devolución de los gastos del local Don Angelo, hemos de acudir a la prueba indiciaria o de presunciones.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (SSSTC 133/2014 de 22 de julio, 146/2014 de 22 de septiembre, 229/2003 de 18 de diciembre) y del Tribunal Supremo (SSTS 199/2023 de 21 de marzo, 337/2023 de 10 de mayo) que la prueba indiciaria puede sostener un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo alguno del principio de presunción de inocencia siempre que se cumplan los siguientes

requisitos: a) el hecho o los hechos base, que son los indicios, han de estar plenamente acreditados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base en virtud del juicio de inferencia o enlace argumental de los mismos; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso tanto que el órgano judicial exponga los indicios como que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y finalmente d) este razonamiento ha de venir avalado por las reglas de la lógica, del criterio humano o de la experiencia común, a la que se refería la STC 169/1989, de 16 de octubre *"una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes"* .

La valoración de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, como desde su suficiencia o calidad. Desde la primera perspectiva será irrazonable la inferencia si los indicios acreditados descartan el hecho o no llevan naturalmente a él; y desde la segunda, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

Sin embargo la prueba se obtendrá cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error. Y la seguridad de una inferencia, se produce cuando aquella genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar, cuando esa hipótesis está dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis o inferencias que actúen en dirección contraria, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite más allá de cualquier duda razonable respaldar la que se impone como dominante.

El jurado ha partido en primer lugar, del hecho reconocido por ambos acusados, de que entre el día 23 de marzo de 2010 en que Fernando V tomó conciencia de la importancia del gasto que acababa de realizar y el día 25, hay un intento por parte de los dos acusados de buscar una solución, desde el instante en que Fernando le cuenta a Ana lo acontecido. Ella manifiesta, que abrumada, piensa "Dios mío en que se habrá gastado tanto dinero" y le ordena al testigo M R que llame al banco para que diga que a su jefe le habían sustraído la tarjeta a fin de recuperar los importes gastados. Que el encargo de llamar al banco al referido Adjunto de Dirección lo realiza Ana a solicitud de Fernando, lo que evidencia el clima de entendimiento y colaboración de la acusada en

esos momentos. Que en dicha conversación telefónica según les informó el empleado del banco, se aborda la posibilidad de interponer la denuncia, pero que al final no se hizo porque entre otras razones, se iba a conocer el lugar donde se habían realizado tales gastos.

En segundo lugar, el jurado ha tomado en consideración la ausencia de contabilización de dicho gasto y de la devolución, que aparece acreditada en el atestado 182/2018, folio 41 (Tomo I del Testimonio). De ello infieren razonablemente que cuando la idea de la denuncia resulta inviable, y la única solución posible era la restitución de los fondos, los acusados se pusieron de acuerdo con el fin de evitar que el gasto, y la devolución cuando se produjera, se relacionasen con la Fundación.

Además de ello Fernando V. en su declaración en juicio reconoció que le dijo a Ana que no quería que ese gasto apareciera en contabilidad por vergüenza. Que luego llamó al banco para hablar con la persona que se relacionaba con ellos y le dijo que no sabía lo que había pasado con la tarjeta, que lo ocurrido era una barbaridad, que en un local de estos uno toma copas y no está en pleno uso de sus facultades. Por su parte Ana manifestó que Fernando le mostró su preocupación porque ese tema hiciera daño, y que ella cuando se produjo la devolución decidió que el gasto estaba compensado, pues al final de mes realmente no se había producido ningún gasto.

El tercer indicio expresado por el jurado, fue que en ese clima de entendimiento, el día 25 de marzo de 2010, día de la devolución, ambos acusados decidieron firmar dos cheques, los cuales requerían la firma mancomunada de los dos, por importe total de 6300 €. Como señaló el jurado sin mediar acuerdo entre ellos no era posible hacer efectivos dichos cheques. Los mismos, como se ha expuesto, fueron cobrados en metálico por Ana V., quien además lo hizo en otra sucursal distinta de la habitual, pues según manifestó su sucursal de cabecera era la del edificio Galia, y estos cheques fueron cobrados en la sucursal de la calle Virgen de Luján, lo que respalda la idea acerca del propósito de los acusados de esconder todo lo relacionado con dicho gasto.

El cuarto indicio, que confirma dicha intención de ocultación, es que los citados cheques no se anotaron tampoco en la contabilidad de la Faffe, como se evidencia en el atestado 55/2019, folio 119; la única explicación lógica de dicha omisión es que nadie tuviera conocimiento de la salida de dichos fondos de la cuenta de CaixaBank perteneciente a la Fundación.

Debe añadirse en quinto lugar, como resulta acreditado a través de la información bancaria correspondiente a la tarjeta, tal y como expone el atestado 182/2018, folio 41 y 42, que el día 25 de marzo se efectuaron por el propietario del establecimiento operaciones de anulación de cargos, es decir de devolución de todos los importes cargados, las cuales tuvieron lugar entre las 21,30 horas y las 21,44 horas; de ello se infiere que aproximadamente a esa hora el propietario de Don Angelo había recibido el sobre con el dinero a través del chofer del acusado, teniendo pues la acusada Ana V..., a lo largo de todo el día, tiempo suficiente para la entrega de los 6.300 € al referido propietario a través de cualquier persona interpuesta o mediante el envío por cualquier servicio de mensajería de confianza.

En sexto y último lugar, debe destacarse que la acusada no ha sabido ofrecer una explicación mínimamente razonable sobre la finalidad del cobro de ambos cheques el mismo día de la referida devolución. Afirma que ella entregaría el importe en tesorería, o a quien fuera, cuando los cobró. Que ella supone, porque afirma no recordar haber extendido los cheques ni haberlos cobrado, que serían para reservas de algún espacio público para la realización de congresos o eventos. Dicha hipótesis, que no aparece avalada por algún testigo o justificación documental, es extremadamente débil porque las reservas de espacios normalmente se realizan por transferencia bancaria, y además no imaginamos, por no ser lógico, que ese día, justo ese, la acusada fuera a cobrar los referidos talones, para luego entregar el dinero a los lugares donde se hubieran realizado las reservas, que además hipotéticamente serían varias como a continuación veremos. Y desde luego no ha ofrecido ninguna explicación sobre la falta de contabilización de los cheques, cuando era ella, la única que podía informar a su departamento, donde se llevaba la contabilidad, de dicha salida de dinero de una de las cuentas de la fundación. Tampoco ha aportado su defensa documentación justificativa sobre la frecuencia o habitualidad con el que la acusada cobraba en efectivo cheques contra las cuentas de la Fundación, que pudiera haber generado la duda sobre la cotidianeidad de dicha actuación por parte de la misma.

Del engarce lógico de estos indicios plenamente acreditados resulta la inferencia prevaleciente de que dichos cheques sirvieron para la restitución parcial de los gastos de tarjeta ascendentes a 14.737 €, pues ninguna explicación alternativa existe de que el mismo día de la devolución, para la cual el acusado tuvo que pedir el dinero prestado, se

firmen dos cheques por los acusados, se cobren en metálico por la acusada, no exista la más mínima acreditación de una finalidad distinta de los mismos, ni de la entrega de sus importes en la fundación y que además los mismos no se contabilicen en el Libro Diario ni en ningún otro registro.

Para finalizar este apartado debemos poner de manifiesto, como así lo destacan las defensas, que conforme resulta del folio 371 del Tomo II del Rollo, atestado 63/2021 (folio número 34), aparecerían en la cuenta bancaria de salida de los cheques cinco ingresos efectuados en diciembre de 2010 que sumarían el importe de 6300 €.

Sin lugar a dudas ambas partidas, gastos, e ingresos, concilian. Sin embargo ello no significa una devolución por parte de los acusados, como defienden aquellas, pues de entrada ninguno de ellos afirma que haya devuelto dicha suma o parte de la misma; de hecho Ana V refiere en su declaración que tales ingresos serían devoluciones de las reservas de los referidos espacios contratados al no llevarse a cabo los eventos o congresos, explicación un tanto tortuosa porque de ser así todas las devoluciones de las reservas (cuatro de 1500 € y una de 300 €) se habrían producido en fechas muy próximas entre sí, a lo largo del referido mes de diciembre, lo cual es más que una coincidencia y no tiene mucho sentido. En cualquier caso no existe la menor constancia del concepto y de la persona que realizó dichos ingresos, ni tampoco del destino posterior de los mismos, pudiendo tratarse perfectamente, como se pone de manifiesto en dicho atestado, de ingresos realizados por terceras personas cuyos actos no guardan relación con los hechos investigados, pues parece que lo que importaba era cuadrar la cuenta a 31 de diciembre a efectos de la conciliación bancaria.

