

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 900/2023

Fecha de sentencia: 30/11/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10482/2023 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN PRIMERA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: HPP

Nota:

#### Resumen

Revisión de sentencia firme. Delito de malversación. No resulta de aplicación el nuevo art. 433 CP, que no se encontraba en relación de especialidad con el art. 432. Cumplimentaba la tipicidad del art. 432 CP, conforme al propio texto del art. 433, que exige no estar comprendido en los artículos anteriores, este artículo 433, resulta desplazado.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10482/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 900/2023

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 30 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **10482/2023** interpuesto por **D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo** representada por la procuradora D<sup>a</sup> Olga Coca Alonso bajo la dirección letrada de D. Víctor Moreno Catena y **D. Miguel Ángel Serrano Aguilar** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Patricia Rosh Iglesias bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Alférez Domínguez, contra autos dictados en fecha 15 de marzo de 2023 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera en la Ejecutoria nº 45/22.

Intervine el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el **PARTIDO POPULAR DE ANDALUCÍA** representado por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal bajo la dirección letrada de D. Alfonso Martínez Escribano y D. Ángel Márquez Prieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera en el Rollo 1965/17, (dimanante del Procedimiento Abreviado 133/16 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla), dictó sentencia núm. 490/2019 de 19 de noviembre, cuyo fallo contiene los siguientes particulares:

“I.- CONDENAMOS a los siguientes acusados, como autores de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación, agravado por su especial gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas:

[...]

6. MIGUEL ANGEL SERRANO AGUILAR, a la pena de 6 años, 6 meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 17 años y un día, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Imponiéndole el pago de 2/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

[...]

9. CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO, a la pena de 6 años y 2 días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años y dos días, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Imponiéndole el pago de 2/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

[...]

**SEGUNDO.-** La anterior sentencia fue recurrida en Casación y confirmada respecto de los recurrentes D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo y D.

Miguel Ángel Serrano Aguilar mediante sentencia dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación 601/2020, sentencia núm. 749/2022 de 13 de septiembre.

**TERCERO.-** La Sección Primera, de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó en la ejecutoria 45/22 (dimanante del Rollo 1964/17, procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla P.A. 133/16), respecto de D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo, auto de 15 de marzo de 2023 y auto de aclaración de 20 de marzo de 2023, en los que constan los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

\_AUTO 15 DE MARZO\_

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

“ÚNICO.- En esta Sección, bajo el nº 45-22 se tramita ejecutoria dimanante del rollo nº 1965-17 Procedimiento Abreviado nº 133-16 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla.

Por la representación de la penada CARMEN MARTINEZ AGUAYO, se ha interesado la revisión de la condena impuesta por sentencia nº 490-19 de fecha 19 de noviembre de 2019, de esta Sección Primera de la Audiencia Provincial que fue confirmada por sentencia de fecha 13 de septiembre de 2022, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular Partido Popular Andalucía, informan en el sentido de considerar que no procede la revisión de la sentencia”.

**PARTE DISPOSITIVA:**

“Denegar la revisión de la sentencia solicitada por la representación de la penada, Carmen Aguayo Martínez, por las razones aludidas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, haciéndoles saber que, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado, contra ella pueden interponer en esta Sección recurso de casación para ser resuelto por la Sala Penal del Tribunal Supremo, todo ello de conformidad a lo establecido en los artículos 846 ter y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

\_AUTO DE ACLARACIÓN DE 20 DE MARZO DE 2023\_

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

“UNICO.- Por la representación de Carmen Martínez Aguayo, se presentó escritos solicitando aclaración y rectificación del auto dictado por esta Sala en fecha 15 de marzo de 2023, por el que se denegaba la revisión de la sentencia dictada en el presente procedimiento, en cuanto al recurso procedente contra el auto referido”.

**PARTE DISPOSITIVA:**

“Aclarar el auto dictado en fecha 15 de marzo de 2023, en el sentido de rectificar el mencionado párrafo, en cuanto a la tramitación del recurso y plazo de que es susceptible la resolución recurrida, acordando que puede interponerse recurso de casación en la forma prevenida en los artísticos 856 y ss de la LECR, subsistiendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida”.

**CUARTO.-** La Audiencia Provincial de Sevilla respecto del penado Miguel Ángel Serrano Aguilar en la ejecutoria 45/22 (dimanante del Rollo 1964/17, procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla P.A. 133/16), dictó autos de 15 y 21 de marzo de 2023, en los que constan los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte dispositiva:

\_AUTO 15 MARZO\_

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

“ÚNICO.- En esta Sección bajo el nº 45-22 se tramita ejecutoria dimanante del rollo nº 1965-17 Procedimiento Abreviado no 133-16 del Juzgado de Instrucción no 6 de Sevilla.

Por la representación de la penado MIGUEL ANGEL SERRANO AGUILAR, se ha interesado la revisión de la condena impuesta por sentencia nº 490-19 de fecha 19 de noviembre de 2019, de esta Sección Primera de la Audiencia Provincial que fue confirmada por sentencia de fecha 13 de septiembre de 2022, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular Partido Popular Andalucía, informan en el sentido de considerar que no procede la revisión de la sentencia”.

