

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 647/2025, de 7 de julio de 2025**Sala de lo Penal**Rec. n.º 7203/2022***SUMARIO:****Prevaricación y malversación de caudales públicos. Elementos del tipo. Concurso de delitos. Coautoría e inducción. Concepto de funcionarios. Principio acusatorio**

Con la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/2022, se precisa el tipo básico de malversación de caudales públicos en cuanto que la conducta típica consiste en apropiarse (en vez de sustraer) o consentir que otro lo haga. Se habla de patrimonio público, en vez de caudales o fondos, despejando dudas sobre algunos bienes, como eran los inmuebles, al tiempo que se amplía la referencia a las circunstancias que sitúan esos bienes bajo la custodia del funcionario ya que se debe realizar la acción por razón de sus funciones o con ocasión de estas. Por último, se reintroduce el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. En relación con el ánimo de lucro hemos dicho que no puede identificarse con el propósito de enriquecimiento ya que según reiterada doctrina de la Sala el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización de los delitos de apropiación y, en particular, el delito de malversación no precisa ese enriquecimiento del autor, sino la disminución ilícita de los caudales públicos.

Y en cuanto a la acción de apropiarse hemos declarado que "el término "apropiación" que utiliza el vigente artículo 432 CP equivale a disposición de los bienes públicos de forma definitiva sin ánimo de reintegro, disposición que tanto puede ser para el propio sujeto activo como para un tercero y el ánimo de lucro que debe guiar la conducta del autor se produce cuando el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Este elemento subjetivo del injusto se apreciará también cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal.

En relación con un préstamo participativo concedido por la empresa pública, su concesión arbitraria en contra de la normas o criterios de concesión y en condiciones de no ser devuelto, con el consiguiente perjuicio para el patrimonio público, es un acto dispositivo que se incardina en el tipo penal de malversación de caudales públicos.

La extinción de la responsabilidad para uno de los investigados por fallecimiento no impide que los hechos en que intervino, si existen otros posibles responsables puedan ser objeto de investigación para depurar las posibles responsabilidades penales.

Se aprecia concurso medial entre el delito de prevaricación y el de malversación, si la disposición arbitraria de fondos públicos ha sido precedida de una resolución administrativa ordenando esa disposición.

PONENTE: EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

Magistrados:

ANDRES MARTINEZ ARRIETA
ANDRES PALOMO DEL ARCO
VICENTE MAGRO SERVET
SUSANA POLO GARCIA
EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Síguenos en...



Sentencia núm. 647/2025

Fecha de sentencia: 07/07/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7203/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: AP Sevilla - Sección 1ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: MCH

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7203/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 647/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 7 de julio de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 7203/2022 interpuesto por D. Carlos Miguel, representado por la procuradora D.ª CAROLINA **PÉREZ-SAUQUILLO** PELAYO, D. Juan María, representado por el procurador D. ERNESTO GARCÍA-LOZANO MARTÍN, D. Juan Francisco, representado por el procurador D. NOEL ALAIN DORREMOCHEA GUIOT, todos ellos, bajo la dirección letrada de D. ADOLFO PREGO DE OLIVER PUIG DE LA BELLACASA y D.ª Casilda, representada por el procurador D. IGNACIO VALDUERTELES JOYA, bajo la dirección letrada de D. MANUEL GARRIDO MORA, contra la sentencia nº 361/22 de 23 de junio de 2022 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el Procedimiento Abreviado nº 10527/2018, que condenó a D. Carlos Miguel y a D.ª Casilda, como autores de un delito de prevaricación del art. 404 C.P. en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP con el atenuante de dilaciones indebidas, y a D. Juan María y D. Juan Francisco como inductores de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP con el atenuantes de dilaciones indebidas. Ha sido parte recurrida el PARTIDO POPULAR DE ANDALUCIA representado por el procurador D. MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ-CARVAJAL bajo la dirección letrada de D. WENCESLAO MORENO DE ARREDONDO y el MINISTERIO FISCAL.

Síguenos en...



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción nº 16 de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado nº 130/2018 por un delito de prevaricación y de malversación de caudales públicos, contra D. Carlos Miguel, D^a. Casilda, D. Juan María y D. Juan Francisco, entre otros, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Sevilla. Incoado el Procedimiento Abreviado 10527/2018 con fecha 23/06/2022 dictó sentencia nº 361/2022 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía(IDEA) es un ente de derecho público de la Junta de Andalucía adscrita actualmente a la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

Como socio único y en cumplimiento del acuerdo de su Consejo Rector de 8 de noviembre de 2004- refrendado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en fecha 1 de febrero de 2005- constituyó mediante escritura pública formalizada el 28 de marzo de 2005 en Sevilla la sociedad mercantil Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía S.A.U(INVERCARIA) con un capital social de tres millones de euros, el cual resulta dividido en trescientas acciones nominativas por un valor nominal cada una de diez mil euros, desembolsadas en su totalidad con fondos públicos por la Agencia IDEA, resultando por tanto INVERCARIA una empresa de la Junta de Andalucía conforme al artículo 6 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía vigente a la fecha de los hechos (LGHPCCA 5/1983) Conforme al artículo 2 de los Estatutos de INVERCARIA su objeto social lo constituye:

A) La promoción, constitución y participación en Fondos de Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades gestoras de Capital Riesgo y otras Entidades mercantiles, bien en forma unipersonal, mayoritaria o minoritaria en concurrencia con Entidades financieras públicas o privadas y/ o con otros organismos públicos y privados.

B) La constitución y gestión de sistemas de garantías para empresas.

C) El fomento y desarrollo de instrumentos financieros para facilitar el acceso al crédito bancario a las empresas andaluzas y, en general, para la mejora de su financiación. A la sociedad Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía S.A.U (INVERCARIA) no se le aplicaba la Ley Reguladora de las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras (Ley 25/2005 de 24 de noviembre, la cual recoge una normativa específica sobre régimen de inversiones y mecanismo de supervisión e inspección por la Comisión Nacional del Mercado de Valores) al no haber solicitado la autorización e inscripción en los registros de la CNMV. No obstante INVERCARIA podría incumplir la reserva de denominación recogida en el artículo 6 1º de la Ley 25/2005- "Las denominaciones sociedad de capital riesgo... "-, con el régimen sancionador previsto en su artículo 6 3º

Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía S.A.U (INVERCARIA), en fecha posterior a la incoación de las presentes actuaciones, ha cambiado su denominación social por la actual de Venture Invercaria S.A.U.

El capital social de 3.000.000 de euros fue ampliado con fondos públicos por la Agencia IDEA en:

10.000.000 euros en el ejercicio 2006

18.000.000 euros en el ejercicio 2007

11.000.000 euros en el ejercicio 2009

1.000.000 euros en el ejercicio 2010

alcanzado un total de 43.000.000 euros en el ejercicio 2010.

Síguenos en...

Los gastos de explotación de INVERCARIA han sido cubiertos con transferencias de fondos públicos de la Agencia IDEA bien mediante la figura de subvención bien como pago de contratos programas suscritos entre ambas entidades.

Excepto en el año 2006 que hubo beneficios de 9.666,67 euros, que compensaron las pérdidas del año 2005 por el mismo importe, en los restantes ejercicios ha habido pérdidas que acumularon entre los ejercicios 2005 y 2013 un total de 29.265.327,47 euros.

En conclusión, los fondos propios de INVERCARIA tenían como único origen las transferencias de fondos públicos que le realizaba su socio único, la agencia IDEA.

Para el cumplimiento de su objeto social, INVERCARIA ha venido utilizando habitualmente instrumentos financieros específicos, siendo los más habituales la participación directa en el capital social de las empresas, la concesión de préstamos participativos, o una financiación mixta, resultante de la combinación de algunos de estos instrumentos.

Esta actuación la ha desarrollado INVERCARIA en cinco programas, todos financiados con fondos públicos, cuatro de ellos con fondos transferidos nominativamente por la Agencia IDEA-Atlantis, Campus, Melkart y Gaya- y un quinto íntegramente financiado con los fondos propios de INVERCARIA.

Los Decretos de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía 24/2001 de 13 de febrero, 21/2007 de 30 de enero y 394/2008 de 24 de junio establecían el denominado Marco regulador de las ayudas de finalidad regional y a favor de PYMES que se concedan por la administración de la Junta de Andalucía estableciéndose en su articulado que se regirán por lo dispuesto en el Decreto las ayudas que concedan por la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos autónomos y empresas en el ámbito de sus competencias que tengan como finalidad promover el desarrollo económico de Andalucía y recogiendo como clases de ayudas, con distintas redacciones, la participación en forma de capital y la concesión de préstamos.

La Orden de 24 de mayo de 2005 de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía en el periodo 2005/06-BOJA núm. 114, 14 de junio de 2005- presenta una estructura que, tal como se recoge en sus antecedentes: " ... contribuye, por lo tanto, al procedimiento de adaptación normativa, basados en los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Igualmente persigue la máxima eficacia y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos que se pone a disposición de las empresas. Unifica en una sola normativa las bases del instrumento financiero que se pone a disposición del sector para impulsar y potenciar el desarrollo empresarial y que regirán para las solicitudes, gestión, resolución, justificación y abono de todos los incentivos a conceder por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa..."

En su artículo 11 se establecen las siguientes modalidades de incentivos:

- "1. Incentivos directos a fondo perdido.
2. Incentivos reembolsables.
3. Bonificación de tipo de interés.
4. Préstamos participativos.
5. Aportaciones al capital social por entidades de capital riesgo.
6. Préstamos con fondos del Banco Europeo de Inversiones.
7. Servicios prestados por la Red Territorial del Apoyo al Emprendedor.

En el artículo 13 de la Orden se recoge la intensidad de los incentivos en los términos siguientes:

"1. Con carácter general, la intensidad de los incentivos no podrá superar /os máximos que se fijan a continuación, según la modalidad descrita en el artículo

11 y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14.4 de la presente Orden.

1. 4 Préstamos participativos. El nominal del préstamo no podrá exceder del 65% de la base incentivable. El plazo máximo será de 15 años, este tipo de préstamos no son aplicables a proyectos de I+ D+ I

1.5 Aportaciones al capital social por INVERCARIA. Se estará a lo establecido en el Reglamento de Inversiones de dicha entidad o norma de funcionamiento.

2. Incompatibilidades.

a) La incentivación directa a fondo perdido es incompatible con la participación en el capital social por las entidades de capital riesgo y con la incentivación reembolsable...."

En términos similares se regula la actividad de fomento a desarrollar por la Consejería de Innovación en la Orden de 19 de abril de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2007 a 2009- BOJA núm 91, 9 de mayo de 2007, recogiendo en su artículo 11 como modalidad de incentivos los préstamos participativos y las aportaciones al capital social por INVERCARIA y su artículo 13 cambia a la siguiente redacción:

"... 2. Además de /os porcentajes máximos referidos en el artículo 14, deberá atenderse a las limitaciones específicas que afectan a las siguientes modalidades de incentivos.

2.3 Préstamos participativos. El plazo máximo será de 15 años. Este tipo de préstamos no son aplicables a proyectos de I+ D+ I Cuando se conceda esta modalidad de incentivo a un proyecto CAMPUS, se someterá al Reglamento (CE) núm 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de /os artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de mínimos.

2.4 Aportaciones al capital social por INVERCARIA. Serán minoritarias y en condiciones de mercado..."

La misma Consejería, mediante Orden de 9 de diciembre de 2008, establece las bases reguladoras de un Programa de Incentivos para el Fomento de la innovación y el Desarrollo empresarial en Andalucía efectuando su convocatoria para los años 2008 a 2013, en términos similares que los recogidos en la Orden del 2007.

En paralelo a las ayudas recogidas en los Programas de Incentivos, la Consejería de Innovación estableció un programa de ayudas a empresas viables con dificultades coyunturales en Andalucía mediante Orden de 5 de noviembre de 2008, efectuando su convocatoria para los años 2008 y 2009, estableciendo como forma de ayudas, entre otras, la concesión de préstamos.

El marco normativo descrito y la actuación de la administración autonómica andaluza se debe de adecuar al régimen comunitario sobre la materia de capital riesgo, entre otras, las directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo para pequeñas y medianas empresas recogidas en el Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de agosto de 2006.

En la sesión del Consejo de Administración de INVERCARIA del 28 de noviembre de 2005 se aprobó, tras su deliberación y por unanimidad el Plan Director 2005-2008 como documento que establecía las normas de funcionamiento de la mercantil. Con carácter previo a la adopción del acuerdo el acusado Carlos Miguel, como Presidente y Consejero Delegado de la sociedad INVERCARIA, informó de modificaciones "sobre aspectos estratégicos del Plan, no de

Síguenos en...



funcionamiento de la sociedad... " introducidas por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía entre las que resaltamos por su interés:

- "definición de la Sociedad como una compañía mercantil de forma anónima que no se constituye como una sociedad de capital riesgo en este momento, lo que podría tomarse en consideración en el futuro una vez se evalúe la actividad de la misma en función de distintos factores; especial referencia a la labor de asesoramiento permanente que INVERCARIA prestará a los empresarios."
- "conceptuación de INVERCARIA como una sociedad operacional de capital riesgo, que siendo independiente de la Orden de 24 de mayo de 2005 para el Fomento de la Innovación y el Desarrollo Empresarial en Andalucía, la complementa y se implica en la gestión de los proyectos en los que participa, asumiendo más riesgo que las entidades financieras y las sociedades de capital riesgo e implementando el concepto de capital riesgo operacional."

En el citado Plan, INVERCARIA se configura como un ente instrumental en forma de sociedad pública de ámbito autonómico, estableciendo como requisitos para la formalización de la operación de financiación una viabilidad científico- tecnológica, que deberá quedar acreditada por los expertos en el área de conocimiento del proyecto que en cada caso se determine y una viabilidad económica-financiera, que vendrá determinada por el análisis del contenido del Plan de Negocios, que deberá incluir todos los aspectos relevantes que afecten a la actividad a desarrollar (mercado, clientes, competencia, previsiones financieras, capacidad de gestión...)

Conforme a las normas de gestión que se recogen en el Plan aprobado los proyectos-analizados tanto en su vertiente de perspectivas económica financiera como de financiación del proyecto- serán evaluados quedando dicha evaluación suficientemente soportado en los documentos que a tal efecto se elaborarán por los técnicos de INVERCARIA.

Los proyectos, tras ser estudiados por los departamentos de Análisis y Promoción, serán evaluados definitivamente por el Comité de Dirección y se presentarán al Comité de Inversiones, que procederá a su valoración, decidiendo sobre la idoneidad de la financiación del proyecto empresarial y, en su caso, de las condiciones de la misma y, si es positiva, se presentará para su aprobación al Consejo de Administración.

Los proyectos aprobados deberán ser objeto de un control y seguimiento en forma que se establecerán y detallarán para el proyecto en cuestión los hitos y parámetros que, dentro de un horizonte temporal determinado, serán objeto de seguimiento por parte de INVERCARIA. La periodicidad de estas revisiones dependerá de las características de la inversión realizada.

En el organigrama de INVERCARIA recogido en el Plan aparece el área de Análisis de inversiones, el cual se contempla que emita un informe de viabilidad para pasarlo al Comité de Dirección y al Comité de Inversiones. Sin embargo; la composición y funcionamiento de ambos comités no se detallan en el Plan el cual se limita a recoger que son órganos colegiados de gestión y decisión de INVERCARIA, y que serán nombrados y dependerán directamente del Presidente y Consejero Delegado.

Al Plan director se le acompañan como anexos los programas de inversión (Capital Riesgo Pre-Semilla y Semilla, Capital Riesgo Arranque, Capital Riesgo Expansión para proyectos de interés Regional y otros), estableciéndose para los programas de Capital Riesgo de Arranque - aquellos que se encuentren en fase de desarrollo inicial y de primera comercialización del producto o servicio- en sus normas de funcionamiento expresamente:

"7.- en cualquier caso se tendrán en consideración las disposiciones de la Orden de 24 de mayo de 2005 de la Consejería de Innovación y el Desarrollo empresarial en Andalucía." Como anexo al plan también se incluyen fichas- detallando tareas, objetivo, documento soporte y responsable- para los Procesos de Inversión, Seguimiento y Desinversión.

Las cuentas anuales de INVERCARIA han sido objeto de auditoria financiera por firma auditora externa desde su constitución.

Síguenos en...



La Cámara de Cuentas de Andalucía de acuerdo con las funciones atribuidas por la Ley 1 / 1988, de 17 de marzo, incluyó en el Plan de actuaciones para 2010 la fiscalización de regularidad correspondiente al ejercicio 2009 de INVERCARIA, emitiéndose informe en diciembre de 2011.

SEGUNDO.- MERCANTIL CEDES ELECTRIA. COMPAÑÍA ELÉCTRICA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLES.A. Y CONSULTORA PARA LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL CSI SL.

LA CONSTITUCIÓN DE CEDES Y CSI

En fecha no exactamente determinada pero en todo caso en días próximos a comienzos del mes de agosto de 2008, los acusados Sebastián y Juan María, se reunieron en la sede de la Consejería CICE, Innovación, Ciencia y Empresa, de la Junta de Andalucía, con la también acusada, Casilda, entonces Secretaria de Industria y el Consejero del ramo Carlos Alberto.

Dicha reunión fue propiciada gracias a la relación de conocimiento que Casilda había mantenido con el Sr. Sebastián.

De esta reunión, surgió el compromiso de financiar y acompañar económicamente el proyecto que llevaban y que consistía en síntesis en la creación de una compañía de energía eólica, aunque en ese momento se limitó a una presentación inicial en un Power Point.

No consta que el consejero del ramo tuviera posterior intervención en los hechos que se van a describir.

Finalizada la reunión, Casilda contactó con Carlos Miguel, como presidente y consejero delegado de INVERCARIA, a quien le encomendó la puesta en marcha de todo lo necesario para invertir y ayudar a los promotores en la compañía. Para ello y para los actos que sucedieron, Carlos Miguel, tomó las decisiones de otorgar ayudas consistentes en participación de capital y préstamos participativos, sin cumplir el trámite interno establecido en el Plan Director de Inversiones de INVERCARIA, que cuanto menos comprendía el análisis del mismo en su vertiente financiera y estratégica, así como los trámites previstos en la Orden de 24 de mayo de 2005, y todo ello sin más motivación que la orden dada por Casilda.

Posteriormente, INVERCARIA por decisión de su presidente, no realizó ningún seguimiento ni control de la inversión.

Casilda, que consciente que el proyecto no era analizado ni desde INVERCARIA, ni desde la Agencia IDEA, estableció como únicos mecanismos semejantes a un control, que personal de la Agencia IDEA, entre los que se encontraba ella misma, fueran nombrado vocales del Consejo de Administración de la naciente CEDES ELECTRIA. Así Nazario, asesor jurídico y secretario no consejero de IDEA e INVERCARIA fue secretario no consejero de la mercantil en proyecto y Pio, directivo de la Agencia IDEA y consejero de INVERCARIA fue consejero de la mercantil.

En cualquier caso la actitud y conducta de Casilda, fue absolutamente pasiva. A pesar de ser convocada a los consejos de administración de CEDES ninguna intervención tenía, ninguna documentación recababa, ninguna dación de cuentas realizaba ni a INVERCARIA, ni a la Agencia IDEA y nada hizo para evitar los hechos que se describirán.

Tal fue la dejación de funciones en el seguimiento de las inversiones que no es sino hasta 30 de junio de 2012, cuando consta en el expediente de INVERCARIA un IPO, Informe de Progreso de la Operación.

Recibidas instrucciones de Casilda, Carlos Miguel se puso en contacto con Nazario para que este a su vez lo hiciera con un despacho de abogados de Madrid, DIMAFRA, abogados de Sebastián, indicando que la compañía tenía que constituirse necesariamente antes de las vacaciones. Con esta instrucción y premura, Nazario se puso en contacto con el abogado que asesoraba a Sebastián, Ángel Jesús, quienes prepararon el acto constituyente ante notario.

Síguenos en...



Con estos antecedentes, la mercantil CEDES ELECTRIA, COMPAÑÍA ELÉCTRICA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE S.A. se constituyó el 1 de agosto de 2008, como sociedad de desarrollo de proyectos energéticos. Su domicilio social y de operaciones ha sido Madrid, siempre y en todo caso, sin embargo con la finalidad de cometer los hechos que se describen y de manera que pareciera que era un proyecto andaluz y se vinculara a Andalucía, se establecieron de manera ficticia como domicilio, primero el de la propia INVERCARIA, calle Isaac Newton, 4, 2º, pabellón de Italia en la Isla de la Cartuja de esta capital y luego en calle Adriano, 16.