Por consiguiente tampoco en este caso puede calificarse la malversación como una malversación de uso como sostienen las defensas: no resulta así respecto de Ana V , porque por las razones expuestas no se pueden imputar tales ingresos a la devolución del importe de los cheques cobrados por ella, que ni siquiera ella misma reconoce. Y tampoco respecto de Fernando V porque como tiene declarado reiterada jurisprudencia la restitución ulterior, que en el presente caso tan sólo ha sido en parte pues procederían de la Faffe los 6300 € correspondientes a los mencionados cheques, no modifica la naturaleza de la malversación

cuando se revela que la intención ha sido la de apropiación definitiva de los fondos como ya lo pusimos de manifiesto, pues dicha intención no puede ser modificada por elementos adjetivos "ex post facto", es decir posteriores a los hechos (STS 154/2004 de 23 de diciembre, 389/2000 de 14 de marzo). Además la restitución tendría que ser total y completa (STS 2164/93 de 4 de octubre) como se desprende del tenor literal del art. 433 del C.P, lo que descartaría definitivamente la aplicación de dicho tipo atenuado.

Antes de concluir este apartado relativo al delito de malversación debemos abordar la continuidad delictiva, su diferencia con la unidad de acción y si aquella se puede predicar, como sostienen las acusaciones (o al menos el Ministerio Fiscal y la acusación popular), tanto de la malversación cometida por Fernando V. [redacted] como de la realizada por Ana V. [redacted].

Tal como se decía en la STS 913/2021, de 24 de noviembre, con cita de la STS 351/2021 de 28 de abril, "*para afirmar la unidad de acción al menos, se requiere: a) desde el punto de vista subjetivo, que concorra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única; y c) desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.*

En cuya consecuencia, cuando se produce una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología no cabe hablar de un solo acto; en ese caso no hay unidad natural de la acción, sino diferentes actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tampoco cuando existe escisión espacial o cuando la voluntad dirigida a la dinámica delictiva contemplada, resulta cambiante".

En el caso de Fernando V. [redacted], aunque se podría hablar de una unidad natural de acción en todos los pagos acontecidos en un mismo día o incluso en dos días consecutivos, consideramos que tendríamos que acudir a la figura del delito continuado para explicar la dinámica comisiva del acusado, que abarca diferentes meses en un mismo año y distintas anualidades, el cual utilizando el mismo modo de operar y aprovechando

idénticas ocasiones, realizó todo este conjunto de gastos con cargo a los fondos públicos, distribuidos entre los meses de octubre y diciembre de 2004, mayo y noviembre de 2005, abril de 2006, marzo, abril, junio y julio de 2008 y marzo de 2010.

Así la doctrina jurisprudencial, expuesta entre otras en las SSTS 916/22 de 23 de noviembre y 625/2015 de 22 de diciembre, requiere para que se pueda considerar la existencia de delito continuado de los siguientes requisitos: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal (STS 891/2016, de 25 de noviembre).

En el presente caso, de los hechos probados se desprende sin duda que la actuación malversadora de Fernando V es compatible con la apreciación de un delito continuado, pues existe esa pluralidad de hechos diferenciables, con conexidad temporal y repetición de idénticos establecimientos, existiendo más que un dolo unitario un aprovechamiento de idénticas ocasiones, que se produce cuando el dolo se genera ante una situación idéntica a la anterior que hace caer al delincuente en la comisión delictiva repitiéndola.

Sin embargo no se puede decir lo mismo del delito de malversación que se ha declarado probado respecto de Ana V , pues el único supuesto en el que resulta acreditado que ha participado en una actuación malversadora, fue el día 25 de marzo de 2010 con motivo de la firma y cobro de los dos cheques por importe de 6300 € con cargo a los fondos de la Faffe. No se puede afirmar que la misma, con anterioridad a la comisión de los diferentes actos de malversación de Fernando V , fuera conocedora de que éste ilícitamente fuera a utilizar la tarjeta para usos privados, ni siquiera puede apreciarse dolo eventual, pues la falta de este conocimiento previo lo excluye.

Por consiguiente consideramos que Ana V solamente sería responsable de un único delito de malversación frente al acusado

Fernando V que lo sería por un delito continuado.

B) Delito de Falsedad.

Para apreciar la existencia de un delito de falsedad, la doctrina jurisprudencial viene exigiendo que la alteración de la verdad recaiga sobre elementos esenciales del documento, de manera que la aplicación del precepto penal y la consiguiente sanción venga justificada por la afectación del bien jurídico en relación con el fin de protección de la norma. De esta forma, solo se apreciará falsedad constitutiva de delito cuando la alteración de la verdad afecte a las funciones atribuidas al documento. El artículo 26 de nuestro Código Penal señala que se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, esto es con capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico. Por consiguiente el bien jurídico protegido es la fe y la seguridad en el tráfico jurídico. La mutación de la verdad debe poner en riesgo los bienes o intereses protegidos por el delito de falsedad documental, por lo que debería negarse su existencia cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo significativo de lesión (falsedades inocuas o intrascendentes).

El delito de falsedad no es delito de propia mano y admite tanto la coautoría como la autoría mediata (a través de otro) y naturalmente la inducción. El autor es el beneficiario de la falsedad con tal de que tenga el dominio funcional de la misma, aquel que se aprovecha de la mendacidad que hubiere ejecutado un tercero (SSTS 100/2023 de 15 de febrero, 984/2022 de 21 de diciembre, 461/2017 de 8 de junio). Por otro lado no es necesario que el sujeto haya conseguido el efecto pretendido con la actuación falsaria, bastando la confección del documento con disposición de ser introducido en el tráfico jurídico (SSTS 402/2022 de 22 de abril, 138/2022 de 17 de febrero y 318/2017 de 1 de febrero, 227/2019 de 29 de abril, entre otras).

En virtud del resultado de las pruebas practicadas, se ha declarado probado por el jurado que los acusados Fernando y Ana decidieron de común acuerdo, aprovechando el control y el acceso que esta última tenía de la contabilidad y de la caja central en su condición de Directora Económica y Financiera, simular las devoluciones de los gastos de tarjeta del primero mediante el procedimiento de fingir el ingreso de tales

devoluciones en la referida caja, la cual estaba destinada exclusivamente a atender a pequeños gastos corrientes de carácter periódico que eran necesarios para la realización del servicio, como gastos de transporte que habían sido abonados directamente por los empleados, comidas, anticipos de viaje, material, y en la que no debían de hacerse ingresos que no fueran pequeñas restituciones de anticipos. Y a continuación también decidieron de común acuerdo que se realizase la anotación contable de las devoluciones en el Libro Diario de la Fundación.

Que era un procedimiento anómalo la devolución por caja, se deduce por propia lógica, y además esta irregularidad procedimental fue puesta de manifiesto por las tres cajeras que depusieron en el acto de plenario, Carmen L..., Ana María R... y Eloísa R..., las cuales se sucedieron en la llevanza de la caja central de la Dirección General por dicho orden. Así Carmen L... manifestó que no era habitual ingresos en caja que no tuvieran que ver con los pequeños gastos de desplazamiento. Eloísa R... manifestó en relación a la supuesta devolución del dinero gastado con la tarjeta por caja, que no era normal devolver por caja dinero gastado fuera de ella, y que todo lo que entraba y salía de la caja tenía que tener su justificante, y que esa justificación tenía que ir a contabilidad con el arqueo y la documentación justificativa en una carpeta. También manifestó que la señora V... llevó dinero en metálico en una ocasión del señor V... que no llevaba documentación justificativa y que si existieron devoluciones de anticipos por parte de Villén sería a través de Ana V... porque aquella no tenía relación con él. Por su parte Ana María R... aseveró que el dinero que había en la caja era todo de caja, no podías recibir dinero para ingresarlo en caja que no perteneciera a la misma, y todo tenía que ir con su justificante.

