

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 429/2012

*RECURSO CASACION N°:*1803/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 21/05/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: ARB

Prevaricación y malversación de caudales públicos .- Estimatoria parcial.- Participación del extraneus en el delito de prevaricación.- Jurisprudencia T. S.- Sustracción de caudales públicos.- Tiempo de realización.- Error de prohibición.- Derecho de defensa.- Presunción de inocencia.- Principio acusatorio.- Doctrina T. C.- Error de hecho en la apreciación de la prueba.- Documental.- Requisitos.- Atenuante analógica por dilaciones indebidas.- Jurisprudencia T.S.-

Nº: 1803/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Vista: 09/05/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 429/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil doce.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional que ante Nos penden, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL**,

por **ENRIC ROIG SOLES** y **ANTONIO HERCE HERCE**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, con fecha diez de Marzo de dos mil once, en causa seguida contra Albert Vilalta González, Enric Roig Soles y Antonio Herce Herce, por delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo partes recurrentes el **MINISTERIO FISCAL**; los acusados **ENRIC ROIG SOLES**, representado por el Procurador Don Francisco Velasco Muñoz Cuellar y defendido por el Letrado Don José Luis Jori Tolosa; y **ANTONIO HERCE HERCE**, representado por el Procurador Don Francisco Velasco Muñoz Cuellar y defendido por el Letrado Don Javier Melero Merino. En calidad de partes recurridas, **MIQUEL LLEVAT VALLESPINOSA**, representado por el Procurador Don Juan Luis Senso Gómez y defendido por el Letrado Don Jorge Navarro Masip; **JOSEP VERDAGUER CODINA**, **ALBERT TORTAJADA FLORES** y **JOSEP LLUIS ARQUÉS PATÓN**, representado por el Procurador Don Juan Luis Senso Gómez y defendidos por el Letrado Don Jordi Pina Massachs; **LORENZO LEDESMA POZA**, representado por la Procuradora Doña Rosalia Rosique Samper y defendida por el Letrado Don Carlos Rey González; **ALBERT VILALTA GONZÁLEZ**, representado por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén y defendido por el Letrado Don Juan Córdoba Roda; **EDUARDO BLASCO GONZÁLEZ**, **JOSE OLIVA CABALLOL**, **VÍCTOR CANOSA NOVELLA**, **ENRIQUE DOMINGUEZ SAURA** y **JOSÉ LUIS PORTABALES IGLESIAS**, representados por el Procurador Don Antonio Barreiro y defendidos por el Letrado Don Carlos Rey González; y **RAMÓN ANDRÉS RIBERA MARCH**, representado por el Procurador Don Adolfo Morales Hernández-Sanjuan y defendido por el Letrado Don Emilio J. Zegrí Boada.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 22 de los de Barcelona, instruyó las diligencias previas del procedimiento Abreviado con el número 2340/2.007, contra Albert Vilalta González, Enric Roig Soles y Antoni Herce Herce, y una vez

decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta, rollo 88/2008) que, con fecha diez de Marzo de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Primero.- Ha sido probado que el acusado Albert Vilalta González (mayor de edad y sin antecedentes penales) fue presidente de la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (en adelante FGC) desde el 3 de agosto de 1983 hasta el 16 d de julio de 1991; fecha en la que el acusado cesó en su cargo, para ser relevado por Antoni Mas Ferrer Solduga.

Constante ambas presidencias, el acusado Enric Roig Soles (mayor de edad y sin antecedentes penales) ostentó el cargo de Director de la misma entidad. No obstante, el 14 de septiembre de 1993 - al terminar en su mandato de Presidente Antoni Mas Ferrer-, Enric Roig fue promovido de su puesto de Director al de Presidente; ostentando dicho cargo hasta su cese el 23 de febrero de 1.999.

El acusado Antonio Herce Herce (también mayor de edad y sin antecedentes penales) fue durante todos estos años el Director Económico y Financiero de la empresa; puesto que sólo abandonó cuando, al terminar la Presidencia de Enric Roig en febrero 1999, fue promovido a sucederle, Antoni Herce Herce ostentó esta nueva responsabilidad hasta el 1 de diciembre de 2000.

***Segundo.-** Ambicionando un enriquecimiento económico personal muy superior al que les proporcionaría su retribución salarial y conscientes de la ilegalidad de su proceder, los acusados Enric Roig (entonces Director ejecutivo de FGC) y Antoni Herce (que ocupaba el puesto de Director Económico Financiero) idearon la siguiente trama:*

La entidad FGC constituiría un fondo dinerario al que la empresa haría aportaciones anuales y se contrataría con la entidad aseguradora "Winterthur SA" la administración de dicho fondo.

Los acusados Enric Roig y Antoni Herce - junto con otra serie de trabajadores de responsabilidad- se registrarían como partícipes del fondo y cada partícipe tendría derecho a cobrar el saldo acumulado a su favor y lo haría al cumplir la edad de 65 años o con anterioridad si se producía su fallecimiento, invalidez o baja como partícipe del fondo.

Paralelamente con la finalidad de justificar contablemente las aportaciones que se irían haciendo al indicado fondo con cargo a los activos de FGC y con

la intención añadida de dar apariencia de legitimidad al cobro que los acusados terminarían por reclamar - idearon que habría de suscribirse un contrato entre FGC y cada uno de los beneficiarios.

Los contratos establecerían que la entidad FGC haría una aportación anual al fondo y que su montante sería en la cuantía que fuera precisa para garantizar que (a su jubilación) cada trabajador beneficiado pudieran percibir mensualmente - en conjunción con la pensión de la Seguridad Social)- el 80% de su último salario en activo, si el trabajador tenía una antigüedad en la empresa de más de 20 años. Del mismo modo se garantizaría que cobrarían el 80% de ese porcentaje quienes hubieran tenido una antigüedad en la empresa de 17 a 20 años; el 60% del indicado porcentaje quienes su trabajo se hubiera extendido de 13 a 16 años; el 40% para los que tuvieran una antigüedad de 9 a 12 años y el 20% a quienes con una antigüedad de 5 años, no alcanzaran los 8 años de pertenencia a la empresa.

No obstante, cada uno de estos contratos establecería también que el trabajador beneficiado que alcanzara la edad de jubilación pudiera optar por el cobro íntegro del capital equivalente a dicha pensión y que si causaban baja en FGC antes de su jubilación (salvo por despido procedente), tendrían derecho a la percepción de su participación en el fondo siempre que su antigüedad en la empresa fuera de más de 5 años. Se reconocería igualmente que si la baja fuera por invalidez permanente o defunción, el partícipe (o su beneficiario) podrían cobrar dicha cantidad aún cuando su antigüedad en la empresa fuera inferior al indicado plazo.

Tercero.- *Los acusados eran sabedores de que estos cobros diferidos no eran legítimos, puesto que suponían un aumento de sus percepciones económicas expresamente prohibido en los artículos 20 y 27 de la Ley catalana 20/90, de 28 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 1991. De igual modo, eran plenamente conscientes de que los contratos instrumentalizados para configurar su derecho de conformidad con el artículo 20 de los Estatutos de GFC - habían de ser aprobados por el Consejo de Administración de la entidad.*

Cuarto.- *Para dar una aparente legitimidad a la contratación y así poder eludir las auditorías de la empresa y lograr alcanzar su ilegítimo enriquecimiento, acordaron con el acusado Albert Villalta González que éste*

- como *Presidente del Consejo de Administración*- firmara el contrato de constitución y administración del fondo con la entidad Winterthur.

Quinto.- Albert Vilalta - como los otros dos acusados- conocía que la aprobación de estos contratos era competencia del Consejo de Administración. Sabía además que el Consejo de Administración no le había delegado ninguna contratación en este sentido y era consciente de que no concurría ninguna razón de urgencia que justificara su actuación inmediata.

Con esta representación - y siendo sabedor de que el Consejo de Administración nada sabía al respecto- el 28 de febrero de 1.991 firmó con Enric Roig i Soles (el Primero como presidente y el segundo como Director de FGC) un reglamento por el que la entidad se obligaba a constituir un fondo a favor de los trabajadores que formaran parte del que denominaban Comité de Dirección (órgano no estatutario de perfecta identificación en el seno de la empresa).

El Reglamento establecía que el fondo tenía la finalidad de complementar las pensiones de jubilación de la seguridad social de estos trabajadores, pactándose que se harían aportaciones anuales que garantizaran que (a su jubilación) cada trabajador beneficiado pudiera percibir mensualmente - en conjunción con la pensión de la Seguridad Social - el 80% de su último salario en activo, si el trabajador tenía una antigüedad en la empresa de más de 20 años. Del mismo modo se garantizaría que cobrarían el 80% de ese porcentaje quienes hubieran tenido una antigüedad en la empresa de 17 a 20 años; el 60% del indicado porcentaje quienes su trabajo hubiera se hubiera extendido de 13 a 16 años y 40% para los que tuvieran una antigüedad de 9 a 12 años y el 20% a quienes con una antigüedad de 5 años, no alcanzaran los 8 años de pertenencia a la empresa.

En la misma fecha -y con idéntico conocimiento- Albert Vilalta firmó con la entidad aseguradora Winterthur un segundo documento, llamado "Contrato de administración de fondos", en el que se convenía la gestión del fondo que se constituía.

Sexto.- En la misma fecha, Enric Roig firmó con los trabajadores beneficiados (los integrantes del órgano no estatutario que denominaban Comité de Dirección) un tercer grupo de contratos que denominaron "fondo de pensiones".

En dichos contratos Enric Roig actuaba en representación de Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya y pactaba con cada uno de los trabajadores la constitución del derecho económico antes referido.

Con la finalidad de que todos estos contratos permanecieran ocultos, ni Albert Vilalta, ni Enric Roig, ni Antoni Herce, informaron con posterioridad al Consejo de Administración de la suscripción de ninguno de los contratos.

Séptimo.- *Los contratos celebrados en esta fecha, recogían como partícipes beneficiarios del fondo a los siguientes trabajadores: Enric Roig Soles; Antoni Herce Herce; Llorenç Ledesma Poza; Enric Taules Guinovart; Enric Domínguez Saura; Josep Lluís Arqués Partón; Josep Lluís Portabales Iglesias; Eduard Blasco González; Josep Verdaguer Codina; Víctor Canosa Novella; Tomás Figueras Riera; Jesús Aragón Martín y Miguel Llevat Vallespinosa.*

Octavo.- *Con posterioridad a esta fecha -y con ocasión de la sucesiva baja en la empresa o en el Comité de Dirección de algunos de estos partícipes iniciales- el acusado Enric Roig suscribió nuevos contratos de participación con los trabajadores que les sucedieron en sus funciones. Concretamente siendo todavía Director de FGC- suscribió sendos contratos con: a) Ramón Andreu Ribera March el 1 de enero de 1.992; b) Albert Tortajada Flores el 1 de enero de 1993 y c) Josep Oliva Caballol el 1 de mayo de 1993.*

Noveno.- *A finales de 1993 y principios de 1994, los acusados Enric Roig (entonces ya presidente de FGC) y Antoni Herce (todavía Director económico y financiero de la entidad), tomaron conciencia de que la configuración de los contratos como fondo de previsión para cumplimentar las pensiones de jubilación de la Seguridad Social, podría provocar una situación de concurrencia de dos pensiones públicas incompatibles y susceptibles por tanto de ser minoradas al tope máximo legal.*

Decidieron entonces rediseñar los contratos individuales suscritos con cada directivo y configurarlos como "premio de dedicación y permanencia". Con esta intención, Enric Roig firmó con cada uno de los beneficiados un nuevo contrato que, manteniendo la fecha del inicial, definía que la aportación al fondo era par apremiar la dedicación y permanencia en la empresa. Estableciéndose que los beneficiados tendrían derecho a percibir el premio en los mismos supuestos que se había hecho constar en el contrato inicial, se fijaba que el importe del premio garantizado sería el equivalente al salario bruto de un determinado número de años. El número de años era

variable en función de cada trabajador concreto y se establecía que el porcentaje de este premio que se cobraría sería del 100% si el trabajador tenía una antigüedad en la empresa de más de 20 años; 80% quienes hubieran tenido una antigüedad en la empresa de 17 a 20 años; el 60% quienes su trabajo hubiera se hubiera extendido de 13 a 16 años; el 40% para los que tuvieran una antigüedad de 9 a 12 años, y el 20% a quienes por una antigüedad de 5 años, no alcanzaran los 8 años de pertenencia a la empresa.