**PARTE DISPOSITIVA**

“Denegar la revisión de la sentencia solicitada por la representación del penado, Miguel Ángel Serrano Aguilar, por las razones aludidas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, haciéndoles saber que, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado, contra ella pueden interponer en esta Sección recurso de casación para ser resuelto por la Sala Penal del Tribunal Supremo, todo ello de conformidad a lo establecido en los artículos 846 ter y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

\_AUTO DE ACLARACION DE 21 DE MARZO DE 2023\_

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

“ÚNICO.- Por auto dictado por esta Sala en fecha 15 de marzo de 2023, se denegaba la revisión de la sentencia dictada en el presente procedimiento, solicitada por la

representación de Miguel A. Serrano Aguilar, constando error en cuanto al recurso procedente contra el auto referido”.

#### PARTE DISPOSITIVA:

“Aclarar el auto dictado en fecha 15 de marzo de 2023, que denegaba la revisión de la sentencia dictada solicitada por la representación de Miguel A. Serrano Aguilar, en el sentido de rectificar el mencionado párrafo, en cuanto a la tramitación del recurso y plazo del que es susceptible la resolución recurrida, acordando que puede interponerse recurso de casación en la forma prevenida en los artículos 856 y ss de la LECR, subsistiendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso ordinario alguno”.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron los recursos alegando el siguiente **motivo de casación**:

#### **Recurso de D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo.**

**Motivo Único.-** Por infracción de ley, infracción de los arts. 432 y 433 del Código Penal, en su redacción vigente tras la reforma de la LO 14/2022, así como del art. 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria segunda de la citada Ley Orgánica.

#### **Recurso de D. Miguel Ángel Serrano Aguilar**

**Motivo Único.-** Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, al estimar infringido, por inaplicación, el artículo 2.2 del Código Penal en relación con los vigentes artículos 432 y 433 del Código Penal, ambos infringidos, en la redacción dada al delito de malversación por la Ley Orgánica 14/2022 de 22 de diciembre. Los hechos declarados probados en Sentencia se subsumen en el nuevo tipo del artículo 433 del código penal, más favorable al reo y no en el tipo del artículo 432. La infracción ha determinado la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal reconocido en el art. 25 y 9.3 CE y del derecho a la libertad del art. 17.1 CE.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra. Coca Alonso y Sra. Rosch Iglesias presentaron sendos escritos de adhesión a sus respectivos recursos; el Procurador Sr. Sánchez-Puelles González-Carvajal presentó escrito de oposición a los recursos; el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión a trámite del recurso interpuesto en base a lo dispuesto en los números 1º y 2º del artículo 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, lo impugna a tenor de las consideraciones expuestas en su escrito de 20 de junio; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 29 de noviembre de 2023.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de este recurso de casación los Autos de fecha 15 de marzo de 2023, dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, que tras la entrada en vigor de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, denegaron la revisión de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2019, por la que se condenó, entre otros a los acusados, ahora recurrentes, CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO y MIGUEL ÁNGEL SERRANO AGUILAR, como autores de un delito de prevaricación del art. 404 CP en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432.2 CP a la pena de 6 años y 2 días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años y 2 días.

En formulación independiente pero en coincidente argumentación sustentan un único motivo de casación, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los arts. 432 y 433 del Código Penal,

en su redacción vigente tras la reforma de la LO 14/2022, así como del art. 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria segunda de la citada Ley Orgánica; al entender que hechos declarados probados en la sentencia se subsumen en el nuevo tipo del artículo 433 del Código Penal, más favorable al reo y no en el tipo del artículo 432.

Conviene por tanto, a modo de preámbulo, para mejor intelección del recurso y esta resolución, reproducir la normativa que sirvió de subsunción jurídica en la sentencia, así como la que se pretende más beneficiosa:

i) Redacción otorgada por la LO 15/2003, vigente al momento de autos, aplicada en la sentencia cuya revisión se insta:

*Artículo 432*

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

*2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

ii) Redacción otorgada por la LO 14/2022, que los recurrentes entienden más favorable:

*Artículo 432*

*1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*

2. *Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,*
- b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,*
- c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

*Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado*

#### *Artículo 433*

*La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare.*

**SEGUNDO.-** La primera objeción que realizan los recurrentes a que los hechos sean punibles bajo el tipo del art. 432 CP deriva de entender que se ha producido una modificación esencial en la redacción del precepto, al sustituirse la acción delictiva desde el verbo “*sustraer*” al verbo “*apropiarse*”, sin que el juicio histórico pueda integrar ese acto de apropiación que exige el tipo, ni desde la perspectiva del elemento objetivo del tipo ni de su elemento subjetivo.