La finalidad de este sistema ideado por los acusados era claro: evitar el ingreso de tales devoluciones a través de transferencias bancarias, que era la forma normal y razonable en la que tenían que haberse hecho, que hubiesen podido demostrar la cuantía, concepto y fecha de dichas devoluciones si se hubiesen realizado, así como la ausencia de éstas en el supuesto de no verificarse.

Como ha declarado probado el jurado, y así se pone de manifiesto en el atestado 55/2019, folio número 21, y como así lo declaró el agente Instructor del mismo, no se encontró documento alguno que en relación

a la caja central acreditase las devoluciones por parte de Fernando V a través de su ingreso en efectivo en la misma, ya que no consta ningún recibo o escrito donde se especifique cualquiera de las mencionadas devoluciones, el día, el importe o la persona que recibía el dinero, así como tampoco se han encontrado arqueos cuya finalidad fuera el incremento del saldo de caja por este concepto, encontrándose tan sólo algunas menciones indeterminadas en las liquidaciones como "devolución" o "ingreso extraordinario", coincidente con algunos de los importes objeto de devolución que los acusados atribuyen a las reposiciones realizadas por el Sr. V . Sin embargo como se pondría de manifiesto en dicho atestado sí que se existieron devoluciones realizadas por otras personas a la caja central a través de ingreso bancario como lo demuestra el recibo bancario que figura en el folio 21 referido, o el documento que figura al folio 22, en el que se recogen devoluciones de anticipo, indicando cuando se hacen, quien los hace, la cantidad devuelta, el nombre de la cajera que los recibe y la fecha.

La propia acusada manifestó en su declaración, en idéntico sentido que lo expresado por las cajeras, que todo lo que pasaba por caja, todo lo que entraba y salía, tenía que ir documentado, y que el Sr. V nunca le presentó justificante de los gastos objeto de enjuiciamiento. No obstante igualmente resulta acreditado que ella, que era la persona que supuestamente recibía el dinero, tampoco hizo constar en ningún documento la realización de dichas entregas, contrariamente a lo que hubiese sido lo lógico, lo que evidencia que tales devoluciones no tuvieron lugar.

Para cuadrar la caja, ante la inexistencia de las aludidas reposiciones, los acusados conocían que en el momento de practicarse la liquidación únicamente se precisaba que hubiesen gastos de dietas o desplazamientos, o de otra clase, que absorbieran el ingreso de la supuesta devolución. Éstos gastos podían ser reales pero otros eran ficticios ya que la documentación justificativa de los mismos también era prácticamente inexistente aunque tratándose de viajes, éstos obligaran a pernoctar fuera de casa.

No se ha puesto en duda por la Guardia Civil, ni tampoco por el jurado que los importes correspondientes a los viajes eran los contemplados en el Decreto 54/1989 de 21 de marzo, modificado por la Orden 404/2000, tal y como resulta del atestado 63/2021 folios 15 y 16, Tomo III del Testimonio, ni tampoco que las competencias de la acusada y la actividad

de la Fundación, no justificasen los viajes como se pone de manifiesto en el informe pericial de la defensa. Lo que se pone en duda es la realidad de esos concretos viajes, cuando coinciden con la referencia en el mismo documento de una devolución o ingreso extraordinario por parte del señor V , pues no existe la menor justificación documental de tickets de comida o de facturas de hotel cuya presentación hubiese sido necesaria, ya que no resulta creíble que el pírrico importe de 60,10 € que corresponde al alojamiento de las órdenes de viaje que se han presentado en el acto de juicio correspondiente a Almería o Málaga por ejemplo, sea el coste real del hotel en el que pernoctaron; y lo mismo se puede decir del importe atribuido a los gastos de comida de 38,17€, que incluye todas las comidas del día; ni resulta verosímil que la Sra. V , Directora Económica Financiera de una Fundación tan importante como lo fue la Faffe, se hubiese manejado con esos importes, o que ella, y el resto de directivos o empleados renunciasen al abono del exceso. En este sentido el propio acusado reconoce en su declaración que debían figurar esas facturas de los hoteles cuando Ana V o cualquier otro directivo tenían que pernoctar por razón de viaje.

Además de lo anterior mediante este procedimiento irregular de devolución de los gastos a través de la caja central, los acusados eran conocedores de que se podían eludir los controles al final de cada ejercicio económico, pues en la conciliación bancaria que se realizaba a 31 de diciembre, a la que insistentemente se referieron las defensas, y que tenía que presentarse a los auditores cuando se realizaba una auditoría, sólo se incluían como su propio nombre indica las cuentas bancarias; así lo puso de manifiesto Rafael M R , Jefe de Servicio y Adjunto a la Dirección, que llevaba el control presupuestario de la fundación, funciones que incluían el control de la contabilidad, y la relación con los auditores. El mismo afirmó que respecto de las cajas a 31 de diciembre lo único que se hacía era un arqueo de caja y tenía que coincidir el saldo que hubiese en la caja con el importe de la contabilidad a esa fecha, y que los auditores lo único que miraban era el dinero físico que había dentro de la caja, el documento de arqueo de la caja a 31 de diciembre que era la reproducción del dinero que había en el interior de la misma, y lo comprobaban con el saldo anotado en la contabilidad.

Un claro ejemplo de lo que estamos poniendo de manifiesto, utilización de la caja para simular la devolución y compensar con gastos en muchos casos inexistentes, es lo que ocurrió para documentar la devolución del gasto de 1948 € realizado el día 20 de octubre de 2004 en el local Don Angelo, tal y como declaró probado el jurado.

Como se pone de manifiesto en el atestado referido 63/2021, folio 10 y siguientes, y así se narró por el agente instructor del mismo, en la caja central número 040128 de fecha 2 de noviembre de 2004 se realizaron dos liquidaciones distintas. Así se realizó una primera liquidación (folio 347 del Tomo II del Rollo) que no reflejaba la devolución del referido importe de 1948 €, y que contemplaba que el gasto total realizado ascendía a 2148,15 €, expidiéndose un talón de reposición, tal y como consta a pie de página del folio 80 del referido atestado, por la referida cantidad de 2148,15 € de fecha 28 de octubre de 2004, conteniendo dos firmas que tendrían que ser la de los acusados, en tanto que se requería la firma de ambos para el cobro de los cheques, cobrándose ese mismo día según la información bancaria analizada.

Que con la finalidad de aparentar la devolución del aludido gasto de tarjeta de 1948 € y a su vez compensar dicho gasto, se realizó una segunda liquidación (folio 346 del Tomo II del Rollo) que no debía existir porque sólo podía haber una, en la que se hizo constar de manera manuscrita un ingreso extraordinario por el referido importe de 1948 €, información que solo podía haber suministrado Ana V a su departamento pues era la persona a la que el acusado hacía las supuestas restituciones en metálico; y para cuadrar la caja se incluyeron nuevos gastos que no aparecían en la anterior liquidación en concepto de desplazamientos, ascendentes a 901,30 euros, concretamente de Joaquín M M cuya declaración de viaje ni siquiera estaba suscrita por él ni certificada por la acusada Ana V ya que el referido documento carecía de firmas, y dos liquidaciones de viaje correspondientes a la Sra V , certificadas por ella misma, una de un viaje a Málaga los días 14 y 15 de octubre y otra de un viaje a Almería los días 19 y 20 siguientes, sin que exista de ninguno de estos viajes, de los que destaca además su cercanía en el tiempo, ni factura de hotel, ni tickets de comidas, pese a las reducidas cantidades que componían las dietas anteriormente mencionadas. Lo mismo ocurriría con las dos cajas posteriores, las cajas 0400126 y la caja 050039, en la que se incluyeron nuevos gastos de desplazamiento de 469,18 € y 577,07 €, la mayoría de

Ana V , incluyendo por la cuantía del importe más de un día de viaje, sin que se contenga tampoco factura de hotel o tickets de comidas, resultando que la suma de los tres gastos de desplazamiento, que se justifican únicamente mediante las hojas de viaje autorizadas por la acusada, ascenderían a la misma cantidad que el importe del gasto de tarjeta de 1948 €.