Décimo.- *Con posterioridad, el acusado Antoni Herce - habiendo asumido ya funciones de Presidente Ejecutivo- suscribió idénticos contratos de "premio de permanencia y dedicación" con: a) Lluís Huguet Viñalonga el 1 de noviembre de 1999; b) Pere Calvet Tordera el 1 de Noviembre de 1999 y c/ Oriol Juncadella Fortuna el 1 de noviembre de 1999.*

Undécimo.- *Para capitalizar el fondo y posibilitar el ilegal enriquecimiento, desde el año 1991 al año 2000, FGC aportó al fondo la cantidad de 452.242.984 de pesetas (2.718.035,07 euros).*

El importe de las aportaciones anuales se hizo con conocimiento y bajo el control empresarial de los acusados Enric Roig y Antoni Herce; acogiéndose éstos a la apariencia de que las aportaciones venían obligadas por el reglamento y los ilegítimos contratos suscritos con los distintos beneficiarios.

De este modo -controlando los pagos Enric Roig en su condición de Director y Antoni Herce como Director Económico y Financiero- se hicieron las siguientes aportaciones:

a) El 10 de abril de 1991, la cantidad de 39.572.015 pesetas y de 6.470.498 pesetas el 21 de octubre de ese mismo año.

b) El 27 de marzo de 1992, la cifra de 42.280.500 pesetas y

c) El 20 de enero de 1.993, la cantidad de 42.280.500 pesetas y 2.488.251 pesetas el 2 de agosto.

Con igual control pero siendo Enric Roig Presidente de FGC y continuando Antoni Herce como Director Económico y Financiero- se hicieron las siguientes aportaciones:

a) El 23 de febrero de 1994, la cantidad de 45.757.807 pestas y 983.149 pesetas el 15 de julio de 1994.

b) El 23 de enero de 1995, la cantidad de 37.373.606 pesetas y 898.252 pesetas el 19 de julio de 1995.

c) El 22 de enero de 1996, la cantidad de 43.025.099 pesetas y 1.504.136 pesetas más el 7 de junio de ese mismo año.

d) El 10 de febrero de 1997, la cantidad de 43.962.495 pesetas y

e) El 16 de febrero de 1998, la cantidad de 40.289.949 pesetas.

Tras la salida de Enric Roig de la empresa y siendo ya Antoni Herce el Presidente de la misma, las aportaciones fueron:

a) el 8 de marzo de 1999 la cantidad de 44.817.186 pesetas y 16.590.645 pesetas más el día 9 de diciembre de ese mismo año y

b) El 9 de mayo de 2000, la cantidad de 43.954.896 pesetas.

Duodécimo.- En todos estos años los acusados nunca informaron al Consejo de Administración, ni del Reglamento, ni del contrato de constitución y administración del fondo, ni de los contratos de participación de los trabajadores favorecidos.

Tampoco dieron cuenta de las aportaciones económicas que se hacían al fondo, silenciando las cuotas incluso en la explicación económica recogida en las memorias anuales. En todo caso, ante la necesaria contabilización del dinero que FGC iba aportando anualmente al fondo, se enmascaró el desembolso bajo el inespecífico apunte de "otros gastos sociales".

Todas estas circunstancias, unido al hecho de que la contabilidad de la empresa engloba más de 30.000 apuntes diversos y que los presupuestos de FGC fueran desproporcionalmente superiores a esta partida, permitió que la desviación de los fondos pasará desapercibida para el Consejo de Administración de FGC.

Tampoco los controles contables de la Sindicatura de Cuenta y del Tribunal de Cuentas detectaron la irregularidad del desvío de los fondos, pues las transferencias eran efectivamente realizadas y contaban con la justificación aparente de la totalidad de los contratos expuestos y del puesto de dirección que ostentaban quienes los habían otorgado.

Decimotercero.- La voluntad de aparentar que el desfaldo proyectado respondía a un derecho laboral legítimo, no sólo llevó a incorporar como partícipes a todos los directivos que integran un innominado Consejo de Dirección, sino que los acusados Enric Roig y Antoni Herce consintieron y autorizaron el pago de las participaciones que - en el fondo de FGC - supuestamente tenían los distintos beneficiarios que fueron abandonando la empresa.

Los pagos realizados a favor de terceros y consentidos por los acusados Enric Roig y Antonio Herce, fueron los siguientes:

a) Josep Lluís Arqués Patón cobró la cantidad de 48.129.570 pesetas el 27 de julio de 2000, por liquidación del fondo.

b) Eduarda Blasco González cobró la cantidad de 6.479.452 pesetas el 29 de octubre de 1997 por baja en el Comité de Dirección.

c) Víctor Canosa Novella cobró la cantidad de 14.406.974 pesetas el día 12 de abril e 2000 por baja en el Comité de Dirección.

d) Enric Domínguez Saura cobró la cantidad de 8.044.922 pesetas el día 29 de Octubre de 1997 por causar baja en la empresa.

e) Tomás Figueras Riera cobró 3.138.693 euros por baja en la empresa.

f) Llorenç Ledesma Poza cobró 18.702.237 pesetas por causar baja en la empresa.

g) Miguel Llevat Vallespinosa cobró la cantidad de 37.455.506 pesetas por causar baja en la empresa el 24 de julio de 2000.

h) Josep Oliva Caballol cobró la cantidad de 3.631.474 pesetas al causar baja en el Comité de Dirección el 29 de octubre de 1997.

i) Josep Lluís Portabales Iglesias cobró la cantidad de 76.059.189 pesetas por su baja en la empresa el 23 de mayo de 2000.

j) Ramón Andreu Rivera March cobró 42.357.519 pesetas por su baja en la empresa el 31 de marzo de 1994.

k) Josep Lluís Suárez Sancho cobró 17.402.000 pesetas el día 22 de diciembre de 1997, siendo la causa su baja en la empresa.

l) Albert Tortajada Flores cobró la cantidad de 17.510.600 pesetas el 27 de julio de 2000, por liquidación del fondo y

m) Josep Verdaguer Codina cobró 18.453.964 pesetas en la misma fecha y por la misma razón.

Decimocuarto.- En todo caso, el 25 de febrero de 1999, con ocasión de que el acusado Enric Roig Soles cesó en el cargo de Presidente de FGC, reclamó y se embolsó la cantidad de 178.065.720 pesetas; dinero procedente del fondo que FGC había ido capitalizando a lo largo de los años y que era administrado por la aseguradora Wintertur.

Del mismo modo, el acusado Antoni Herce Herce, reclamó y se embolsó la cantidad de 46.320.431 pesetas cuando - el 27 de julio de 2000- se liquidó el fondo de FGC entre los cuatros supuestos partícipes que aún permanecían en la empresa.

Decimoquinto.- Constante el tiempo en que el acusado Enric Roig fue presidente de FGC, solicitó el abono de dietas por 126 actuaciones que no

tenían reconocido el derecho a esta percepción. Ignorándose las concretas circunstancias que llevaron a la autorización del pago de cada una de ellas, el acusado percibió por este concepto la cantidad de 6.540.000 (39.305,19 euros)"(sic).

Segundo.- La Audiencia Provincial de Barcelona en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a Antonio Herce Herce:

1. Como autor de un delito continuado de prevaricación anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y

2. Como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión por tiempo de seis años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años.

Todo ello condenándole asimismo al pago de un tercio de las costas procesales causadas.

Que debemos condenar y condenamos a Enric Roig Soles como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión por tiempo de seis años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años y pago de un sexto de las costas procesales causadas.

Absolvemos a Enric Roig Soles y Albert Vilalta González de la acusación de prevaricación continuada formulada contra ellos; así como a Albert Vilalta de la de malversación de caudales públicos de la que venía siendo acusado.

Todo ello declarando de oficio la mitad de las costas procesales causadas y desestimando por falta de competencia objetiva y con reserva de acciones civiles- las reclamaciones indemnizatorias interesadas contra Miguel Llevat Vallespinosa, Tomás Figueras Riera, Lorenzo Ledesma Poza, Enric

Dominguez Saura, Josep Oliva Caballol, Eduardo Blasco González, Josep Lluís Portabales Iglesias, Víctor Canosa Novella, Josep Lluís Suárez Sancho, José Verdaguer Codina, José Luis Arques Patón, Albert Tortajada Flores y Ramón Andreu Ribera March"(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por el **MINISTERIO FISCAL** y por **ENRIC ROIG SOLES** y **ANTONIO HERCE HERCE**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, interponemos recurso por infracción de Ley, infracción de precepto penal sustantivo por indebida aplicación de los arts. 130.1.6º, 131 y 132 C.P. en relación con los citados 404 y 74 del C.P.

2.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, se considera infringido el art. 116 del C.P.

Quinto.- El recurso interpuesto por **ENRIC ROIG SOLES**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Se formula al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 404 del Código Penal, en la medida que se declara cometido un delito de prevaricación del que sería autor el acusado, respecto de quien se declara prescrita la responsabilidad penal.

2.- Se formula al amparo del artículo 849.1º LECrim, por vulneración del art. 432.1º del Código Penal, en la medida que se condena al acusado por delito de malversación.

3.- Se formula al amparo del artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 432.2 del Código Penal en la medida que se condena al acusado por dicha modalidad agravada por delito de malversación.

4.- Se formula al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por vulneración del art. 14 del Código Penal, en la medida que la sentencia impugnada no tiene en cuenta el invocado error de hecho.

5.- Se formula al amparo del art. 852 de la LECrim, por infracción de precepto constitucional, por haberse vulnerado el art. 24 CE, con respecto al derecho de defensa que dicho precepto recoge.

Sexto.- El recurso interpuesto por **ANTONIO ERCE ERCE**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo del art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, alegamos infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 24.1 de la CE, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y proscribela la indefensión, concretamente por vulneración del principio acusatorio. Consideramos que, en relación al delito de prevaricación, la acusación es inconcreta y no se designan los hechos considerados delictivos que se imputan a nuestro patrocinado, de manera que no se nos ha permitido articular una defensa efectiva.

2.- Al amparo del art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, alegamos infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 24.1 de la CE, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y proscribela la indefensión, concretamente por vulneración del principio acusatorio. Entendemos que, en relación al delito de malversación, la sentencia no es plenamente congruente con la acusación que se había efectuado ya que introduce un elemento nuevo, el hecho que el sistema de

retribución no fuera tal sino una mera simulación, que es trascendente para la calificación jurídica del hecho y respecto del cual se ha producido indefensión.

