



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2795

Madrid, miércoles 17 de febrero de 2010

## TS PENAL

2009/233842

TS Sala 2ª, Sentencia 16 octubre 2009. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

### Complicidad en delito de prevaricación

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, el TS acoge los formulados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en proceso seguido por delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, falsedad, y contra la Hacienda Pública. La Sala dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, condena al acusado absuelto como cómplice del delito de prevaricación, por cuanto su conducta no integra una cooperación necesaria a la prevaricación, sino una cooperación no necesaria -complicidad-, ya que el principal acusado también actuó tomando como referente algunos informes de los técnicos municipales.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Recurso del Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- En el motivo primero, al amparo del art. 849-1 L.E.Cr., estima indebidamente inaplicado el delito de prevaricación del art. 358 y 14 del C. Penal de 1973 (404 y 28.3 C.P. 1995) atribuido en concepto de cooperadores necesarios a José Ignacio y a Juan Antonio.

1. Al extractar la protesta nos recuerda que ante la acusación del Ministerio Fiscal contra José Ignacio y contra Juan Antonio como cooperadores necesarios del delito de prevaricación por el que se condena al Cargo000 del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, Luis María, la sentencia impugnada en el Fundamento de Derecho 2º, folio 182 in fine, les absuelve al considerar que "el asesoramiento prestado por D. José Ignacio era superfluo a los efectos de la legalidad del procedimiento administrativo", considerando que la actividad del mismo ante el Cargo000 integra el delito de tráfico de in-

fluencias del art. 404 bis b) CP. del 73 (art. 425 CP. del 95) sobre el que tiene que absolver al estar prescrito, según detalla el Fundamento de Derecho 3º, folios 182 a 185.

La Fiscalía discrepa de las absoluciones por entender que en los Hechos 6º, 7º, 10º, 14º y 22º de la sentencia recurrida se establecen los elementos fácticos esenciales para considerar el asesoramiento del acusado José Ignacio y, por ende, la también participación de su socio Juan Antonio, como necesarios en las omisiones del Cargo000 por las que fue condenado como autor de un delito de prevaricación. En consecuencia, se estima que la sentencia infringe los arts. 358 y 14 CP del 73 (art. 404 y 28.3 CP del 95) por inaplicación indebida.

En cuanto a Juan Antonio, la sentencia también le absuelve en el Fundamento de Derecho 2º. Sin embargo, en base al factum se considera igualmente cooperador necesario del citado delito dado su pacto con José Ignacio y, en consecuencia, se estima que la sentencia infringe los arts. 358 y 14 CP. del 73 (art. 404 y

28.3 CP. del 95) por inaplicación indebida.

Descritos los hechos probados de referencia el Tribunal sostiene que de ellos se deduce una actuación de José Ignacio que lejos de ser superflua, como erróneamente afirma la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 2º (folio 182), fue decisiva para la adjudicación del concurso a Funespaña S.L. bajo la condición de que fuera condonada la deuda salarial que tenía la EMSFM con el Excmo. Ayuntamiento de Madrid cuantificada en 30 de septiembre de 1992 en 2.274.747,64 ptas. por gastos y suplidos del personal funcionario que prestó servicios a la empresa municipal.

2. El planteamiento del Fiscal puede apuntar a un delito de tráfico de influencias dado por prescrito en la recurrida, a cuya decisión se aquieta, pero en modo alguno de cooperación necesaria a la prevaricación, sin perjuicio de reconocer una determinada influencia en la decisión de compensar o condonar la deuda, fruto de la iniciativa de Luis María.

En primer término porque precisa la conducta delictiva al resolver los motivos del recurso interpuesto por el Sr. Luis María, ya se dijo que las omisiones no constituían en este caso resoluciones administrativas arbitrarias al objeto de integrar el delito de prevaricación, sino que formaban parte de una conducta compleja, preparatoria y cointegrada con la verdadera decisión arbitraria que fue la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid de la propuesta del Teniente Alcalde Sr. Luis María en la que se compensa (término encubridor de una verdadera condonación) la cantidad que la empresa funeraria municipal adeudaba al Ayuntamiento por haber sido beneficiaria de servicios prestados por funcionarios de la Corporación.

La participación del acusado José Ignacio limitada a las omisiones del Cargo000 por el que fue condenado como autor de un delito de prevaricación no tendrían visos de prosperabilidad. La intervención de Juan Antonio, todavía más etérea y evanescente, la va a derivar el Fiscal de pactos con José Ignacio, tendentes a la obtención del convenio para la

## SUMARIO

### TS PENAL

Complicidad en delito de prevaricación 1

### SOCIAL

Válido congreso de sindicato por inexistencia de vulneración de derecho fundamental 14

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

compra del 49 % de las acciones de la empresa municipal de servicios funerarios madrileña.

En definitiva, sobre lo que no es en sí mismo prevaricación (omisión) en el proceso de privatización al faltar la resolución administrativa, pues la inactividad en tal supuesto no era equiparable ni producía los mismos efectos que la comisión del delito por acción (art. 11 C.P.), no es susceptible de integrar el delito de prevaricación. Distinta es la influencia o constreñimiento para resolver sobre la condonación de la deuda de la empresa funeraria con el Ayuntamiento, que se incluía en la propuesta de Luis María hecha al Pleno.