Sin embargo, como expresa la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, con la nueva redacción del delito de malversación, se opera “un regreso al modelo tradicional español”; es decir, al sistema vigente en el momento de autos (pues entre ambas normativas medió la reforma resultante de la LO 1/2015 en ningún momento aplicada en autos), modelo tradicional en cuya consecuencia resultan los recurrentes condenados; y el verbo que utilizaba el art. 394 del CP TR/1973, así como el art. 432 en la redacción inicial del CP 1995 y mantiene la

reforma que surge con la LO 15/2003, vigente al momento de autos, efectivamente es *sustraer*, y la jurisprudencia de manera constante entendió el término *sustraer* como equivalente a “apropiación sin propósito de ulterior reintegro” (STS de 31 de enero de 1991, rec. 3908/1989, ECLI:ES:TS:1991:528) y reitera que por *sustraer ha de entenderse en un sentido amplio, como separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos suyos o de otro, en apropiación definitiva, con deseo de no restituir* (STS núm. 1288/1992, de 15 de abril); que *la modalidad consistente en sustraer implica la apropiación de los bienes de que se trata, con carácter definitivo* (STS núm. 3452/1994, de 30 de noviembre).

Doctrina y expresiones que se reiteran ya en aplicación del CP 1995, en las SSTS núm.812/1999, de 14 de mayo; 537/2002, de 5 de abril; 1910/2002 de 18 de noviembre; 257/2003, de 18 de febrero; 34/2004, de 22 de enero; ó 749/2008 de 24 de noviembre.

Y sin solución de continuidad persiste tal entendimiento, a hechos cometidos durante la vigencia de la redacción típica de la malversación debida a la LO 15/2003: SSTS 1094/2011, de 27 de octubre; 429/2012, de 21 de mayo; 360/2014, de 21 de abril; 394/2014, de 7 de mayo; 625/2015, de 22 de diciembre; 797/2015, de 24 de noviembre; 891/2016, de 25 de noviembre; 232/2018, de 17 de mayo; 613/2018, de 29 de noviembre; 163/2019, de 26 de marzo; 627/2019, de 18 de diciembre; 695/2019, de 19 de mayo; 507/2020, de 14 de octubre; 727/2021 de 29 de septiembre; 908/2021, de 24 de noviembre; 1022/2021, de 11 de enero de 2022; 815/2022, de 14 de octubre; 948/2022, de 13 de diciembre; ó 464/2023, de 14 de junio.

Y así lo indica ya la STS 749/2022, de 13 de septiembre, que resuelve el recurso de casación contra la sentencia cuya revisión ahora se solicita, cuando precisa que *según el Diccionario de la RAE el término "sustraer" que utiliza el precepto aplicado (432 CP derogado) no sólo es la acción de apropiación sino "apartar o separar", por lo que dentro de la acción de sustraer se inserta la acción de disponer de los bienes de forma definitiva.*

Es decir, en contra de la alegación de los recurrentes, el verbo descriptivo de la acción, *sustraer*, no tiene significado típico diverso de *apropiarse* en la conducta de malversación examinada.

**TERCERO.-** Relacionada directamente con la primera objeción, también cuestionan los recurrentes, la concurrencia del elemento subjetivo del nuevo tipo penal porque las modificaciones legislativas operadas y la nueva configuración de los delitos de malversación propugnan un entendimiento del elemento subjetivo el tipo del artículo 432 como una verdadera finalidad de lucro personal o de tercero y no como un *animus rem sibi habendi* en sentido amplio, en que cabría cualquier disposición a título de dueño. Entienden que el cambio terminológico y la tipificación autónoma del desvío presupuestario en el art. 433 no se concilia con la interpretación extensiva del ánimo de lucro que venía asumiendo la jurisprudencia, pues en otro caso, su aplicación sería prácticamente inviable. Y de los hechos probados no se acredita el lucro personal ni de los acusados, ni de ningún tercero.

La normativa intermedia, consecuencia de la LO 1/2015, en la descripción de la conducta típica, efectivamente, no se recogía el ánimo de lucro, pero al margen de que se entendía implícito, es patente que la aplicación de esta norma intermedia, no es más beneficiosa para los recurrentes, pues no recoge tipo alguno atenuando de mera desviación presupuestaria, mientras que cuando el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados, excede de 250.000 euros, en caso de continuidad, tiene un suelo de siete años de prisión.

Pero el cotejo que se insta es la redacción anterior a esa reforma de 2015, con la actual normativa resultado de la reforma operada por la LO 14/2002; y de las conclusiones del fundamento anterior, además del entendimiento de la equivalencia del verbo típico, *sustraer* y *apropiarse*, por una parte, sucede que el elemento subjetivo expresamente exigido antes y ahora, es el mismo: *ánimo*

*de lucro*, de donde no cabe concluir diferencia alguna, como pretenden los recurrentes.

Ánimo de lucro presente en múltiples delitos patrimoniales, donde concorde doctrina y jurisprudencia, no se reduce al enriquecimiento propio.

Así, el ATS 20107/2023, de 13 de febrero, dictado en la CE 20907/2017, precisaba que *el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos que "... la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos"*.