3.- Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciarnos infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios.

4.- Con cauce procesal en el art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, alegamos vulneración del art. 24.2 de la CE en cuanto reconoce el derecho a la presunción de inocencia, por haberse afirmado que el recurrente ideó el desvío de fondos públicos de su legítimo fin a favor de un aprovechamiento personal y que, en su actuación profesional, realizó actos de ocultación de la misma así como por haberse considerado que se trataba de un pago de retribuciones aparentes.

5.- Al amparo del número 1º del art. 849 de la LECrim, alegamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal, por entender que los únicos hechos atribuidos a nuestro defendido que fueron considerados constitutivos de delito de prevaricación, la suscripción el día 1 de noviembre de 1999 de tres "contratos de premio y permanencia", no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva. En concreto denunciarnos que no se trataban de resoluciones en un asunto administrativo y que, en todo caso, ni es una decisión arbitraria ni, de acuerdo con los hechos probados, puede afirmarse que se ha adoptado con conciencia de su injusticia.

6.- Con base en el número 1º del art. 849 de la LECrim, alegamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 432.1 del Código Penal, ya que los hechos declarados probados no reúnen las exigencias típicas del delito de malversación de caudales públicos, singularmente, que la conducta llevada a cabo por el recurrente sea una modalidad de "sustracción" y que se haya producido desviación a fines ajenos a los intereses de la empresa pública y perjuicio patrimonial.

7.- Con cauce procesal en el art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, alegamos vulneración del art. 24.2 de la CE en cuanto reconoce el derecho a la presunción de inocencia, por haberse inferido que el recurrente obró voluntaria y conscientemente con el objeto de desviar fondos públicos de su legítimo fin a favor de un aprovechamiento personal. Entendemos que el motivo también podría admitirse por infracción de Ley con base en el número 1º del art. 849 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 432,1 del Código Penal, ya que no se presenta el dolo típico de esta figura delictiva.

8.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciemos infracción de Ley por inaplicación indebida del art. 14.1 CP, que regula el error de tipo, y, subsidiariamente, del art. 14.3 CP, que regula el error de prohibición invencible, ya el recurrente estaba convencido de que los pagos eran lícitos y, consiguientemente, actuó ignorando que los hechos pudieran ser una sustracción de fondos públicos.

9.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciemos infracción de Ley por aplicación indebida del art. 432.2 CP, ya que no dan todos los elementos necesarios para que se aprecie, tal como se ha hecho en la sentencia recurrida, la especial gravedad de la malversación.

10.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciemos infracción de Ley por aplicación indebida del art. 21.6º CP vigente (atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada), con los efectos penológicos del art. 66.1.2ª CP. El motivo también podría admitirse por infracción de precepto Constitucional, con cauce procesal en el art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 LOPJ, concretamente del art. 24.1 CE, al haber mediado vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

11.- Al amparo en el número 1º del art. 849 de la LECrim, alegamos infracción de Ley por aplicación indebida del art. 74 del Código penal, ya que se ha apreciado delito continuado tanto en el delito de prevaricación como en el de malversación, sin que concurran los requisitos legalmente exigibles.

Séptimo.- Instruidas las partes recurridas, interesan la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente los impugnan; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista y posterior deliberación cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma así como la deliberación prevenida para el día nueve de Mayo de dos mil doce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Enric Roig Solés

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años. Asimismo, en la sentencia de instancia fue absuelto de un delito continuado de prevaricación. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, se queja de la vulneración del artículo 404 del Código Penal, en la medida en la que se declara cometido un delito de prevaricación del que sería autor, aunque se considere luego prescrito. Argumenta que para el tribunal de instancia el acto que ha considerado prevaricador es la suscripción de unos contratos con los miembros del llamado comité de dirección, en los que se reconocen determinados derechos económicos derivados de la relación laboral o profesional, lo que supone que el tribunal identifica contrato arbitrario con resolución arbitraria. Entiende, por lo tanto, que no puede haberse cometido un delito de prevaricación en la medida en la que los contratos no integran el concepto de “resolución en asunto administrativo”.

1. Como recuerda la STS nº 627/2006, citando la STS de 22 de septiembre de 1993, “...por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los

derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en numerosas resoluciones, entre ellas, STS nº 460/2002; STS nº 647/2002 y STS nº 406/2004. La STS nº 48/2011 cita la nº 939/2003, en la que se decía: *Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es «tomar determinación fija y decisiva». Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter , en el sentido de que decide sobre el **fondo** del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedidas de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el «*thema decidendi*». Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como «actos de trámite», lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico , **resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto**. Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que «a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes». Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de «la resolución» como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada». A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal «resolución» del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de «autoridad[es] o funcionario[s] público [s]», que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito - especial*

*propio- de que se trata. Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de «arbitraria», para que pueda considerarse típica, haya sido dictada «a sabiendas de su injusticia». De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material. Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual art. 404 Código Penal, **«resolución» es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la de nº 38/1998, de 23 de enero,(...) que reserva ese concepto para el «acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados», considerando al respecto que «lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración».***

2. En el caso, aunque los términos empleados en la sentencia pudieran inducir a error, al referirse a los diferentes contratos a los que el Ministerio Público se refiere en su escrito de acusación, no lo hace solamente a los acuerdos suscritos por cada empleado con la entidad relativos a la incorporación de cada uno de ellos al fondo, sino que se refiere especialmente al acuerdo de constitución del referido fondo y su modificación, de los años 1991 y finales de 1993 y principios de 1994, acuerdo mediante el que se resuelve la creación de un fondo con aportaciones directas de la misma entidad y por lo tanto procedentes de su presupuesto, con la finalidad de organizar la percepción por parte de los directivos y otros empleados de la empresa pública “Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya”, (FGC) de determinadas cantidades en el momento de causar baja en la citada entidad. Es evidente que los contratos suscritos con cada uno de los beneficiarios no son, en realidad, sino la expresión y consecuencia de las resoluciones previamente adoptadas, como se acaba de decir, que no podrían haberse adoptado si no mediara una previa decisión relativa a la separación de tales cantidades de su finalidad respecto del cumplimiento de las funciones públicas que competían a FGC para destinarlas a esa otra finalidad. En los hechos probados se describe un proceso complejo mediante el cual se destinaba parte del dinero del presupuesto de la referida entidad a realizar pagos a algunos de los directivos de la misma, entre ellos los acusados recurrentes, haciendo efectiva la percepción de esas cantidades en el momento de la baja en la

empresa, lo que se llevaba a cabo a través de la aprobación previa de una especie de reglamento que regulaba la cuestión, el cual constituye la resolución inicial que acuerda el destino ilícito de los caudales públicos al patrimonio particular de cada beneficiario a través de la creación de un fondo con esa finalidad; de la dotación de unas cantidades procedentes de los caudales públicos que dicha empresa administraba; de la suscripción de unos contratos con los directivos beneficiados y, finalmente, del pago efectivo de las cantidades resultantes de la aplicación de las reglas aprobadas a las circunstancias de cada uno de ellos.

De otro lado, al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, sometidas las retribuciones y percepciones económicas de sus directivos y demás empleados a las normas aprobadas por la autoridad pública, especialmente con las limitaciones contenidas en las leyes de presupuestos que se mencionan en la sentencia, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa, que no se aprobaban por la junta general de accionistas, sino por las autoridades públicas competentes, y que no encontraban limitaciones en las decisiones empresariales sino en las normas administrativas aplicables. Y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma. Pues efectivamente, del Decreto de 5 de septiembre de 1979, de creación de la entidad FGC, que fue publicado en el DOGC de 10 de octubre de 1979, se desprende que aquella se constituye como una entidad con personalidad jurídica pública, adscrita al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, para la explotación, gestión y coordinación de los ferrocarriles que corresponden a la Generalitat, tratándose de entidad de derecho público sometida al ordenamiento jurídico privado en todo lo que no sea la prestación del servicio público o la contratación relacionada con él en los términos de la legislación sobre contratación de las administraciones públicas (en la ley 31/2007, de contratos de las administraciones públicas FGC aparece expresamente como entidad contratante). En consecuencia, la razón de su existencia es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en la que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado sujeto solo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa,

aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado.

Esta Sala ya contempló en otras ocasiones supuestos similares, señalando en la STS núm. 878/2002, de 17 mayo, que “...en el caso actual la resolución arbitraria adoptada en asunto administrativo no se integra exclusivamente por la firma del contrato laboral sino por el acto complejo de contratar a un trabajador escogido caprichosamente, ya que la firma del contrato no es más que la materialización del Decreto de la Alcaldía por el que previamente se había acordado dicha contratación”. En definitiva, con carácter previo al contrato existía una verdadera resolución administrativa. Añadiendo poco después que “como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado”.

De todos modos, la expresión literal de la sentencia en el FJ 5º.2, que pudiera entenderse de forma excesivamente reductora, aparece aclarada y ampliada en el fundamento jurídico siguiente de la sentencia impugnada, nuevamente numerado como “quinto”, en el que al referirse a la conducta del acusado Albert Vilalta considera una conducta prevaricadora la aprobación del reglamento por el que se crea el fondo con destino a la jubilación de los directivos y la suscripción de un contrato de administración con Winterthur, consideraciones que nada impide que se apliquen igualmente a la conducta ejecutada por el recurrente, en la medida en que los hechos probados describen su acuerdo y participación en esos hechos.

Aunque no se plantea, la jurisprudencia (por todas, la STS nº 575/2007) ha admitido la punibilidad de la participación del extraneus en el delito de prevaricación, aun cuando, en atención a las características del caso, pudiera ser de aplicación lo previsto en el artículo 65 del Código Penal, que en el caso no se considera pertinente dada la especial relevancia de la aportación de los partícipes como consecuencia de los cargos que ocupaban en la empresa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la que considera indebida aplicación del artículo 432.1 del Código Penal en la medida en la que resulta condenado por un delito continuado de

malversación. Sostiene que la conducta descrita en los hechos probados no supone la sustracción de caudales o efectos públicos con ánimo de lucro, pues lo que existe es un acto tendente a mejorar las condiciones económicas de un determinado grupo de trabajadores que constituían el equipo directivo de la entidad FGC. Afirma que desde 1991 a 2000 se desarrolló a la vista de todos los órganos de control, sin reserva o advertencia por parte de nadie.

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

2. De los hechos probados resulta que el recurrente, de acuerdo con los demás acusados, procedió a desarrollar una conducta compleja, compuesta de varias actuaciones, orientada a desviar parte del presupuesto de la entidad FGC, dinero público que ésta administraba para la finalidad propia de su actividad, constituida por la prestación del servicio público de transportes por ferrocarril en la medida en que correspondía a la Generalitat de Cataluña, hacia el patrimonio particular de una parte de los directivos de la misma, bien como una pensión complementaria o bien, posteriormente, como un premio por permanencia y dedicación. Mediante distintos actos de ejecución lograron crear un fondo dinerario, dotarlo a lo largo de diez años con más de 450 millones de pesetas procedentes de los presupuestos de la entidad pública y, finalmente, destinar más de 178 millones de pesetas al patrimonio del recurrente en febrero de 1.999, y más de 46 millones de pesetas al patrimonio del coacusado Antoni Herce, en julio de 2.000, al procederse a la liquidación del fondo. Los acusados, que no estaban autorizados para establecer unilateralmente sus propias remuneraciones, carecían igualmente de autoridad y competencia para destinar esos fondos a las

retribuciones de los directivos, por lo que su actuación no puede ser equiparada a otras decisiones adoptadas por otras autoridades o funcionarios dentro del marco de las competencias propias de quien lo hace; los acusados vulneraban con ello las normas de la Generalitat relativas a las limitaciones en las retribuciones del personal de esa clase de entidades, pues aunque de forma diferida en el tiempo, obtenían de los caudales de la entidad unas cantidades que se destinaban al fondo creado por ellos, del que finalmente se extraían para incorporarse a sus patrimonios individuales; y se trataba de caudales destinados al cumplimiento de las funciones públicas propias de la referida entidad. Mediante esa actuación compleja, los acusados desviaron los caudales públicos desde su función propia como tales a su propio patrimonio, por lo que su conducta integra una sustracción en la forma en la que ha sido entendida por la jurisprudencia, sin que obste a ello el que hubieran optado por darle una u otra apariencia formal.