Hasta tal punto era ficticio la domiciliación de la entidad en Andalucía, que se llegaron a celebrar consejos de administración en la propia sede de la Agencia IDEA, calle TORNEO, nº 26 de Sevilla, como fue el primer consejo de 24 de marzo de 2009.

El domicilio de la calle Adriano 16, corresponde a una academia de formación AMURA CONSULTORES SL.

La realidad es que el domicilio siempre ha sido en Madrid, calle Zurbarán 20, bajo derecha, en las oficinas del grupo de empresas del acusado Sebastián.

Este, a través de sus empresas le arrendaba sus oficinas a CEDES, así como los servicios de gestión de todo orden.

Fueron socios fundadores de CEDES ELECTRIA las mercantiles:

1.- OPENMATELEC SL, representada por Juan Francisco. Accionistas de esta lo eran el propio Juan Francisco y Juan María, que logró los contactos con la Agencia IDEA e Casilda.

2.- ALIANZA POR LA NATURALEZA, INNOVACIÓN Y TECNOLOGIA SL, representado por Sebastián. Sociedad constituida el 17-6-2008 y cuyo socio y administrador único es el Sr Sebastián, hasta que el 17 de diciembre de 2008, les sucede como administradora su esposa, Gabriela, ocupando el Sr Sebastián posición como apoderado.

3.- INVERCARIA representada por Carlos Miguel que aportó 42.000 €.

Son nombrados administradores en la disposición 4ª de las escrituras de constitución: Sebastián

Juan María

Casilda

Pio

Estos dos últimos como representantes de la Agencia IDEA, y que si bien no estaban presentes al otorgamiento de la escritura aceptaron su cargo posteriormente el 3 de septiembre de 2008, ante notario y posteriormente inscrito en el registro.

Su objeto social era el tratamiento, transporte, transformación y distribución de la electricidad. El objeto social fue modificado el 2 de octubre de 2008.

Posteriormente entraron en el accionariado:

MICEAS S.L. el 23 de febrero de 2009, con la venta de 14.000 acciones.

DIRECCION000.

Segundo

CIATESA TECNOLOGÍAS S.L.

ANITEC S.L.

Síguenos en...



El 30 diciembre de 2008, ANITEC y OPENMATELEC constituyeron CONSULTORA PARA LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL CSI SL

Esta sociedad no tenía objeto real alguno, no desarrolló ninguna actividad y finalmente fue absorbida por CEDES. Esto permitió al Sr Carlos Miguel fraccionar las ayudas e impedir que el monto total necesitara un requisito adicional, la aprobación del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza.

TERCERO.- DE LOS ACTOS DE DESEMBOLSO POR INVERCARIA.

Los actos de desembolso de capital por parte de la mercantil pública se concretan en los siguientes hechos.

1.- En la constitución de la misma, agosto de 2008, participó INVERCARIA entrando con 42.000 € al capital social.

Esta decisión personal de Carlos Miguel no contó con respaldo del departamento de inversiones, no fue aprobada por el comité de inversiones.

Fue tomada sin atender siquiera a petición previa formal de CEDES ELECTRIA.

2.- El 22 de octubre de 2008, Carlos Miguel, concedió un primer préstamo participativo de 408.000 €.

Este préstamo no fue aprobado en Consejo de administración sino hasta en sesión de 15 de julio de 2009, Acta NUM000, acto limitado a una mera ratificación.

En este acta se hacía mención al proyecto CEDES de la siguiente forma "finalizado en el primer trimestre del año 2010, para lo cual ha de desarrollar un generador síncrono, multipolar, de imanes permanentes, con accionamiento directo, convertidor full power y control de Pitch, utilizando las tecnologías más avanzadas al objeto de entregar a la red energía eléctrica de la más alta calidad"

3.- Al mismo tiempo aprobó por indicación de su presidente una inversión adicional de 700.000 €, que fue posteriormente aprobada por el Consejo Rector de la Agencia IDEA, el 28 de julio de 2009.

Esta inversión, tampoco fue analizada por el departamento técnico, ni pasó por el Comité de Inversiones, a pesar de que en el acta del Consejo así se haga constar.

Al Consejo de Administración de 15 de julio de 2009, solo asistieron presencialmente Carlos Miguel e Casilda, no asistió en cambio Pio, delegando su voto en Carlos Miguel.

Los acusados, Sr Juan María y Sr Juan Francisco, conociendo a través del Sr Sebastián, el origen de los fondos y la forma irregular de su obtención, se prestaron a la creación de la sociedad, CSI.

La constitución de la referida CSI, se decidió en el Consejo de Administración de 24 de marzo de 2008 de CEDES, celebrado en la sede de la agencia IDEA y con la asistencia de Casilda y Pio.

La Compañía Consultora para la sostenibilidad Integral SL, CSI, fue definitivamente constituida el 30 de Diciembre de 2008 por:

ANITEC representada por el Sr Sebastián

Juan María

OPENMATELEC SL representada por el Sr. Juan Francisco

Ángel Jesús.

Síguenos en...



Siendo su presidente y consejero delegado el Sr. Juan Francisco. Su domicilio social al igual que en CEDES es nuevamente la calle Zurbarán 20 de Madrid.

El consejo de administración estaba formado por el Sr. Juan Francisco como presidente y el Sr. Sebastián y el Sr Juan María como vocales. El 8 de abril de 2011, el Sr Juan María fue nombrado administrador único. El 21 de septiembre de 2011, pasara a ser administradora CEDES.

4.- El 15 de abril de 2009, Carlos Miguel, volvió a conceder otro préstamo participativo, pero esta vez a CSI SL por 400.000€. La concesión de esta ayuda está huérfana de todo procedimiento.

Posteriormente el día 15 de julio de 2011, CEDES asumirá en consejo de administración la deuda de CSI y así el día 16 de septiembre de 2011, Cedes adquiere el 100% de participaciones de CSI por 2 euros en contrato privado. La sociedad no llegó a desarrollar ninguna actividad.

CEDES atribuyó ingresos como cliente a CSI, en el año 2009, por valor de 394.000 euros. Finalizado este proceso, la financiación pública asciende a la cantidad total de 1.855.768,33Euros: 1.368.954,98 euros por CEDES y 486.813.35 euros por CSI).

5.- En fecha 27 de octubre de 2010, se propuso en consejo de administración posteriormente aprobado por los socios la capitalización de créditos de Invercaria por 321.600 euros, esta se elevó a público el 15 de diciembre de 2010, previamente el 27 de julio se realizó la novación del primer préstamo participativo declarándose vencida líquida y exigible aquella cantidad.

6.- El 12 de enero de 2011, se procedió en escritura pública a la unificación de los créditos y a la novación de los mismos, quedando un solo préstamo por 786.000 €.

El expediente de CEDES ELECTRIA obrante en INVERCARIA, carecía de documentación alguna, el plan de negocios aportado por el promotor fue incorporado posteriormente, cuando las inversiones ya estaban efectuadas.

La realidad era que la actividad de CEDES, estaba siendo desarrollada a través de las empresas de los propios socios. Mediante ello, los socios han mantenido el nivel de actividad de sus empresas, no siendo CEDES más que un mero intermediario e instrumento, de tal manera que los fondos públicos invertidos en la misma terminó en aquellos, y ello al margen de las remuneraciones directas percibidas por los mismos.

De esta manera y a pesar de la escasa actividad innovadora y mercantil de la entidad CEDES, el destino de los caudales públicos fue:

1.- De un lado al pago de servicios, muchos de consultoría del entorno del Sr. Sebastián, así como el pago de facturas presentadas por los acusados Juan Francisco y Juan María.

2.-De otro al pago de proyectos de terceros, de entre los que destaca el proyecto Electria Wind y Eolincyl.

CUARTO.- DEL BENEFICIO DE SUS SOCIOS Y ACUSADOS.

CEDES, por decisión de su presidente Sebastián, y la total pasividad de Casilda y Carlos Miguel, siempre ejerció su actividad a través de terceros y se sirvió de las compañías de sus socios, de tal manera que enriqueció a estos con una fuerte contratación con entidades vinculadas. CEDES gastó y en consecuencia transfirió en los ejercicios de su vigencia a sociedades vinculadas con sus socios, la totalidad de 6.524.531 €, cantidades que puede desglosarse del siguiente modo.

a) -Socios o gestores de CEDES.

- Sebastián: ANITEC.1.910.242 €.

Síguenos en...



En el caso de Juan Francisco y Juan María, las cantidades percibidas por éstos fueron menores: -Siendo 259.000 euros respecto del acusado Juan María. En cuanto a éste las transferencias se realizaron a su sociedad Comunicación Gestión de Entornos SA y Vasco América de Inversiones. Transferencias realizadas como consecuencia de la refacturación de los trabajos para la sociedad y que se referían a viajes, comidas, gastos de mini-bar o análisis periodísticos.

-Y 274.839 respecto del acusado Juan Francisco, las transferencias fueron: -29.500 euros en 2010 a través de su sociedad Landarama SL

-29.500 euros en 2010 a través de su sociedad Landarama SL

-100.980 euros como consecuencia de la venta de sus acciones desde CEDES a Openmatelec.

-103.259 euros desde Cedes en 2009, a través de su sociedad Ideas en Bandeja SL -11.600 euros de Electria Wind en 2009, por medio de Ideas en Bandeja SL.

Otros gestores no acusados fueron:

- Angustia: DIRECCION000 . 1.813 €

- Miguel: DIRECCION000.2.340.014 €.-

- Santos: MICEAS. 209.127 €.-

- Elvira: MICEAS. 301.002 €.-

- Teodoro: CIATESA. 79.918 €.-

b)- Socios o gestores de ELECTRIA WIND :

- Victorio: EOLINCYL. 2.053.209 €.-

- Jose Ignacio: EOLINCYL. 2.012.638 €.-

QUINTO.- DE LA ACTIVIDAD CON TERCEROS. El caso ELECTRIA WIND y EOLINCYL.

En junio del año 2009, CEDES había elaborado un documento llamado "Construcción de prototipos experimentales de aerogeneradores de pequeña potencia", con el anagrama de ELECTRIA y que había llegado a INVERCARIA, si bien no consta la fecha.

En este documento se manifestaba que junto con un equipo de tecnólogos en el sector eólico habían desarrollado y diseñado el nuevo aerogenerador. Que esta fase estaba concluida y que había sido financiada con recursos propios de la compañía. Igualmente que se había avanzado en la construcción del prototipo y que la fase estaba completada en un 90% para la instalación en campo y pruebas del mismo.

A este documento se acompañaba un anexo segundo en el que se describía el aerogenerador desarrollado. Un tercer anexo de fotografías del supuesto prototipo que se había desarrollado. En un anexo cuarto se recogía un plan de negocios con la cabecera de ELECTRIA y EOLINCYL.

Sin embargo, CEDES ELECTRIA nunca desarrolló proyecto alguno, fue EOLINCYL la propietaria del proyecto, compañía fuera del territorio andaluz, a la que y sin que conste que se conociera en INVERCARIA financió de modo indirecto. EOLINCYL presentó solicitud de patente del aerogenerador que le fue denegada.

En septiembre de 2009, se constituyó por CEDES con un 52% y EOLINCYL con un 48% la sociedad ELECTRIA WIND. Esta fue utilizada por Sebastián a fin de desviar fondos de CEDES a EOLINCYL.

Síguenos en...

No es sino hasta la celebración del consejo de administración de CEDES de 24 de mayo de 2010, nuevamente celebrado en la sede de la Agencia IDEA, donde se dio cuenta por parte de Sebastián del Proyecto ELECTRIA WIND.

Al mismo tiempo, anunció que ELECTRIA WIND era adjudicataria de un préstamo de 2.940.000 € con la garantía de aumento de capital social por la empresa por importe de 1.286.000 € con desembolso del 25% por parte de entidad gestora de los Fondos Jeremie de la Junta de Andalucía, SOPREA.

La concesión de estos fondos es objeto de investigación en las Diligencias Previas 5180/15 y ante el Juzgado de Instrucción N° 5 de esta capital.

La acusada Casilda, que era consciente de estos hechos cuando aprobó el préstamo de 700.000 euros en consejo de Invercaria de 15 de julio de 2009, conoció en este consejo de primera mano el proyecto, adoptando nuevamente una postura pasiva ante tal hecho y permitiendo, a la postre, la llegada de fondos desde CEDES a EOLINCYL.

Tres días antes, el día 21 de mayo de 2009, Sebastián y Victorio habían firmado un protocolo de intenciones que posteriormente dio lugar al acuerdo de colaboración siguiente. El día 10 de julio de 2009 y en la villa de Madrid, el acusado Sebastián, como presidente de CEDES, firmó un acuerdo privado de socios con Victorio, como apoderado de EOLINCYL, para la constitución de la sociedad ELECTRIA WIND, constituida el mismo día y que nuevamente volvió a domiciliarse en la calle Zurbarán 20 de Madrid.

Entre los acuerdos, se establecía que se había suscrito íntegramente el capital social por CEDES ELECTRIA y posteriormente se procedería a ampliaciones de capital en las fechas indicadas.

Sin embargo, la parte correspondiente a EOLINCYL hasta completar el capital social de 1.500.000 €, es decir 721.000 €, sería desembolsado íntegramente por ELECTRIA. Cedes además se obligaba a asumir las necesidades de tesorería que pudieran afectar a EOLINCYL.

CEDES, por tanto asumió los siguientes compromisos hasta los 12.000.000 €: -.Totalidad de desembolso del capital social de ELECTRIA WIND

- La financiación que necesitara EOLINCYL , a fin de corregir desequilibrios financieros .
 - Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que CEDES asume indirectamente, el 52% del pasivo de EOLINCYL, a saber:
 - 1.100.000 € de deuda bancaria.
 - el importe de los costes incurridos en la generación del prototipo por 984.000 €
 - los costos en curso que mantiene EOLINCYL para la finalización del prototipo y de la preserie de aerogeneradores, además de costes de alquiler y salarios que ascienden a 724.000 €. El coste total estimado asciende a 1.605.000 €
 - El pago de las facturas presentadas por EOLINSA y BARTZE por importe de 187.000 € y 116.000 €, respectivamente, así como los costes de pedido en curso de Eolincyl para la finalización del prototipo. Estas sociedades están vinculadas a Victorio y Jose Ignacio.
- Del mismo modo, que en el caso de CEDES, ELECTRIA WIND se endeudó fuertemente con sus socios de la siguiente manera
- .- Segundo, prestó servicios de consultoría por 216.000€
 - .-ANITEC por arriendo de oficinas y consultoría, 533.000 €
 - .-Igualmente, Victorio percibió como consejero delegado de ELECTRIA WIND una retribución anual fija de 150.000,01 € variable de 45.000 contraviniendo lo dispuesto en los estatutos sociales, así como el pacto de socios entre ELECTRIA y EOLINCYL.

Síguenos en...



Como contraprestación, en principio EOLINCYL aportaba sus investigaciones y conocimientos en el campo de la energía eólica, comprometiéndose a aportar los derechos de patentes hasta la firma del acuerdo de socios, derechos que no se han cedido por parte de aquella y que no consta hayan sido nunca reclamados ni por Sebastián, ni otros responsables del proyecto. Y todo ello a pesar de que EOLINCYL presentara ante la Oficina Española de Patentes y Marcas la solicitud de inscripción del "Aerogenerador Garbi 150/28", que se denegó.

Para entonces CEDES acumulaba cinco meses de retraso en el pago de la primera cuota de los préstamos participativos, con la única financiación del caudal público andaluz costeara la totalidad del proyecto ELECTRIA WIND y EOLINCYL a cambio de nada, pues nada obtuvo finalmente.

El día 7 de noviembre del año 2011, en virtud de un último pacto entre CEDES ELECTRIA y Victorio, como director general de Eolyncil acordaban una ampliación de capital en la cantidad de 1.000.000€ al tiempo que ELECTRIA WIND se subrogaba en los préstamos que EOLYNCIL tenía suscritos en el Banco Popular y en La Caixa.

Tal fue el endeudamiento de ELECTRIA WIND y a la postre CEDES, que hubo que reformular las cuentas anuales en el Consejo de Administración de 28 de junio de 2012, cuantificándose las pérdidas totales de aquella en 1.071.800€.

Casilda asistió a todos los consejos de administración de CEDES, con excepción de la sesión de 1/10 de 25 de marzo de 2010, y lejos de apoderar a otro consejero de Invercaria, lo hizo en la persona del Sr Sebastián. Dimitió el 20 de junio de 2011 y se aceptó en este consejo.

Sebastián fue presidente y consejero delegado hasta el 16 de febrero de 2011, en que se acepta su renuncia motivada por la condena del Juzgado de lo Mercantil en la compañía ISOFOTÓN. Sin embargo, continuó con el dominio de la sociedad, pues continuaba como accionista por ANITEC, el domicilio de la administración continuaba en sus oficinas y es dado de alta como empleado de CEDES, el 2 de marzo de 2011.

Los documentos y planes de negocios que hubieran en su caso justificado la inversión en CEDES, tuvieron entrada muy posteriormente, el 3 de mayo de 2011.

INVERCARIA cedió el crédito de ambas entidades en una aportación de capital a INVERSEED SCR, siendo ésta la actual perjudicada.

El perjuicio total causado al erario andaluz asciende a la cantidad de 1.363.280,90 € en CEDES, desglosados de la siguiente forma:

De las aportaciones dinerarias de capital: 42.000,00 euros

Del principal impagado: 1.108.000,00 euros.

De los intereses ordinarios devengados impagados: 52.628,08 euros

De los intereses de **Mora** devengados impagados: 11.182,52 euros

Del lucro cesante (intereses ordinarios no aplicados) :149,470,31 euros

El perjuicio económico de CSI CONSULTORA PARA LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL SL, la cantidad total 486.813,35 euros.

SEXTO.- Consta auto de extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento del acusado Sebastián, de fecha 1 de diciembre de 2021.

Respecto del acusado Pio por las acusaciones se retiró la acusación

SEPTIMO.-En el presente procedimiento se formó, en fecha 25 de mayo de 2015, pieza separada dimanante de las Diligencias Previas nº 1009-2012.

En fecha noviembre de 2016 se recibió declaración los investigados.

Síguenos en...



El 12 de junio de 2018, se dictó auto de incoación de procedimiento abreviado, Dictándose auto de fecha 3 de septiembre de 2018, desestimando los recursos de reforma interpuestos por las representaciones de los investigados.

Con fecha 12 de junio de 2019, se dictó auto por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial estimando el recurso de apelación y declarando la nulidad del auto dictado en fecha 3 de septiembre de 2018.

Por el Juzgado de Instrucción se dicta nuevo auto desestimando los recursos de reforma interpuestos de fecha 28 de junio de 2019.

Con fecha 3 de diciembre de 2019, se dictó auto por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial desestimando los recursos de reforma interpuestos contra el auto de fecha 12 de junio de 2018 y posterior auto de fecha 28 de junio de 2019.

Remitido el procedimiento a esta Audiencia Provincial, se estuvo a la espera de la agenda de señalamiento de macrocausas pendientes."

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a:

- Carlos Miguel, como responsable en concepto de autor de un delito de delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 3 años y 1 día de prisión y 6 años y 1 día de inhabilitación absoluta, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de 1/5 parte de las costas procesales.

- Casilda, como responsable en concepto de autora de un delito de delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 3 años y 1 día de prisión y 6 años y 1 día de inhabilitación absoluta, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de 1/5 parte de las costas procesales.

- Juan María, como responsable en concepto de inductor de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 CP, vigente a la fecha de los hechos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de tres años.

- Juan Francisco, como responsable en concepto de inductor, de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 CP, vigente a la fecha de los hechos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de tres años.

Los acusados Juan María y Juan Francisco, deberán abonar la 1/5 parte de las costas procesales por mitad (es decir 1/10 parte cada uno de ellos).

-Debemos absolver y absolvemos a Juan María, del delito de prevaricación por el que venía siendo acusado; declarándose de oficio 1/10 parte de las costas procesales.

Síguenos en...



-Debemos absolver y absolvemos a Juan Francisco, del delito de prevaricación por el que venía siendo acusado; declarándose de oficio 1/10 parte de las costas procesales.