Efectivamente, el ánimo de lucro tal como se describe en la STS 506/2014 de 4 de junio, con cita de la 653/2013, de 15 de julio, que a su vez cita otras varias, se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

Explica también el referido ATS 20107/2023, que esta conducta típica ahora contenida en el art. 433 es *una copia literal del predemocrático art. 397 del CP. La única diferencia radica en que, mientras que el Código Penal ya histórico castigaba esa conducta con las penas de multa e inhabilitación, ahora el delito puede castigarse, en su forma agravada, con una pena de prisión de 1 a 4 años cuando "...resultare daño o entorpecimiento graves al servicio público"*. El legislador ha entendido que en supuestos de ausencia de ánimo de lucro, en los que el patrimonio público se vincula a una finalidad pública, eso sí, distinta de aquella a la que inicialmente estuviera destinado, la pena ha de atenuarse sensiblemente, hasta el punto de que, en aquellos casos en que no queda

*acreditado ese daño o entorpecimiento graves, las penas pueden limitarse a una multa e inhabilitación.*

En cuya interpretación, la jurisprudencia de esta Sala, recuerda el referido ATS 20107/2023, *venía siendo rigurosa frente a alegaciones defensivas que han pretendido la exoneración o la atenuación de las conductas imputadas por el hecho de que el destino de los fondos no era ajeno a un fin público.*

Así, la STS 506/2014, de 4 de junio, que condena por delitos de malversación de caudales públicos y prevaricación, al Alcalde y Concejal que emiten sin justificación, órdenes de entrega de dinero con cargo a la caja en favor de numerosos ciudadanos, a título de préstamo, para diversas necesidades, fuera de todo procedimiento o expediente.

O la STS 797/2015, 24 de noviembre: *Por lo que se refiere a la primera impugnación (el importe de la subvención no fue destinado a un fin particular sino a un fin de interés público como era la instalación de una empresa en el Parque Tecnológico agropecuario de Jerez), su desestimación se impone pues lo cierto es que el dinero malversado no fue destinado a la instalación de la empresa en el Parque, sino a que la empresa se ahorrara más de cien mil euros al adquirir en propiedad una parcela que se iba a integrar en su patrimonio, con independencia del destino que se diese a la parcela. Es cierto que para fomentar dicha instalación estaba previsto subvencionarla en determinadas condiciones, pero al duplicar arbitrariamente la cantidad a la que la empresa tenía derecho, la Alcaldesa desvió fondos públicos de su destino y dispuso de ellos, como si fuesen propios, en beneficio de la empresa adjudicataria, permitiendo a la citada empresa lucrarse indebidamente con fondos públicos que no le correspondían.*

Es decir, el ánimo de lucro se exigía en el tipo de malversación vigente al momento de autos y es el afirmado y aplicado en la sentencia; y también se exige tras la reforma debida a la LO 14/2022; y la interpretación que de ese elemento subjetivo del injusto realiza la jurisprudencia de esta Sala, en modo alguno, impide la eventual aplicación del art. 433 CP, que por expreso deseo

del legislador, atiende de manera residual a sancionar conductas del nivel inferior, atípicas desde 1995, de “desvío presupuestario o gastos de difícil justificación”, conforme indica el Preámbulo:

*[...] el texto distingue claramente entre tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin animus rem sibi habendi y con su posterior reintegro (artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433).*

Ello, en la consideración del texto normativo del art. 433, como conducta típica diversa a la prevista en el art. 432, en modo alguno como manifestación de modalidad atenuada del art. 432; no rige espacialidad alguna; sino al contrario, una vez que los hechos son susceptibles de subsumirse en el art. 432, no puede entrar en ponderación el art. 433, pues exige específicamente la norma, que no estuviere comprendida esa conducta en los artículos anteriores, sanciona a *la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores...*

De otra parte, tal entendimiento del ánimo de lucro, en modo alguno deja sin potencial aplicación el nuevo art. 433; contamos con ejemplos de su aplicación, vigente el art. 397 CP/TR 73 (que según la doctrina tiene su origen el Código Penal de 1848, probablemente por reflejo del art. 217 del Código napolitano) con idéntica conducta tipificada, coexistiendo por tanto esta modalidad de malversación de desviación presupuestaria con el tipo básico de sustracción de caudales públicos (o consentir que otro los sustraiga) del art 394 de entonces; como son la conducta del Interventor municipal que en vez de aplicar 13.000 pesetas, a su destino previsto: remisión a la Delegación Provincial de Alicante para abono del producto de las libretas y cupones de abastecimientos expedido, las aplicó en parte, al pago de diversos servicios de inspección de la Jefatura Local de Abastos (STS núm. 263/1960, de 18 de marzo).

O en el caso del Secretario-Interventor municipal que retuvo en su poder transitoriamente sin ingresarla en la Caja Municipal ni entregarla al Depositario ni a otros empleados, cierta suma dineraria, atendiendo con ella obligaciones contraídas por el Ayuntamiento, entre otras, pagó parte de obras de un mercado municipal, dándole así directamente una aplicación pública, sin constancia documental adecuada, distinta de la que hubiera correspondido legalmente de haberse efectuado, como era de rigor, el correspondiente ingreso en la referida Caja Municipal (STS 1494/1969, de 27 de junio).