3. El que otros hayan ignorado o transigido con esta situación o, incluso, en algunos casos se hayan aprovechado de la misma, no afecta a la responsabilidad penal del recurrente, en tanto que fue de éste y de los otros acusados la decisión de dar a los caudales públicos un destino privado para satisfacer sus atenciones personales, aunque al tiempo, en ocasiones, beneficiaran a terceros. Quienes nada hicieron para evitar o revertir esa situación, creada por aquellos, podrán tener, en su caso, sus propias responsabilidades, pero su conducta no suprime ni disminuye la que corresponde al recurrente.

Tampoco es posible entender que la permanencia durante años del sistema de retribuciones suponga la legalidad del mismo, pues ésta se establece con arreglo a las normas vigentes, y de las mismas resulta, como ya se ha dicho, la imposibilidad de que los acusados pudieran decidir que los caudales públicos procedentes del presupuesto de la entidad y orientados por lo tanto a atender necesidades de carácter público, fueran destinados finalmente a engrosar sus patrimonios, separándolos así de su destino legal. El recurrente argumenta que esas cantidades formaban parte de la masa salarial, es decir, del importe que FGC recibía para destinarlo al pago de sueldos o salarios, pero no aparece por parte alguna una autorización de quien decide las cantidades asignadas al cumplimiento de las funciones públicas que gestionaba la entidad para que los acusados la destinaran a su propio beneficio en la forma en la que lo hicieron.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la indebida aplicación del artículo 432.2 del Código Penal, pues, según argumenta, en caso de que los hechos fueran constitutivos de un delito de malversación, no sería aplicable el tipo cualificado, que solo lo sería si concurrieran las dos circunstancias relativas al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Señala, además, que la sentencia impugnada no contiene razonamiento alguno relativo a la aplicación del tipo agravado.

1. Efectivamente, la jurisprudencia ha optado por exigir la concurrencia de los dos elementos previstos en el artículo 432.2 para la aplicación del subtipo agravado: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público. En alguna ocasión (STS nº 381/2007) ha sugerido que cuando se trata de cantidades especialmente importantes no será difícil acreditar el daño o entorpecimiento del servicio público. Sin embargo, es preciso que de alguna forma se deduzca del hecho probado tal daño o entorpecimiento, cuya existencia no puede presumirse en contra del acusado.

También, en la sentencia citada, se ha reconocido la necesidad de valorar el tiempo a lo largo del cual se ha realizado la sustracción de los caudales, pues es un elemento que puede influir no solo en la valoración de la cantidad, sino también en la acreditación del daño o entorpecimiento causado.

Por otra parte, la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en la necesidad de motivar tanto los aspectos fácticos como los jurídicos de la sentencia, así como las consecuencias, tanto penales como civiles. Especialmente cuando los efectos de lo apreciado suponen una agravación para el acusado.

2. En el caso, es cierto que la sentencia no contiene motivación expresa respecto de la aplicación del artículo 432.2 del Código Penal, por lo que se ignora lo que el tribunal tuvo en cuenta como demostrativo de la existencia de daño o entorpecimiento al servicio público causado por la sustracción realizada por los acusados. Es cierto que la cuantía es importante, más de 450 millones de pesetas, pero también lo es que se realizó a lo largo de aproximadamente diez años, por lo que por sí sola no puede acreditar la concurrencia del segundo elemento previsto para la agravación.

Por lo tanto, el motivo se estima, y se dictará segunda sentencia en la que no se aplicará el artículo 432.2 del Código Penal, con sus correspondientes consecuencias en la pena.

CUARTO.- En el cuarto motivo, nuevamente con invocación del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación del artículo 14 del Código Penal, en cuanto entiende que debió apreciarse error acerca de la antijuricidad de la conducta. Alega que al tiempo de constitución del fondo se requirió y obtuvo un informe de un despacho de abogados que advirtió de la posible ilegalidad del sistema en cuanto podía suponer la concurrencia de dos pensiones públicas, pero en ningún momento se hizo referencia a una posible malversación. En segundo lugar, la duración temporal del hecho, desarrollado desde 1991 hasta 2000, sin que nadie hubiera advertido de una posible malversación, precisando la sociedad cada año una menor subvención pública al mejorar sus resultados, sin superar los límites impuestos al incremento total de la masa salarial. En tercer lugar, las mencionadas cantidades fueron contabilizadas en las cuentas de la sociedad conforme a los criterios del Plan General de Contabilidad. En cuarto lugar, alega el conocimiento por parte del Consejo de Administración, en tanto que debía formular las cuentas y depositarlas en el registro Mercantil, apareciendo en las cuentas las referidas cantidades. Y en quinto lugar, señala el sometimiento de las cuentas al control y fiscalización de la Sindicatura de Cuentas de la Generalitat, a la Intervención General de la Generalitat y a una empresa auditora, quienes conocieron la existencia del plan, advirtiendo solo uno de los informes de la Sindicatura que la constitución del fondo no había sido aprobada por el Consejo de Administración.

1. El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo, según las circunstancias del caso. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal.

El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la concreta respuesta del ordenamiento a su forma de actuar. Por lo tanto, basta con

que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito, ni, menos aún, el conocimiento de la posible sanción penal; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS nº 1171/1997, de 29 de setiembre, y STS nº 302/2003).

Como se puede leer en la STS nº 986/2005, "...la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Para incurrir su responsabilidad penal no hace falta conocer ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben ese comportamiento que él realiza (STS 1301/98 de 28.10). El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «Creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior art. 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente art. 14.3”.

Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

2. Hemos señalado en numerosas ocasiones que los motivos por infracción de ley formalizados con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim solo permiten verificar si los preceptos pertinentes han sido interpretados y aplicados correctamente a los hechos probados de la sentencia, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

En los hechos probados de la sentencia no se contiene ninguna descripción fáctica que pudiera operar como soporte de un auténtico error de prohibición, de difícil construcción si se tiene en cuenta el cargo que los recurrentes ocupaban en la entidad. En sentido contrario es evidente que la extracción de determinadas cantidades del presupuesto de una empresa pública para ser repartido entre determinados directivos al abandonarla no puede

considerarse seriamente una actuación lícita cuando no se origina en una regulación, emanada de quien tiene la potestad para ello, que autorizara a los mencionados directivos a fijar el importe de sus propias retribuciones y la modalidad mediante la que se fueran a hacer efectivas, sino que tiene su origen en una decisión particular de los propios beneficiarios de la misma, aunque se la revista de la apariencia formal de una actuación normalizada, afectante no solo a ellos, sino a otros en situación similar. El tribunal tiene en cuenta que la operación organizada por los acusados, en su verdadero significado, fue ocultada a los posibles mecanismos de control a los que se ofrecía una apariencia de normalidad. Pues, aunque necesariamente los movimientos de dinero tuvieron que ser contabilizados, en realidad aparecían de modo tan difuso que su control no podía ser efectivo. Además, nunca se dio cuenta pormenorizada al Consejo de Administración, ni de la constitución del fondo dinerario; ni de los contratos suscritos; ni de las cantidades aportadas al fondo; ni de los pagos efectivamente realizados. Así, para poner de relieve la importancia de esta omisión, en el FJ 5º, apartado 2.A, se razona por el tribunal acerca de la dación de cuenta detallada, realizada en las sesiones del Consejo anterior y posterior a la suscripción de los contratos, respecto a operaciones de menor trascendencia que las examinadas en la sentencia, e incluso de los incrementos salariales firmados en el convenio colectivo para los años 1991 y 1992, sin que aparezca mención alguna respecto de los referidos contratos. Ni tampoco posteriormente en relación con las aportaciones o los pagos efectivos, aunque alguno de ellos lo hubiera sido por cantidad tan significativa como la percibida por el recurrente, superior a 178 millones de pesetas, tal como antes se puso de relieve.

En cuanto a la contabilización efectiva y a la no superación del incremento global autorizado de la masa salarial, es claro que no tiene el mismo significado la aparición contable en su cuantía total de unas aportaciones a un fondo para su capitalización cuando se trata de cantidades procedentes de las retribuciones fijadas administrativamente a los trabajadores o directivos, que la aportación anual de cantidades, muy significativas, independientes de las retribuciones como tales y por lo tanto solo a cargo de la empresa, y solamente referido a ciertos directivos, entre ellos, precisamente quienes lo organizan. Ni tiene el mismo significado, a los efectos del examen de la conducta imputada, que el respeto al máximo autorizado del incremento de la masa salarial se refiera al conjunto de trabajadores que si lo hace beneficiando solamente a unos pocos directivos, nuevamente, precisamente a quienes lo organizan, y que, para

respetar el máximo de incremento salarial tenía necesariamente que perjudicar al resto de partidas incluidas en la masa.

En definitiva, de los hechos probados no resulta la existencia de un error de prohibición, y de la conducta de los acusados, tal como es analizada en la sentencia, se desprende un ánimo de ocultar la verdadera significación de sus actos a los órganos o mecanismos de control relativos al destino de los caudales públicos puestos a disposición de la sociedad para el cumplimiento de sus funciones públicas.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto y último motivo del recurso, con apoyo en el artículo 852 de la LECrim, alega vulneración del derecho de defensa, aunque en el desarrollo se refiere al derecho a la presunción de inocencia, en la medida, dice, que en el relato fáctico se contienen afirmaciones que no se corresponden con el resultado de la prueba. Concretamente en lo que respecta al elemento intencional y volitivo (sic). Argumenta que no es relevante si se recabó la autorización del Consejo de Administración, pues la competencia es discutible, según desprende el recurrente de su valoración de la testifical que cita, sino si se ocultó la realidad del fondo, de sus aportaciones y de los premios que se iban satisfaciendo. Afirma, por el contrario, que el Consejo conocía el sistema porque estaba reflejado en la contabilidad, y porque lo conocían también los mecanismos de control y fiscalización.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos,

descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad.