-Debemos absolver y absolvemos a Pio, de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, dejando sin efecto cuantas medidas cautelares hubieran sido adoptadas respecto al mismo. Se declaran de oficio 1/5 parte de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil los acusados indemnizaran conjunta y solidariamente a la entidad INVERSEED SCR, en relación con Cedes, en la cantidad de 1.363.280,90 euros, desglosados de la siguiente forma:

De las aportaciones dinerarias de capital: 42.000,00 euros

Del principal impagado: 1.108.000,00 euros.

De los intereses ordinarios devengados impagados: 52.628,08 euros

De los intereses de **Mora** devengados impagados: 11.182,52 euros

Del lucro cesante (intereses ordinarios no aplicados):149,470,31 euros

Y en relación con CSI CONSULTORA PARA LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL SL, en la cantidad 486.813,35 euros.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, al Ministerio Fiscal y a la acusación popular, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de 5 días a contar desde la última notificación mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador".

3. Notificada la sentencia, las representaciones procesales de D. Carlos Miguel, D^a. Casilda, D. Juan María y D. Juan Francisco, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación, por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, quebrantamiento de forma y error en valoración de documental, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso formalizado por D. Juan Francisco se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1. Al amparo del art. 852 del LECrim. denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, al incluir la Sentencia afirmaciones de hecho de indudable relevancia en el sentido del Fallo relativas a un acusado, el Sr. Sebastián, fallecido con anterioridad a la celebración del juicio oral.

2. Al amparo del art. 852 del LECrim. denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE al realizar la Sentencia una inferencia irrazonable a partir de hechos declarados probados.

3. Al amparo del art. 852 del LECrim. denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, al realizar la Sentencia una inferencia irrazonable a partir de hechos declarados probados.

4. Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 432.1° CP delito de malversación de caudales públicos en la redacción previa a la modificación introducida por LO 1/2015.

5. Al amparo del artículo 851.1° LECrim. por quebrantamiento de forma al resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia.

6. Al amparo del art. 849.1° LECrim. por infracción de ley como consecuencia de aplicar indebidamente el artículo 28 a) del Código Penal.

Síguenos en...



7. Al amparo del art. 852 del LECrim. denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, al no expresar la Sentencia el razonamiento jurídico conducente a la aplicación del precepto penal relativo a la inducción al delito.

El recurso formalizado por D. Carlos Miguel se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley como consecuencia de aplicar indebidamente el art. 432.1 CP.

2. Al amparo del art. 852 del LECrim. denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE al incluir la Sentencia como hecho probado un dato fáctico que no resulta de prueba válida, suficiente y con contenido incriminador.

3. Al amparo del art. 852 del LECrim. denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, al incluir la Sentencia afirmaciones de hecho de indudable relevancia en el sentido del Fallo relativas a un acusado, el Sr. Sebastián, fallecido con anterioridad a la celebración del juicio oral.

4. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley como consecuencia de aplicar indebidamente el art. 404 CP.

5. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley como consecuencia de aplicar indebidamente el art. 21.6 CP.

El recurso formalizado por D. Juan María se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1. Al amparo del art. 852 del LECrim denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, al incluir la Sentencia afirmaciones de hecho de indudable relevancia en el sentido del Fallo relativas a un acusado, el Sr. Sebastián, fallecido con anterioridad a la celebración del juicio oral.

2. Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 432.1º CP delito de malversación de caudales públicos en la redacción previa a la modificación introducida por LO 1/2015.

3. Al amparo del art. 852 LECrim denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, al realizar la Sentencia una inferencia irrazonable a partir de hechos declarados probados.

4. Al amparo del art. 852 LECrim denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, al incluir la Sentencia como hecho probado un dato fáctico que no resulta de prueba válida, suficiente y con contenido incriminador.

5. Al amparo del art. 849.2 LECrim. al resultar de un documento casacional y literosuficiente un dato de hecho demostrativo de un error fáctico con indudable relevancia en el Fallo de la Sentencia.

6. Al amparo del artículo 85 I . 1º LECrim por quebrantamiento de forma al resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia.

7. Al amparo del artículo 851.1º LECrim por quebrantamiento de forma al resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia.

8. Al amparo del art. 849.1º LECrim por infracción de ley como consecuencia de aplicar indebidamente el artículo 28 a) del Código Penal.

9. Al amparo del art. 852 LECrim denunciemos la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, al no expresar la Sentencia el razonamiento jurídico conducente a la aplicación del precepto penal relativo a la inducción al delito.

El recurso formalizado por Dª. Casilda se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Síguenos en...



1. Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional concretamente el art. 24 de la Constitución que consagra el principio acusatorio quebrantado en este procedimiento, habiendo impedido conocer los hechos concretos por los que se acusaba a mi mandante, cercenando su derecho de defensa y generándole indefensión, lo que esta parte ya denunció en trámite de cuestiones previas, desestimadas por el Tribunal "a quo" e igualmente en las conclusiones elevadas a definitivas y en el informe que las sustentaron.

2. Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional concretamente el art. 24 de la Constitución que consagra el derecho a la presunción de inocencia puesto que mi representada ha sido condenada sin que haya existido prueba de cargo suficiente para enervar su derecho a la presunción de inocencia, basando la condena en una serie de hechos que no son indubitados ni acreditados con prueba de cargo suficiente sino a través de convicciones o conjeturas sin sustento probatorio.

3. Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional concretamente el art. 24 de la Constitución por ausencia de valoración de las pruebas de descargo en relación a la recurrente.

4. Al amparo de lo dispuesto en el art. 851 por quebrantamiento de forma concretamente por el motivo recogido en su ordinal primero por entender que en la Sentencia no se expresa, clara y terminantemente, cuáles son los hechos que se consideran probados en relación a la recurrente.

5. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim, por infracción de ley al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

6. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por infracción de ley dados que los hechos que se declaren probados se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

7. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por infracción de ley al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, concretamente el art. 404 del Código Penal.

8. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por infracción de ley al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, concretamente el art. 432.1 del Código Penal, conforme a la redacción vigente al tiempo de producción de los hechos enjuiciados.

9. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por infracción de ley al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, concretamente los arts. 28 y 29 del Código Penal relativos a la autoría y participación.

10. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por infracción de ley al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, concretamente el art. 63 del Código Penal.

5. Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación procesal del PARTIDO POPULAR DE ANDALUCÍA, presentó escrito a de impugnación de los recursos de fecha 19/12/2022 y el Ministerio Fiscal, en escrito de 13/02/2023, solicitó la inadmisión de los recursos e interesó su desestimación. Las representaciones procesales de D. Carlos Miguel, Dª. Casilda, D. Juan María y D. Juan Francisco presentaron escritos de alegaciones de conformidad con el art. 882 LECrim. Y hecho el señalamiento, se celebró la vista el día 17/06/2025 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar. Se han interpuesto por los cuatro condenados sendos recursos de casación contra la sentencia 361/2022, de 23 de junio de 2022, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Por razones de orden metodológico daremos contestación a los motivos de los distintos recursos por un orden diferente al planteado por las defensas. Iniciaremos la contestación de cada recurso por los motivos en que se denuncia un quebrantamiento de forma, continuaremos con los motivos en que se cuestiona la valoración probatoria y concluiremos la respuesta de cada escrito impugnatorio dando contestación a los motivos en que se invoca una infracción de ley.

RECURSO INTERPUESTO POR DON Carlos Miguel

1. Motivo primero por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 432 .1 del Código Penal .

1.1 Resumiendo sucintamente el motivo de discrepancia que se articula en este primer apartado del recurso, se alega que la condena del recurrente por la comisión de un delito de malversación de caudales públicos descansa en una doble afirmación fáctica: (i) Que el Sr. Carlos Miguel ostentaba la competencia para realizar actos de disposición patrimonial como la concesión de préstamos participativos conforme a los límites y controles establecidos legalmente y, (ii) Que se ha acreditado documentalmente el desvío de fondos de CEDES a las empresas del entorno del Sr. Sebastián, Juan María y Juan Francisco, extremos ambos conocidos por el recurrente.

La construcción de la sentencia, se dice, se ha realizado incurriendo en un doble error.

De un lado, en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada se declara que el Sr. Carlos Miguel conocía el desvío de fondos desde CEDES a las empresas del entorno del Sr. Sebastián, Juan María y Juan Francisco, pero semejante declaración no se hizo, como era obligado, en el relato fáctico de la sentencia. Esta cuestión será analizada en el siguiente fundamento jurídico.

De otro lado, el contrato de préstamo no es un título idóneo para fundamentar el delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal, cuya acción nuclear es la sustracción. Para que la concesión de esos préstamos pudiera ser calificada de malversación se precisaría acreditar que CEDES fue una sociedad instrumental y que los préstamos se realizaron no a esa empresa sino a las otras empresas utilizando a CEDES como disimulo o instrumento, afirmación que no se incluye en el relato fáctico. A lo sumo, hablarse de administración desleal por extralimitación en el ejercicio de las funciones, pero semejante acción sería constitutiva de malversación a partir de la ley Orgánica 1/2015, no siendo factible aplicar dicha norma con efectos retroactivos.

Se señala, por último, la discrepancia con la doctrina establecida en la STS 815/2022, de 14 de octubre, en la que se hace una interpretación novedosa y contraria al criterio tradicional de la Sala, ampliando el concepto de sustracción, lo que a juicio de esta defensa lesiona el principio de tipicidad.

1.2 El planteamiento del motivo obliga a determinar si la conducta desplegada por el recurrente puede ser subsumida en el delito de malversación de caudales públicos.

El citado delito ha sufrido importantes modificaciones durante los últimos años.

A partir de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el apartado 3 del delito del artículo 432 CP, el delito de malversación consistía en "sustraer con ánimo de lucro o consentir que otro con el mismo ánimo sustraiga" los caudales públicos por autoridad o funcionario público. Esta Sala interpretó esa norma entendiendo que "sustraer" o consentir que otro sustraiga, constituyen dos modalidades comisivas diferentes. La primera se

Síguenos en...



configura por la apropiación de los caudales o efectos públicos, con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivo. La segunda, por el contrario, tiene una configuración de omisión impropia, puesto que por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, forzado a la evitación del resultado (STS 986/2005, de 21 de julio y 281/2019, de 30 de mayo).

Como consecuencia de la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la malversación se configuró como la realización de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 252 del Código Penal o la apropiación indebida del art. 253, pero cometidas sobre fondos públicos y por funcionarios. Y en relación al art. 252 C.P. se sanciona la administración desleal que la comete quien "teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado".

Como dijimos en la STS 281/2019, de 30 de mayo, y se reiteró en la STS 459/2019, de 14 de octubre, "el nuevo tipo de malversación reprobaba la conducta de la autoridad o funcionario público encargado del patrimonio público que, quebrantando los vínculos de fidelidad y lealtad que le corresponden por el ejercicio de su función y abusando de las funciones de su cargo, causa un perjuicio al patrimonio administrado. Esta modalidad típica era mucho más amplia que la que definía al delito de malversación con anterioridad a la reforma y en ella caben actuaciones distintas de la mera sustracción tales como la asunción indebida de obligaciones".

La reforma introducida por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, actualmente vigente, ha cambiado de nuevo la tipificación castigando a "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".

Aun cuando ha cambiado la acción nuclear muchos de los elementos del tipo se mantienen y, conforme a la doctrina de esta Sala, el tipo de malversación de caudales públicos se conforma con los siguientes elementos típicos:

(i) El sujeto activo ha de ostentar la cualidad de autoridad o funcionario público, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Para la determinación del sujeto activo resulta de aplicación el artículo 24 CP que establece un concepto de autoridad y de funcionario específico y más amplio que el administrativo. Autoridad es quien por si solo o como miembro de una corporación, tribunal y órgano colegido tenga mando o ejerza jurisdicción propia y funcionario es todo aquel que en función de su nombramiento participe del ejercicio de funciones públicas.

(ii) Se precisa una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata. Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31.1.96 y 24.2.95). Sin embargo, no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Hemos declarado que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de

Síguenos en...



aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001, de 19.9). Y también que "tener a su cargo" significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

(iii) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público;

(iv) La acción típica es actualmente apropiarse o consentir que un tercero se apropie del patrimonio público" lo que significa, como explicaremos a continuación, equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

(v) La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la apropiación de los caudales descritos que implica separación de su destino con ánimo de apoderamiento definitivo. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

(vi) Se precisa ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STSS 10 de octubre de 2009 , 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013).

(vii) El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado.

Como dijimos en la STS 882/2024, de 22 de octubre, que analizó las características más relevantes de la nueva redacción de este precepto, la principal diferencia entre la redacción anterior a la LO 1/2015 y la redacción actualmente vigente, es que en la actual se ha sustituido la acción nuclear, que antes era la sustracción y ahora es apropiación. Por otro lado en el artículo 432 bis se castiga el destino a usos privados de los fondos públicos, sin ánimo de apropiación, cuando antes se castigaba dar a los caudales públicos un destino ajeno a la función pública (431. CP). Por tanto, se precisa el tipo básico en cuanto que la conducta típica consiste en apropiarse (en vez de sustraer) o consentir que otro lo haga. Se habla de patrimonio público, en vez de caudales o fondos, despejando dudas sobre algunos bienes, como eran los inmuebles, al tiempo que se amplía la referencia a las circunstancias que sitúan esos bienes bajo la custodia del funcionario ya que se debe realizar la acción por razón de sus funciones o con ocasión de estas. Por último, se reintroduce el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

En relación con el ánimo de lucro hemos dicho que no puede identificarse con el propósito de enriquecimiento ya que según reiterada doctrina de la Sala el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización de los delitos de apropiación y, en particular, el delito de malversación no precisa ese enriquecimiento del autor, sino la disminución ilícita de los caudales públicos (ATS 20107/2023, de 13/02/23).

Y en cuanto a la acción de apropiarse hemos declarado que "el término "apropiación" que utiliza el vigente artículo 432 CP equivale a disposición de los bienes públicos de forma definitiva sin ánimo de reintegro, disposición que tanto puede ser para el propio sujeto activo como para un tercero y el ánimo de lucro que debe guiar la conducta del autor se produce cuando el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Este elemento subjetivo del injusto se apreciará también cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal" (STS 882/2024, de 22 de octubre).

Síguenos en...



Y esa conceptualización está en sintonía con la que esta Sala ha utilizado para distinguir el delito de apropiación indebida de otro delito concomitante, la administración desleal societaria, prevista en el derogado artículo 295 del Código Penal y que actualmente se tipifica en el artículo 252 CP.

Así, en la STS 278/2018, de 12 de junio, proclamamos que "si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, al hallarnos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal más grave: la apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del artículo 295 del CP" (vid. SSTS 850/2020, de 10 de diciembre; 304/2019, de 28 de febrero ; 574/2017, de 19 de julio; 86/2017, de 16 de febrero; 683/2016, de 26 de julio).

En la STS 278/2018, antes citada, y precisamente en relación con un préstamo participativo concedido por la empresa INVERCARIA dijimos que "la concesión arbitraria de un préstamo en contra de la normas o criterios de concesión y en condiciones de no ser devuelto, con el consiguiente perjuicio para el patrimonio público, es un acto dispositivo que se incardina en el tipo penal de malversación".

Por lo tanto, la concesión a sabiendas de préstamos omitiendo los mecanismos de control causando con ello una pérdida de fondos para la sociedad concedente, constituye delito de malversación de caudales públicos.

El motivo se desestima.

2. Segundo motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al incluir como hecho probado un dato fáctico inserto en la fundamentación jurídica

2.1 En la sentencia se afirma para condenar por el delito de malversación que el Sr. Carlos Miguel ordenó los préstamos participativos en favor de CEDES a sabiendas del destino que se darían a esos fondos, pero en los hechos probados nada se dijo al respecto sin que las adiciones realizadas en la fundamentación jurídica puedan ser consideradas matices del relato fáctico, sino datos esenciales que debieran haberse incorporado al relato fáctico de la sentencia. Además, ese dato fáctico no se deduce ni fluye de forma natural de la actividad probatoria desplegada en el juicio.

La afirmación de que el recurrente conocía esa situación, que no se declara en el relato histórico de la sentencia, vulnera la presunción de inocencia y resulta contradictoria con un pasaje del juicio histórico en el que se declara que en INVERCARIA no se conocía que CEDES estuviera financiando indirectamente a EOLINCYL. Se argumenta, en fin, que ser conocedor de algo no es equivalente a consentir o intervenir en una acción.

Es cierto que esta Sala tiene una doctrina asentada y constante (SSTS 169/2018, de 11 de abril y 495/2015, de 29 de junio, entre otras muchas) que prohíbe la integración de los hechos probados en perjuicio del acusado con datos fácticos recogidos en la fundamentación jurídica. En el relato de hechos probados de una sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, se admite que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, decimos, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fáctico y jurídico- que

Síguenos en...



intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

No obstante, es frecuente y no incorrecto que en la fundamentación jurídica se recojan hechos complementarios, que habrán sido objeto de prueba, pero que no son necesarios para la subsunción normativa y si, en cambio, para la articulación de la argumentación probatoria. Y también es frecuente, especialmente en asuntos con cierta complejidad, que la sentencia reitera en la fundamentación jurídica afirmaciones fácticas incluidas también en el relato fáctico por más que la forma de descripción de esos mismos hechos sea diferente.

2.2 En este caso la sentencia de instancia condenó al recurrente como autor de un delito de malversación, precisando en los hechos probados que el acusado como presidente y consejero delegado de INVERCARIA "tomó las decisiones de otorgar ayudas consistentes en participación de capital y préstamos participativos, sin cumplir el trámite interno establecido en el Plan Director de Inversiones de INVERCARIA, que cuanto menos comprendía el análisis del mismo en su vertiente financiera y estratégica, así como los trámites previstos en la Orden de 24 de mayo de 2005, y todo ello sin más motivación que la orden dada por Casilda. Posteriormente, INVERCARIA por decisión de su presidente, no realizó ningún seguimiento ni control de la inversión".

Adiciona el juicio histórico algunos datos fácticos singulares que refuerzan y detallan la intervención del Sr. Carlos Miguel:

- (i) Intervino personalmente en la constitución de CEDES mediante la aportación de 42.000 euros a su capital;
- (ii) La entrada en el accionariado de CSI, empresa sin objeto real alguno, le permitió fraccionar las ayudas dadas a este conglomerado accionarial para evitar que tuvieran que ser aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma;
- (iii) El recurrente tomó la decisión personal de aportar al capital social de CEDES la cantidad de 42.000 euros, sin el respaldo del departamento de inversiones y sin siquiera la existencia de petición formal previa de CEDES;
- (iv) También decidió la concesión personal de un primer préstamo por importe de 408.000 €, sin que fuera previamente aprobado por el Consejo de Administración de CEDES, quien lo aprobó mucho después, el 15/07/2009;
- (v) El 15/04/2009 volvió a conceder otro préstamo por importe de 400.000 €, ayuda que estuvo huérfana de todo procedimiento.
- (vi) CEDES, por decisión de su presidente Sebastián, y la total pasividad de Casilda y Carlos Miguel, siempre ejerció su actividad a través de terceros y se sirvió de las compañías de sus socios, de tal manera que enriqueció a estos con una fuerte contratación con entidades vinculadas. CEDES gastó y en consecuencia transfirió en los ejercicios de su vigencia a sociedades vinculadas con sus socios, la totalidad de 6.524.531€

A partir de todos estos hechos cabe inferir el conocimiento del recurrente de toda la dinámica de la operación. Es cierto que no se declara en el relato fáctico que tuviera conocimiento del desvío de fondos de CEDES a las empresas del entorno de los Sres. Sebastián, Juan María y Juan Francisco pero ese conocimiento se deduce claramente del propio relato fáctico en el que se describe y detalla la forma de actuar del Sr. Carlos Miguel.