Además de lo anterior, siendo el importe de partida de la caja central de 3000 €, tal y como se deduce de ambas liquidaciones, como también se infiere del documento aportado por la defensa relativo a los presupuestos de 2004 obrante al folio 355 del Tomo II del Rollo, y así lo declaró Ana V , carece de lógica que el importe del talón de reposición fuera de 2148,15 €, ya que si el total de los gastos realizados en esta segunda liquidación eran 3049,45 €, y el total de los ingresos 4948 € (resultado de sumar el importe del anticipo de 3000 € y el ingreso extraordinario de 1948 €), el importe del talón de reposición para volver a reponer los 3000 €, tendría que haber sido de 1.101,45 euros €. No tiene sentido alguno que el talón fuera por el mismo importe de 2148,15 €, de la que hemos llamado primera liquidación o liquidación real, lo que evidenciaría que la liquidación en la que se incluyó los 1948 € era posterior a la que no menciona dicho ingreso.

Además llama la atención que los conceptos de la segunda liquidación hayan sido introducidos de manera manuscrita; que a pesar de ello exista un error de cálculo en el total de los pagos realizados, corregidos asimismo de forma manuscrita, y también error en el importe de la liquidación, que no es 1767,55 € como reza en el documento, sino 1898,55 €. Esto descarta la versión de la acusada de que la primera liquidación era solo un borrador, y que ésta era la liquidación real. Es tal el conjunto de errores, de enmiendas manuscritas y de falta de documentación que la soporte, como la del recibo del ingreso extraordinario de 1948 € y la justificación de los hoteles y comidas de los desplazamientos anotados, que nos permiten concluir, como así lo ha hecho el jurado, que dicha liquidación es falsa.

Se dice por la acusada que la que hemos denominado primera liquidación no es la correcta ya que en la misma figura de manera manuscrita la siguiente leyenda en su margen "*DP 045729 Mal. Se asigna a la Caja de Sevilla y es de la DGT*". Entendemos que la expresión "*Mal*" está referida a dicha numeración, *DP 045729*, que parece inicialmente asignada a la Delegación Provincial de Sevilla cuando

realmente es la liquidación de la caja central, como confirma dicho texto manuscrito, siendo además en la documentación relativa a la misma donde se ha hallado dicho documento.

Finalmente en base a dicha segunda liquidación los acusados, directa o indirectamente, ordenaron realizar el apunte contable correspondiente a dicha devolución en el Libro Diario el 15 de noviembre de 2004, en el que figura como realizada en caja central.

Otro ejemplo en el que se simula la devolución del importe del gasto de tarjeta y se trata de compensar con un gasto posterior, es el correspondiente al gasto de 2000 € realizado por Fernando V el día 26 de marzo de 2008 en Don Angelo, como así lo declaró probado el jurado . Lo primero que llama la atención, examinando las anotaciones contables que figuran en el atestado 55/2019, folio número 87, es que la anotación en el Libro Diario de la referida devolución a través de caja central se hizo con fecha 1 de abril de 2008, anotándose el gasto de tarjeta no obstante, quince días más tarde, el 15 de abril de 2008.

Pero la discrepancia de fechas continúa al ver la liquidación de la caja central que figura en dicho folio, correspondiente al número de caja 080021, que se realizó en fecha 22 de abril de 2008, lo que pone de manifiesto que dicha anotación en el Libro fue anterior a la propia liquidación de la caja, y esto únicamente pudo haber ocurrido por indicación de la acusada Ana V .

En la referida liquidación de la caja se recogía falsamente bajo el concepto "devolución" dicho importe de 2000 €, sin que conste como en el caso anterior ningún documento o recibo por parte de Ana V que acredite la entrega del dinero por el Sr. V y la recepción del mismo, en contra del procedimiento establecido y de las propias manifestaciones de aquella, de que todo lo que entraba en la caja tenía que estar documentado.

Para compensar el ingreso que suponía la anotación de dicha devolución en la referida liquidación, ocho días después, el día 30 de abril de 2008 se confeccionó una caja extraordinaria, tal y como se evidencia con el documento aportado al folio 359 del Tomo II del Rollo, que es el documento, según se expone en el atestado 55/2019, folio 24, que constituye la portada, es decir con el que se comienza la caja confeccionada, pues contiene, a pesar de no estar firmado por nadie, el

número de documento, la Unidad a la que estaba adscrita la caja, en este caso a la Dirección General (DGT), anticipo a entregar, la fecha del talón (30-4-08) y el importe, justamente el importe de 2000 € de la supuesta devolución. Y como se observa en el reverso del citado folio 359, el mismo día 30 de abril se liquidó la referida caja, teniendo la misma como único objetivo el supuesto abono de la factura de fecha 18 de abril de 2008 de Jaime del E.

Eloísa R., que era la secretaria de Ana V. a partir de 2007, desempeñando a partir de esa fecha funciones de cajera, manifestó que no reconocía su letra en la portada de la caja extraordinaria y que además si no estaba firmada no la hizo ella pues tenía que estar suscrita siempre por ella y por Ana V.

La aludida factura de Jaime del E. es la que aparece al folio 361 del Tomo II del Rollo por importe de 2514,50 €. En la misma observamos que se anotó de manera manuscrita que 2000 € serían pagados por caja y los 514,50 € restantes por banco. La realidad de la transferencia por este último importe realizada a José N. S. el 21 de abril de 2008, consta acreditada al folio 358 del referido Tomo.

De lo que sin embargo no existe prueba es del abono de los 2000 €.

El motivo de dicha factura fue una comida de feria de empleados de la Faffe en la caseta de la UGT, siendo el casetero el referido Jaime del E., que figura como emisor de la referida factura. Al respecto manifestó el mismo en su declaración en juicio que el formato de la factura es el que él utilizaba, con la diferencia de que no está sellada como las suyas; que la Faffe no era cliente suyo y que a él el único que le pagaba era la UGT, que la Faffe no le pagó nada.

Por su parte José N. S., que estuvo trabajando con Jaime del E. manifestó que él no emitió esa factura, ya que nunca lo hizo en sustitución de Jaime.

Respecto de todo ello la acusada Ana V. manifestó que Fernando V. decidió organizar la comida de feria en la caseta de la UGT. Que mediante la caja extraordinaria se sacó dinero en cash para pagar los tickets. El dinero se obtuvo mediante cheque por importe de 2000 € firmado por ella y por Fernando y se cobró en el banco. Que la Secretaria de V. era la que llevaba el dinero en efectivo. Que como se sobrepasó el dinero establecido de 2000 €, pues el importe de la comida fue 2500 €, se debían 500 € al casetero. Que la contable le dijo que había que exigir a

éste que les hiciera una factura y los 500 € se pagaron por banco.

La Secretaria de V. manifestó que ella fue a la comida de feria, que había mucha gente y fue durante mucho rato, pero que ella no cobró el cheque, y en contra de lo manifestado por la acusada, ella tampoco llevó el dinero de la Faffe a la feria para pagar allí.

De otro lado, el cheque aludido por la acusada según la documentación de la caja tiene fecha 30 de abril de 2008. Por la defensa no se ha aportado documentación que justifique la existencia del mismo y de su cobro, y sobre todo habiéndose celebrado la feria en el año 2008 entre el 8 y el 13 de abril, dato que fue puesto de manifiesto en juicio por el Ministerio Fiscal y que ha sido corroborado por este Tribunal, dicho cheque de haber existido nunca podría haber servido como sostiene la acusada para llevar dinero en metálico a la feria.

Tampoco existe prueba de que dicho cheque sirviera para pagar la mencionada factura, pues lo único que consta como siempre es la anotación contable, al folio 358 vuelto del Tomo II del Rollo, donde figura que los 2000€ proceden de la caja, pues el casetero Jaime d. I. E., pone en duda que se trate de su factura y en todo caso niega haber recibido el importe de la misma.

Además el propio acusado Sr. V. manifestó que no era normal que se pagase la factura por caja, pues lo normal era que se hubiese pagado por banco.