El control procedente en casación no supone una nueva valoración del material probatorio disponible, sino que se orienta a verificar que las pruebas han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en segundo lugar, a comprobar la racionalidad de la valoración, es decir, que el tribunal no se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

2. El recurrente centra su queja en la existencia de prueba respecto del elemento intencional de la conducta, discutiendo si efectivamente hubo o no voluntad de ocultación al Consejo de Administración. La cuestión ha sido ya examinada en el anterior fundamento jurídico de esta sentencia de casación, por lo que se dan por reproducidas las consideraciones contenidas en aquel. Procede solo reiterar que, con independencia, en este momento del razonamiento, de la determinación del órgano competente para aprobar el mecanismo orientado finalmente a pagos de tal entidad como los efectivamente realizados, en ningún momento consta la existencia de norma o autorización para que los directivos de la empresa pública procedieran unilateralmente a fijar sus retribuciones bajo una u otra modalidad, ni aparece por parte alguna la dación de cuenta pormenorizada y detallada al Consejo de Administración respecto del sistema organizado, de los acuerdos alcanzados o de los pagos efectivamente realizados, lo cual puede valorarse de forma razonable como una voluntad de ocultación de lo que realmente se estaba llevando a cabo, si se tiene en cuenta no solo su auténtica importancia, sino también la forma ordinaria de dar cuenta al Consejo, tal como se desprende de los razonamientos de la sentencia impugnada a los que antes se hizo referencia expresa.

Por lo tanto, sobre el aspecto ahora cuestionado, ha de concluirse que ha existido prueba de cargo y que ha sido valorada por el tribunal de instancia con respecto a las reglas de la lógica y sin contradecir irrazonablemente las máximas de experiencia.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Antoni Herce Herce

SEXTO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos a las penas, por el primero, de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para empleo o cargo publico, y por el segundo a seis años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del principio acusatorio, pues considera que la acusación respecto del delito de prevaricación es inconcreta y no se designan los hechos considerados delictivos, lo que le ha impedido articular una defensa efectiva. Se queja de que la acusación contiene una base fáctica delimitada de forma excesivamente amplia, de modo que no es posible determinar cuales son las acciones que se consideran delictivas. Señala que el propio tribunal en la sentencia recoge la falta de identificación, en la acusación, de las resoluciones que se consideran injustas, si bien, a juicio del recurrente, lo resuelve acudiendo a una actuación inquisitiva subsanando el defecto de la pretensión acusatoria.

1. El principio acusatorio supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, y asimismo exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Ello produce como consecuencia necesaria la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la sentencia vendrá constituido por el contenido de la acusación. El Tribunal que juzga, por tanto, no puede ocupar la posición propia de la acusación.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo, 29 abril y 4 noviembre 1996, es del siguiente tenor: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan

sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo». (STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre).

En el mismo sentido, destacando nuevamente la necesidad de conocer la acusación para evitar la indefensión, esta Sala ha señalado en STS nº 1954/2002, de 29 de enero, que “el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria”. Lo que importa, en definitiva, no es el respeto a determinadas exigencias formales, que pudieran presentar una mayor o menor amplitud, sino que la acusación se formule de manera que el acusado pueda defenderse adecuadamente de la misma.

El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. Pero también se relaciona íntimamente con otros principios, pues también lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado.

Y desde otro punto de vista, se relaciona también con el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

2. En el caso, la conducta imputada en el escrito de acusación no se concreta solo en una actuación temporalmente singularizada, sino en una conducta compleja mediante la cual, a través de distintas decisiones y de la exteriorización de los pasos dados en ejecución de aquellas, se incrementan las percepciones dinerarias de determinados directivos de la empresa pública en la que prestaban sus servicios. Por lo tanto, aunque toda la conducta de los

recurrentes haya tenido su origen en la resolución mediante la que se aprueba y se constituye el fondo, la imputación no se refiere solo a esa resolución concreta, sino a un conjunto de actuaciones en las que se producen resoluciones relativas a la creación del fondo, a la aprobación de las reglas de funcionamiento, a la realización de aportaciones, a la inclusión de distintas personas a través de los contratos suscritos con ellas, a su nuevo diseño reafirmando su creación, y al pago de las cantidades correspondientes en cada caso. De todas ellas, las que tienen contenido decisorio, concretamente las consistentes en la creación y rediseño del fondo, son resoluciones injustas, tanto por la infracción de las reglas de competencia como especialmente por su propio contenido, aunque la valoración deba hacerse sobre el conjunto de la conducta y no solo sobre cada expresión de la misma singular y aisladamente considerada.

El recurrente pudo conocer, sin dificultad, que el Ministerio Fiscal le acusaba de participar decisivamente en la creación del fondo con la finalidad de obtener unas retribuciones superiores por vía distinta de la remuneración inicialmente establecida como directivo de la empresa pública; de incluir en él a determinados directivos directamente en la época en la que desempeñaba la presidencia de la entidad; de beneficiarse directamente de tal creación; de participar en la organización del sistema que determinaba la realización de importantes aportaciones dinerarias anuales a cargo de la empresa; y de realizar pagos a otros directivos, percibiendo personalmente una importante cantidad, superior a 46 millones de pesetas. El tribunal de instancia valora como resoluciones injustas la suscripción de los contratos. Pero, aun cuando pudieran valorarse como una exteriorización de resoluciones previamente adoptadas, en la misma sentencia se hace referencia como resoluciones injustas a la aprobación del reglamento del fondo, que naturalmente incluye la decisión relativa a su creación y a la suscripción del contrato de administración del fondo con Winterthur, en el que FGC asumía la obligación de abordar una capitalización anual del importe de los derechos económicos individuales que se preveían en el citado reglamento (fundamento jurídico numerado como segundo quinto), y a la participación del propio recurrente en la definición de los instrumentos que habían de conducir a la retribución complementaria, en la medida en que se encargó de la preparación jurídica del reglamento y contrato del fondo, y autorizó cada una de las aportaciones dinerarias que FGC hizo al referido fondo (fundamento jurídico octavo). Es claro, por lo tanto, que pudo conocer los hechos que se le imputaban y el significado antijurídico de los mismos tanto

desde la perspectiva del delito de prevaricación como desde la correspondiente al delito de malversación.

El motivo se desestima.

SEPTIMO.- En el segundo motivo nuevamente invoca el principio acusatorio. Argumenta que se acusaba de instituir un sistema de incentivos salariales real aunque ilegal, mientras que se condena por una apropiación de fondos mediante la instauración de un falso sistema de pensiones o premios de permanencia. Así, entiende, se ha alterado el hecho de la acusación para sustituirlo por otro.

1. Es claro que el principio acusatorio, al exigir la existencia de una acusación formulada en condiciones que determinen que el acusado pueda defenderse, supone una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria.

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.

2. El recurrente plantea la cuestión de forma sugestiva, en apariencia. Pues dice que el Fiscal le acusaba de crear un sistema de incentivos real, aunque lo consideraba ilegal, y se le condena por simularlo para encubrir una apropiación. Pero, en realidad, y dejando a un lado cuestiones de significado puramente formal, el contenido de la acusación se refería a la creación de un sistema que a través de distintas resoluciones y actuaciones les permitía incorporar a su patrimonio unas cantidades que excedían de las correspondientes a sus retribuciones previamente fijadas, que procedían del presupuesto de la entidad pública y que originariamente se debían destinar al cumplimiento de sus funciones relacionadas con la gestión de la prestación del servicio público que

respecto del transporte por ferrocarril le correspondía a la Generalitat de Cataluña. El sistema era real, en el sentido de que las percepciones se hacían efectivas mediante la ejecución de las previsiones contenidas en el mismo, pues verdaderamente llegaban a recibir las cantidades que según el sistema les correspondían. Y era delictivo, en la medida en la que, no pudiendo los acusados fijar ni, en consecuencia, incrementar sus propias retribuciones, lo que encubría era una auténtica apropiación de fondos, o más correctamente distracción, que se calificaba como malversación dada la naturaleza de los caudales afectados. No hay, por lo tanto, una alteración de los hechos, pues los contenidos en la sentencia son los mismos que se relataban en la acusación. Ni tampoco de su trascendencia jurídico penal, pues el sistema de incentivos existió y se aplicó, se constituyó de forma ilegal y además sirvió para encubrir o dar apariencia de legalidad a lo que no era sino una malversación de fondos, en tanto que se procedía a la percepción de unas cantidades procedentes de caudales públicos a las que no se tenía derecho alguno separándolas de su función pública para satisfacer únicamente intereses privados.

En consecuencia, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba. Designa como documentos, en primer lugar, los informes jurídicos del despacho Cuatrecasas abogados, lo que entiende que contradice la apreciación de que el recurrente se encargó de la preparación jurídica del reglamento y contrato del fondo. En segundo lugar, el informe 42/97-D de la Sindicatura de Cuentas de la Generalitat, en el que se hace referencia detallada a un premio de dedicación y permanencia para directivos y se indica la falta de acuerdo del Consejo de Administración, lo cual, a su juicio, es contrario a la afirmación de la sentencia según la cual “tampoco los contables de la Sindicatura de Cuentas detectaron la irregularidad del desvío de fondos”. Finalmente, entiende que de los documentos relativos a excesos de masa salarial, limitaciones salariales impuestas por leyes presupuestarias y acuerdo de la Generalitat limitador de las retribuciones de altos cargos se deben obtener conclusiones opuestas a las asumidas por el Tribunal de instancia.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de

fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que 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; y 4) que 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.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. En cuanto a los primeros documentos, informes procedentes del mencionado despacho de abogados, del contenido de los mismos no se desprende lo que el recurrente pretende. De todos modos, en la sentencia la consideración de que el recurrente se encargó de la preparación jurídica del reglamento y contrato del fondo se basa, según se afirma, en las propias manifestaciones del recurrente y en la prueba testifical. Por lo que, de los documentos, no se desprende que sea errónea esa afirmación fáctica.

Respecto del documento designado en segundo lugar, informe de la Sindicatura de Cuentas, el particular designado no demuestra el error del tribunal al afirmar que la irregularidad del sistema no fue detectada, pues efectivamente, la única mención que se contiene en el documento es la relativa a la falta de

acuerdo o autorización del Consejo de Administración, que es recogida en la sentencia. Cuestión distinta es la valoración de esa forma de actuar, es decir, de ese sistema de retribuciones, y en ese sentido el informe no contiene un hecho que demuestre el error del tribunal al declarar probados unos determinados sucesos.

Finalmente, la consideración relativa a la valoración del significado de otros documentos (relativos a excesos de masa salarial, limitaciones salariales impuestas por leyes presupuestarias y acuerdo de la Generalitat limitador de las retribuciones de altos cargos), excede de los límites de esta clase de motivo de casación.

En consecuencia, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el motivo cuarto del recurso, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, y denuncia lo que considera vacío probatorio respecto de la afirmación de que el recurrente, junto con el acusado Enric Roig, ideó la trama defraudadora. Igualmente se queja de que el tribunal se confunde al valorar negativamente la contabilización en un inespecífico apunte de “otros gastos sociales”, pues ese es el epígrafe que correspondía según el Plan General de Contabilidad, lo que se valora como una maniobra de ocultación. Y del mismo modo de la calificación de la conducta como una simulación.

1. Como ya hemos dicho anteriormente, no es posible proceder en el recurso de casación a una nueva valoración de la prueba, sino solamente a comprobar la racionalidad del proceso valorativo desarrollado en la instancia. Lo cual supone comprobar que ha existido prueba de cargo válida, y que ha sido valorada por el tribunal de instancia con respeto a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos, de manera que las conclusiones fácticas obtenidas representen una certeza objetiva respecto de los hechos que se declaran probados.