Siendo responsable de la operativa de INVERCARIA realizó las transferencias de dinero, mediante préstamos participativos a CEDES y a CSI, empresa de la que conocía que carecía de objeto social, a sabiendas de los riesgos de su forma de actuar. No controló en modo alguno el desarrollo de los proyectos financiados con el erario público y concedió esos fondos sin ningún tipo de control, sabiendo que ese control era fundamental cuando se trata de conceder préstamos con un alto riesgo, de ahí que INVERCARIA hubiera aprobado con la intervención personal del recurrente un Plan de Actuación 2005-2008, el 25/11/2005, que preveía la

presentación en cada proyecto de un Plan de Negocios, que debía ser analizado en su vertiente económico-financiera y de financiación, por el departamento de Análisis y Promoción, por el Comité de Dirección y por el Comité de Inversiones. La ausencia de esos controles, fundamentales para el buen funcionamiento de INVERCARIA, suponía la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado determinante del resultado finalmente producido lo que permite la atribución de autoría al recurrente al menos a título de dolo eventual.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

3. Motivo tercero, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia por incluir en el relato fáctico hechos de relevancia relativos a un acusado fallecido con anterioridad a la celebración del juicio

Se inicia este alegato señalando que por la muerte de un investigado no se extingue su responsabilidad penal sino la acción penal contra él (STS 22/03/1993 y 05/05/2009) y de ello infiere el recurrente que no cabe atribuirle hechos protagonizados por una persona (Sr. Sebastián) fallecido con anterioridad al enjuiciamiento al extinguirse la acción penal en el momento de su óbito. Se alude, en concreto, a la declaración de la sentencia de que el Sr. Sebastián utilizó la sociedad ELECTRA WIND para desviar fondos de CEDES.

El argumento impugnativo carece de consistencia. De conformidad con el artículo 130 del Código Penal con la muerte lo que se extingue es la responsabilidad penal y consecuencia de ello es la extinción también de la acción penal. No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena (los llamados juicios de la verdad). Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y siguientes de la ley procesal penal).

Ahora bien, la regla general admite matices. Existe algún pronunciamiento de esta Sala que considera que si la muerte se produce durante la tramitación de la causa lo que se extingue es la acción para perseguir el posible delito (STS 3 de febrero de 1989), aunque no siempre ya que hemos admitido, por ejemplo, la posibilidad de que los herederos sucedan al difunto en un recurso de casación para impugnar una sentencia condenatoria (STS 286/2020, de 4 de junio y ATS de 30 de marzo de 2023-recurso 3071/2022).

Al margen de excepciones entendemos que la muerte produce la extinción tanto de la responsabilidad penal como de la acción para hacerla efectiva. En la sentencia 457/2009, de 5 de mayo, citada en el recurso, se afirma que la muerte del acusado durante la tramitación de la causa "tuvo que determinar necesariamente la extinción de la responsabilidad penal y también de la acción de esta misma clase (artículo 115 LECrim) con todas las consecuencias, entre ellas, la de hacer imposible incluso el solo conocimiento en vía jurisdiccional de hecho alguno que pudiera afectarle". Pero añade que "la extinción de la acción y de la responsabilidad penales en relación con Raimundo sólo pudo dar lugar al cierre de la causa en lo que a él se refiere y a todos los efectos". En efecto, la extinción de la responsabilidad para uno de los investigados por fallecimiento no impide que los hechos en que intervino, si existen otros posibles responsables puedan ser objeto de investigación para depurar las posibles responsabilidades penales de quienes no hayan fallecido. Se pretende en el recurso extender la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento a otros responsables lo que desborda injustificadamente la causa de extinción prevista en el artículo 130.1.1 CP que es personal y no puede extenderse a terceros.

El motivo se desestima.

4. Motivo cuarto, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del delito de prevaricación del artículo 404 CP

La argumentación de este motivo se centra en la inexistencia de dos conductas diferentes que justifiquen la condena por prevaricación y malversación. Se señala que la acción es única y que

Síguenos en...



el mismo comportamiento se subsume en dos delitos, destacándose que en los hechos probados no se encuentra referencia a resoluciones administrativas contrarias a derecho. Se afirma la arbitrariedad en la concesión de los préstamos pero nada se dice de las resoluciones dictadas para hacer las posteriores transferencias de fondos a terceros. El dictado de una resolución arbitraria, se dice, exige una acción positiva, una resolución expresa y este caso no se identifica resolución alguna, de ahí que se censure la subsunción de los hechos en el delito de prevaricación.

Conviene recordar que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por esa razón, no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

Según doctrina de esta Sala, de la que es exponente la STS 606/2017, de 7 de julio, para que aflore el delito de prevaricación será preciso:

- a) Que se dicte una resolución arbitraria por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- b) Que ocasione un resultado materialmente injusto;
- c) Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho y
- d) Que la actuación sea intencionada, "a sabiendas", en la terminología del precepto penal, es decir, que se adopte la resolución con pleno conocimiento de su injusticia. En relación con este último presupuesto la STS 766/1999, de 18 mayo, afirma que este elemento subjetivo exige que la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúe de tal modo porque quiere ese resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, (STS. 443/2008 de 1.7), lo que permite excluir aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución. Estima la doctrina que en esta última hipótesis nos hallaríamos en el ámbito del derecho administrativo-sancionador.

En este caso se cumplen todas estas exigencias dado que el recurrente era funcionario público a efectos penales, también eran públicos los fondos (cuestiones sobre las que nos extenderemos más adelante) y la disposición de fondos vino precedida de acuerdos de concesión de préstamos que por la condición de su autor y de la naturaleza de la empresa en que se dictaron tienen la consideración de resoluciones en asunto administrativo.

En este motivo no se cuestiona la concurrencia de los elementos típicos del delito sino si cabe hablar de dos delitos (prevaricación y malversación) o si, por el contrario, la conducta es única y sólo subsumible en el delito de malversación.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en reiteradas ocasiones en las que hemos apreciado concurso medial entre el delito de prevaricación y el de malversación, si la disposición arbitraria de fondos públicos ha sido precedida de una resolución administrativa ordenando esa disposición.

Por citar un ejemplo reciente y muy relacionado con este caso, en la STS 815/2022, de 14 de octubre (Caso ACEITUNAS TATIS), en un asunto referido a la concesión de un préstamo participativo por el presidente de INVERCARIA, después de analizar en profundidad la condición de funcionario público del presidente y la condición de públicos de los fondos utilizados, apreciaciones con las que coincidimos, declara que la concesión de un préstamo sin

Síguenos en...



ajustarse a los controles de la propia sociedad "produjo un apartamiento definitivo del caudal público del patrimonio público. El pago realizado no cumplió una finalidad pública. Fue el resultado de una decisión arbitraria por parte del Sr. Patricio, disponiendo del dinero público como si fuera propio".

En esta sentencia se calificaron los hechos como constitutivos de delito de prevaricación y malversación, en relación de concurso ideal, considerando que "Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo y 277/2015, de 3 de junio)".

Sobre la existencia de resoluciones en asuntos administrativos nos pronunciaremos más adelante (FJ 6)

El motivo, en consecuencia, se desestima.

5. Motivo quinto, por la vía de la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim , por la aplicación indebida de la atenuante de dilaciones indebidas como atenuante ordinaria

Considera la defensa que la duración total del proceso junto con las paralizaciones habidas durante su tramitación justifican la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, no como ordinaria, sino como muy cualificada, señalando como hitos fundamentales de su pretensión los siguientes: (i) La pieza separada se formó el 25/05/2015 y hasta que se recibió declaración a los investigados, en noviembre de 2016, transcurrieron 18 meses; (ii) Desde el día 28/06/2019, fecha en que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos contra el auto de conclusión de la instrucción, hasta el señalamiento de juicio oral, realizado en enero de 2022, transcurrieron 2 años y seis meses y (iii) El periodo total de duración del proceso ha sido de 6 años y 8 meses, sin que la causa haya tenido una especial complejidad, en atención a los hechos y al reducido número de personas investigadas.

Para dar respuesta al motivo conviene recordar que el artículo 24.2 CE reconoce como fundamental el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. El sometimiento a un proceso penal es de por sí un gravamen, una carga que no debe durar más de lo imprescindible, de ahí que su prolongación indebida comporte una suerte de pena natural y por tal razón, primero la doctrina de esta Sala, y luego el propio Código Penal, han establecido que la excesiva duración del proceso sea compensada con el reconocimiento de una atenuante. Y así, el artículo 21.6 CP prevé como causa de atenuación "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del proceso, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Esta previsión normativa es conforme con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable (por todas, SSTEDH, caso Milovanovic c. Serbia, de 8 de octubre de 2019; caso Raspopóvic y otros c. Montenegro, de 26 de marzo de 2020).

Como hemos dicho en la STS 699/2016 de 9 de septiembre, la atenuante del art. 21.6 del CP viene conformada por los siguientes elementos: a) una dilación indebida en el sentido de no procedente o no justificable; b) carácter extraordinario de la dilación, en el sentido de inhabitual, inusual; c) sobrevenida durante la tramitación del procedimiento; d) inexistencia de culpa del imputado en los retrasos; y e) desproporción entre la complejidad del litigio y el retraso.

Las SSTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014 de 23 de junio insisten en que "no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de unas actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Serán las circunstancias específicas de cada supuesto sobre las que han de proyectarse los criterios

Síguenos en...



objetivos (complejidad, márgenes ordinarios de duración de litigios semejantes, intereses arriesgados, conducta de las autoridades...) las que orienten al intérprete. Esas consideraciones guardan sintonía con las apreciaciones que encontramos en la doctrina del TEDH (por todas, STEDH de 21 de abril de 2015, asunto Piper v. Reino Unido: la complejidad del caso es uno de los estándares para evaluar el carácter indebido o no de las dilaciones)".

Y para ponderar la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en la modalidad de muy cualificada tiene establecido esta Sala que ha de partirse de la premisa de que no es suficiente con que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación del proceso extraordinaria, sino que ha de tratarse de una dilación especialmente extraordinaria o super extraordinaria, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo art. 21. 6ª del C. Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario, esto es, supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (STS 554/2014, de 16-6)

En este supuesto la duración total de la tramitación de la causa (6 años y 8 meses) no es extraordinariamente elevada si se atiende a su complejidad de la investigación desarrollada, sin que conste que en el transcurso de la tramitación se hayan producido paralizaciones relevantes. Son muchas las sentencias de esta Sala en las que en una situación como la descrita se ha apreciado exclusivamente la atenuante como ordinaria por lo que compartimos el criterio del tribunal de enjuiciamiento en tanto que esa duración, en las circunstancias descritas, no justifica la apreciación de la atenuante como muy cualificada (vid. SSTS 626/2018, de 11 de diciembre; 652/2018, de 14 de diciembre; 75/2019, de 12 de febrero; 83/2019, de 19 de febrero; 143/2019, de 14 de marzo).

El motivo se desestima.

RECURSO DE DOÑA Casilda

6. Primer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del principio acusatorio

Se formula como primer reproche que el escrito de acusación ha sido formulado en términos absolutamente vagos e indeterminados con infracción clara y explícita del principio acusatorio. La propia sentencia, se dice, admite que no consta resolución alguna firmada y en el escrito no se llega a individualizar las resoluciones, decisiones y actos constitutivos de prevaricación. Alude a la posibilidad de existencia de actos verbales pero tampoco se concreta y señala cuáles hayan podido ser ni tampoco su posterior constancia, lo que sitúa a la defensa en una situación de absoluto desconocimiento de los hechos concretos que podrían integrar los tipos penales por los que la recurrente ha sido condenada.

Según se reconoce en el propio recurso, los hechos de la sentencia son en gran medida reproducción del escrito de calificación del fiscal y en los hechos en el citado escrito se precisan los acuerdos adoptados por el recurrente para la disposición de los fondos por lo que no es cierto que no se concretaran las resoluciones administrativas. Son acuerdos del consejo de administración o del propio recurrente, en concreto, las siguientes: a) Decisión personal de conceder 42.000 euros a CEDES como aportación a su capital social sin ni siquiera previa petición de ésta; b) Acuerdo personal de conceder a CEDES un préstamo de 408.000 euros, sin aprobación siquiera del consejo de administración de INVERCARIA; c) Ampliación de la inversión inicial mediante un préstamo de 700.000 euros, aprobado por el consejo de administración de INVERCARIA en Junta de 15/07/2009 y d) Concesión de un préstamo de 400.000 euros a CSI huérfana de todo procedimiento.

Sobre cada una de estas decisiones versó el juicio, tanto la prueba como las alegaciones de las partes por lo que no hubo lesión del acusatorio.

El motivo se desestima.

Síguenos en...



7. Cuarto motivo, a tenor de las previsiones del artículo 851 de la LECrim , por quebrantamiento de forma, por incorporar la sentencia enunciados contradictorios

En este apartado del recurso se refiere que los hechos probados afirman que "INVERCARIA por decisión de su presidente, no realizó ningún seguimiento o control de la inversión" y acto seguido también declara que " Casilda que, consciente que el proyecto no era analizado ni desde INVERCARIA, ni desde la agencia IDEA, estableció como únicos controles..." precisando a continuación esos controles. Se argumenta que si se declara que no hubo controles resulta contradictorio que luego se afirme que sí hubo unos mecanismos semejantes a un control por parte de la recurrente. Esta contradicción tiene notoria repercusión en la calificación de los hechos ya que la incomprensión que se deriva del relato fáctico provoca una laguna o vacío en la descripción de los hechos que impide una correcta calificación y que debe conducir, a juicio de esta defensa a la estimación del motivo.

La contradicción como motivo casacional previsto en el artículo 851.1 de la LECrim, según la constante doctrina de esta Sala, consiste en el empleo en el hecho probado de términos que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse mutuamente, produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS 253/2007, de 26 de marzo y 121/2008, de 26 de febrero, entre muchas)

En efecto, esta Sala viene declarando que: La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características:

(i) Tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierte o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución;

(ii) Ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada;

(iii) La contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato;

(iv) Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas". (STS 869/2015, de 28 de diciembre).

Volviendo al caso que centra nuestra atención, las contradicciones que se denuncian no son semánticas o gramaticales de forma que por su incompatibilidad determinen un vacío fáctico. Lo que se denuncia es una suerte de contradicción conceptual que no tiene cabida en el motivo de casación elegido. Además, ni siquiera existe esa contradicción conceptual. Es perfectamente posible que INVERCARIA no estableciera control alguno sobre las inversiones y que la recurrente, en su condición de Secretaria de Industria, estableciera algo parecido a un control como el nombramiento como consejeros de CEDES eléctrica de Nazario y Pio, personas vinculadas con la agencia IDEA, lo que no excusa la omisión de los procedimientos de control internos establecidos en INVERCARIA para la concesión de préstamos.

El motivo se desestima.

8. Segundo y tercer motivos, conforme al artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Síguenos en...

8.1 Procederemos a la contestación conjunta de estos dos motivos por estar estrechamente relacionados entre sí. En ambos se cuestiona la existencia de prueba de cargo suficiente sobre los hechos fundamentales que han servido de base a la condena.

(i) En relación con el delito de prevaricación se alega que no hay prueba alguna acreditativa de que la recurrente dictara resolución alguna, afirmación que se deriva del propio juicio histórico en el que no se identifica resolución alguna dictada por la Sra. Casilda.

(ii) Se alude a la reunión en que se decidió la constitución de CEDES precisando que no fue en agosto de 2008, sino en mayo de ese mismo año, y se añade que no hay prueba acreditativa de que la recurrente encomendara la constitución de esa sociedad al Sr. Carlos Miguel y ello porque quien intervino en dicha reunión fue el Sr. Carlos Alberto, Consejero del ramo y de quien dependía funcionalmente tanto la agencia IDEA como INVERCARIA. Se destaca que el Sr. Carlos Miguel no tenía dependencia funcional o jerárquica con la recurrente por lo que no tiene base alguna afirmar que fue ella la que ordenó al primero la constitución de CEDES y menos en las condiciones en que afirma que lo hizo. Así lo manifestaron los testigos Nazario, Esteban, Ángel Jesús, Millán y Carlos Alberto

Tampoco hay prueba que como controles la recurrente nombrara vocales en el consejo de administración de IDEA. El Sr. Carlos Miguel manifestó que los nombramientos de estas personas (Casilda y Pio) los hizo la propia consejería

(III) No hay prueba tampoco que ordenara la concesión de los préstamos participativos concedidos a CEDES y en la propia sentencia se dice que fue decisión personal del Sr. Carlos Miguel y tampoco de que conociera que esas disposiciones se hicieran sin respetar los controles establecidas en la normativa interna de CEDES y en relación con el préstamo de 700.000€ consta por el acta de la reunión en el que se concedió que hubo una evaluación previa del Comité de Inversiones. Sobre este particular declararon distintos testigos (Sra. María Consuelo y Nazario).

8.2 Es conocida nuestra doctrina sobre el contenido de nuestra función casacional cuando se invoca la vulneración del principio de presunción de inocencia, al amparo de la vía casacional establecida en el artículo 852 de la LECrim. Nuestro análisis ha de limitarse a una triple comprobación: La existencia de pruebas de cargo relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él de suficiente contenido incriminatorio, que esas pruebas hayan sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica y que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que sean la base de la condena no se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no sea, por tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea (STS 547/2018, de 13 de noviembre, por todas).

También hemos dicho que, salvo que se constate un razonamiento irracional o arbitrario, no es nuestra función suplantar la valoración del tribunal de instancia, ni realizar ni nuevo análisis del conjunto de la prueba, por lo que sólo habrá vulneración del principio de presunción de inocencia cuando se constate, a la vista de la motivación del conjunto de la prueba y desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable.

Normalmente y así lo venimos diciendo con reiteración con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 9) el análisis de la suficiencia de la prueba o de la racionalidad de su valoración debe hacerse desde una perspectiva de conjunto sin que sea procedente fragmentar o disgregar la apreciación probatoria de la sentencia, ni entrar en el análisis de cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado. Debe valorarse la prueba desde una perspectiva global, sin realizar un análisis aislado de cada hecho ni desagregar los distintos elementos de prueba, ni disgregar la línea argumental seguida por el órgano judicial.

Síguenos en...



Dice el Tribunal Constitucional en la sentencia citada que "el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)".

8.3 Sentadas estas premisas daremos respuesta a las alegaciones formuladas.

El tribunal de instancia ha contado con abundante prueba documental que ha servido de soporte a la mayor parte de las afirmaciones fácticas de la sentencia. En el motivo únicamente se cuestionan algunas de estas afirmaciones que, no obstante, son de singular relevancia.

(i) En primer lugar, y en relación con la falta de identificación de las resoluciones susceptibles de ser calificadas de prevaricadoras, ya hemos precisado que, si bien es cierto que en la sentencia se muestra cierta dificultad para identificar esas resoluciones, lo cierto es que en los hechos probados se identifican claramente en cuanto son los acuerdos de concesión de préstamos a los que nos hemos referido en el fundamento jurídico 6, al que nos remitimos.

(ii) En relación con las alegaciones referidas a si la recurrente fue quien ordenó o sugirió al Sr. Carlos Miguel la constitución de CEDES y si ordenó el nombramiento de consejeros en esta sociedad consideramos irrelevante el análisis de esa cuestión. La sentencia infiere de la propia declaración de la Sra. Casilda que fue ella la quien dio las órdenes dado que conocía previamente al Sr. Sebastián que era quien presentó el proyecto y dado que el Sr. Carlos Alberto, que era el consejero, lo desconocía y sólo intervino en la reunión preliminar. Consideramos que es una inferencia razonable pero en todo caso se trata de datos fácticos que explican el nacimiento del proyecto y su impulso pero que son irrelevantes en relación con la tipicidad de la conducta.

En la propia sentencia se señala esa irrelevancia precisando que "sea quien fuera quien dio la orden... es lo cierto que desde INVERCARIA se aceptó y sin análisis previo alguno, se concedieron los préstamos". En todo caso, el testigo Hilario, presidente del Consejo de Administración de INVERCARIA manifestó que "era normal que Pio e Casilda realizaran los nombramientos del consejo de administración porque esta era la máxima representante"

Lo que constituye el núcleo central de la impugnación es si produjo la falta de control del proyecto, conforme al Plan de Actuación de INVERCARIA, y si la recurrente conoció esas deficiencias al tiempo de intervenir en los consejos de administración que aprobaron los préstamos, singularmente el de 700.000 € que es donde el tribunal residencia el delito de malversación y también el de prevaricación, si bien limitado al Sr. Carlos Miguel, según posteriormente justificaremos.