O el Suboficial Jefe de la Guardia Urbana que entregó como anticipo del sueldo que debía percibir al gruista al servicio del Ayuntamiento para la retirada de vehículos mal estacionados en la vía pública, diferentes cantidades de dinero que obraban en las dependencias de la Guardia Urbana de la citada localidad procedentes del cobro de multas por incidencias de la circulación rodada y que aún no habían sido entregadas en la Intervención del municipio, como era su destino, dándoles por lo tanto una aplicación diferente de aquella que le correspondían (STS núm. 1630/1993, de 14 de mayo).

Puntuales partidas, donde no resulta posible afirmar ajenidad al interés público, ni media desgajamiento o sustracción del patrimonio público, para ulteriormente disponer del mismo como propio. Ni por tanto, de ánimo de lucro, en el puntual incumplimiento formal de la normativa administrativa en la ordenación del gasto.

**CUARTO.-** No obstante, el principal argumento de los recurrentes radica en que al haber quedado excluido del enjuiciamiento el análisis del destino de las subvenciones individuales a las que se desvió el caudal público, no se ha analizado, enjuiciado ni fallado, si dicha desviación presupuestaria lo fue hacia un fin ilícito, habiéndose de partir, por tanto, a estos efectos, que la condena por malversación lo fue por una desviación presupuestaria de un fin público a otro no previsto legalmente; que dada la propia configuración del juicio, en el que se juzgó el denominado “procedimiento específico”, se dejó fuera de aquella causa el enjuiciamiento de las ayudas individuales, de modo

que no se ha realizado un verdadero examen del destino de los fondos y no se ha podido determinar si hubo en algún caso “apropiación”; de modo que los hechos declarados probados, nunca podrían entregar el nuevo tipo del art. 432 puesto que la acción de desviar un caudal público de su finalidad originaria se ha desgajado del tipo del artículo 432 para llevarlo a un tipo específico y especial, el del nuevo artículo 433 CP.

En el procedimiento de revisión, no es viable apartarse del relato de hechos probados, tanto más en casación, en motivo por infracción de ley; pero no sólo, pues tampoco es dable revisar la delimitación del objeto enjuiciado, muy debatida en autos, derivada de la formación de piezas separadas, ineludible por el volumen de autos y personas concernidas, ya resuelta expresamente, concretamente en el fundamento jurídico 3.4 de la STS 749/22 que deniega haber lugar a casar la sentencia que condena a los recurrentes:

3.4 Sentado lo anterior, debe destacarse que la condena del tribunal de instancia lo ha sido no sólo por un delito continuado de prevaricación, lo que se correspondería con las resoluciones adoptadas para “el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes”, sino también por un delito continuado de malversación de caudales públicos, conforme a lo solicitado por las acusaciones.

Este doble pronunciamiento obliga a una explicación porque no hay más ayudas que las concedidas individualmente y, si éstas quedaron fuera del enjuiciamiento, habría que dar la razón a los recurrentes al menos en lo que se advierte de contradicción interna de la sentencia.

La aparente contradicción no es tal si se analizan los hechos desde la diferente contribución que han podido tener las personas que han intervenido en este complejo proceso.

Hay un grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento y mantenimiento de un sistema de presupuestación que dio lugar a la concesión de ayudas al margen de los procedimientos legales establecidos. Esas personas son las que aquí han sido

enjuiciadas, tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de los fondos públicos o por permitir esa disposición.

En las piezas separadas, en cambio, se han investigado cada una de las ayudas singulares, lo que incluye a todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas.

Existe, por tanto, una posible zona de coincidencia, la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos, lo que obliga, en primer lugar, a precisar los hechos por los que han sido condenados en esta pieza matriz, ya que sobre esta cuestión parecen existir diferencias interpretativas.

Las divergencias surgen porque los hechos descritos en el auto de conclusión de la investigación de esta pieza matriz pueden ser coincidentes con algunos de los hechos y personas mencionados en los autos en los que se fijó el ámbito de las distintas piezas separadas. Y esas coincidencias han sido posibles porque el desarrollo de la investigación era distinto en ambos momentos y porque, en cualquier caso, la delimitación factual no era sencilla, dado que la pieza matriz (procedimiento específico) tenía innegables puntos de contacto con lo investigado en las distintas piezas separadas.

No tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto, no sólo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas. Y tampoco tenía sentido alguno formar únicamente tantas piezas como ayudas a empresas y que en cada uno de esos juicios se llamara a las autoridades que habían intervenido en el proceso de diseño, porque con esa división era obligado probar en cada una de las causas singulares si tal proceso tenía contornos delictivos. Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz el proceso de “diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes” y en las distintas piezas separada la concesión y pago de las distintas ayudas.

Sin embargo, esa división podía dar lugar a que hubiera coincidencias entre la pieza matriz y las piezas separadas, porque si bien hay un grupo de personas que intervinieron en “el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes”, dentro de ese grupo hay personas que también intervinieron en la concesión y pago de las ayudas singulares. Nos referimos a los Directores Generales de Trabajo y Seguridad Social, así como a los Directores Generales del IFA /IDEA y, en general, a cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos.