2. En cuanto a las cuestiones planteadas en el motivo, dejando a un lado las ya examinadas con anterioridad, como la relativa a la simulación, en la sentencia impugnada no se afirma que el recurrente fuera el cerebro único del sistema de retribuciones descrito en los hechos probados, sino que los dos

acusados, Enric Roig, entonces director ejecutivo, y el recurrente, en aquellos momentos director económico financiero, idearon la trama para obtener un enriquecimiento económico superior al que les proporcionaría su retribución salarial. La prueba de esta intervención del recurrente desde el primer momento se concreta especialmente en las propias manifestaciones del recurrente, pues según la sentencia, él mismo reconoce y así lo relatan los testigos, participó desde un principio en la definición de los instrumentos que habían de conducir a la retribución complementaria, reconociendo que fue él quien se encargó de la preparación jurídica del reglamento y contrato del fondo. Asimismo se dice que él fue quien encargó un estudio de los mecanismos jurídicos que posibilitaran el cobro íntegro del dinero capitalizado, eludiendo la normativa sobre limitación de pensiones, refiriéndose pues, no al primer momento de constitución del fondo, sino a la modificación de éste para convertirlo de un sistema de pensiones a otro de premios por permanencia y fidelidad a la empresa.

Es cierto, aunque no se plantee de esta forma, que sería discutible su intervención a título de autor, pues las resoluciones dictadas en los primeros momentos, relativas a la constitución del fondo, no fueron adoptadas por el recurrente. Pero, además de que, con posterioridad, a través de la suscripción de nuevos contratos en 1999 incorporó a otros directivos al sistema y autorizó los pagos pertinentes, su participación en la formación y constitución del fondo siempre sería calificada como cooperación necesaria, dada la trascendencia de su aportación según los hechos probados de la sentencia impugnada, por lo que no tendría incidencia alguna en el fallo. Dando, pues, por reproducido lo dicho en el penúltimo párrafo del Fundamento jurídico primero de esta sentencia.

3. En cuanto a las maniobras de ocultación, es cierto que puede entenderse que los movimientos dinerarios se contabilizaron en el apunte correspondiente, de forma que el solo hecho de hacerlo así no puede justificar una valoración negativa de su comportamiento a los efectos de la ocultación de lo actuado. Y que no señala la sentencia datos que permitan imputarle directamente el hecho de que no aparezcan de forma suficientemente expresa en la memoria. Sin embargo, el tribunal valora otros aspectos como es el hecho de que al Consejo de Administración, como ya se ha dicho, se le daba cuenta pormenorizada y detallada de otros contratos de menor importancia así como de incrementos salariales resultantes de convenios colectivos, mientras que nunca se le informó con el mismo detalle de la constitución del fondo, ni de las

aportaciones dinerarias realizadas año tras año, ni de la suscripción de los contratos con determinados directivos, ni de los pagos efectuados a los mismos, a pesar de que, como se argumenta en la sentencia, el propio recurrente asistía a sesiones del Consejo para informar de cuanto afectaba a su servicio. En sentido contrario, no puede concluirse que el hecho de que la anotación contable se efectuara en el epígrafe que correspondía demuestre que la actuación realizada se comunicaba a quien era preciso o que acredite el convencimiento de que se actuaba conforme a derecho. Pues, efectivamente, tal anotación, por su generalidad, no puede considerarse equivalente a una dación de cuenta detallada.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DECIMO.- En el motivo quinto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal, pues entiende que la suscripción de unos contratos el 1 de noviembre de 1999 no satisface las exigencias de la prevaricación, pues no se trata de resoluciones en asunto administrativo y en todo caso no serían arbitrarios ni puede afirmarse que se hiciera con conciencia de su injusticia.

1. Las cuestiones planteadas en el motivo coinciden con las ya resueltas en anteriores fundamentos jurídicos de esta sentencia. Así, en el FJ 1º, se examinó la existencia de una resolución y la naturaleza administrativa de la materia afectada, y en el FJ 4º lo relativo al conocimiento de la injusticia de lo actuado; aunque el análisis entonces se refería concretamente al delito de malversación, puede extenderse a la prevaricación, pues es claro que los acusados sabían que los caudales destinados a la gestión del servicio público de transportes por ferrocarril correspondientes a la Generalitat de Cataluña no podía ser desviado de esa función pública para ser incorporado al patrimonio particular de los directivos mediante decisiones particulares de los mismos beneficiados, por lo que las decisiones que acordaban, facilitaban u organizaban tal cosa necesariamente debían ser calificadas como arbitrarias al carecer de cualquier apoyo en una interpretación razonable del derecho obtenida con los métodos usualmente admitidos. Pues, efectivamente, no puede admitirse una interpretación de las normas según la cual los directivos de una empresa pública puedan proceder a destinar las previsiones presupuestarias aprobadas por la autoridad administrativa a engrosar sus patrimonios particulares bajo la apariencia de retribuciones diferidas, premios o planes de pensiones. Ese

convencimiento queda de manifiesto si se tiene en cuenta, como se hace en la sentencia impugnada, la omisión de cuenta detallada al Consejo de Administración, evitando así un control pormenorizado sobre la decisión. Por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones entonces efectuadas.

2. Argumenta el recurrente que los contratos a los que se hace referencia tienen por objeto la relación laboral entre la empresa y alguno de sus directivos, lo cual no puede ser reconducido a la contratación administrativa.

Es cierto que las relaciones entre la entidad FGC y sus directivos estaban sujetas en algunos aspectos al derecho laboral. También en algunos otros al derecho administrativo, si se consideran las reglas para proceder al nombramiento y cese en determinados casos así como los órganos públicos competentes para adoptar tales decisiones. Pero, en cualquier caso, el que las relaciones entre la entidad y sus directivos estuvieran sujetas al derecho laboral no supone que los actos de gestión del patrimonio público asignado a aquella para el cumplimiento de sus fines públicos, puedan calificarse como asuntos privados.

Frente a estas consideraciones, el que pueda sostenerse una interpretación según la cual el incremento retributivo que suponía el destino de estas cantidades al fondo dinerario y su posterior pago a los recurrentes no superara el incremento de la masa salarial, considerada de forma global, autorizado en las sucesivas leyes de presupuesto, no resulta decisivo, pues no hace desaparecer el hecho probado según el cual los acusados, por su propia decisión, decidieron emplear parte del presupuesto de la empresa, asignado al cumplimiento de la función pública que le correspondía, a satisfacer sus intereses privados mediante el percibo de unas importantes cantidades al causar baja.

3. Alega el recurrente que siendo discutible que la competencia para acordar los incentivos salariales correspondiera al Consejo o a quienes lo acordaron, la decisión no puede considerarse arbitraria, incluso aunque fuera declarada ilegal. Sin embargo, aun cuando se prescindiera de la falta de competencia que la Audiencia entiende como concurrente, el contenido de la resolución no podría ser considerado sino como arbitrario, pues no puede considerarse de otra forma la decisión de los directivos de una empresa pública que acuerdan destinar parte del presupuesto de la misma a incrementar sus

retribuciones por la vía de establecer un derecho a percibir unas determinadas cantidades en el momento de finalizar su relación con la empresa.

4. Y finalmente, alude a la imposibilidad de sancionar al mismo tiempo por el delito de prevaricación y por el delito de malversación, pues entiende que se presenta un concurso de leyes del que resulta de aplicación preferente el segundo.

La jurisprudencia ha entendido que “ambos delitos tienen su propio y autónomo contenido y su específica y diferenciada estructura típica”, y que generalmente “...se registrarán por el concurso de delitos y no de normas porque son perfectamente separables y compatibles”. Por lo tanto, aun cuando se aprecien, como se hace en la sentencia en relación de concurso medial, no existen inconvenientes dogmáticos en la sanción de ambos delitos.

Por todo ello, el motivo se desestima.

UNDECIMO.- En el sexto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 432.1 del Código Penal, pues entiende que de los hechos probados no se desprende la existencia de una “sustracción” ni que se haya producido una desviación a fines ajenos a los intereses de la empresa pública ni perjuicio patrimonial. Argumenta el recurrente que las decisiones adoptadas no estaban prohibidas y fueron adoptadas por personas competentes, y que la instauración, implementación y liquidación de un sistema de incentivos retributivos de legalidad cuestionable en una empresa pública no constituye per se un delito de malversación al no coincidir con la conducta típica de sustracción, siendo en todo caso un acto de gestión ilegal de fondos susceptible de disciplinarse a través de otras jurisdicciones, concretamente, la contable. Señala que no integra malversación el manejo de fondos públicos siempre que se continúen destinando a una aplicación propia del ente público en cuestión, no produciéndose el perjuicio que el tipo requiere cuando se recibe una contraprestación proporcionada y apropiada para el fin público. En ese sentido, entiende que la conducta imputada estaba constituida por actos razonables adoptados en interés de la empresa en materia retributiva, destinada a fijar una política de incentivos a sus directivos para asegurar la estabilidad del equipo de dirección y estimular su esfuerzo.

1. Las cuestiones relativas a la consideración de la conducta desarrollada por el recurrente como una sustracción típica a los efectos del delito de malversación de caudales públicos ya ha sido examinada en el FJ 2º de esta sentencia, por lo que debe darse por reproducido lo que allí se expuso.

2. Por otra parte, no puede aceptarse el argumento según el cual el dinero siguió destinándose a un fin público, como era mantener la satisfacción profesional de los directivos asegurando su permanencia y dedicación a la empresa pública. Es cierto que pueden ser apreciadas algunas diferencias, en algunos casos sustanciales, entre el tratamiento económico que reciben los directivos de las empresas privadas y los equivalentes en las empresas públicas. Es cierto también que esa consideración puede conducir en determinados casos a que las autoridades competentes establezcan alguna clase de incentivos para los directivos de las empresas públicas. Pero ha de aclararse que en ningún caso esas consideraciones autorizan a los propios directivos, que carecen de competencia para fijar sus propias retribuciones, y que son contratados para gestionar un patrimonio público, a establecer un sistema mediante el cual las incrementen aunque sea de modo diferido a través de premios por dedicación o permanencia en la empresa, utilizando con esa finalidad los caudales cuya administración se les encomienda para la satisfacción de intereses públicos. De otro lado, en el caso, las contraprestaciones a la labor directiva de los beneficiados venían ya establecidas al determinar sus retribuciones como directivos de la empresa pública en consideración a la valoración integral de su trabajo, y, como antes se dijo, ninguna norma les autorizaba para incrementarlas a costa del patrimonio de la entidad o, dicho de otra forma, de los caudales públicos contemplados en su presupuesto.

De otro lado, la Sentencia dictada por la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas de 29 de junio de 2009, sobre los hechos enjuiciados en esta causa, fue luego confirmada en casación por la de fecha 3 de enero de 2011 de la Sala 3ª de este Tribunal Supremo. En esta última, se recogía que la de instancia allí recurrida, ya señaló en primer lugar que los pagos realizados en ejecución de los contratos suscritos en aplicación del reglamento del fondo redactado por los acusados en esta causa, “...revisten la condición de pagos indebidos en el sentido que se recoge en el Derecho Positivo, como antes se fijó, y en el defendido por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencias como la 21/05, de 14 de noviembre, que dice que pago indebido es

aquél que se realiza sin título válido, es decir, aquél que da lugar a una salida de dinero o pérdida patrimonial a favor de persona que no tiene derecho al cobro”. Y, a continuación, razonó que “...el Sr. Herce fue parte en uno de los contratos irregulares celebrados por el Sr. Roig en 1991 y, como consecuencia de ello, fue destinatario de un pago de 46.320.431 ptas., por liquidación, que él mismo ordenó. En consecuencia, era conocedor de los antecedentes de la constitución del Fondo y de la naturaleza de las prestaciones a las que se obligó la Empresa frente a los altos directivos con los que las había contratado. No puede aceptarse, pues, la hipótesis de un Presidente que se limitó a ordenar unos pagos sin conocer en profundidad la naturaleza y pormenores de las obligaciones de las que derivaban. Conocía tales antecedentes y, a la vista de ellos, debió haber previsto la producción del daño y haberla evitado (Sentencia de la Sala de Justicia 2/03, de 26 de febrero)”. Y más adelante insiste en que “...consta acreditados en las actuaciones del voluminoso expediente administrativo que el Sr. Herce fue parte en uno de los contratos irregulares del año 1991 y en ejecución del mismo fue destinatario de un pago de 46.320.431 pesetas por liquidación que él mismo ordenó y como afirma la sentencia, no puede aceptarse que se limitara a ordenar unos pagos de esta cuantía sin conocer en profundidad la naturaleza y pormenores de las obligaciones de las que derivaban, ya que conocía tales antecedentes y a la vista de ellos debió haber previsto la producción del daño y haberlo evitado,...”.