La prueba de esa falta de control viene determinada por la declaración de distintos testigos y la ausencia de una prueba documental que acredite los informes preceptivos que deberían haberse realizado. El Director de Promoción de INVERCARIA manifestó que el proyecto de CEDES no pasó por su departamento; el Director de Análisis de INVERCARIA se pronuncio en la misma dirección: el responsable de control y seguimiento de subvenciones de la agencia IDEA declaró que en la agencia nadie hizo control de los préstamos concedidos por CEDES. También se deduce este dato fáctico de la declaración testifical de la Directora General de INVERCARIA quien pese a manifestar inicialmente (en relación con la concesión del préstamo de 700.000 €) que vio la documentación en el consejo de administración de julio de 2009 reconoció que el proyecto, al tener socios que no eran de la empresa, se llevaba fuera de INVERCARIA, y que ella no pudo ver el plan de negocios en el servidor, concluyendo el tribunal que, pese a tales manifestaciones, no constaba documentalmenete análisis alguno de los

proyectos por parte de INVERCARIA. Por último, resultó de enorme relevancia la declaración testifical del inspector del Cuerpo Nacional de Policía que instruyó el atestado quien ratificó la ausencia de los controles previstos en la normativa interna de la citada empresa y la declaración de la auditoría de la Cámara de Cuentas de Andalucía, entre otras periciales, en la que se pusieron de manifiesto las deficiencias en la operativa de concesión de los préstamos. Señala la sentencia, refiriendo el contenido de la declaración de la perito lo siguiente:

"...se decidió la fiscalización para ver si con el nuevo plan de contabilidad se había gestionado bien; no tenía Control Financiero Permanente, con lo cual no se fiscalizaba todos los años. Ratifica su informe obrante el Tomo 1 del Ramo Principal folio 59 PDF 59. Manifiesta que en la gestión y concesión de fondos existía una publicidad deficiente, reparto discrecional, no siguen procedimiento, no existían modelos, no concurrencia para un periodo de tiempo; no había nada preestablecido para ver la forma de concesión de los préstamos., no había nada publicado en el BOJA. Invercaria remitió expedientes entre los que no se incluía CEDES ELECTRIA luego lo aportaron pero muy incompleto. Los fondos de Invercaria deberían atender al Orden de Incentivos de 2005, la orden no excepcionaba los fondos de Invercaria, sino que los incluía en el art. 11 y 13. 2 y 4.; no cabe la posibilidad de la no sujeción a la Orden, un Ente Instrumental no puede decidir la concesión, sin orden ni procedimiento. Aunque IDEA informara que no le era de aplicación a Invercaria la Orden de Incentivos no implica que no estuvieran sujetos a la misma.

(iv) La participación de la recurrente en todo el proceso, desde su inicio, hasta los distintos consejos de administración en los que se aprobaron los préstamos el tribunal ha inferido racionalmente el conocimiento por la recurrente de la operativa seguida así como su absoluta pasividad.

Es cierto que en el juicio comparecieron testigos que ofrecieron versiones contradictorias sobre algunos aspectos fácticos esenciales a los que nos acabamos de referir, pero nuestra función casacional no es hacer una completa revaluación de la prueba para llegar a la misma o a diferente conclusión del tribunal sino valorar si éste ha contado con prueba de cargo y su valoración se ajusta a criterios de racionalidad y a las máximas de experiencia y en este caso ambas exigencias se han cumplido, por lo que no apreciamos la lesión del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia el motivo, razón por la que procede su desestimación.

9. Quinto motivo, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim por error en la valoración probatoria acreditado por prueba documental

9.1 En este apartado del recurso se hace alusión a concretos errores de valoración probatoria que la defensa entiende acreditados mediante las pruebas documentales que en cada caso identifica.

Daremos respuesta a cada una de las alegaciones pero antes de contestar de forma individualizada procede recordar la doctrina de esta Sala acerca del motivo de casación utilizado, el establecido en el artículo 849.2 de la LECrim, que nos ha de servir de marco referencial y obligado para nuestra respuesta.

Nuestra doctrina, de la que es exponente 542/2018, de 12 de noviembre, es constante al declarar que la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico a través de la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario. Es decir, el documento, debe acreditar por su propio contenido el error que se alega. Por ese motivo la doctrina de esta sala (SSTS 936/2006 y 778/2007, entre otras muchas) viene exigiendo para la prosperabilidad de este motivo de casación los siguientes elementos: Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en

Síguenos en...



la causa; Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; El dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim y el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

9.2 En el recurso se identifican los siguientes errores fácticos:

1. En los hechos probados se declara que la recurrente fue nombrada administradora de CEDES como representante de la agencia IDEA pero en la escritura de constitución de la sociedad (Legajo 26, Libro I, folio 147) y en la aceptación del nombramiento (Legajo 26, Libro, folio 162 vuelto) no se hace alusión alguna a que la Sra. Casilda actuara como representante de la agencia IDEA, por lo que procede suprimir esa mención fáctica.

2. En los hechos probados se declara que el préstamo por importe de 408.000 euros fue aprobado en la sesión del Consejo de Administración de 15/07/2009 pero consta documentalmente (Legajo 26, Libro I, folio 141) que en esa sesión se propuso y aprobó una ampliación del préstamo participativo por importe de 700.000 €, habiéndose formalizado el préstamo de 408.000 € con anterioridad, el 22/10/2008 (Legajo 26, Libro I, folio 177). Se alega, en consecuencia, que no cabe atribuir a la recurrente ni la aprobación ni tan siquiera la mera ratificación de un préstamo participativo que ya había sido concedido y formalizado por el Presidente y Consejero de INVERCARIA, Sr. Carlos Miguel, por lo que debe suprimirse la referencia a que el préstamo concedido a CEDES se aprobó o ratificó en consejo de administración de la citada empresa el 15/07/2009.

3. En los hechos probados se declara que en la reunión del Consejo de Administración de 24/03/2008 de CEDES se decidió la constitución de la mercantil CSI pero según consta en el acta del día 24/03/2009 en esa fecha se informó de la constitución de CIS (Legajo 26, Libro II, folios 223-227) que tuvo lugar 30/12/2008 (Legajo 27, folio 8), por lo que debe suprimirse esa afirmación del juicio histórico.

4. En el relato fáctico se declara que el expediente de CEDES obrante en INVERCARIA carecía de documentación alguna. Sin embargo en el informe pericial de KPMG, realizado el 12/01/2012, figuran los documentos de esta empresa que conforman el Legajo 26 y sus siete libros de la documentación obrante en autos, figurando como fecha de apertura del expediente de 1 de julio de 2008. Por otra parte, INVERCARIA capitalizó parcialmente los préstamos para mantener su porcentaje en el capital social, habiéndose novado y unificado los préstamos participativos lo que se plasmó en póliza de 12/01/2011, justificándose la novación en el Plan de Negocios de 2010-2014. También debe suprimirse esa afirmación del relato histórico de la sentencia impugnada.

5. En el relato fáctico se declara que Casilda asistió a todos los consejos de administración de CEDES con excepción de la sesión de 25/03/2010, pero consta que tampoco asistió a la sesión de 27/10/2010 (Legajo 26, Libro II, folio 254), por lo que al relato fáctico se debe adicionar esa inasistencia.

6. En los hechos probados se declara que "En cualquier caso la actitud y conducta de Casilda, fue absolutamente pasiva. A pesar de ser convocada a los consejos de administración de CEDES ninguna intervención tenía, ninguna documentación recababa, ninguna dación de cuentas realizaba ni a INVERCARIA, ni a la Agencia IDEA y nada hizo para evitar los hechos que se describirán. Tal fue la dejación de funciones en el seguimiento de las inversiones que no

Síguenos en...



es sino hasta 30 de junio de 2012, cuando consta en el expediente de INVERCARIA un IPO, Informe de Progreso de la Operación".

Sin embargo consta documentalmente que formuló las cuentas anuales de CEDES del ejercicio 2008; que en el consejo de administración de 24/05/2010 dio cuenta de los proyectos en curso; que en junta general de CEDES DE 23/06/2010 fue nombrada a INVERCARIA consejera de dicha empresa; que intervino en el consejo de Administración de CEDES de 27/10/2010; que en el consejo de administración de CESDE 23/11/2010 se dio cuenta del contrato suscrito con GAS NATURAL; que estuvo presente en el consejo de administración de 10/02/2011 en el que se formularon las cuentas de 2010; que estuvo presente en la reunión del consejo de 16/02/2011 donde se procedió al nombramiento de presidente y consejero delegado de CEDES y también en el consejo de 02/03/2011.

De toda esa documentación se infiere que la participación de la recurrente en CEDES no fue pasiva ni hubo dejación de funciones en el seguimiento de las inversiones.

7. Es un dato erróneo que el consejo de administración de CEDES celebrado en la sede de la agencia IDEA tuviera lugar el día 24/03/2009 porque la documentación obrante en autos acredita que se celebró el día 18/09/2008 () Legajo 26, Libro II, folio 228)

8. En relato fáctico de la sentencia se proclama que "la actividad de CEDES, estaba siendo desarrollada a través de las empresas de los propios socios. Mediante ello, los socios han mantenido el nivel de actividad de sus empresas, no siendo CEDES más que un mero intermediario e instrumento, de tal manera que los fondos públicos invertidos en la misma terminaron en aquellos, y ello al margen de las remuneraciones directas percibidas por los mismos".

Sin embargo, de la documentación obrante al Tomo III, folios 1200-1215, e incorporado al informe pericial elaborado por FTI CONSULTING SPAIN, S.R.L. obrante en "cd" y al que la propia sentencia que recurrimos hace referencia (páginas 104- 104) consta que CEDES promovió y/o ejecutó 52 proyectos, dando lugar a una facturación por importe de 6.332.454 euros proveniente de empresas líderes del sector de energía. Además, el Informe de Valoración de la Aportación no Dineraria realizado por GESVALT para la aportación de la cartera de INVERCARIA a INVERJAEN, S.C.R. - INVERSEED- realizado el 24 de mayo de 2.011 (Tomo 9, Ramo General, folios 3340 y ss, "pdf 162") se valora, a esa fecha, la inversión de INVERCARIA en CEDES en 1.150.000 €.

9. En los hechos probados se declara que "como contraprestación, en principio EOLINCYL aportaba sus investigaciones y conocimientos en el campo de la energía eólica, comprometiéndose a aportar los derechos de patentes hasta la firma del acuerdo de socios, derechos que no se han cedido por parte de aquella y que no consta hayan sido nunca reclamados ni por Sebastián, ni otros responsables del proyecto. Y todo ello a pesar de que EOLINCYL presentara ante la Oficina Española de Patentes y Marcas la solicitud de inscripción del "Aerogenerador Garbi 150/28", que se denegó".

Sin embargo al folio 1664 vuelto se hace referencia a la existencia de un contrato de transferencia de tecnología de 10 de abril de 2009 suscrito entre CEDES y EOLYNCIL -se reitera la existencia del citado contrato de transferencia de tecnología al f. 1726, como Anexo 7 del Pacto de Socios- en virtud del cual la segunda transmitía a la primera "la tecnología, know-How, los resultados, conocimientos y derechos" precisos para la construcción y fabricación de aerogeneradores de mediana y baja potencia concretamente del modelo denominado GARBI 150/28, correspondiendo "todos los derechos de propiedad intelectual y propiedad que se generen durante la ejecución del presente contrato a Electria Wind". Igualmente en el Resumen Ejecutivo, f. 1688, se hace referencia al activo circulante que el citado Aerogenerador suponía para la sociedad Electria Wind. Y finalmente y sobre todo, la propia sentencia, pág. 106, reconoce que "al folio 1689 del libro 7 legajo 26, consta la cesión de tecnología, transferencia tecnológica y propiedad industrial, de acuerdo con lo dispuesto en el Pacto de Socios y en el contrato de transferencia tecnológica

Síguenos en...



10. Se propone, en base a la documentación obrante en el Legajo 26, Libro 4, folios 790-823 se propone la adición del siguiente fragmento en el relato histórico:

"A raíz de la entrada en el capital social de CEDES de la sociedad denominada CIATESA, el 21 de septiembre de 2011 se firmó un Acuerdo privado de sus accionistas, esto es ANITEC, CIATESA, INVERSEED -que había sucedido a INVERCARIA-, MICEAS, DIRECCION000 y D. Segundo-, cuya cláusula séptima establecía los "mecanismos de salida del socio INVERSEED" -que había sucedido a INVERCARIA en la cartera de créditos de los que esta era titular-, previéndose los mecanismos de desinversión a partir del 21 de marzo de 2014:

Esa cláusula tiene el siguiente tenor literal:

"SÉPTIMA. - Mecanismos de salida del socio INVERSEED

INVERSEED, tal y como determina su objeto social, adopta la condición de Socio Financiero de la entidad por lo que tiene una vocación de permanencia temporal en la Sociedad.

Dada esta condición a continuación se detalla el régimen de los mecanismos de salida de este socio:

- INVERSEED conceda gratuitamente a favor de los Socios No Financieros, que aceptan, una Opción de Compra sobre la totalidad de las acciones de la Compañía de las que sean titulares en la Fecha de Ejercicio de la Opción.

El período de ejercicio de la opción de compra comenzará el 21 de marzo de 2013 y finalizará el 21 de marzo de 2014.

El precio de ejercicio de la Opción de Compra será aquel que permita obtener a INVERSEED una rentabilidad (medida en términos de Rentabilidad T.I.R.) de su participación en la Sociedad DEL 20 POR 100. En el caso de que la Junta General de Accionistas acordara reparto de dividendos, durante el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2011 y la fecha en que se ejercite la opción de compra, el importe correspondiente a INVERSEED en concepto de dichos dividendos, se descontará del precio de la opción de compra.

- A partir del día 21 de marzo de 2014 INVERSEED, en el supuesto de que ostentara participación en capital social de CEDES, podrá ejecutar los siguientes mecanismos de desinversión de su participación en la Sociedad:

- Iniciar un procedimiento de venta de acciones de la Compañía a través de un Banco de Negocios de reconocido prestigio al que se mandate al efecto.

- Ejercicio de una Opción de Venta frente a los socios no financieros o frente a la Sociedad (CEDES) en los términos que se recogen a continuación.

El período de ejercicio de la opción de compra comenzará el 21 de marzo de 2014 y finalizará el 21 de marzo de 2015.

El precio del ejercicio de la Opción de Venta será aquel que permita obtener a INVERSEED una rentabilidad (medida en términos de Rentabilidad T.I.R.) de su participación en la Sociedad del 20 por 100. En el caso de que la Junta General de Accionistas acordara reparto de dividendos, durante el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 2011 y la fecha en que se ejercite la opción de venta, el importe correspondiente a INVERSEED en concepto de dichos dividendos, se descontará del precio de la opción de venta".

INVERSEED inició proceso ordinario en ejercicio del derecho que le concedía la citada cláusula que concluyó con sentencia estimatoria, obteniendo por tanto el reintegro de su participación social en CEDES"

9.3 Como trataremos de justificar a continuación, las modificaciones del relato fáctico que se pretenden en este motivo de casación o bien se refieren a datos fácticos que carecen de relevancia para el fallo de la sentencia o se refieren a extremos cuya afirmación por el tribunal

Síguenos en...



de instancia ha tenido lugar mediante la valoración conjunta de varias pruebas, lo que conduce a la desestimación del motivo, y no tanto porque las afirmaciones que se realizan no se ajusten a la realidad sino porque éstas no tienen incidencia real en la decisión de la controversia o inciden en cuestiones cuya impugnación sólo procedería a través de la invocación del principio de presunción de inocencia que, como señalamos en otros fundamentos del recurso, tiene su propia lógica y límites.

1. Resulta irrelevante a los efectos del fallo de la sentencia, en primer lugar, que el nombramiento de la recurrente en CEDES no fuera como representante de IDEA. Lo relevante es que intervino en CEDES y en sus consejos de administración.

2. En relación con la aprobación del préstamo de 408.000 euros la sentencia declara que fue ratificado el 15/07/2009 por el consejo de administración de INVERCARIA pero lo que se declara también es que fue concedido el 22/10/2008 y que la aprobación el consejo fue una mera ratificación, lo que no permite afirmar que los que intervinieron en la ratificación conocieran las particularidades de la concesión, circunstancia excluyente de la intervención de la recurrente. Por lo tanto, no procede la corrección del dato fallo o por no ser relevante para el fallo.

3. Tampoco es determinante de la decisión de la sentencia que la constitución de CSI no fuera el 24/03/2008 y que en esa reunión sólo se informara de la futura constitución. En todo caso la recurrente tuvo conocimiento de la constitución y debió intervenir también en su aprobación que según el recurso tuvo lugar el 30/12/2008, dado que se declara que "la Sra. Casilda asistió a todos los consejos de administración de CEDES, con excepción de la sesión de 25/03/2010.

4. Se afirma como error fáctico la afirmación de que en el expediente de CEDES obrante en INVERCARIA careciera de documentación, siendo más cierto que ésta es abundante y figura en Legajo 26 y sus siete libros, obrante en las actuaciones. No advertimos que se haga esa afirmación en el relato fáctico y en todo caso se trata de un dato irrelevante. Lo determinante es la constitución de esa sociedad y los demás extremos referidos en el juicio histórico, como miembros fundadores, miembros del consejo de administración, domicilio social y, sobre todo, procedimiento de concesión de los préstamos.

5. También se alega que no asistió a la reunión de 27/10/2010, pero no consta que en esa reunión se tomara alguna decisión de influencia en esta causa.

6. Frente a la afirmación de la sentencia de que tuvo una actitud pasiva en CEDES se afirma que en el consejo de administración de 24/05/2010 dio cuenta de los proyectos en curso; que en junta general de CEDES de 23/06/2010 fue nombrada a INVERCARIA consejera de dicha empresa; que intervino en el consejo de Administración de CEDES de 27/10/2010; que en el consejo de administración de CEDES de 23/11/2010 se dio cuenta del contrato suscrito con GAS NATURAL; que estuvo presente en el consejo de administración de 10/02/2011 en el que se formularon las cuentas de 2010; que estuvo presente en la reunión del consejo de 16/02/2011 donde se procedió al nombramiento de presidente y consejero delegado de CEDES y también en el consejo de 02/03/2011. Ninguna de estas intervenciones tienen incidencia en este caso. Lo relevante sería su intervención en la concesión de préstamos, singularmente el de 700.000 euros, cuestión que no se menciona en el motivo.

7. Tampoco es trascendente que el consejo celebrado en la sede de IDEA fuera el 18/09/2008 y no el 24/03/2009. Carece de relevancia alguna.

8. En cuanto a la afirmación de la sentencia de que la actividad de CEDES se desarrolló a través de otras empresas y era, por tanto, una empresa instrumental, se trata de un hecho al que ha conducido la valoración conjunta de pruebas por lo que el simple hecho de que hubiera financiado 52 proyectos, no equivale a la realización de proyectos propios, que es lo que no consta. La documentación que se cita no permite afirmar el error del pronunciamiento fáctico de la sentencia.

9. Por último y en relación a la realización efectiva del proyecto de aerogenerador eólico por EONICYL el que se presentara una solicitud de patentes no es evidencia de que el proyecto hubiera sido desarrollado. En todo caso este hecho y los demás relacionados con él se han proclamado por el tribunal mediante la valoración conjunta de diversas pruebas por lo que su impugnación a través del artículo 849.2 de la LECrim es improcedente, lo que determina la inviabilidad del relato fáctico alternativo que se propugna.

El motivo se desestima.

10. Sexto motivo de infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim

En la sentencia de instancia y en distintos párrafos de su relato fáctico se declara que la recurrente tuvo un comportamiento pasivo en la empresa CEDES. Sin embargo, esos hechos son absolutamente genéricos y faltos de contenidos concretos y sustantivos lo que impide conocer qué tipo de actuaciones debía haber realizado como consejera de CEDES. Además "cobra extremada relevancia un dato fundamental cual es que también como consejero de CEDES figuraba D. Pio, a la sazón Director del Departamento de Inversiones Estratégicas de la Agencia IDEA que formó parte e intervino en los consejos de administración de CEDES y en los que tuvo igual e idéntico modo de intervención que aquella que tenía mi defendida, la Sra. Casilda, pero sin embargo ello no fue óbice para que las acusaciones, singularmente la ejercida por el Ministerio Fiscal, retirara la acusación frente a él, de tal manera que obviamente si igual modo de actuar que mi defendida no fue reputado como "pasivo" o "inactivo", ni por tanto como hecho constitutivo de los delitos de prevaricación y malversación por los que el Sr. Pio venía siendo acusado y final y definitivamente no lo fue, por aplicación de un elemental principio de igualdad en la aplicación de la ley, lo que para el Ministerio Público y acusación popular no fue hecho constitutivo de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos respecto de un acusado, no puede serlo respecto de otra que actuó de modo idéntico y en iguales condiciones". Se añade que si bien no existe derecho a la igualdad de trato en la ilegalidad (STC 181/2006) lo que sí existe es un derecho a la igualdad de trato en situaciones iguales por lo que debe establecerse el mismo trato a la recurrente que el otro consejero que tuvo la misma intervención que ella en la empresa de referencia. Se añade que no puede atribuirse a la Sra. Casilda la responsabilidad por no realizar los informes de Progreso de Operación, que podrían haberse hecho por personal de INVERCARIA.