Pues bien, esa zona de coincidencia puede dar lugar a un doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, lo que está proscrito por el principio “non bis in idem”.

[...] Para evitar que se produzca el doble enjuiciamiento, al que hemos hecho alusión, debe partirse de la afirmación de que esta pieza matriz es un proceso autónomo cuyo objeto de investigación y posterior enjuiciamiento ha sido fijado con corrección, a partir del contenido de las conclusiones definitivas de las acusaciones. Una vez juzgados los acusados no es posible una nueva condena por los mismos hechos, lo que obliga a precisar qué hechos han sido juzgados en esta pieza matriz ya que, debido a la complejidad del relato fáctico, no es sencilla su determinación.

En atención al contenido de los hechos probados y tomando también en cuenta los argumentos utilizados por el tribunal de instancia para efectuar la calificación jurídico-penal de los hechos enjuiciados en esta pieza matriz, las condenas dictadas en este procedimiento se refieren a lo siguiente:

(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18/04/2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 01/12/2009, por lo que cualquier hecho ocurrido fuera de esos márgenes temporales no ha sido objeto de enjuiciamiento en este proceso.

(ii) En relación con el delito de prevaricación las personas enjuiciadas y que han resultado condenadas lo han sido por adoptar las siguientes resoluciones: [...]

(iii) En relación con el delito de malversación de caudales públicos las personas enjuiciadas en este proceso y condenadas por este delito lo han sido bien por su participación directa en la disposición de fondos, bien por haber permitido esa disposición.

Lógicamente la malversación tiene como soporte fáctico las disposiciones concretas de los fondos públicos y quienes han resultado condenados por este delito, lo han sido bien por su participación directa en las disposiciones de fondos, bien porque las permitieron, una vez tuvieron conocimiento de la forma en que se estaban aprobando y gestionando.

Entendemos que la condena por malversación incluye respecto de cada condenado a todas las disposiciones de fondos públicos realizadas durante el tiempo en que cada uno de ellos ejerció su cargo.

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales (disposiciones relacionadas en el apartado b), ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital (apartado A), como las abonadas a empresas en crisis (apartado B) o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias (apartado C).

Por tanto y en conclusión, hemos precisado los hechos que han sido enjuiciados en este proceso para evitar un eventual doble sanción penal por unos mismos hechos, lo que habrá de servir en el futuro para despejar cualquier duda que se pudiera suscitar al respecto en las distintas piezas separadas de esta causa.

Y efectivamente en ese relato probado, especialmente, en el contenido del apartado 22 del relato fáctico, se describe una apropiación ingente de fondos

públicos, donde de manera arbitraria resultan beneficiados terceros, donde no se cumplimenta ninguna finalidad pública.

Así: i) en relación con las ayudas sociolaborales, consistentes en financiar las primas de las pólizas de seguros suscritas para colectivos de trabajadores, resultaron beneficiados personas no integrantes del colectivo destinatario, de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial, percibiendo rentas de pólizas abonadas por la Consejería de Empleo; y también de beneficiarios inicialmente integrantes del colectivo, pero que siguieron percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado al mercado laboral; ii) en relación a las ayudas a empresas en crisis, un gran número de estas ayudas carecían de un objeto concreto, respondiendo a fines muy diversos (sin relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE), entre otros, pago de nóminas, pago de deudas, pago de minutas por asesoramientos jurídicos, pago de avales; y iii) también los fondos del programa 31L se emplearon en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo.

Y si bien, en los hechos probados se recoge el hecho de manera general, en la fundamentación se individualizan múltiples supuestos, como es el caso de esos particulares graciosamente beneficiados (a título de ejemplo, en la carpeta ERES JUNTA DE ANDALUCIA, del Ramo principal, y en los informes reservados elaborados por los técnicos de la Junta de Andalucía que los revisaron: Pieza documental separada, doc 43, página del pdf 8 y ss. Anexo II, Detalle de los expedientes de reintegro a los beneficiarios de las pólizas, en la columna "Tipo de irregularidades", aparecen las personas que han percibido el importe de una póliza, estando en situación de alta laboral o con incapacidad).

E incluso mencionan subvenciones concedidas a empresas sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, careciendo incluso de trabajadores. Al igual que se describen los concretos gastos ajenos a expedientes de regulación de empleo.

En cuanto al supuesto que más incidencia se argumenta, los casos de los fondos del programa 31L con desatención de la ficha presupuestaria, debe concluirse que tampoco resultan equiparables a una mera desviación presupuestaria, pues nos encontramos ante la puesta a disposición, en indebido procedimiento, de una cantidad ingente de fondos, a una entidad pública “empresarial” (y por ende sin cuentas consolidadas con las de la Administración Pública de la Junta) para su disposición libérrima, sin traba ni criterio, sin sujeción a fiscalización material alguna y sin necesidad de tramitar ninguna clase de expediente, incluso sin necesidad de dejar constancia de la petición de la ayuda o subvención que entregaba, de varias decenas de millones en cada ejercicio; como sometidos al discrecional dominio privado de quien realizaba el gasto. Situación que no resulta parangonable una mera desviación presupuestaria como la descrita en los ejemplos jurisprudenciales anteriores, sino de disposición del patrimonio público como si se tratara de bienes propios, sin límite ni criterio, ajena a un interés público que respondiese mínimamente a una asignación equitativa de los recursos públicos, programados y ejecutados, con criterios de eficiencia y economía.