En la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo a la que se hace referencia, se dice también, en relación al recurso allí interpuesto por el coacusado Enric Roig, que éste “...no podía ignorar que el premio de dedicación y permanencia no estaba amparado por la normativa vigente y por tanto los pagos de las indemnizaciones -entre ellas la suya- abonadas con cargo al fondo constituye un alcance en los fondos públicos en los términos definidos en la Ley 7/88, por ser el artífice de la creación de los contratos con determinados directivos de los complementos de pensiones y del contrato de administración de los fondos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante la aportación periódica de fondos de FGC en concepto de primas al fondo de administración suscrito con la compañía Winterthur, hasta el extremo de que en el año 1993 cambió la denominación de los contratos, sustituyéndolos por otros denominados premios de dedicación y permanencia, fechándolos, como si fueran originales, el día en que fueron suscritos los primeros, en febrero de 1991”. Añadiendo más adelante que “...el Sr. Roig no adoptó ninguna medida

a fin de que el Consejo de Administración de FGC tuviera conocimiento de los contratos que había suscrito del Fondo que se había constituido, y de las obligaciones que asumía la sociedad a favor de determinados directivos, a pesar de que las competencias sobre contratación correspondían al Consejo de Administración”.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DUODECIMO.- En el motivo séptimo, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración de la presunción de inocencia por haberse inferido que el recurrente actuó voluntaria y conscientemente al objeto de desviar fondos públicos de su legítimo fin a favor de un aprovechamiento personal. En definitiva, sostiene que no se acredita el dolo típico del delito de malversación. Sostiene que la participación del recurrente se valora indebidamente partiendo de que era el presidente de la entidad, a pesar de que solo lo fue desde 1999, sin definir con claridad su intervención con anterioridad. De todo ello deduce que queda acreditado que siempre actuó de buena fe.

1. El dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de actuar. Según se desprende de la jurisprudencia relativa al delito de malversación de caudales públicos, el dolo genérico exigible comprenderá el conocimiento de que los caudales que se sustraen pertenecen a las Administraciones públicas, y que, por lo tanto, constituyen caudales públicos. (STS nº 545/1.999 y STS nº 132/2010, entre otras). Del mismo modo exigirá el conocimiento de que con la conducta que se ejecuta tales caudales se sustraen de su finalidad pública.

2. En realidad, el recurrente no cuestiona todos estos aspectos, sino que sostiene que actuaba de buena fe. Es claro que sabía que FGC era una empresa pública; y que su presupuesto contemplaba caudales públicos destinados a una función de esa naturaleza. Y que con la conducta imputada parte de esos caudales no se destinaba directamente a la gestión del servicio público de transporte por ferrocarril, sino a incrementar las percepciones económicas de determinados directivos. Y que actuó voluntariamente participando de forma directa en la elaboración y creación de un sistema con esa finalidad, y en su aplicación posterior, incluso en beneficio propio. El recurrente niega la posibilidad de concluir que obró voluntaria y conscientemente con el objeto de

desviar fondos públicos de su legítimo fin a favor de un aprovechamiento personal. Pero resulta evidente que sabía que con la aplicación del sistema de incentivos una parte del presupuesto de la entidad FGC no se aplicaba directamente a la gestión del servicio de transportes, sino a incrementar las retribuciones de los directivos. Además, respecto al elemento del tipo objetivo relativo a la sustracción de los caudales, separándolos de su función pública, el recurrente sabía que los directivos de la empresa pública no tenían capacidad legal para fijar sus remuneraciones más allá de las previsiones del presupuesto aprobado por la autoridad pública, de manera que del mismo modo carecían de ella para acordar por vía indirecta un incremento de las mismas.

La cuestión, pues, se centra entonces, no en el error sobre un elemento del tipo, sino en si puede aceptarse que creía actuar conforme a derecho, en tanto que entendía racionalmente que tal cosa podía llevarse a cabo.

La creencia de que actuaba conforme a derecho, es decir, que podía destinar esas cantidades a tales incrementos salariales porque, tal como se argumenta, favorecía así el interés público en cuya gestión le correspondía participar, se encuadra más bien en la cuestión relativa al error de prohibición, como reverso de la conciencia de antijuricidad, que se plantea en otro motivo del recurso. De todos modos, en la sentencia se valora que el recurrente, siendo entonces director económico y financiero, participó desde un primer momento en la preparación y elaboración del fondo dinerario y en el sistema descrito en los hechos probados, y, conociendo las características, el modo de funcionamiento y sus consecuencias económicas, intervino ya directamente como presidente de la entidad en su aplicación a otros directivos, en los pagos que se hicieron en aquel periodo temporal y en el reparto de las cantidades existentes una vez que procedió a la disolución del fondo, sin que conste que comunicara al Consejo de Administración, en ningún momento, la existencia y realización de todas esas operaciones.

El motivo, pues, se desestima.

DECIMOTERCERO.- En el octavo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 14.1 del Código Penal que regula el error de tipo y, subsidiariamente, del artículo 14.3 que regula el error de prohibición, invencible, pues sostiene que el recurrente estaba convencido de que los pagos eran lícitos.

1. El recurrente alega, en relación con el anterior motivo, que estaba en la creencia de que podía destinar parte de los caudales públicos previstos en el presupuesto de la entidad FGC a incrementar las retribuciones de algunos directivos mediante un plan de premios por permanencia y dedicación en la empresa, pues de ese modo contribuía a fomentar una mejor gestión de los intereses públicos encomendada a la citada entidad. Dicho de otra forma, que creía que con el mencionado plan o sistema de incentivos no se sustraían los caudales públicos de su función pública. En palabras del propio recurrente, no se captó el elemento del tipo “sustracción” en su plena dimensión lesiva, puesto que creía estar efectuando pagos debidos a trabajadores de la empresa en el marco de relaciones contractuales legítimamente constituidas.

Así planteada la cuestión, podría entenderse que se alega error de tipo, y por consiguiente, exclusión del dolo. Sin perjuicio de lo señalado en el anterior motivo, como ya se ha indicado con anterioridad, la participación del recurrente desde el primer momento en la elaboración del sistema de incentivos, elimina la posibilidad de entender que actuaba en la creencia de que no separaba los caudales públicos de su destino público. Pues, como director económico y financiero no podía dejar de saber que no era posible legalmente incrementar las retribuciones de los directivos mediante la atribución de incrementos salariales diferidos por la mera decisión de aquellos, sin conocimiento del Consejo de Administración y aprobación por la autoridad correspondiente. De manera que la falta de la necesaria autorización implicaba que la finalidad a la que se destinaban esos caudales no podía ser pública. De los estatutos de la entidad FGC se desprende con claridad, y el recurrente no podía ignorarlo, que los presupuestos eran elaborados por la empresa y que el Consejo de Administración los remitía para su aprobación al Gobierno catalán.

Igualmente, del motivo podría desprenderse que lo que se plantea es error de prohibición, en el sentido de que el recurrente siempre creyó que esa conducta que ejecutaba se ajustaba a derecho. En este sentido, deben darse por reproducidas aquí las consideraciones contenidas en los fundamentos jurídicos cuarto y duodécimo de esta sentencia en cuanto resulten aplicables. Es cierto que en los primeros momentos, el recurrente no tenía la obligación personal de comunicar al Consejo de Administración la constitución del fondo, los contratos suscritos con los directivos, las aportaciones realizadas o los pagos efectuados. Sin embargo, ya desde entonces tenía que saber, por las características de su

cargo, director económico financiero, que la competencia para contratar estaba reservada al Consejo, y que las retribuciones de los directivos no podían ser fijadas, ni incrementadas, por una simple decisión de éstos, fuera cual fuera la forma que tal incremento pudiera revestir. Y desde el momento en que ocupó la presidencia, en consonancia con esos conocimientos y manteniendo la misma actitud que el coacusado Enric Roig, tampoco realizó comunicación alguna al Consejo acerca de la existencia del fondo, de las aportaciones que se realizaban, de los nuevos contratos suscritos o de los pagos realizados.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DECIMOCUARTO.- En el motivo noveno, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia indebida aplicación del artículo 432.2 del Código Penal, al no concurrir los elementos necesarios para aplicar el subtipo agravado.

El motivo es sustancialmente coincidente con el formalizado en tercer lugar por el coacusado recurrente, por lo que, dando por reproducidas las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, debe ser estimado por las mismas razones por lo que lo fue aquel.

DECIMOQUINTO.- En el motivo décimo denuncia la inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas. Entiende que a pesar de la celeridad de la instrucción, entre la remisión de la causa a la Audiencia Provincial y la vista oral transcurren dos años y entre la finalización del juicio y la notificación de la sentencia, un lapso de cinco meses. La causa se inició el 2 de diciembre de 2006 y se recibió en la Audiencia el 27 de diciembre de 2008.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El 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.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

La jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre; la STS nº 835/2003, de 10 de junio y la STS nº 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre; STS nº 258/2006, de 8 de marzo; STS nº 802/2007, de 16 de octubre; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre, y STS nº 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

Esta Sala ha venido exigiendo, además, que se especifiquen por el recurrente los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias que entiende inútiles.

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones, y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa, aspecto este último de especial importancia en las presentes actuaciones por las razones antes expuestas.

2. Como se ha dicho, la causa se inició el 2 diciembre de 2006 y se recibió en la Audiencia el 27 de diciembre de 2008. Como se destaca en el

recurso, en el mes de marzo de 2009 se señaló el juicio oral para el siguiente mes de setiembre, con tiempo para que las partes prepararan la acusación y la defensa, dada por otra parte la naturaleza, en algunos aspectos, compleja de la cuestión. A pesar de la antelación con la que se realizó el señalamiento, hubo de suspenderse, precisamente a petición de la defensa del recurrente, por coincidencia con otra causa, señalándose para el 29 de noviembre, fecha en la que hubo de ser suspendido nuevamente a petición ahora de la defensa del recurrente Enric Roig, señalándose nuevamente para el día 10 de julio de 2010, en que hubo de suspenderse de nuevo, aunque ahora a petición de las defensas de Alber Vilalta y Enric Roig. Finalmente, se señaló para el 26 de noviembre de 2010, en que se iniciaron efectivamente las sesiones.