El motivo es improsperable. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional número 181/2006 "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio, FJ 2; 51/1985, de 10 de abril, FJ 5; 40/1989, de 16 de febrero, FJ 4), o "igualdad contra Ley" (por todos, AATC 651/1985, de 2 de octubre; 376/1996, de 16 de diciembre), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero, FJ 4), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros" (STC 17/1984, de 7 de febrero, FJ 2; en sentido similar, SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 4; 27/2001, de 29 de enero, FJ 7)"

Por tanto, el hecho de que no se haya formulado acusación contra otra persona de la que se afirma estar en la misma situación no es razón para considerar vulnerado el derecho a la igualdad ya que este derecho no ampara la igualdad en la ilegalidad y no puede ser causa de impunidad el que otras personas en la misma situación no hayan sido objeto de acusación. Por otra parte, la igualdad fáctica que se pretende no es tal. Según la sentencia, la recurrente tuvo un papel protagónico desde el principio y fue la impulsora del proyecto así como la persona que dirigió las acciones desde el comienzo y de ella se predica un dominio funcional y una capacidad de decisión que no se afirma respecto del Sr. Pio.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Síguenos en...



11. Séptimo motivo de infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por infracción del artículo 404 del Código Penal

11.1 En este apartado del recurso se censura la subsunción normativa de los hechos en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP. Después de hacer una referencia extensa a la jurisprudencia de esta Sala sobre el citado tipo penal y de referir los hechos declarados probados que han servido de soporte a la subsunción normativa se afirma que en el relato fáctico no se identifica la resolución supuestamente prevaricadora.

Se alega que el hecho de que la Sra. Casilda "encomendara" al Sr. Carlos Miguel "la puesta en marcha de todo lo necesario para invertir y ayudar a los promotores de la compañía" no supone que ello, de considerarse como "resolución" fuera o pudiese ser constitutiva de un delito de prevaricación por cuanto dicha encomienda, resolución no es objetivamente contraria a derecho, ilegal o antijurídica.

De acuerdo con el Plan Director 2005-2008 de INVERCARIA esta empresa surgió "a iniciativa de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, constituida por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, y como una herramienta estratégica para impulsar actuaciones encaminadas al desarrollo económico de Andalucía, en el marco de apoyo a la creación y consolidación de empresas innovadoras" y se configura como "un ente instrumental en forma de sociedad pública de ámbito autonómico para la promoción y desarrollo de instrumentos para la financiación empresarial". Por tanto, la encomienda de poner en marcha un proyecto empresarial que se plasmó en la constitución de CEDES no puede ser una resolución ilegal y contraria a derecho y la encomienda se produjo en el marco de sus funciones como Secretaria General de Desarrollo Industrial y Energético de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía establecidas en el Decreto 201/2004, de 11 de mayo.

Además, en aquellas fechas estaba vigente el Plan Andaluz de Sostenibilidad Energética 2007-2013, aprobado por Decreto 279/2007, de 13 de noviembre en cuyo ámbito se enmarcaba este desarrollo empresarial, ya que uno de sus fines era impulsar un tejido empresarial basado en la económica del conocimiento en el ámbito de las tecnologías energéticas.

También estaba en vigor el Plan Andaluz de Desarrollo Industrial 2008-2013 (PADI) también aprobado por Decreto 10/2008 de 22 de enero (BOJA número 64 de 2 de marzo de 2008) entre cuyos objetivos sectoriales el establecimiento de planes específicos de proyectos que incrementaran la productividad, innovación y crecimiento regional, así como la Ley 2/2007 de 27 de marzo de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética, recogía en su art. 15 el "deber de promoción de las energías renovables" señalando que "en el ámbito territorial de Andalucía, los poderes públicos pondrán en marcha los instrumentos necesarios para impulsar, promover y, en su caso, incentivar las conductas y acciones de fomento de las energías renovables en las que se manifiesten la solidaridad colectiva y la colaboración social.

Por tanto con la encomienda la Sra. Casilda no actuó de un modo contrario al correcto funcionamiento de la administración pública -si a la Administración Pública andaluza se presentó un proyecto empresarial, innovador, en materia de energías renovables con la proyección que ello tenía ya por el año 2008, y cuya actualidad se mantiene hoy incluso incrementada dada la realidad social que nos circunda, lo lógico e incluso lo legalmente exigible es que fuera apoyado por la Administración autonómica en la actividad de fomento que le compete-, no habiendo habido interés alguno en mi defendida en hacer efectiva su voluntad por encima del interés general.

No se ha declarado probado que la recurrente diera instrucciones, indicaciones u órdenes para que se actuara de forma ilegal, para que el proyecto empresarial no se hiciera conforme a los hitos que se exigieran en la sociedad INVERCARIA y prueba de ello es que la propia sentencia declara probado que fue Carlos Miguel "quien tomó las decisiones de otorgar ayudas consistentes en participación en capital y préstamos participativos".

Síguenos en...



También se alega que no se ha probado el elemento subjetivo del tipo de prevaricación ya que no consta que la encomienda realizada se hiciera con la deliberada intención de la ilegalidad del acto.

Aunque ya se ha insistido en la falta de determinación de las resoluciones dictadas, aunque fueran verbales, la existencia de un acto verbal no constituye resolución administrativa a los efectos del tipo de prevaricación, entendiéndose por tal un acto de decisión que resuelve sobre el fondo de un asunto con eficacia ejecutiva, dado que la recurrente, dentro del organigrama de INVERCARIA, carecía de facultades ejecutivas o decisorias al ostentar simplemente la condición de vocal del consejo de administración de conformidad con la legislación mercantil. Por otra parte, ni el presidente ni el consejero de INVERCARIA tenían vinculación jerárquica con el centro directivo de la que la Sra. Casilda era Secretaria General.

Por otra parte y en relación con el préstamo participativo de 700.000 € la recurrente no adoptó decisión ejecutiva alguna toda vez que según se recoge en la propia sentencia el préstamo fue aprobado por el consejo de administración de INVERCARIA el 15/07/2009 y aprobado definitivamente por el Consejo Rector de IDEA EL 28/07/2009 y, según el Plan Director de INVERCARIA este tipo de operación debía ser evaluado tanto por el Comité de Dirección como por el Comité de Inversiones. De acuerdo con el Plan Director a la recurrente no le competía ni aprobar la inversión ni evaluar el proyecto de inversión y así consta en la reunión del Consejo de 15/07/2009 en el que se propuso la inversión comunicando que previamente había sido evaluada y analizada positivamente por el Comité de Inversiones. Se cita como normativa reguladora el Decreto 26/2007, de 6 de febrero, en el que se aprobaron los Estatutos de la Agencia IDEA en el que se dispone que las empresas participadas se registrarán por la Ley 5/1983 y el Decreto 9/1999, de 19 de enero y por la Ley 9/2007 de 21 de noviembre que establece que una empresa como INVERCARIA es en su funcionamiento una empresa privada por lo que lo actuado en relación con estos hechos no es un "asunto administrativo" y el acuerdo del consejo de administración está sujeto al derecho mercantil y en caso de existencia de algún tipo de responsabilidad habría de exigirse de acuerdo con las normas reguladoras de la responsabilidad civil de los administradores.

11.2 Para dar respuesta a esta queja resulta necesario transcribir los párrafos de la sentencia impugnada que justifican la condena de este recurrente por el delito de prevaricación.

"...Al mismo tiempo (en la reunión de 15/07/2009 de INVERCARIA) aprobó por indicación de su presidente una inversión adicional de 700.000 €, que fue posteriormente aprobada por el Consejo Rector de la Agencia IDEA, el 28 de julio de 2009. Esta inversión, tampoco fue analizada por el departamento técnico, ni pasó por el Comité de Inversiones, a pesar de que en el acta del Consejo así se haga constar. Al Consejo de Administración de 15 de julio de 2009, solo asistieron presencialmente Carlos Miguel e Casilda, no asistió en cambio Pio, delegando su voto en Carlos Miguel"

"... La acusada Casilda, que era consciente de estos hechos cuando aprobó el préstamo de 700.000 euros en consejo de INVERCARIA de 15 de julio de 2009, conoció en este consejo de primera mano el proyecto, adoptando nuevamente una postura pasiva ante tal hecho y permitiendo, a la postre, la llegada de fondos desde CEDES a EOLINCYL".

La concesión de este préstamo, en cuya aprobación intervino personalmente la recurrente, conociendo que no se habían cumplido las exigencias derivadas del Plan de Actuación y demás controles exigibles constituye un delito de prevaricación administrativa. Y esa aprobación debe enmarcarse en el profundo conocimiento que la recurrente tenía de toda la operativa, ya que intervino desde el momento inicial en que se acordó poner en marcha el proyecto y fue nombrada consejera de INVERCARIA, asistiendo a la práctica totalidad de sus consejos de administración y también fue nombrada coadministradora de CEDES.

Es cierto que el acuerdo de concesión del préstamo de 700.000 euros fue ratificado por el consejo rector de IDEA, días después de su concesión, pero esa ratificación posterior no excluye la relevancia de la previa aprobación por el consejo de administración de INVERCARIA

máxime cuando consta que fue una mera ratificación formal. La declaración testifical de Esteban, responsable del control y seguimiento de las subvenciones de la agencia IDEA manifestó que la agencia no hacía ningún análisis de ningún proyecto que luego pasara a INVERCARIA y en este caso seguro que no. En esa dirección, el relato fáctico de la sentencia impugnada declara que "la actitud y conducta de Casilda fue absolutamente pasiva. A pesar de ser convocados a los consejos de administración de CEDES ninguna intervención tenía, ninguna documentación recababa, ninguna dación de cuentas realizaba ni a INVERCARIA ni a la Agencia IDEA y nada hicieron para evitar los hechos".

Por lo tanto, dando por reproducido el fundamento jurídico 4 en el que hemos precisado los elementos típicos del delito de prevaricación administrativa, los hechos declarados probados han sido correctamente subsumidos en el delito de prevaricación administrativa.

El motivo se desestima.

12. Octavo motivo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del delito de malversación de caudales públicos

12.1 Se alega que conforme a los hechos dados por probados por la sentencia que recurrimos, los actos de disposición patrimonial que INVERCARIA realizó a favor de CEDES se hicieron por persona distinta a la Sra. Casilda, lo que determina que no pueda ser condenada por la comisión de un delito de malversación de caudales públicos al no tener facultad decisoria pública o detentación material de los caudales públicos o efectos ni su efectiva disponibilidad material, y ello ni de hecho ni de derecho dado el pronunciamiento contenido en la sentencia, habiendo señalado la sentencia a tercero distinto a mi defendida la detentación y disposición material de los fondos o bien al Consejo Rector de la Agencia IDEA competente para la aprobación del gasto.

Por otra parte, los fondos concedidos mediante préstamos no lo fueron sin ánimo de reintegro toda vez que siempre fueron dispuestos para ser reintegrados como de hecho así ha sido conforme resulta de la adición de hechos probados interesada por esta parte y de la prueba documental -sentencias y resoluciones judiciales- incorporada durante la celebración del juicio oral en base a lo declarado por el Sr. Nemesio.

Esos fondos, además, no fueron desviados del fin a que estaban destinados. A este respecto se argumenta que, contrastando el proyecto empresarial presentado a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa y los caracteres que una inversión ha de presentar para poder ser considerada como de "capital riesgo", o para poder ser calificada y conceptuada como tal - los calificativos del proyecto empresarial como "innovador" o incluso "visionario" fueron constantes a lo largo de la vista oral e incluso la propia sentencia se hace eco de ello-, lo que además se ve reforzado con la realidad económica que ahora, en este mismo año 2022 nos rodea con el impulso decisivo a la transición energética basada en energías renovables y su financiación con los fondos NEXT GENERATION provenientes de la Unión Europea-, aparece como absolutamente acreditado y probado en estas actuaciones que el proyecto CEDES/ELECTRIA claramente presentaba los caracteres propios de una inversión de capital riesgo, extremo este que igualmente fue confirmado por la Sra. Dña. María Consuelo -quien fue directora general y posteriormente presidenta de la sociedad INVERCARIA, S.A.U., igualmente experta en materia de capital riesgo- que en su declaración testifical ratificó -por cuanto ya lo había manifestado en su declaración en sede policial- el carácter de "capital riesgo" del proyecto empresarial que se presentaba y por tanto la absoluta adecuación a los fines para los que INVERCARIA, S.A.U. había sido creada.

Se argumenta que no es cierto que CEDES fuera una simple entidad instrumental. Según se ha justificado anteriormente CEDES desarrolló una actividad económica real y efectiva en el mercado desarrollando su proyecto empresarial por el que obtuvo ingresos y lógicamente también hubo de incurrir en gastos precisos para poder prestar sus servicios, gastos que pudieron venir de sociedades vinculadas pero que sin embargo conviene resaltar, por un lado, que los servicios por esos terceros vinculados fueron reales y directos -no se han probado que

Síguenos en...



fueran ficticios, en este sentido la declaración prestada por los funcionarios policiales autores del atestado fue clara, no cuestionaban que ello no se hubiere producido- y por otro, conforme a los informes de auditoría de cuentas anuales de CEDES esos servicios estaban valorados según precio de mercado, por tanto no había ninguna sobrefacturación o sobreprecio.

Se añade, también de acuerdo con el relato fáctico, que el desvío de fondos que entiende producidos con origen en la mercantil CEDES y a favor de terceros, esto no sería constitutivo de un delito de malversación de caudales públicos por cuanto las disposiciones no las hizo una sociedad pública, o integrada en el sector público en este caso andaluz, ni los fondos de los que pudiere haber dispuesto pueden ser calificados como públicos.

12.2 En el fundamento 1.2 de esta sentencia hemos referido la evolución legislativa y los elementos de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos y nos remitimos a lo dicho.

La recurrente ha sido condenada por malversación porque permitió que los 700.000 € entregados a CEDES mediante un préstamo se entregaran a EOLINCYL para la realización de un supuesto proyecto que nunca existió con el consiguiente enriquecimiento de los propietarios de la citada empresa. Los hechos probados de la sentencia refieren esta actuación en los siguientes párrafos:

"Asiste al consejo de administración de 15/07/09 donde son autoriza la inversión de 700.000 euros, posteriormente aprobada por el Consejo Rector de Idea, sin que hubiera pasado por el departamento técnico ni por el Comité de Inversiones..."

La acusada Casilda, que era consciente de estos hechos cuando aprobó el préstamo de 700.000 euros en consejo de Invercaria de 15 de julio de 2009, conoció en este consejo de primera mano el proyecto, adoptando nuevamente una postura pasiva ante tal hecho y permitiendo, a la postre, la llegada de fondos desde CEDES a EOLINCYL...

CEDES, por decisión de su presidente Sebastián, y la total pasividad de Casilda y Carlos Miguel, siempre ejerció su actividad a través de terceros y se sirvió de las compañías de sus socios, de tal manera que enriqueció a estos con una fuerte contratación con entidades vinculadas. CEDES gastó y en consecuencia transfirió en los ejercicios de su vigencia a sociedades vinculadas con sus socios, la totalidad de 6.524.531 euros..."

Y en el fundamento jurídico décimo se justifica la condena en los siguientes términos:

"Respecto al delito de malversación, consta acreditado documentalmente el desvío de fondos desde CEDES a las empresas del entorno del Sr Sebastián Juan María y Juan Francisco y así ha quedado acreditado, como recogemos en los hechos probados, que "CEDES había elaborado un documento llamado "Construcción de prototipos experimentales de aerogeneradores de pequeña potencia", con el anagrama de ELECTRIA y que había llegado a INVERCARIA, si bien no consta la fecha.

En este documento se manifestaba que junto con un equipo de tecnólogos en el sector eólico había desarrollado y diseñado el nuevo aerogenerador. Que esta fase estaba concluida y que había sido financiada con recursos propios de la compañía. Igualmente que se había avanzado en la construcción del prototipo y que la fase estaba completada en un 90% para la instalación en campo y pruebas del mismo.

A este documento se acompañaba un anexo segundo en el que se describía el aerogenerador desarrollado. Un tercer anexo de fotografías del supuesto prototipo que se había desarrollado.

En un anexo cuarto se recogía un plan de negocios con la cabecera de ELECTRIA y EOLINCYL.

Sin embargo CEDES ELECTRIA nunca desarrolló proyecto alguno, fue EOLINCYL la propietaria del proyecto, compañía fuera del territorio andaluz, a la que indirectamente y sin

Síguenos en...



que conste que se conociera en INVERCARIA financió de modo indirecto. EOLINCYL presento solicitud de patente del aerogenerador que le fue denegada.

En septiembre de 2009 se constituyó por CEDES con un 52% y EOLINCYL con un 48% la sociedad ELECTRIA WIND. Esta fue utilizada por Sebastián a fin de desviar fondos de CEDES, a EOLINCYL.

No es sino hasta la celebración del consejo de administración de CEDES de 24 de mayo de 2010, nuevamente celebrado en la sede de la Agencia IDEA, donde se dio cuenta por parte de Sebastián del Proyecto ELECTRIA WIND.

La acusada Casilda, que era consciente de estos hechos cuando aprobó el préstamo de 700.000 euros en consejo de Invercaria de 15 de julio de 2009, conoció en este consejo de primera mano el proyecto, adoptando nuevamente una postura pasiva ante tal hecho y permitiendo a la postre la llegada de fondos desde CEDES a EOLINCYL.

Tres días antes, el día 21 de mayo de 2009, Sebastián y Victorio habían firmado un protocolo de intenciones que posteriormente dio lugar al acuerdo de colaboración siguiente. El día 10 de julio de 2009 y en la villa de Madrid, el acusado Sebastián, como presidente de CEDES, firmó un acuerdo privado de socios con Victorio como apoderado de EOLINCYL, para la constitución de la sociedad ELECTRIA WIND, constituida el mismo día y que nuevamente volvió a domiciliarse en la calle Zurbarán 20 de Madrid.

Entre los acuerdos se establecía que se había suscrito íntegramente el capital social por CEDES ELECTRIA y posteriormente se procedería a ampliaciones de capital en las fechas indicadas.

Sin embargo, la parte correspondiente a EOLINCYL hasta completar el capital social de 1.500.000 €, es decir 721.000 €, sería desembolsado íntegramente por ELECTRIA

Cedes además se obligaba a asumir las necesidades e tesorería que pudieran afectar a EOLINCYL.

CEDES, por tanto asumió los siguientes compromisos hasta los 12.000.000 €.- Totalidad de desembolso del capital social de ELECTRIA WIND

.-La financiación que necesitara EOLINCYL a fin de corregir desequilibrios financieros.

- Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que CEDES asume indirectamente, el 52% del pasivo de EOLINCYL, a saber:

-1.100.000 € de deuda bancaria.

-el importe de los costes incurridos en la generación del prototipo por 984.000€

-los costos en curso que mantiene EOLINCYL para la finalización del prototipo y de la preserie de aerogeneradores, además de costes de alquiler y salarios que ascienden a 724.000 €. El coste total estimado asciende a 1.605.000 €

-El pago de las facturas presentadas por EOLINSA y BARTZE por importe de 187.000 € y 116.000 € respectivamente, así como los costes de pedido en curso de Eolincyl para la finalización del prototipo. Estas sociedades están vinculadas a Victorio y Jose Ignacio.

Del mismo modo que en el caso de CEDES, ELECTRIA WIND se endeudó fuertemente con sus socios de la siguiente manera

.- Segundo prestó servicios de consultoría por 216.000€

.-ANITEC por arriendo de oficinas y consultoría 533.000 €

Síguenos en...



.-Igualmente, Victorio percibió como consejero delegado de ELECTRIA WIND una retribución anual fija de 150.000,01 € variable de 45.000 contraviniendo lo dispuestos en los estatutos sociales así como el pacto de socios entre ELECTRIA y EOLINCYL

Como contraprestación, en principio EOLINCYL aportaba sus investigaciones y conocimientos en el campo de la energía eólica, comprometiéndose a aportar los derechos de patentes hasta la firma del acuerdo de socios, derechos que no se han cedido por parte de aquella y que no consta hayan sido nunca reclamado ni por Sebastián ni otros responsables del proyecto. Y todo ello a pesar de que EOLINCYL presentara ante la Oficina Española de Patentes y Marcas la solicitud de inscripción del "Aerogenerador Garbi 150/28", que como se ha dicho se denegó.