Por su parte Concepción D. T. que reconoció que la letra manuscrita que aparecía en la factura de la comida de feria era suya, manifiesta que le dieron la factura para que se pagaran por banco los 514 €; que la anotación manuscrita significa que los 2000 € se pagarían por la caja de la Dirección Económica Financiera y los 514 € por el banco; que no sabe cómo tuvo conocimiento de la distribución de la factura en dos medios de pago, pero que se lo tuvo que decir alguien porque si hubiese consultado con el sistema le hubiese indicado que solamente era posible en una misma factura un solo medio de pago.

Al cúmulo de incongruencias que contiene dicha caja extraordinaria habría que añadir un error más, pues en la liquidación de la caja central 080021 de 22 de abril de 2008 inicialmente citada, el saldo era de 17.766,7 €, mientras que en la liquidación de la caja extraordinaria 080047, que es la siguiente que se realiza, y arrastra el saldo anterior, se recoge que el mismo a 22 de abril de 2008 era de 15.393,03 €. Como se

pone de manifiesto en el atestado 63/2021, página 54, todo lo expuesto apoyaría la tesis del carácter instrumental de dicha caja extraordinaria con la única finalidad de incluir un supuesto gasto, sin ni siquiera corroborar que los datos incluidos en ella cuadrasen con la caja anterior.

Por consiguiente no dudamos que la comida de la feria se celebrase, pero no resulta acreditado que se cobrara un talón de 2000 € a través de dicha caja extraordinaria y se pagara por medio de la misma el importe principal de dicha comida, ni tampoco que con los 2000€ cuya devolución ficticia se anotó en la liquidación de 22 de abril de 2008 de la caja central 080021 se abonara dicha comida, considerando que tanto esta liquidación de la caja central, como la portada de la apertura de la caja extraordinaria como su posterior liquidación son documentos simulados, que sirvieron para generar las anotaciones contables referidas.

Por último analizaremos otros dos supuestos, los relativos al gasto en el local Top Show Girls y al gasto en el local Sala Delux.

Existe una total ausencia de documentación justificativa del abono por caja de los gastos realizados por V. los días 17,18 y 24 de mayo de 2005, por cuantía de 2591 € en el establecimiento Top Show Girls (empresa Electro Dance) tal y como declaró probado el jurado y se infiere del atestado 182/2018 folio 29 y 30. Lo único que consta son dos apuntes contables efectuados el día 18 de octubre de 2005 bajo el concepto de "Devol. Visa F. V.", uno como si se hubiese realizado el ingreso de dicha suma en la caja central, en la cuenta , y el otro un supuesto gasto por el mismo importe en la cuenta (compras y gastos). Sin embargo en la caja central no se encontró ningún documento suscrito por la señora V. que acreditase la recepción del dinero por parte del acusado, ni ningún otro que se correspondiese con ese supuesto abono, que consideramos que no se produjo, de forma que finalmente el pago con la tarjeta, si suprimimos la anotación ficticia del ingreso en caja central, terminó contabilizándose como un gasto. La orden de anotar dicha devolución en contabilidad tuvo que darla Ana V., pues era la única persona de interlocución entre el Director General Técnico y el departamento de contabilidad y además la persona que supuestamente recibía tales devoluciones y la única que podía transmitir dicha información a su departamento.

Lo mismo se puede decir del gasto realizado los días 7 y 9 de abril de 2006 correspondiente al local de alterne Sala Delux por importe total de 1390 € (antes denominada American Show), tal y como se deduce del folio 33 del atestado antes mencionado y que el jurado ha declarado probado.

Los acusados decidieron que se anotase en el Libro Diario de la Fundación la devolución parcial por importe de 1294 € mediante dos anotaciones de fecha 11 de abril de 2006, simulando uno un supuesto ingreso en la caja central, cuenta , y el otro un supuesto gasto por el mismo importe en la cuenta (compras y gastos). Pese a su anotación ficticia como en el caso anterior, no se encontró en la caja central ningún documento que acreditase dicha reposición, que consideramos que no existió, por lo que dicho pago de tarjeta terminó contabilizándose como un gasto.

En resumen, las falsedades antes aludidas y, realizadas mediante la información falsa que Ana V transmitía a sus empleados, para de acuerdo con el acusado Fernando V ocultar la falta de devolución de los gastos de la tarjeta, recaían sobre documentos de dietas de viaje, de liquidación de caja, sobre anotaciones contables de la caja, y finalmente sobre el Libro Diario. En ellos se faltaba a la verdad en la narración de los hechos o se producía una alteración en alguno de sus elementos esenciales, o bien se simulaba el documento, por ejemplo una liquidación de caja, creándolo ex novo, para que luego todo ello sirviera de base para la contabilidad. Todos estos documentos reflejados en los atestados y aportados por las partes, en la medida que servían para satisfacer las necesidades de la función pública y fines institucionales de la Fundación, que no olvidemos era una creación de la Administración Autonómica, financiada en su gran mayoría con fondos públicos, tienen la consideración de documentos oficiales.

En los cuatro casos referidos existirían las siguientes falsedades:

- Respecto del primer caso (devolución ficticia de los 1948 €) existiría simulación de las órdenes de viaje y simulación de la segunda liquidación en virtud del artículo 390.1.2 del Código Penal, y falsedad ideológica (faltando a la verdad en la narración

de los hechos) del artículo 390.1.4 respecto de las anotaciones contables en el Libro Diario relativas a la devolución del citado importe.

- Respecto del segundo caso (devolución ficticia de los 2000 €) existiría alteración en la liquidación de la caja 080021 de 22 de abril de 2008 ya que se habría introducido en el mismo la falsa devolución del importe de 2000 €, de conformidad con el artículo 390.1.1, simulación de la carpeta de apertura y de la liquidación de la caja extraordinaria en virtud del artículo 390.1.2, y falsedad ideológica en las anotaciones contables de la caja, así como en la anotación de la devolución en el Libro Diario del artículo 390.1.4.
- Respecto del tercer y cuarto caso (devolución ficticia de 2591 € y 1294 €) existiría falsedad ideológica en las anotaciones contables de la devolución en el Libro Diario del artículo 390.1.4 del Código Penal.

Aunque el Código Penal no ofrece una definición de lo que ha de entenderse por documento oficial, siendo esta una categoría que no se contempla en el resto de las jurisdicciones, a diferencia de los documentos públicos definidos en el artículo 1216 del Código Civil o en el artículo 317 de la LEC, nuestra jurisprudencia desde antiguo ha venido considerando que son documentos oficiales aquellos expedidos por funcionarios públicos u organismos públicos para el desarrollo o cumplimiento de los servicios o fines de carácter público o de interés general. Así la STS 245/2020 de 27 de mayo recordaba a la STS 2549/2001 de 4 de enero de 2002 que decía que documentos oficiales son todos aquellos que provienen, son emitidos o puestos en circulación por entidades públicas del Estado, de las Comunidades Autónomas, Provinciales o del Municipio, con la finalidad de satisfacer las necesidades del servicio público del que son responsables.

Como quiera que las falsedades acreditadas estaban dirigidas a la contabilización de las devoluciones de los gastos, debemos partir de que la Faffe, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 10/2005 de 31 de mayo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, debía

llevar necesariamente el Libro Diario, el Libro de Inventario y las Cuentas Anuales. El Patronato debía confeccionar en relación al ejercicio anterior las Cuentas Anuales, constituidas por el Balance de Situación, la Cuenta de Resultados y la Memoria. En la Cuenta de Resultados se comprenderían los ingresos y gastos del ejercicio y por diferencia el resultado del mismo.

No obstante la Faffe no era una fundación cualquiera, sino que de conformidad con el artículo 55 de la mencionada ley era una fundación del sector público. Así dispone dicho precepto que se considerarán fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma tanto aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta, como aquellas en que su patrimonio fundacional con carácter de permanencia, esté formado por más de un 50% aportado por dichas entidades. Y asimismo tendrán tal consideración aquellas en las que la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria.