En consecuencia, los retrasos fueron debidos esencialmente a las peticiones realizadas por las defensas de los acusados. Ante la falta de otros datos debe entenderse que las solicitudes de suspensión estaban suficientemente justificadas. Por lo tanto, las defensas actuaron correctamente defendiendo el derecho de los recurrentes. Pero ello no impide concluir igualmente que el retraso, en esas condiciones, no puede considerarse indebido, sino justificado, por las mismas razones que asistían a las defensas para solicitar y obtener la suspensión del juicio oral. De otro lado, el tiempo transcurrido hasta la notificación de la sentencia, dos meses, no puede valorarse como un retraso extraordinario, como requería la jurisprudencia y exige ahora el artículo 21.6 del Código Penal.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DECIMOSEXTO.- En el motivo undécimo denuncia la indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal, pues entiende que no concurren los requisitos del delito continuado.

1. Según la jurisprudencia consolidada de este Tribunal (SSTS 1038/2004, de 21-9; 820/2005, de 23-6; 309/2006, de 16-III; 553/2007, de 18-6; y 8/2008, de 24-1, entre otras), los requisitos del **delito continuado** son los siguientes: **a)** pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; **b)** identidad de sujeto activo; **c)** elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; **d)** homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la uniformidad

entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal.

2. En el caso, en lo que se refiere al delito de prevaricación, la conducta se inicia en 1991 con la primera resolución mediante la que se crea el fondo de pensiones para determinados directivos y se establecen sus reglas, seguida de otra resolución adoptada a finales de 1993 y principios de 1994, mediante la cual se rediseña la forma de operar convirtiéndola en un sistema de premios por permanencia y fidelidad, y en cuanto al recurrente, por otra en el año 2.000 mediante la que se acuerda la disolución del fondo y el reparto de las cantidades existentes entre los partícipes restantes, entre ellos el propio recurrente.

En cuanto al delito de malversación, los pagos mediante los que se hace efectiva la separación de los caudales públicos de su finalidad tienen lugar a lo largo de varios años, tal como resulta de los hechos probados, por lo que nada se opone a su consideración como varias infracciones que al encuadrarse, al igual que las relativas al delito de prevaricación, en la ejecución de un plan preconcebido, pueden ser calificadas como constitutivas de un delito continuado.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

DECIMOSÉPTIMO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida de los artículos 130.1.6º, 131 y 132 del Código Penal en relación con los delitos 404 y 74 respecto del acusado Enric Roig, pues entiende que no es procedente la aplicación de la prescripción, ya que el delito de prevaricación se encuentra en relación de concurso medial y de conexión material-natural con el delito de malversación, que no estaría prescrito.

1. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha entendido que en presencia de una actuación delictiva compleja, por la integración de dos delitos en una relación de medio a fin, la prescripción opera sobre el conjunto, a tenor del plazo previsto a ese efecto para el delito principal (por todas SSTS 28/2007, de 23 de enero, 1242/2005, de 3 de octubre y 1798/2002, de 31 de octubre)”, STS nº 158/2011. En la STS nº 374/2010, de forma más amplia, se decía en el mismo sentido que “En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo

complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquélla que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destaca la STS 29-7-98 , las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal (SS. 1247/2002, de 3 de julio; 1242/2005, de 3 de octubre; 1182/2006, de 29 de noviembre; 600/2007, de 11 de septiembre). Este mismo criterio se aplica a las situaciones de conexidad delictiva, como la que se contempla en la STS 1493/99, de 21 de diciembre, donde se expone que el delito de utilización del vehículo forma parte de la realidad delictiva global proyectada por los autores y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, de forma que la Jurisprudencia de esta Sala ha estimado que en supuestos de unidad delictiva la prescripción debe entenderse de modo conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que en estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción: ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto”.

2. En el caso, el propio tribunal, aunque razonando solo en relación al recurrente Antoni Herce, establece que el delito de prevaricación está en relación medial con la malversación cometida, por lo que la aplicación de la anterior doctrina ya conduciría a negar la posibilidad de la prescripción individualizada y aislada del delito de prevaricación, disociándolo así artificialmente del delito de

malversación, cuya ejecución no podría explicarse racionalmente prescindiendo del anterior.

Por lo tanto, el motivo se estima, y se dictará sentencia condenando al acusado Enric Roig como autor de un delito continuado de prevaricación en relación de concurso medial con el delito de malversación por que ya venia condenado.

DECIMOCTAVO.- En el segundo motivo del recurso, con el mismo apoyo, considera infringido el artículo 116 del Código Penal, en tanto que el tribunal no condenó a los dos acusados a indemnizar en la cantidad malversada.

1. El Tribunal de instancia entendió que la determinación de las indemnizaciones civiles derivadas del delito de malversación deberían ser establecidas por la jurisdicción contable y que, por lo tanto, no era de su competencia sino de la correspondiente al Tribunal de Cuentas. El Ministerio Público, aun señalando que la regulación de la materia puede considerarse un tanto confusa, sostiene que la jurisdicción penal no queda desapoderada por las competencias de la contable para establecer las consecuencias civiles del delito de que se trate, aun cuando el tribunal de Cuentas conserve su competencia para determinar la existencia e importe, en su caso, del alcance contable que le corresponde examinar.

2. En el caso, es preciso realizar dos precisiones. En primer lugar, la jurisdicción contable ya ha dictado sentencia en el asunto relacionado con los hechos enjuiciados en la presente causa, con fecha 29 de junio de 2009, desestimando el recurso de apelación contra la de instancia de 10 de setiembre de 2008, siendo confirmada por la Sentencia dictada por la Sala Tercera del tribunal Supremo de 3 de enero de 2011. En aquella resolución, confirmada en apelación y ésta en casación, se acordó declarar la responsabilidad contable directa de los aquí recurrentes, Enric Roig por un importe de 1.078.851,10 euros y de Antoni Herce por un importe de 1.552.632,04 euros, condenándolos al reintegro de esas cantidades.

En segundo lugar, el Ministerio Fiscal solamente refiere su recurso a la responsabilidad de los autores de los delitos de prevaricación y malversación, sin que ahora interese la condena de los partícipes a título lucrativo que interesaba en la instancia.

Entrando en el examen de la cuestión, efectivamente, tal como dice el Ministerio Fiscal, el artículo 18 de la LO 2/1982, del Tribunal de Cuentas, al disponer que cuando los hechos fueran constitutivos de delito “la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”, pudiera entenderse en el sentido de que no es procedente que se realice pronunciamiento alguno en la jurisdicción penal sobre esa cuestión. Sin embargo, ya el artículo 49.3 de la Ley 7/1988 permite otra interpretación, cuando a la previsión antes señalada, de la que ya conviene resaltar que la jurisdicción contable solo determinará la responsabilidad en el ámbito de su competencia, es decir, en materia contable, añade claramente, con cita del anterior precepto, que el juez o tribunal que entendiera de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos. Es decir, que ambos preceptos, en realidad, se refieren a la responsabilidad contable, exigible a los responsables de rendir cuentas, y no a la responsabilidad civil nacida del delito, que deberá ser precisada en la jurisdicción penal de acuerdo con las normas del Código Penal sobre el particular. Ello sin perjuicio de que ambas jurisdicciones adopten las medidas necesarias para evitar una doble exacción cuando el pronunciamiento de ambas jurisdicciones se refiera a los mismos hechos.

Pues no existe necesariamente coincidencia entre una y otra responsabilidad. De un lado, porque el Tribunal de Cuentas solamente examina la responsabilidad contable exigible a los responsables de rendir cuentas respecto del manejo de caudales o efectos públicos (artículo 49.1 de la Ley 7/1988), mientras que la responsabilidad civil dimanante de un delito puede afectar a otras personas que hayan participado en el mismo y a las que no correspondieran aquellas obligaciones, e incluso puede alcanzar a partícipes a título lucrativo, (artículo 122 CP) resultando absurda la supresión de su responsabilidad civil por el daño derivado del delito solo por el hecho de haberlo cometido junto con alguna persona sometida a la jurisdicción contable. Y de otro lado, porque cada responsabilidad se resuelve con arreglo a sus normas específicas, de manera que, como ocurre en el caso, la prescripción en el ámbito contable puede excluir reclamaciones de indemnización que serían, sin embargo, procedentes, en el ámbito penal. O, podrían contemplar en sede penal vínculos de solidaridad entre los condenados (artículo 116.2 CP) que no se establecen en el marco de la responsabilidad contable.

Esta es, de otro lado, la doctrina establecida por esta Sala, recogida en extenso en la STS nº 257/2003 citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, así como en otras posteriores igualmente mencionadas.

Por todo ello, el motivo se estima, y se dictará sentencia acordando la condena de los acusados a la indemnización civil solicitada en la instancia por la acusación pública.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal de los acusados **ENRIC ROIG SOLES y ANTONI HERCE HERCE**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, con fecha 10 de Marzo de 2.011, en causa seguida contra los mismos y otro más, por delito de prevaricación y malversación de caudales públicos. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, con fecha 10 de Marzo de 2.011, en causa seguida contra Enric Roig Soles y otros dos más, por delito de prevaricación y malversación de caudales públicos. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

Perfecto Andrés Ibáñez

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luciano Varela Castro

1803/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Vista: 09/05/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N^o: 429/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil doce.

El Juzgado de Instrucción número 22 de los de Barcelona incoó las diligencias Previas nº 2340/2007, por delito de prevaricación y malversación de caudales públicos, contra Albert Vilalta González, Enric Roig Soles y Antonio

Herce Herce; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª, rollo nº 88/2008), que con fecha diez de Marzo de dos mil once, dictó Sentencia condenando a Antonio Herce Herce: 1. Como autor de un delito continuado de prevaricación anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y 2. Como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión por tiempo de seis años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años.- Todo ello condenándole asimismo al pago de un tercio de las costas procesales causadas.- Condenando igualmente a Enric Roig Soles como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión por tiempo de seis años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años y pago de un sexto de las costas procesales causadas.- Absolviendo a Enric Roig Soles y Albert Vilalta González de la acusación de prevaricación continuada formulada contra ellos; así como a Albert Vilalta de la de malversación de caudales públicos de la que venía siendo acusado.- Todo ello declarando de oficio la mitad de las costas procesales causadas y desestimando por falta de competencia objetiva y con reserva de acciones civiles- las reclamaciones indemnizatorias interesadas contra Miguel Llevat Vallespinosa, Tomás Figueras Riera, Lorenzo Ledesma Poza, Enric Dominguez Saura, Josep Oliva Caballol, Eduardo Blasco González, Josep Lluís Portabales Iglesias, Víctor Canosa Novella, Josep Lluís Suárez Sancho, José Verdaguer Codina, José Luis Arques Patón, Albert Tortajada Flores y Ramón Andreu Ribera March.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal de dos de los acusados y por el Ministerio Fiscal y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación no procede aplicar a los hechos el artículo 432.2 del Código Penal.

Procede la condena del acusado Enric Roig Soles como autor de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación, al no apreciar la prescripción del primero de ellos.

Procede igualmente la condena de ambos acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a FGC en la cantidad de 2.718.035,08 euros (equivalentes a 452.242.984 pesetas) con los intereses legales.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados **ENRIC ROIG SOLES y ANTONI HERCE HERCE** como autores de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación a las penas de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el delito de prevaricación y a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y un día por el delito de malversación.

Las penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Condenamos igualmente a ambos acusados Enric Roig Soles y Antoni Herce Herce a indemnizar conjunta y solidariamente a FGC en la cantidad de

2.718.035,08 euros, adoptando la Audiencia en ejecución de sentencia las medidas necesarias para evitar una doble exacción de la misma cantidad por los mismos hechos, dada la resolución de la jurisdicción contable.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

Perfecto Andrés Ibáñez

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luciano Varela Castro

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.