Para entonces CEDES acumulaba cinco meses de retraso en el pago de la primera cuota de los préstamos participativos.

En resumen, CEDES, con la única financiación del caudal público andaluz costeaba la totalidad del proyecto ELECTRIA WIND y EOLINCYL a cambio de nada, pues nada obtuvo finalmente.

El día 7 de noviembre del año 2011, en virtud de un último pacto entre socios entre CEDES ELECTRIA y de otro lado Victorio como director general de Eolyncil acordaban una ampliación de capital en la cantidad de 1.000.000€ al tiempo que ELECTRIA WIND se subrogaba en los préstamos que EOLYNCIL tenía suscrito en el Banco Popular y en La Caixa.

Tal fue el endeudamiento de ELECTRIA WIND y a la postre CEDES, que hubo que reformular las cuentas anuales en el Consejo de Administración de 28 de junio de 2012, cuantificándose las pérdidas totales de aquella en 1.071.800€.

Casilda asistió a todos los consejos de administración de CEDES, con excepción de la sesión de 1/10 de 25 de marzo de 2010, tal fue la confusión entre lo público y privado que lejos de apoderar al otro consejero de Invercaria lo hizo en la persona del Sr Sebastián. Dimitió el 20 de junio de 2011 y se aceptó en este consejo.

El acusado Sebastián fue presidente y consejero delegado hasta el 16 de febrero de 2011, en que se acepta su renuncia motivada por la condena del Juzgado de lo Mercantil en la compañía ISOFOTÓN. Sin embargo continuó con el dominio de la sociedad, pues continuaba como accionista por ANITEC, el domicilio de la administración continuaba en sus oficinas y es dado de alta como empleado de CEDES el 2 de marzo de 2011.

Los documentos y planes de negocios que hubieran en su caso justificado la inversión en CEDES tuvieron entrada muy posteriormente, el 3 de mayo de 2011" extremos estos conocidos por Carlos Miguel e Casilda y que constan acreditado, como decíamos, de la documental aportada y, en concreto, respecto al proyecto CEDES, de las actas de los consejos de administración, de las cuentas anuales, así como del hecho claro y no discutido que el aerogenerador fue elaborado por EOLINCYL, y no por CEDES cuando los préstamos concedidos iban destinados a esta última sociedad, y que ninguna actividad se desplegó en Andalucía".

12.3 A partir del relato fáctico, que es determinante y obligado para revisar el juicio de tipicidad de la sentencia impugnada, no es admisible la alegación de que las cantidades entregadas lo fueron sin ánimo de reintegro toda vez que le entrega del dinero sin la adopción de las garantías establecidas en el Plan de actuación y para un proyecto inexistente evidencian por sí una entrega definitiva dirigida a no ser devuelta como así ocurrió.

Tampoco puede alegarse que los fondos fueron entregados para el fin al que estaban destinados, no sólo porque la empresa finalmente receptora no estaba radicada en Andalucía sino porque los objetivos de INVERCARIA eran "la constitución y gestión de sistema de garantía para empresas, el fomento y desarrollo de instrumento financiero para facilitar el acceso al crédito bancario de las empresas andaluzas y en general para la mejora de la financiación" y no puede incluirse en ese ámbito de actuación la financiación de un proyecto inexistente. Y al margen de otras actuaciones, en esta operación, que se califica de malversadora, no cabe duda de que CEDES fue una empresa instrumental utilizada para dar

Síguenos en...



cobertura a la entrega de fondos a otra empresa diferente con finalidad de enriquecimiento ilícito de sus socios, también condenados.

Se alega, por último que ni la empresa INVERCARIA puede ser calificada de pública ni cabe considerar como públicos los fondos dispuestos.

Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en distintas sentencias y precisamente en relación con INVERCARIA (SSTS 882/2024 y 815/2022, de 14 de octubre). En esas dos sentencias hemos declarado que INVERCARIA es una empresa pública y sus fondos son públicos.

Conforme se declara en los hechos probados el capital de INVERCARIA fue desembolsado íntegramente por la Agencia IDEA, también de naturaleza pública, por lo que a tenor del artículo 6 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía es una empresa de la Junta de Andalucía. Su único accionista era la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) creada por Ley 3/87, de 13 de abril, antes Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) y creación se decidió por acuerdo adoptado por el Consejo rector de IFA en sesión de 8 de noviembre de 2004, y fue ratificado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 1 de febrero de 2005 y publicado en BOJA el 16 de febrero de 2005. Por otra parte su objeto social es la promoción, constitución y participación en Fondos Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades Gestoras de Capital Riesgo y otras entidades mercantiles, bien en forma unipersonal, mayoritaria o minoritaria en concurrencia con entidades financieras públicas o privadas; La constitución y gestión de sistema de garantía para empresas, el fomento y desarrollo de instrumento financiero para facilitar el acceso al crédito bancario de las empresas andaluzas y en general para la mejora de la financiación.

En las sentencias antes mencionados hemos afirmado que "INVERCARIA puede ser calificada en cuanto a su forma jurídica, como una entidad de derecho privado, cuyos funcionamiento y relaciones jurídicas con terceros tienen esta característica. Pero, al ser una empresa que participa en el ejercicio de funciones públicas, como lo son las actividades de fomento en iniciativas públicas y privadas, deberá ajustarse a los principios propios de la actividad administrativa, particularmente en el sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad, lo que afecta y determina a todas aquellas resoluciones que se adopten por la misma, máxime cuando dispone para desarrollar tal actividad inversora de un capital íntegramente público."

Y su naturaleza pública es acorde con la normativa europea. europea. Así, en el artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio , se establece que se entenderá por Empresa Pública cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. La Directiva, de acuerdo con la delimitación que recoge, entiende que existe "influencia dominante" cuando los poderes públicos se encuentran en alguna de estas circunstancias:

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

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha interpretado que las circunstancias recogidas en la Directiva mencionada no constituyen una enumeración exhaustiva, sino que son presunciones de cuándo se produce esa influencia. Así, el citado Tribunal ha entendido (SS 30 de abril de 1974 y de 12 de julio de 1984) que existe una empresa pública cuando hay una actividad económica, industrial o comercial, que sea desarrollada por los poderes públicos, con independencia de cuál sea la personificación jurídica que adopte, y los poderes públicos tengan una influencia dominante.

Síguenos en...



En la misma dirección podemos citar la STS 63/2017, de 8 de febrero, con cita de otra anterior (STS 149/2015, de 11 de marzo) en la que con carácter general hemos proclamado que "la presencia de capital de carácter exclusivamente público no altera la naturaleza de la actuación de la empresa en el ámbito mercantil, pero sí condiciona las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos. Por ello estas sociedades están sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación, y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen desde la perspectiva del ámbito penal la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se dictan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación", y añadimos ahora, también de un delito de malversación de caudales públicos.

El motivo se desestima.

13. Motivos noveno y décimo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por infracción de los artículos 28 y 29 del Código Penal , relativos a la autoría y participación criminal

13.1 En estos dos motivos del recurso se censura el juicio de autoría realizado en la sentencia combatida. También en el motivo precedente se hicieron alegaciones sobre esta cuestión que van a ser contestadas conjuntamente.

Se cuestiona la autoría de la recurrente porque, atendidos los hechos probados, los actos de disposición patrimonial que INVERCARIA realizó a favor de CEDES se hicieron por persona distinta a la recurrente, lo que determina que la Sra. Casilda no pueda ser condenada por la comisión de un delito de malversación de caudales públicos por cuanto no tenía la facultad decisoria pública o la detentación material de los caudales públicos o efectos ni su efectiva disponibilidad material.

Se alega también que la sentencia considera al Sr. Carlos Miguel y a la Sra. Casilda coautores del delito pero no declara probados los elementos típicos que definen la coautoría. En la medida en que la recurrente ni dictó resolución alguna ni realizó actos de disposición patrimonial no puede ser reputada autora de los hechos al tratarse de delitos especiales propios, tanto la prevaricación como la malversación, por lo que la intervención de terceros habrá de ser con el concepto de "extraneus" a título de cooperadora necesaria, inductora o cómplice, pero no de autores materiales.

Siguiendo el argumento, la sentencia no declara probado que la Sra. Casilda indujera al Sr. Carlos Miguel a realizar las disposiciones o dictar las resoluciones que supusieron la disposición patrimonial. Tampoco cabe atribuirle actos de inducción o de cooperación necesaria dado que la Sra. Casilda era solamente vocal del consejo de administración de INVERCARIA y en cuanto tal no tenía capacidad de dominio de la acción para inducir al presidente y consejero delegado a adoptar los actos de disposición patrimonial. No existía tampoco dependencia jerárquica o funcional de INVERCARIA respecto de la Secretaría General de Política Industrial y Energía de la Junta de Andalucía de la que la recurrente era titular, por lo que en esas circunstancias su posible participación podría ser, a lo sumo, de cómplice en la medida en que su actuación podría haber servido como cooperación a la ejecución de los hechos.

13.2 En la sentencia de instancia se considera tanto al Sr. Carlos Miguel como a la recurrente autores o coautores del delito de malversación de caudales públicos y conviene recordar que la coautoría supone la responsabilidad penal derivada de la comisión conjunta de un hecho delictivo.

En la STS 170/2013, de 28 de febrero, que refleja un criterio jurisprudencial constante, se argumenta que "dos son, por tanto, los planos en que necesariamente se apoya la apreciación de una coautoría: a) existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo, que puede

Síguenos en...



concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa, o tácita, la cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación; b) una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable, aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo. La trascendencia de esa aportación se fija por el dominio funcional del hecho en el coautor (STS 529/2005 de 27 de abril). Precisa esta sentencia que, aunque exista un plan conjunto, debe hacerse una valoración de la intervención de cada sujeto ya que el acuerdo puede dar lugar a la asignación de funciones diferenciadas. Así, no tendrán la consideración de autores aquellos que desempeñen una función subsidiaria sin suficiente relación causal y eficacia con el resultado perseguido. En cambio, será considerado autor no sólo quien ejecute los actos materiales que integran el tipo sino el que ejecute otros actos o funciones, relevantes, principales y causalmente decisivas, que revelen el dominio funcional sobre el hecho a realizar.

En este caso y siguiendo la estela del juicio histórico consta que la Sra. Casilda estuvo presente en la reunión con el Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, Sr. Carlos Alberto, y con los empresarios Sr. Sebastián y Juan María en la que se dio un primer impulso de la que surgió el compromiso de financiar el proyecto que presentaron los empresarios.

Se declara que la Sra. Casilda encomendó al Sr. Carlos Miguel la puesta en marcha del proyecto y, sabiendo que las actuaciones ordenadas por el Sr. Carlos Miguel no eran analizadas ni en INVERCARIA ni en IDEA, incumpliendo con ello el Plan de Actuación de INVERCARIA que establecía las reglas de control en la concesión de préstamos, adoptó una postura pasiva permitiendo la situación.

INVERCARIA era una empresa participada exclusivamente por IDEA y ésta era una agencia integrada en la entonces Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. La Sra. Casilda era Secretaria General de Desarrollo Industrial y Energético y, por tanto, un alto cargo de la Junta de Andalucía, de ahí que el impulso del proyecto fue debido a la acción concertada del Sr. Carlos Alberto y de la Sra. Casilda, ambos altos cargos de la Junta de Andalucía.

Había sido nombrada miembros del consejo de administración en representación de IDEA y era consciente de todos los hechos cuando intervino en la aprobación del préstamo de 700.000 € el 15/07/2009 permitiendo la llegada de fondos desde CEDES a EOLINCYL, sabiendo que se financiaba un proyecto inexistente.

Concluye el relato fáctico de la sentencia que "CEDES, por decisión de su presidente Sebastián, y la total pasividad de Casilda y Carlos Miguel, siempre ejerció su actividad a través de terceros y se sirvió de las compañías de sus socios, de tal manera que enriqueció a estos con una fuerte contratación con entidades vinculadas. CEDES gastó y en consecuencia transfirió en los ejercicios de su vigencia a sociedades vinculadas con sus socios, la totalidad de 6.524.531 €", estando dentro de esta cifra las cantidades entregadas y constitutivas de malversación.

Por lo tanto, la recurrente estuvo desde el principio en el desarrollo de los acontecimientos y con pleno conocimiento de lo que pasaba, asistió al consejo de administración de 15/07/2009 donde se aprobó la concesión del préstamo, que no había pasado previamente ni por el departamento técnico ni por el Comité de Inversiones. A la reunión aprobatoria únicamente asistieron el Sr. Carlos Miguel y la recurrente, por lo que su participación directa en la disposición de fondos junto con el otro acusado resulta incuestionable. Existió una decisión conjunta y una aportación relevante de la recurrente que con su voto posibilitó la disposición de fondos, por lo que ninguna objeción puede hacerse al juicio de autoría de la sentencia impugnada.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Juan Francisco

14. Quinto motivo, al amparo del artículo 851 de la LECrim , por manifiesta contradicción en los hechos probados

Se alude a dos contradicciones fácticas.

La primera referencia al nombramiento inicial de la mercantil CEDES, si bien no advertimos la contradicción que se denuncia ya que en el primer párrafo de la sentencia que se cita se hace referencia a las 4 personas nombradas mientras que el segundo párrafo de la sentencia se hace alusión a un hecho diferente.

La segunda supuesta contradicción se refiere también a la constitución de CSI y tampoco advertimos contradicción alguna ya que en los dos párrafos que el recurrente cita como determinantes de la contradicción se hace alusión a las mismas personas si bien se precisa en el primero que el Sr. Sebastián intervino como representante de ANITEC y en el segundo se omite esa representación. Se trata de un dato irrelevante. En todo caso, no estamos en presencia de una contradicción semántica o gramatical que impida la comprensión del relato fáctico, que es la única deficiencia que se permite sostener a través de este motivo casacional.

La queja se desestima.

15. Primer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con unos hechos que se declaran probados pese a haberse extinguido la acción penal para su persecución

Se inicia este alegato señalando que por la muerte de un investigado no se extingue su responsabilidad penal sino la acción penal contra él (STS 22/03/1993 y 05/05/2009) y de ello infiere el recurrente que no cabe atribuir al recurrente hechos protagonizados por una persona (Sr. Sebastián) fallecido con anterioridad al enjuiciamiento al extinguirse la acción penal en el momento de su fallecimiento. En el caso del recurrente su condena se produce en consideración a dos hechos: a) Haber intervenido en la constitución de CSI, una de las mercantiles receptoras de los préstamos participativos, y haber cobrado por medio de sociedades mercantiles propias la cantidad de 274.839 €. En ambos casos la intervención del fallecido Sr. Sebastián fue muy relevante ya que en el relato fáctico se declara que la intervención en la constitución de CSI se hizo por haber conocido a través del Sr. Sebastián el origen de los fondos y la forma irregular de su obtención y en cuanto al cobro de la cantidad antes referida se declara que fue "por decisión de su presidente (CEDES) Sr. Sebastián. Al haberse extinguido la acción por fallecimiento del Sr. Sebastián no cabe hacer manifestaciones fácticas sobre su conducta que puedan servir de soporte para declarar una responsabilidad penal.

Esta cuestión ya ha sido resuelta en el fundamento jurídico 3 al que nos remitidos para evitar reiteraciones inútiles.

El motivo se desestima.

16. Segundo y tercer motivos, formulados al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Los dos motivos refieren la lesión del mismo derecho fundamental y están íntimamente relacionados lo que aconseja una contestación conjunta.

En el primero de estos dos motivos se alega que en la sentencia impugnada se declara que el recurrente tuvo conocimiento de la forma irregular en que los fondos de INVERCARIA eran obtenidos y tal afirmación se sostiene en tres indicios: a) Haber actuado en la constitución de CSI en representación de uno de los socios constituyentes -Openmatelec-; b) Ser designado Presidente de la mercantil CSI y, c) haber firmado la única póliza de préstamo participativo

Síguenos en...



concedido a CSI por Invercaria por importe de 400.000 euros a que se refiere la Sentencia en su pág. 16.

Sin embargo, esos indicios no permiten concluir en el conocimiento de la irregularidad de la concesión de los préstamos porque tanto la intervención en la constitución de la sociedad como la solicitud del préstamo sólo permite afirmar el conocimiento de las operaciones suscritas pero no el proceso de formación de la voluntad de la empresa concedente de los préstamos, dado que el recurrente no fue miembro (socio o directivo) ni de INVERCARIA ni de CEDES porque quien otorgó el préstamo tenía concedidas facultades a tal fin y porque el préstamo se concedió para el desarrollo de un proyecto cuya realidad en ningún momento ha sido negada por la sentencia.

Hay un dato que revela de forma incuestionable el conocimiento que el recurrente del fraude de la operación. El proyecto para cuya financiación se recibió el dinero de CEDES en forma de préstamos participativo era inexistente. En efecto, los Sres. Juan María y Juan Francisco establecieron un entramado societario cuyo objeto no era otro que su enriquecimiento personal, toda vez que los supuestos proyectos a financiar eran inexistentes y no se desarrollaron.

Consta acreditado que Anitec- representada por el fallecido Sebastián y por el Sr. Juan María- y Openmatelec SL -representada por el recurrente Juan Francisco, y de la que eran accionistas Juan María y Juan Francisco- constituyeron CSI (Compañía Consultora para la Sostenibilidad Integral). Se nombro Presidente y Consejero Delegado al ahora recurrente y se nombró el Consejo de Administración, cuyos miembros eran el fallecido Sebastián, Juan María y Juan Francisco. CSI, que tenía el mismo domicilio social que CEDES y no tenía objeto real alguno, no desarrollando ninguna actividad, siendo finalmente absorbida por CEDES por el importe de 2 euros. El recurrente intervino desde el principio en las reuniones que se celebraron para el desarrollo del proyecto que nunca se ejecutó, y junto a Juan María puso en marcha el entramado societario que permitió el desvío de fondos desde CEDES y CSI a Wind Electrica y a Eolincyl, la titular del irrealizado proyecto. Por lo tanto, a partir de estos datos acreditados, la inferencia de que la obtención de fondos era irregular se asienta en hechos indiciarios plurales, que abocan todos a la conclusión establecida en la sentencia.

No apreciamos la falta de racionalidad en el juicio probatorio que se denuncia ni la invocada lesión del principio de presunción de inocencia.

El motivo decae.

17. Tercer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haberse realizado una inferencia irrazonable a partir de los hechos probados

El hilo argumental de esta impugnación puede resumirse en los siguientes términos: Según los hechos probados de la sentencia INVERCARIA dispuso en favor de CEDES Y CSI 1.550.000 € (Préstamos por importe de 42.000 €; 408.000 €; 700.000 € y 400.000 €). Esas cantidades se consideran malversadas, pero CEDES también dispuso en favor de terceros un total de 6.254.531 € de los que sólo se malversó la cantidad antes reseñada por lo que hubo disposiciones por cuantía de 4.974.531 € que no fueron malversada. Habiendo recibido el recurrente la cantidad de 274.839 €, la sentencia no justifica probatoriamente que esa cantidad no pudiera proceder de las cantidades lícitamente dispuestas.

El motivo es improsperable. En la sentencia no se afirma que 274.839 euros fuera la cantidad malversada, según se proclama en el motivo: La sentencia declara únicamente que esa fue la cantidad que percibió de CEDES mediante distintas transferencias realizadas a la compañía LANDARAMA SL y por la venta de sus acciones de CEDES, por lo que la impugnación formulada carece de razón.

El motivo se desestima.

18. Cuarto motivo, por la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del delito de malversación de caudales públicos

Síguenos en...

El argumento impugnativo que se formula en este motivo puede resumirse de la siguiente forma: Según el recurso el delito de malversación que se imputa al Sr. Carlos Miguel lo constituye los actos de disposición mediante préstamos de determinadas cantidades de dinero en su condición de Presidente y Consejero de INVERCARIA. Sin embargo, el contrato de préstamo de dinero por el que el prestatario adquiere la propiedad de la cantidad prestada, con obligación de restituir su importe al prestamista, no es un título idóneo para fundamentar un delito de malversación de fondos públicos del art. 432.1 CP cuya acción nuclear es la "sustracción" de los fondos. Además, nada hay en la sentencia que avale la idea de que los préstamos concedidos desde Invercaria a Cedes fueran meras simulaciones contractuales formalizadas con una entidad instrumental con la que dar cobertura a un desvío de fondos públicos. No se describe un concierto criminal entre el ordenante de las transferencias y el recurrente encubierto bajo el manto de una simulación contractual para dar cobertura a un reparto de fondos públicos. Tal cosa no se dice en la sentencia, sino ante la realización de préstamos participativos ordenados de manera arbitraria sin observar los mecanismos internos de control del Plan Director de la sociedad prestadora, en favor de una mercantil, CEDES, orientados a la ejecución de un proyecto cuya realidad la sentencia no cuestiona (pág. 76); préstamos que resultaron finalmente destinados a un fin distinto por la prestataria a cuyo Consejo no pertenecía el recurrente, lo que determinó un incumplimiento de su obligación de dar al dinero recibido el destino pactado y la subsistencia de la obligación restitutoria inherente a todo préstamo. Por tales hechos no puede imputarse al recurrente un delito de malversación.