Concorde la jurisprudencia contenciosa: *El concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente* (STS, Sala 3ª, de 10 de julio de 2018, recaída en el recurso de casación núm. 1555/2016, entre la varias en igual sentido, citadas en la sentencia de instancia).

Es decir, aunque formalmente se acuda al mecanismo de la subvención, tal como se distribuyen los fondos, carece de esa naturaleza, restando tal reparto como mero instrumento que consuma la sustracción de fondos de la Administración, para su entrega libérrima a escogidas empresas.

Conforme las cantidades que indica el vigésimo segundo de los apartados fácticos, el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y luego 31L, de los que se dispuso todos estos años, para atender compromisos asumidos frente a terceros para ayudas sociolaborales y ayudas

a empresas en crisis, mediante el mecanismo inadecuado de las transferencias de financiación, desde la Consejería de Empleo a la Agencia IDEA, se elevan, si sumamos las cantidades consignadas originariamente, más los incrementos derivados de modificaciones presupuestarias, desde el ejercicio presupuestario 2000, al ejercicio presupuestario 2009, a un total de más de 680.000.000 €.

Ciertamente, como se expresa en la sentencia de casación, en algún supuesto, de haberse debidamente tramitado, la subvención hubiese sido correcta; pero ello no evita su tipicidad malversadora básica, cuando se han entregado a empresas y terceros, previa sustracción de esos caudales del patrimonio público para su colocación en manos de concretas autoridades o funcionarios, que incluso sin fiscalización, petición del beneficiario, ni expediente alguno para que dispusiera libérrimamente de los mismos, como si fueran propios; es decir, en los supuesto descritos en el vigésimo segundo de los hechos declarados probados, con la utilización de ilícito procedimiento de desgajamiento de esos fondos públicos, descrito en los apartados anteriores del relato histórico. Del mismo modo, sirva la comparación, que el sobrino que sustrae o se apodera del saldo de una determinada cuenta corriente de su tío; seguirá siendo hurto o apropiación indebida, aunque probablemente al fallecimiento de su tío, le heredaría.

Por su parte, en el apartado 23 del hecho probado, describe el conocimiento, por parte, entre otros, de los recurrentes, del uso de esos procedimientos, que conduce al juicio de participación, lógicamente en este trámite no discutido.

Por tanto, difícilmente, dada la metodología empleada, puede reconducirse a una mera desviación presupuestaria o entenderse la existencia de una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, el apoderamiento o sustracción perpetrada de ingentes cantidades del presupuesto público, a quien su gestión correspondía, para entregarlo en ilícito e indebido procedimiento a otro ente público para que dispusiera como si fuera propio, sin necesidad siquiera de convocatoria publicada en el BOJA, repartiéndolo sin criterio presupuestario alguno, o en expresión de la sentencia

recurrida, “al margen del presupuesto”; hasta el extremo indica la ejecutoria, que aunque el pago se realiza, se informa que en el caso de las “ayudas sociolaborales”, en el 96% de los expedientes examinados, no consta la resolución administrativa de concesión de subvención; y respecto a las ayudas a empresas, en la práctica totalidad de los expedientes examinados correspondientes al periodo 2001/2008, no consta resolución de concesión de ayudas; así como que, como reconoce la propia Dirección General de Relaciones Laborales, de una serie de pagos realizados por IDEA, que alcanzarían el importe de 25.720.328,39 euros, se carece de cualquier documentación (no constan solicitudes, actos resolutorios de concesión, ni constancia documental de que se haya procedido al pago), por lo que no pudo iniciar los correspondientes expedientes de revisión de oficio, cómo incoó en aquellos que en relación con las ayudas sociolaborales se encontraron beneficiarios “intrusos o irregulares”.

La reforma, tras el paréntesis que derivó de la modificación establecida por la LO 1/2015, atiende a mantener la continuidad con el modelo anterior, de modo que el Preámbulo de la LO 14/2022, explica que la nueva regulación, descansa en la distinción entre las conductas de apropiación o distracción de los fondos públicos hacia beneficios directos o indirectos de carácter privado, y de otra parte, los comportamientos que, sin comportar una apropiación definitiva o el uso temporal para fines privados, suponen una desviación de las finalidades legalmente establecidas. Es decir, la aplicación del art. 433 se restringe a la mera desviación presupuestaria; de forma que la “aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado”, debe compadecerse en todo caso, con una decisión en la que las cantidades presupuestadas para un fin se destinan a otro fin que debe ser siempre encajable en la ordinaria prestación de los servicios públicos y demás gastos que justifican la actividad administrativa; y por ello, no resulta de aplicación esta norma cuando el patrimonio público así dispuesto es “apoderado”, “sustraído”, por medio de procedimiento ilícito y entregado a quien en función de su exclusiva voluntad lo distribuye ya en privada consideración de ese patrimonio, como si fuera propio, de espaldas a cualquier criterio que justifique su disposición (asignación equitativa, eficiencia y economía, indica el art. 31.2 CE), en beneficio de

determinadas empresas, en el mejor de los casos por simple aleatoriedad; como tampoco puede aplicarse el art. 433 cuando se destina a fines o intereses privados; ni lógicamente, cuando se destina a una finalidad delictiva ulterior, que por definición, nunca puede integrar previsión presupuestaria de ninguna entidad pública.