En el presente caso ya sea por la aportación mayoritaria de sus recursos o ya sea por la íntegra representación de la Junta de Andalucía en el Patronato de la Fundación, la misma tiene la condición de fundación del sector público. También señala el artículo 57.3 de la citada Ley de Fundaciones el sometimiento de aquella al régimen de contabilidad público, esto es que las fundaciones del sector público y por ello la Faffe, en materia de presupuesto, contabilidad y auditoría de cuentas se regirán por lo dispuesto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esto significa que la Fundación debía remitir sus Cuentas Anuales a la Intervención General de la Junta de Andalucía una vez aprobadas, quedando sometida a control financiero por parte de la misma de conformidad con el artículo 85 de la referida Ley General de la Hacienda Pública, actuales artículos 93 y 94, además de quedar obligada a la verificación en su caso por el Tribunal de Cuentas y Cámara de Cuentas.

Pero lo más importante es que sus Cuentas Anuales formaron parte de la Cuenta General de la Junta de Andalucía, la cual, realizada por la Intervención General de la Junta antes del 31 de agosto del siguiente ejercicio, comprendía todas las operaciones presupuestarias, patrimoniales y de tesorería llevadas a cabo durante el ejercicio por la Administración de la Junta, así como por sus agencias, instituciones,

sociedades mercantiles así como consorcios y fundaciones del sector público andaluz, la cual era remitida al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas para su examen y comprobación antes del 30 de septiembre (artículo 105 y 107 de la ley General de la Hacienda Pública de la CCAA, anterior artículo 97).

Por consiguiente es fácil deducir que una información falaz de la realidad económica financiera de la Fundación, no sólo afectaba a la misma si no al conjunto de la Administración Autonómica, de la que los ciudadanos y agentes sociales tienen derecho a obtener una información completa y veraz; de modo que dichos documentos falsos, quebrando la fe y seguridad jurídica, produjeron distorsión en la información pública suministrada de dicha Administración de la que formaba parte la Faffe, y en la rendición de cuentas que constituye la Cuenta General por los recursos públicos confiados. La trascendencia pues en la esfera de lo público era máxima, y en lo que respecta a la Faffe tales documentos falsos evitaron que por sus máximos responsables se adoptaran decisiones de gestión que hubiesen impedido la perpetuación de las conductas malversadoras.

En virtud de todo lo anterior existiría un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por los acusados, si bien a diferencia del delito de malversación, existiría un dolo unitario o plan preconcebido en virtud del acuerdo de ambos acusados.

C) Concurso Medial.

Las acusaciones, sin duda el Ministerio Fiscal y el Partido Popular, y parece también que la Junta de Andalucía, tras la adhesión a lo manifestado por el Ministerio Público en el trámite de petición de pena conforme al artículo 68 de la LOTJ, han considerado que los hechos serían constitutivos de un concurso medial entre el delito de malversación y el delito de falsedad, y que para comprender la existencia de este concurso no había que contemplar cada falsedad de manera naturalística sino sobre el conjunto de las siguientes que se iban a producir, al menos mediante dolo eventual.

Lo que entendemos que viene a plantear el Ministerio Público es la

existencia de un diseño establecido por consenso de ambos acusados para falsear las devoluciones, diseño que se convertía así en un medio para que el acusado pudiera continuar con futuras malversaciones que eran fácilmente previsibles tanto para él, que conocía que estaba en circunstancias vitales que le llevaban a frecuentar estos lugares, como para ella por la dinámica realizada a lo largo de muchos años, pues como señala el jurado desde el 2004 al 2010 sólo en 2007 y 2009 no hubo conductas malversadoras.

Consideramos no obstante que aunque existió este diseño de simular las devoluciones por caja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal, el delito de falsedad no sería un medio para la comisión del delito de malversación, sino para encubrirlo, no existiría la relación de medio a fin que exige el citado precepto, y los gastos ilícitos enjuiciados de Fernando V. serían de difícil previsión para Ana V., por lo que desde el punto de vista jurídico estimamos que hubiese sido más acertado la calificación de concurso real entre ambos delitos de conformidad con el artículo 73 del mismo Cuerpo legal.

Sin embargo, también consideramos que dicha calificación como concurso medial, que por otra parte no es irrazonable, forma sin duda parte esencial de la pretensión punitiva de las acusaciones que el órgano judicial por razón de imparcialidad, debe respetar pues no puede asumir funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden, tratándose además de una calificación mucho más favorable para los acusados en cuanto que conlleva la aplicación de la pena del delito más grave en su mitad superior, mientras que el concurso real penaría los delitos por separado, por lo que concluimos que en el presente caso existiría dicho concurso medial entre el delito de malversación y el delito de falsedad.

Segundo. De conformidad con el artículo 28 del Código Penal son autores criminalmente responsables del delito de malversación los acusados por la ejecución material, libre y directa de los hechos descritos. Disentimos en este apartado con las acusaciones en cuanto que consideran que Fernando V. sería autor directo mientras que la acusada Ana V. sería cooperadora necesaria. Esta discrepancia no supone un incremento de la responsabilidad penal ya que según el mencionado precepto tanto el autor directo como el inductor y el cooperador necesario son

considerados autores y están castigados con la misma pena. Como señala el Tribunal Supremo (STS 696/2019 de 9 de mayo de 2020, entre otras) no hay indefensión ni vulneración del principio acusatorio en la delimitación final del tipo de autoría del artículo 28, en virtud del resultado de las pruebas practicadas. No existe alteración relevante del título de imputación como lo sería el condenar como autor mientras que la acusación lo considera como cómplice, pues tanto el autor material como el inductor y el cooperador necesario son autores, mantienen el dominio funcional del hecho, y son condenados a la misma pena.

Y consideramos que en el presente caso Ana V respecto del delito de malversación cometido con motivo de la firma y cobro de los dos cheques por importe de 6300 € de la cuenta de la Faffe para contribuir a la devolución del gasto realizado por el Director General Fernando V el día 25 de marzo de 2010, habría ejecutado cada uno de los elementos integradores del delito de malversación, pues siendo Directora Económica- Financiera y teniendo a su cargo la disposición de fondos públicos, cobró con evidente ánimo de lucro el importe de los referidos cheques para destinarlos a usos ajenos a la función pública desarrollada por la Fundación.

Igualmente los acusados son autores del delito de falsedad, si bien Ana V sería autora mediata, a través de la información que solamente ella podía transmitir a sus empleados, y el acusado Fernando V , inductor en cuanto que el mismo carecía de facultades y competencias en relación con la contabilidad, cuyo departamento dirigía la referida acusada.

Conforme señala la doctrina, la inducción se caracteriza porque el inductor mediante su influjo psíquico hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito, pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato. Es necesario que la incitación represente, desde una perspectiva ex ante y atendiendo a los especiales conocimientos del inductor, un incremento relevante del riesgo de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se le incita. Consecuencia de esta exigencia de peligrosidad es el requisito reclamado expresamente por la ley, de que la incitación sea directa, siendo preciso que tenga entidad suficiente para que el inducido decida cometer el delito y comience, por lo menos, su ejecución (STS 347/2022 de 6 de abril).

En el presente caso Fernando V. era superior jerárquico de la acusada Ana V., y era por razón de dicha jerarquía, con la única con la que él se relacionaba en el Departamento Económico; y el deseo de Fernando V. de no realizar las devoluciones mediante transferencia bancaria y que aquella aceptara algo tan anómalo, como la devolución por caja que ella debía recibir y que en realidad no se producía, pone en evidencia desde el comienzo la influencia que el primero ejercía sobre la segunda, siendo ello el origen del procedimiento ideado por ambos tal y como reconocieron los dos acusados. A lo largo de sus declaraciones se pusieron de manifiesto más muestras de la influencia psíquica que el acusado ejercía sobre Ana V., ya que el primero declaró que no quería que el gasto de los 14.737 € del local Don Angelo apareciera en contabilidad y así lo admitió la acusada, a quien también le encargó el acusado que hablara con el banco para ver si se podían anular los cargos de la tarjeta correspondiente a esos días, aceptando ella el encargo aunque delegando dicha comunicación en su adjunto. Todos recordamos que ella, preocupada, manifestó que pensaba “¡Dios mío en que se habrá gastado el dinero!”, porque suponía en qué había sido y que esto había ocurrido en otras ocasiones; que el acusado le manifestaba que si esto se sabía podía causar mucho daño y la actuación de Ana como así lo declaró probado el jurado, fue de absoluta colaboración, hasta el punto de participar con él en la malversación de los 6300 €, que tampoco se contabilizaron para que nada se supiera.