Todas estas cuestiones ya han sido analizadas en los fundamentos jurídicos 4 y 12 que reiteramos.

El motivo se desestima.

19. Sexto motivo de infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por inaplicación indebida del artículo 28 a) del Código Penal , relativo al juicio de autoría y séptimo motivo por falta de motivación del juicio de autoría

Daremos respuesta conjunta a ambos motivos porque tienen idéntico fundamento.

19.1 Se alega que la atribución de participación a título de inductor al hoy recurrente sobre la base del relato de hechos que en la Sentencia se contiene es a todas luces equivocado. Para que pueda atribuirse la autoría por inducción se precisa que la conducta del inductor influya en la persona del autor del delito con la intensidad y eficacia suficiente para desencadenar de manera efectiva su decisión de cometerlo, debiendo quedar abarcada, además, por un dolo de provocar la decisión de delinquir por el autor sobre quien se ejerce la influencia y de que el delito realmente de cometa.

Se afirma que la propia naturaleza de los requisitos que la jurisprudencia exige para apreciar la inducción, presupone un comportamiento antecedente al inicio de la acción criminal que no es ajeno al autor sino que recae sobre él como influencia ejercida desencadenante de una voluntad definitiva previamente inexistente.

La Sentencia recurrida no describe ni por aproximación en su relato de hechos probados, ningún comportamiento que integre las exigencias de esta forma de autoría. Nada dice sobre comportamientos que puedan considerarse como conductas desarrolladas para determinar al Sr. Carlos Miguel a realizar actos de disposición de caudales públicos en favor de terceros con un fin de ilícito enriquecimiento y de definitiva apropiación. Al contrario, en la página 76 de la sentencia se afirma que: "... no consta que tuvieron intervención en la concesión de los préstamos ni de algún modo indujeran a ello ...".

La inducción no es cobrar el dinero o recibir el dinero malversado y lo cierto es que en relato fáctico no se recoge descripción alguna de la inducción supuestamente realizada ni motiva el juicio de autoría determinando las razones fácticas y jurídicas que han servido de soporte a la atribución al recurrente de la condición de autor por inducción.

19.2 En el juicio histórico de la sentencia, se concreta la participación del recurrente y del Sr. Juan María que se circunscriben únicamente a las operaciones de financiación del proyecto ELECTRIA.

Se trataba de un proyecto de desarrollo y generación de un aerogenerador del que existía un documento explicativo y plan de negocios con la cabecera de ELECTRIA y EOLINCYL, empresa esta última que era la propietaria del proyecto y que radicaba fuera de Andalucía. El proyecto nunca fue desarrollado por CEDES.

Para financiar a EOLINCYL se constituyó en septiembre de 2009 ELECTRIA WIND, participada por CEDES en un 52% y por EOLINCYL en un 48%, dando cuenta al consejo de administración de CEDES el 24/05/010. Y el 15/07/2009 INVERCARIA concedió a CEDES el préstamo de 700.000 €. Poco antes se había firmado un protocolo entre CEDES y EOLINCYL para la constitución de ELECTRIA WIND en virtud del cual CEDES suscribiría íntegramente el capital si bien se harían ampliaciones hasta completar un total de 1.500.000 €, de forma que CEDES desembolsaría la parte de capital correspondiente ELECTRIA WIND. No sólo eso. También se haría cargo de la financiación para corregir los desequilibrios financieros de EOLINCYL como las siguientes: 1.100.000 € de deuda bancaria; 984.000 € por coste de los prototipos; 724.000 € por costes en curso para financiación de los prototipos; pago de otras facturas por importe de 187.000 € y 116.000 €. Además, ELECTRIA WIND se endeudó fuertemente con sus socios (216.000 €, 533.000 €, 150.000 € y 45.000 €).

Como contraprestación a todo ello EOLINCYL aportaría sus investigaciones y conocimientos al campo de la energía eólica comprometiéndose a aportar los derechos de patentes, derecho que no han sido cedidos y que tampoco han sido reclamados por el Sr. Sebastián en nombre de CEDES. Concluye el relato fáctico afirmando que "En resumen, CEDES con la única financiación del caudal público andaluz costeaba la totalidad del proyecto a cambio de nada, pues nada obtuvo finalmente".

Precisa también el relato de hechos probados que:

"La realidad era que la actividad de CEDES, estaba siendo desarrollada a través de las empresas de los propios socios. Mediante ello, los socios han mantenido el nivel de actividad de sus empresas, no siendo CEDES más que un mero intermediario e instrumento, de tal manera que los fondos públicos invertidos en la misma terminaron en aquellos, y ello al margen de las remuneraciones directas percibidas por los mismos.

De esta manera y a pesar de la escasa actividad innovadora y mercantil de la entidad CEDES, el destino de los caudales públicos fue: 1.- De un lado al pago de servicios, muchos de consultoría del entorno del Sr. Sebastián, así como el pago de facturas presentadas por los acusados Juan Francisco y Juan María. 2.-De otro al pago de proyectos de terceros, de entre los que destaca el proyecto Electria Wind y Eolincyl.

CEDES, por decisión de su presidente Sebastián, y la total pasividad de Isabel Casilda y Carlos Miguel, siempre ejerció su actividad a través de terceros y se sirvió de las compañías de sus socios, de tal manera que enriqueció a estos con una fuerte contratación con entidades vinculadas. CEDES gastó y en consecuencia transfirió en los ejercicios de su vigencia a sociedades vinculadas con sus socios, la totalidad de 6.524.531 €..."

Y en la fundamentación jurídica se justifica la condena en concepto de autor por inducción del delito de malversación en los siguientes términos:

"Los acusados referidos son responsables en concepto de inductores del delito de malversación, en la medida en la que los mismos fueron, a través del entramado societario organizado, los beneficiarios, si bien en menor escala, de las concesiones de los préstamos participativos destinados a fines distintos para los que fueron concedidos, propiciando así el desvío de fondos desde CEDES a EOLINCYL y a sus propias sociedades, cuya facturación consta en autos; aceptando la financiación, sin garantía alguna de devolución, conducta que debe reputarse como inductores del delito de malversación cometido como "extraneus".

Concorre en los acusados el dolo genérico exigible en el delito de malversación que comprende el conocimiento de que los caudales que se sustraen pertenecen a la Administración Pública (SSTS 545/99 de 20 de marzo , 132/2010 de 18 de febrero) pues ambos manifestaron que conocían que los fondos proveían de la Junta de Andalucía, aunque Juan Francisco manifestara que este extremo lo conoció después, y el ánimo de lucro al destinar el dinero al pago de deudas propias de la sociedad".

Todas las acciones anteriores se produjeron en el siguiente contexto:

El nacimiento de CEDES surgió en una reunión celebrada en agosto de 2008 de los señores Sebastián y Juan María con el consejero Carlos Alberto y con la Secretaria General de industria Sra. Casilda. Los Sres. Juan María y Juan Francisco participaron en la constitución de CEDES en calidad de socios fundadores como representantes de la empresa OPENMATELEC SL; el Sr. Juan María fue también nombrado administrador de INVERCARIA junto con otras tres personas. CEDES también transfirió distintas cantidades de dinero a empresas vinculadas con el Sr. Juan María y con el Sr. Juan Francisco. En el caso de este último, a través de las empresas LANDARAM SL, BADEJA SL y por la venta de acciones de CEDES a OPENMATELEC SL, un total de 274.839 euros.

De lo expuesto no se deduce que la participación del recurrente en los hechos lo fuera a título de inductor. Como se señala en el motivo no consta que influyera en los autores materiales para que tomaran la decisión de la comisión del delito. En los hechos probados no se declara tal cosa por lo que no puede ser considerado autor por inducción. Sin embargo, si puede ser considerado autor por cooperación necesaria (artículo 28 b) CP) porque si bien no realizó el hecho criminal contribuyó al mismo con una aportación relevante cual fue la creación del entramado de empresas que finalmente recibieron la financiación que se concedió a CEDES para la realización de un proyecto que tenía que hacer esta empresa y que no hizo.

19.3 El cambio de título de imputación no lesiona el principio acusatorio. Se trata de un cambio meramente formal de la calificación de unos hechos sobre los que versó el juicio y sobre los que las partes pudieron alegar y probar lo que estimaron oportuno. Además, ese cambio no tiene incidencia alguna en la determinación de la pena dado que en todo caso el tribunal apreció esta participación como la propia de un extraneus aplicando la reducción penológica establecida en el artículo 65.3 del Código Penal.

En efecto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio acusatorio está implícito en las garantías constitucionales que informan el proceso penal (STC 133/2014). Una de las manifestaciones del principio acusatorio -se explica- es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo: nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por "cosa", en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum , sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5).

Ese deber de congruencia, sin embargo, no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación. Lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo.

En la sentencia no puedan introducirse sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que, por tal motivo, la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Juega ese derecho absolutamente, también pese a que no haya datos novedosos, cuando se trata de valoraciones jurídicas

agravatorias en la medida en que desbordan los límites de la acusación frente a la que se articuló la defensa.

Ahora bien, dicho mandato no supone que la sujeción de la condena a la acusación pueda ir tan lejos como para impedir de manera absoluta que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio.

No existe infracción constitucional del derecho a conocer la acusación si el juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte, por su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse para contradecirlo en su caso -vid. STC 10/1988-.

En consecuencia, procede la estimación parcial del motivo.

RECURSO DE Juan María

20. Primer motivo, conforme al artículo 852 de la LECrim , en relación con unos hechos que se declaran probados pese a haberse extinguido la acción penal para su persecución.

Se alega que la responsabilidad penal del recurrente se declara a partir de unos hechos probados que afectan a una persona fallecida respecto de la que se ha extinguido toda acción penal, ya que frente a la misma ninguna acción se siguió antes del momento de inicio del juicio oral.

Esta impugnación ya ha sido respondida en el fundamento jurídico 3 de esta sentencia, cuyos razonamientos, que damos por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones, son plenamente aplicables a este motivo en la medida en que tiene idéntico contenido y fundamento.

La queja se desestima.

21. Segundo motivo, conforme al artículo 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del delito de malversación de caudales públicos, de conformidad con la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2015

La Sentencia recurrida considera los préstamos realizados con cargo a los fondos de INVERCARIA, como una conducta integradora de la malversación, sobre la base de haberse omitido los controles, los cauces procedimentales o, si se quiere, los informes preceptivos y los exámenes necesarios que, como requisitos condicionantes de su concesión, se preveían en el Plan Director aprobado en la entidad. No se hace pivotar la malversación que integra los préstamos concedidos en el hecho de obedecer éstos a una operación de financiación irreal o ficticia; o de haberse realizado al albur de unos contratos simulados puestos al servicio de un fraude. La Sentencia no cuestiona la realidad o irrealidad del proyecto, respecto de cuya existencia expresa evidentes dudas a la luz de las pruebas practicadas. Lo que niega es su viabilidad, su análisis, los exámenes preceptivos para justificar los préstamos realizados para su desarrollo y, en definitiva, el cumplimiento del Plan Director. Y lo hace al tiempo que declara, como hecho probado, ser el proyecto en cuestión titularidad de una empresa distinta de la prestataria y desconocer la entidad prestamista -INVERCARIA- que el dinero prestado a Cedes terminara en esa entidad tercera denominada EOLINCYL.

Pues bien, afirmada por la sentencia la realidad de los préstamos desde el prisma de su objetiva ejecución pero también de quién fue la mercantil realmente beneficiaria de los mismos -que no es otra que la prestataria con independencia de las posteriores disposiciones realizadas por ella con el desconocimiento del prestador-, lo que es evidente es que el préstamo participativo de dinero no es título idóneo para una apropiación indebida puesto que, como todo préstamo, implica la adquisición dominical del importe recibido por el prestatario; y tampoco implica "sustracción", cuando afecta a fondos públicos que están destinados

Síguenos en...



precisamente a ser prestados a empresas cuyo objeto es la promoción y el desarrollo de proyectos de interés general, por ser ese su destino legal.

Podría entenderse que las disposiciones efectuadas lo fueran mediante la extralimitación en el ejercicio de las funciones de administración de los fondos públicos pero esa conducta constituiría una administración desleal que resulta atípica de conformidad con la modificación efectuada en el Código Penal por la LO 1/2015.

El análisis de la tipicidad del delito de malversación ya ha sido realizado en los fundamentos jurídicos 1 y 12 a cuyo contenido nos remitimos.

El motivo se desestima.

22. Motivo tercero. al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haberse realizado una inferencia irrazonable a partir de los hechos probados

Se formula un motivo similar al planteado en el motivo tercero del recurso del Sr. Juan Francisco. Se alega que la prueba practicada no permite inferir que el recurrente haya sido beneficiario de los préstamos concedidos a CEDES, ni tampoco que su participación pueda ser valorada como la propia de un inductor.

Empezando por el final, la participación del recurrente lo fue a título de cooperador necesario por lo que en este particular procede la estimación parcial del motivo, dando por reproducida la argumentación contenida en el fundamento jurídico 18 de esta resolución.

En relación con la inferencia o prueba de que el recurrente fue beneficiario de los fondos, lo que la sentencia declara probado es que tuvo una participación relevante en la creación del entramado societario al que fueron a parar los fondos de INVERCARIA.

La sentencia justifica ese juicio de autoría en el párrafo que a continuación transcribimos, si bien las referencias a la inducción deben ser sustituidas por una participación a título de cooperador necesario. Dice la sentencia:

"Los acusados referidos son responsables en concepto de inductores del delito de malversación, en la medida en la que los mismos fueron, a través del entramado societario organizado, los beneficiarios, si bien en menor escala, de las concesiones de los préstamos participativos destinados a fines distintos para los que fueron concedidos, propiciando así el desvío de fondos desde CEDES a EOLINCYL y a sus propias sociedades, cuya facturación consta en autos; aceptando la financiación, sin garantía alguna de devolución, conducta que debe reputarse como inductores del delito de malversación cometido como "extraneus".

Concorre en los acusados el dolo genérico exigible en el delito de malversación que comprende el conocimiento de que los caudales que se sustraen pertenecen a la Administración Pública (SSTS 545/99 de 20 de marzo , 132/2010 de 18 de febrero) pues ambos manifestaron que conocían que los fondos proveían de la Junta de Andalucía, aunque Juan Francisco manifestara que este extremo lo conoció después, y el ánimo de lucro al destinar el dinero al pago de deudas propias de la sociedad".

La valoración conjunta de las distintas pruebas practicadas, documental, periciales y testificales, ha conducido a concluir que toda la operativa desarrollada fue dirigida a destinar los fondos participativos a una finalidad ajena a la actividad propia de INVERCARIA. En anteriores fundamentos hemos ido precisando todos los hitos de esta operativa y no apreciamos irracionalidad en la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia, lo que conduce a la desestimación de esta segunda alegación.

El motivo se estima parcialmente sin que ello tenga repercusión alguna en el fallo de la sentencia.

23. Motivo cuarto, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Síguenos en...

Se alega que la condena del recurrente tiene su fundamento en que conoció a través del fallecido Sr. Sebastián el origen de los fondos y su irregular obtención. Y se realiza esa afirmación a partir de tres hechos: a) La reunión mantenida en CICE entre el Sr. Sebastián y el Sr. Juan María de la que salió el compromiso de financiar la creación de una compañía eólica; b) El hecho mismo, de haber participado el Sr. Juan María en la constitución de CSI como socio (sic) (Pág. 16 de la Sentencia) y haber sido designado en ella como vocal a su constitución y adquirido después, en abril de 2011 casi tres años después, la condición de administrador; y c) el hecho de haber adquirido Cedés en septiembre de 2011, es decir dos años y medio después del último préstamo realizado por Invercaria, el 100% de las participaciones de CSI con la consiguiente asunción de la deuda que dicha mercantil tenía.

Entiende que de estos indicios no puede derivarse la inferencia del conocimiento de la irregularidad de la operación por lo siguiente: a) El recurrente no intervino en la constitución de CSI como socio; b) El hecho de que tuviera la reunión con el Sr. Sebastián a los fines de conseguir un compromiso para financiar un proyecto en un dato neutro del que no puede derivar la inferencia aludida dado que el proyecto no era ficticio; c) la adquisición de la condición de administrador de CSI se produjo tres años después la concesión del préstamo de 400.000 € y d) la compra de CEI por CEDES fue una operación razonable como estrategia para posibilitar la devolución de lo prestado. En definitiva hay ausencia de prueba del dato fáctico de referencia y no hay prueba alguna de la intervención del recurrente en la concesión del préstamo, ni tampoco de la supuesta inducción realizada.

Ya nos hemos pronunciado en fundamentos anteriores a cerca del contenido de nuestro ámbito de control cuando se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia.

Esta alegación es similar a la realizada por el Sr. Juan Francisco con quien estaba en una situación similar. Nos remitimos a lo dicho en el fundamento jurídico 16 en el que hemos dado cumplida contestación a esta cuestión.

El motivo se desestima.

24. Motivo quinto, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim , por error de valoración probatoria basado en prueba documental

Se alega que uno de los indicios relevantes para la atribución de responsabilidad es la intervención del recurrente en la constitución de CSI. Sin embargo consta documentalmente (Legajo 27, Libro I, folios 6 a 31) que los socios constituyentes fueron ANITEC y APENMATELEC.

El motivo carece de consistencia. Lo que se pretende afirmar en los hechos es la intervención personal del Sr. Juan María en la constitución de CSI y esa intervención tuvo lugar por cuanto intervino personalmente en ese acto como representante de ANITEC.

El motivo se desestima.

25. Motivo sexto, conforme al artículo 851.1 de la LECrim , por existir manifiesta contradicción en los hechos probados

Se vuelve a insistir en relación con las deficiencias del juicio fáctico respecto de las personas que intervinieron en la constitución de CSI.

La cuestión ya ha sido contestada en el motivo anterior en el que hemos precisado quienes intervinieron en la constitución de la citada mercantil.

Es cierto, en todo caso, que hay una contradicción entre el relato fáctico y las consideraciones establecidas en la fundamentación jurídica (página 65) donde se dice que en la constitución intervinieron personas físicas, cuando en realidad intervinieron personas jurídicas representadas por personas físicas. Se trata, sin embargo, de una contradicción entre el relato fáctico y la fundamentación jurídica que ya ha sido aclarada y que no constituye un vicio interno susceptible de corrección casacional, dado que en esta instancia sólo pueden denunciarse

como vicios formales de la sentencia la contradicción en los hechos probados, no la que pudiera existir entre éstos y la fundamentación jurídica.

El motivo se desestima.

26. Motivo séptimo, al amparo del artículo 851.1 de la LECrim , por existir manifiesta contradicción en los hechos declarados probados

En este último apartado del recurso se alude a la contradicción existente entre la afirmación realizada en la página 76 de la sentencia, en la que se sostiene que "no consta que el recurrente tuvo intervención en la concesión de los préstamos ni de algún modo indujeran a ello" y en la página 126 donde se proclama lo contrario al condenarle como inductor del delito de malversación.

Se trata de una cuestión a la que ya se ha dado respuesta al dar contestación al motivo cuarto de este recurso y, en todo caso y al igual que en el motivo precedente, no se denuncia una contradicción en el relato de hechos probados sino en el juicio probatorio de la sentencia que queda extramuros del ámbito de este motivo de casación.

El motivo se desestima.

27. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse las costas procesales de sus respectivos recursos a los recurrentes cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas y declarar de oficio las restantes.

F A L L O

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

1.º **NO HA LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Carlos Miguel, Casilda, Juan Francisco y Juan María contra la sentencia número 361/2022, de 23 de junio de 2022, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

2.º Condenar a los recurrentes Carlos Miguel e Casilda, al pago de las costas procesales causadas por sus respectivos recursos, declarando de oficio las causadas en los otros dos recursos al haberse estimado uno de sus motivos por más que no tenga repercusión alguna en el fallo.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