En cuya consecuencia, en el caso “Marey”, ocurrido bajo la vigencia del CP TR 1973, se califica como ilícito del art 394 (aunque consecuencia de la retroactividad favorable se aplicaría el 432.1 del CP 1995) y no del 397, la disposición de fondos reservados, de disposición discrecional casi absoluta, del Ministro del Departamento correspondiente, concretamente un millón de francos franceses, para financiación de un delito de detención ilegal o secuestro de una persona (Causa Especial 2/1998, de 29 de julio).

En la sentencia de instancia, en su fundamento cuadragésimo quinto, ya se fundamentó la inexistencia de interés público en el supuesto aquí enjuiciado:

*- Con cargo a los fondos del programa 31L se hicieron pagos completamente ajenos al interés público. Como son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución.*

*- La indemnización por rescisión de la relación laboral, cuya obligación de pago corresponde a la empresa, mediante un plan de rentas contratado con una aseguradora a favor de los trabajadores afectados por el ERE, sin que conste acreditado en el expediente de concesión de subvención, la incapacidad de la empresa para hacer frente al pago de dicha indemnización, supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público.*

*- Las restantes subvenciones concedidas a empresas con fines diversos, que no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE, sin que conste acreditado en el expediente de concesión de subvención, la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos, supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público.*

- *Subvenciones concedidas a empresas sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, careciendo incluso de trabajadores, en las que, salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar, ni figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones.*

Y recalca:

*La gravedad de los incumplimientos que se recogen, evidencian que la Consejería de Empleo disponía de los fondos públicos del programa 22E/31L, sin sujeción a procedimiento alguno, sin control de la Intervención, sin exigir la más mínima acreditación de una situación que legitime la percepción de la supuesta ayuda, sin necesidad de justificar el empleo o uso del dinero que se recibe, y sin necesidad, siquiera, de acreditar fehacientemente quien recibe el dinero.*

*En definitiva, permitía el enriquecimiento de empresas, a través del ahorro de gastos, y de terceros, ajeno a cualquier interés social o público debidamente acreditado.*

Consideraciones, valorativas, a partir del relato fáctico, que ya determinaban la inviabilidad de la revisión instada por los recurrentes.

**QUINTO.-** A todo ello, debe adicionarse que concurriendo ánimo de lucro y repartidos los fondos tras detraerlos de su destino por medio de procedimiento ilícito y entregado a quien en función de su exclusiva voluntad distribuye ese patrimonio, ya en privada consideración, como si fuera propio, en beneficio de determinadas empresas privadas, que en ocasiones, ni siquiera tuvieron que solicitar la ayuda, la conducta enjuiciada, igualmente se integra en el actual art. 432, en cuyo caso, que se instrumente el apoderamiento a través de desviaciones presupuestarias, carece de relevancia alguna, pues como expresamente recoge el propio 433, resultaría desplazado, de modo que sólo resulta aplicable a la autoridad o funcionario público que no estuviere *comprendido en los artículos anteriores.*

Concorde además, con la circunstancia de que los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, los supuestos de administración desleal del patrimonio público no eran considerados delictivos. Así que mediando condena por malversación, en aplicación de la normativa anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, resultaría paradójico que se aplique la norma retroactivamente favorable, sancionando ahora con el art. 433 CP, para hechos que en la época de la comisión eran impunes; lo que evidencia por otra parte, que la pretensión no resulta viable sin desconocer el contenido de la sentencia cuya revisión se insta, donde se describe pormenorizadamente, los mecanismos de desgajamiento, de apoderamiento, de sustracción de los caudales públicos, para su ulterior y libérrima disposición como si fuesen propios por parte de las autoridades y funcionarios acusados, comportándose como dueños de los mismos.

**SEXTO.-** De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso, se impondrán a la parte recurrente.

## FALLO

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

1º) Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de **D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo** contra el auto dictado en fecha 15 de marzo de 2023 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera en la Ejecutoria nº 45/22, que deniega la revisión de la condena impuesta a la misma por sentencia nº 490-19 de fecha 19 de noviembre, que apertura la ejecutoria.

2º) Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de **D. Miguel Ángel Serrano Aguilar** contra el auto dictado en fecha 15 de marzo de 2023 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera en la Ejecutoria nº 45/22, que deniega la revisión de la condena impuesta al mismo por sentencia nº 490-19 de fecha 19 de noviembre, que apertura la ejecutoria.

3º) Imponer las costas originadas por sus respectivos recursos, a las partes recurrentes.

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

Así se acuerda y firma.