Según la doctrina jurisprudencial el cooperador necesario ejecuta el hecho típico desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material, que es imprescindible para la consumación de los propósitos criminales comunes asumidos por uno y otro en el contexto del concierto previo (STS 129/2018 de 7 de marzo). Sin embargo ni en el delito de falsedad, ni en el delito de malversación por las razones expuestas la conducta de Ana V. consistió en una actividad adyacente o colateral, sino en la ejecución directa en el delito de malversación y en la ejecución por medio de otro u otros en el delito de falsedad, de modo que manejó todo el curso de la ejecución delictiva, utilizando en el delito de falsedad a sus empleados en cada caso como instrumentos para la consumación de dicho delito, manteniendo en todo momento el dominio funcional del hecho (STS 950/2012 de 29 de noviembre).

Tercero. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No podemos apreciar la atenuante de dilaciones indebidas subsidiariamente solicitadas por las defensas. Fundamentan su petición en que desde el 17 de junio de 2021, fecha en la que se incorpora a la causa el informe de la UCO y posterior ratificación del informe pericial del Sr. P..., no hay actividad procesal hasta la fecha de apertura de juicio oral.

No se puede compartir, como así lo declara el jurado, que hayan existido las dilaciones extraordinarias que se alegan, ya que como se pone de manifiesto en el auto de apertura de juicio oral, y se ha podido comprobar por los particulares que se han remitido y que conforman el testimonio, tras la aportación del último informe de inteligencia policial fechado el 15 de junio de 2021, por medio de auto de 13 de septiembre de 2021 se acordó el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes acusadoras personadas para la solicitud en su caso de apertura de juicio oral contra los investigados, habiéndose formulado por el Ministerio Fiscal escrito de acusación con fecha de entrada 23 de septiembre de 2021; la acusación particular de la Junta de Andalucía presentó escrito de acusación en fecha 6 de octubre de 2021 y la acusación popular del PP-A también lo hizo mediante escrito de fecha 7 de octubre de 2021. De dichos escritos de acusación se acordó el traslado a las defensas, presentando la representación de Fernando V... escrito de defensa en fecha 10 de noviembre de 2021 solicitando la ratificación del informe del economista Juan Luis P... G... La defensa de Anna V... presentó escrito de defensa el día 11 de noviembre de 2021 solicitando la celebración de la Audiencia Preliminar.

Por auto de 20 diciembre 2021 se convocó a las partes para la celebración de ésta última, que tuvo lugar el 11 de marzo de 2022 practicándose la ratificación de dicho informe pericial.

El 20 de abril de 2022 se dictó el auto de apertura de juicio oral.

Pero es que tampoco con anterioridad a la presentación del último informe policial existió dilación alguna, pues las Diligencias Previas, bajo el número 2288/2018, se iniciaron por auto de fecha 17 de octubre de 2018, y se acordó la acomodación de las actuaciones por el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado por auto de fecha 19 de junio

de 2020, ordenando por auto de fecha 12 de noviembre de 2020 la continuación del procedimiento. Sin duda se trata de una causa de compleja en la que se han realizado cinco informes de inteligencia policial o atestados principales con sus correspondientes y abundantes anexos documentales más el informe pericial de la defensa, por lo que lejos de apreciarse dilación observamos que la causa se ha instruido en un plazo más que razonable.

Pero es que tampoco puede apreciarse la atenuante analógica de cuasiprescripción.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la apreciación de dicha atenuante en casos en los que el periodo de prescripción estuviera próximo a culminarse, de modo que el olvido social del delito, que fundamenta la extinción de la responsabilidad penal por prescripción, se percibiera ya en esos momentos previos de manera marcada e intensa. Sin embargo dicha atenuante siempre ha ido ligada a la realización de denuncias tardías por parte de los perjudicados, en los que se haya advertido la realización por parte de los mismos de una dosificada estrategia por ejemplo como medio de presión para algún acuerdo extrajudicial, supuestos que el sistema penal puede reequilibrar en virtud del principio de proporcionalidad. Pero como señala la STS 915/2022 de 23 de noviembre *"... en todo caso la jurisprudencia se cuida de advertir que no cabe premiar penalmente aquellos supuestos en los que, sin más, transcurre un dilatado periodo de tiempo entre la comisión de los hechos y su enjuiciamiento o de los que las autoridades a las que se encomienda la persecución del delito no tienen conocimiento de su comisión y, por tanto, carecen de los elementos de juicio indispensables para la incoación del proceso penal (SSTS 1387/2004, de 27-12 ; 77/2006, de 1-2; 374/2017, de 24-5)".*

En el presente caso pues no sería aplicable dicha atenuación ya que aunque las Diligencias Previa se inician en 2018 cuando quedaban menos de dos años para la prescripción de los delitos, nos encontramos precisamente en el supuesto en el que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial no tuvieron conocimiento con anterioridad de su posible comisión, ya que las Diligencias Previa 2288/2018 que han dado origen al presente procedimiento, se incoaron por deducción de testimonio de las Diligencias Previa 222/2016, que centraron la investigación en la

Faffe, las cuales a su vez se habían deducido de otras Diligencias Previas, las 966/2014, como se puso de manifiesto en el auto resolviendo las cuestiones previas.

Tampoco consideramos, en tanto que las circunstancias atenuantes pueden ser apreciadas de oficio, que la cuantía de la devolución por parte del acusado respecto de los gastos del 22 y 23 de marzo de 2010 en el local Don Angelo, ascendentes a 8.437 €, lo sea en cuantía relevante respecto del total malversado para apreciar la atenuante de reparación del daño y además se ha declarado probado que dicha devolución motivó un nuevo acto de malversación por importe de 6300 €.

Otro tanto se puede decir del reconocimiento de los gastos realizados en los locales de alterne por parte del acusado, puesto que éste a pesar de haber reconocido dichos gastos ha intentado montar un relato que le favoreciera, añadiendo ficticiamente la devolución de los mismos, la cual ha resultado ser falsa según la valoración de la prueba realizada por el Jurado, todo lo cual impediría la apreciación de la atenuante de confesión.

Cuarto. En sede de responsabilidad civil, a tenor del artículo 116 del Código Penal, el acusado Fernando V deberá indemnizar a la Junta de Andalucía en la suma de 24.129 €, resultado de restar al importe total de los gastos ascendentes a 32.566 €, la devolución realizada por éste de 8.437 € el día 25 de marzo de 2010. Asimismo la acusada Ana V solidariamente con el acusado Fernando V deberán indemnizar a la referida Administración Autonómica en la suma de 6300 €, importe de los dos cheques emitidos por ambos y cobrados por Ana dicho día para completar la referida devolución. Dichas cantidades devengarán el interés de mora procesal previsto en el artículo 576 de la LEC.

Quinto. En orden a la individualización penológica debemos partir de la calificación jurídica que hemos realizado: Fernando V autor de un delito continuado de malversación en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial; Ana V autora de un delito de malversación en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial.

Aunque hemos considerado al primero como inductor del delito

continuado de falsedad por las razones expuestas, de conformidad con el artículo 65.3 del Código Penal, no resulta merecedor de menor pena que Ana V , en tanto que el mismo era el Director General de la Fundación, por consiguiente era perfecto conocedor de la trascendencia de las falsedades cometidas en la documentación contable de la entidad y además las mismas se habían realizado en su propio beneficio para encubrir la inexistencia de las devoluciones de los gastos por él realizados.

Para la determinación de la pena aplicaremos la redacción del artículo 77 relativo al concurso medial en su redacción vigente a la fecha de los hechos, por ser más favorable que la actual, y que establece que cuando un delito sea medio necesario para cometer el otro se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave.

En orden a determinar cuál es la infracción más grave debemos aplicar sin embargo respecto del delito de malversación la redacción actual por ser la más favorable, que establece una rebaja de la penalidad desde la Ley Orgánica 1/2015 y que se mantiene con la nueva redacción operada por la Ley Orgánica 14/2022 de 22 de diciembre, en tanto que la misma establece una pena de prisión 2 a 6 años mientras que la redacción vigente a la fecha de los hechos establecía una pena de 3 a 6 años de prisión, manteniendo el mismo tiempo de inhabilitación de 6 a 10 años.

El delito de falsedad del artículo 390 del Código Penal es por consiguiente la infracción más grave en cuanto que está castigado con pena de prisión de 3 a 6 años, además de multa e inhabilitación especial, y más aún en el caso de Ana al no apreciarse continuidad delictiva en la malversación y sí en el delito de falsedad.

Las acusaciones han solicitado respecto de Fernando V la pena máxima de seis años de prisión. Con independencia de que no hayan explicitado los cálculos, a dicha pena se llega realizando las siguientes operaciones: en primer lugar la pena que correspondería al delito continuado de falsedad (mitad superior: cuatro años, seis meses y un día a seis años) y luego la que correspondería por el concurso medial (mitad superior: de cinco años y tres meses menos 1 día a seis años).

Para la concreción de la pena ha de valorarse que no concurre en su actuación delictiva ninguna circunstancia atenuante ni agravante, pero por otro lado ha de tomarse en consideración las circunstancias personales del mismo, pues aparte de los miembros del Patronato, el

acusado era el máximo dirigente de la Faffe en su condición de Director General Técnico, en el que el Patronato constituido por relevantes miembros de la Administración Autonómica, había delegado en él amplias facultades y por ello su máxima confianza. Asimismo ha de valorarse la gravedad de los hechos consistentes en la persistente repetición de actos de apropiación de fondos públicos a lo largo del tiempo, pues si sumamos todos los pagos que realizó mediante la tarjeta de la Fundación en los días que se han declarado probados, suman 40 pagos, esto es 40 veces que se apropió de fondos públicos, realizando varios pagos en una sola jornada, llegando hasta nueve pagos en un mismo día. Y que además para evitar ser descubierto y poder continuar con dicha ilícita actividad no tuvo el menor reparo en inducir a que la contabilidad de la entidad se falsease durante los ejercicios económicos en que se desarrollaron los actos malversadores, involucrando para ello a la acusada Ana V , Directora Económica de dicha entidad a través de la influencia ejercida sobre la misma, y todo ello en su exclusivo beneficio.

Por consiguiente de conformidad con el artículo 66.6 del Código Penal, atendiendo las consideraciones anteriormente expuestas procede imponer al acusado Fernando V la pena máxima tal y como ha sido solicitada por las acusaciones, esto es el máximo de la mitad superior, seis años de prisión, multa de 24 meses con cuota diaria de 10 €, cuota próxima al mínimo legal que no ha sido discutida por las defensas, y seis años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público.

Respecto de Ana V las acusaciones han concretado finalmente la pena en cuatro años y seis meses de prisión. Es obvio por las razones expuestas que ha existido un cálculo erróneo en la determinación de la pena, que ni siquiera alcanza el mínimo del delito continuado de falsedad (mitad superior), pues la pena solicitada, al no añadirse el día adicional, correspondería con el máximo de la mitad inferior. Pero es que además a pesar de solicitarse desde el inicio del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal y acusación popular el concurso medial, y haberse explicado las razones de su solicitud en el trámite de concreción de la pena a imponer de conformidad con el artículo 68 de la LOTJ, solicitud a la que se adhirieron todas las acusaciones, por mera incorrección material no se vuelve a elevar la pena a su mitad superior.

La cuestión que debemos dilucidar es si de oficio se puede corregir dicho error material. Para ello realizaremos el siguiente razonamiento:

1. El artículo 789. 3 de la LECRIM establece que la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleva una diversidad de bien jurídico protegido.

2. El Tribunal Constitucional acerca del principio acusatorio y del deber de congruencia e imparcialidad del órgano judicial, ha recordado recientemente en su sentencia 47/2020 de 15 de junio, la doctrina jurisprudencial expuesta entre otras en la S.123/2005 de 12 de mayo y en la Sentencia de Pleno 155/2009 de 25 de junio, exponiendo que en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto de la pretensión punitiva, el juzgador queda constitucionalmente sometido a un doble condicionamiento: fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico viene determinado por los hechos objeto de acusación; el órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que varíen sustancialmente la acusación. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realice la acusación y por la consiguiente petición sancionadora en tanto que el órgano judicial no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal, porque ello constituye un elemento esencial y nuclear de la pretensión punitiva. Sobre la concreta pena solicitada por la acusación el acusado ejerce el derecho constitucional de defensa, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación.

No obstante lo anterior sigue diciendo la sentencia, y esto es lo importante a los efectos que nos ocupan, el déficit acusatorio en la petición sancionadora no puede entenderse equivalente a una mera incorrección jurídica u omisión involuntaria que puede suplir de oficio el Tribunal.

3. Por consiguiente tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la doctrina del Tribunal Supremo son contestes en que debe prevalecer en caso de meras incorrecciones en la solicitud de pena el principio de legalidad. Así lo recoge de manera uniforme las sentencias de este último tras el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 que señala *“el anterior Acuerdo de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.”*

4. En el presente supuesto consideramos sin lugar a dudas que se trató de una omisión involuntaria por parte del Ministerio Fiscal, a cuya petición se adhirieron sin más el resto de las acusaciones. Son dos las razones que avalan la existencia de dicha incorrección jurídica en la petición de la pena de la acusada Ana V . La primera es que dicha incorrección no se produce respecto del acusado Fernando V , pues en relación al mismo se han tenido que realizar las operaciones necesarias para llegar a la pena solicitada para él. La segunda es que expresamente en el trámite del artículo 68 de la LOTJ, tras el veredicto de culpabilidad, el Ministerio Público reiteró su calificación jurídica como concurso medial y explicó las razones que le llevaban a considerar la existencia del mismo, por lo que obviar ascender en la pena nuevamente a la mitad superior tal y como indica el artículo 77 debe considerarse un mero error material. A las dos razones anteriores debe añadirse que ningún menoscabo al derecho de defensa de la acusada puede alegarse en tanto que su dirección letrada fue consciente desde el comienzo del contenido de dicha calificación jurídica, y por consiguiente desde dicho momento pudo conocer la pena que legalmente le correspondía.

Concluyendo que por todas las razones expuestas la corrección de oficio es posible, consideramos que como en el caso del acusado Fernando V , debemos partir como delito de mayor gravedad del delito continuado de falsedad. Así respecto de la pena de prisión, la pena irá en

cuanto que es delito continuado desde los cuatro años, seis meses y un día a los seis años. Por el concurso medial nuevamente habría que aplicar la mitad superior, por lo que la pena que le correspondería iría desde los cinco años, tres meses menos 1 día a seis años. En el presente caso nos moveremos en la mitad inferior de conformidad con el artículo 66.5 citado, aplicando además la pena mínima, al tomar en consideración que sólo existió por parte de la acusada una conducta malversadora y que no se ha acreditado que obtuviera de ninguna de las conductas delictivas acreditadas beneficio propio alguno. En su virtud se fija la pena en cinco años, tres meses menos 1 día de prisión, y proporcionalmente a la anterior, 19 meses y 14 días de multa con cuota diaria de 10 €, cuota que tampoco se ha discutido, y cinco años de inhabilitación especial

Sexto. A tenor del artículo 123 del Código Penal las costas se impondrán a los condenados por mitad.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Fernando José V R como autor criminalmente responsable de un delito continuado de malversación en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial en concepto de inductor a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 24 meses con cuota diaria de 10 €, sujeto a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público durante seis años, así como al abono de las costas por mitad.

Asimismo debemos condenar y condenamos a Ana V R como autora criminalmente responsable de un delito de malversación en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial igualmente en concepto de autora, a la pena de cinco años, tres meses menos 1 día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al abono de 19 meses y 14 días de multa, con cuota diaria de 10 €, sujeta a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público durante cinco años, así como al abono de las costas por mitad.

Fernando José V R deberá indemnizar a la Junta de Andalucía en la suma de 24.129 € y solidariamente con Ana V R deberán indemnizar igualmente a la referida Administración Autonómica en la suma de 6300 €, con los intereses legales del artículo 576 de la LEC.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJA.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.