3. Pero independientemente de ello, para la adecuada resolución del motivo debemos tener presentes otros pasajes del factum que enriquecen y completan el decurso del episodio criminal, los cuales serían indicativos de la indudable influencia y virtualidad de los informes que pudiera haber emitido o los contactos habidos entre el acusado Sr. José Ignacio con el Teniente de Alcalde condenado, ya que antes de todo eso el Ayuntamiento había acordado privatizar la empresa.

Además de los contactos, ofertas e informes aportados al expediente, en el hecho probado 17 de la sentencia se expresa quién informó las ofertas recibidas en el Ayuntamiento para la adjudicación, que fueron, entre otros, el Jefe del Área de Sanidad, el Secretario General del Ayuntamiento, el Jefe del Patrimonio (10-diciembre-1992) y el Interventor General (14-diciembre-1992) según resulta de la sentencia (pag. 88. 89 y 90). La propia sentencia afirma que la propuesta de adjudicación la hicieron las Comisiones informativas de Régimen Interior, Personal y Sanidad el 5 de diciembre de 1992. Finalmente se adjudican las acciones a Funespaña por ser la mejor de las diversas ofertas formuladas, lo que sucede el 22 de diciembre de 1992. Estos datos relegan a lugar secundario los contactos e informes del acusado José Ignacio cerca del primer Teniente de Alcalde.

La opción de los informes funcionariales por la oferta que hizo el acusado Juan Antonio, asesorado por José Ignacio, fue unánime y todos los trámites y demás actuaciones administrativas fueron declaradas regulares y conformes a ley por la sentencia del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de su Sala III de 20 de mayo de 2006.

4. Adjudicado el concurso regularmente a Funespaña, no se ha acreditado contacto alguno que no sean los comportamientos integrantes del delito de tráfico de influencias por el que el acusado propuso al Teniente de Alcalde Sr. Luis María la condonación de la deuda de la Empresa Municipal con el Ayuntamiento, pretensión que por cierto solicitaban todos los optantes. A falta de otras pruebas el concejal sólo pretendía cerrar el proceso de privatización que no admitía demoras y se imponía por la angustiosa situación económica que atravesaba la empresa, prácticamente en quiebra técnica, lo que hizo que todos los grupos municipales decidieran poner remedio a la

situación en acuerdo de julio de 1992, ya citado.

Por otro lado, si atendemos a los requisitos precisos para la cooperación necesaria en el delito, esta Sala en una inveterada jurisprudencia ha hecho hincapié en los dos elementos esenciales de esta modalidad participativa:

a) Elemento subjetivo, integrado por un previo acuerdo o concierto, en el que se planifica la acción, lo que no significa que deba adoptar una forma determinada o que sea concurrente a la acción o se incorpore adhesivamente a ella, pero implicando siempre una tácita aquiescencia a la realización del hecho delictivo.

b) Un elemento objetivo, que supone una acción efectiva y real de contribución al delito, con actos de ejecución eficaces y trascendentes, no meramente periféricos, siendo la nota la imprescindibilidad, de tal suerte que sin esta actividad difícilmente se hubiera cometido el delito, o en otros términos, si suprimido mentalmente el aporte causal (acto cooperador) el resultado no se hubiera producido.

Pues bien, ninguna de estas circunstancias aflora en el hecho con el carácter de determinantes y decisivas, en relación a la aprobación de acuerdo municipal sobre la propuesta de condonación de 26 de febrero de 1993.

5. Dicho lo anterior es necesario destacar que el Fiscal ha hecho hincapié en algunos aspectos del factum, de los que puede claramente desprenderse que la actividad de José Ignacio, si no decisiva o determinante, sí fue relevantemente influyente, hasta el punto de poderse integrar dentro de la modalidad de cooperación al delito no necesaria (complicidad). En la sentencia es significativo el hecho probado 6º, por un lado y los 7, 10, 14 y 22 por otro. Los fragmentos que merecen destacarse del motivo articulado son los siguientes:

a) Hecho probado 6º, folios 67 y 68 (motivación fol. 112). El primer Teniente de Alcalde, Sr. Luis María, para culminar la privatización de la EMSFM "... inició una ronda de entrevistas con personas y entidades que habían mostrado interés en participar,... en las que estuvo presente José Ignacio, quien a partir de ese momento y sin que conste la existencia de contrato para ello, se convirtió

en el asesor directo del primer Teniente de Alcalde en el proceso para la integración de capital privado en la EMSFM...". "Esta posición permitió a D. José Ignacio conocer los posibles licitadores, sus expectativas y sus condiciones para participar".

"Entre los posibles licitadores interviene Juan Antonio... con el cual entró en contacto José Ignacio, iniciándose entre ellos una intensa colaboración dirigida a que Funespaña S.L. bajo su dirección, formulara una oferta que contuviera los elementos necesarios mínimos para satisfacer las exigencias de los órganos municipales a los que el propio José Ignacio estaba asesorando, asegurando con ello la adjudicación del concurso, a cambio de su participación posterior en la sociedad adjudicataria en el control de EMSFM".

b) En los demás hechos probados mencionados antes aparecen datos destacados en dirección a la colaboración e influencia en la decisión final del proceso privatizador. Entre ellos:

1) Hecho probado 7º, folio 77 y 75 (motivación fol. 120). El Sr. Luis María "mantuvo reuniones con el Jefe de Departamento de sanidad y otros funcionarios, en los que también estuvo presente D. José Ignacio, para buscar la fórmula más adecuada que permitiera la integración de capital privado en la EMSFM..."

2) Hecho probado 10º, folios 74 y 75 (motivación fol. 120) "Durante la exposición del anuncio del concurso continuaron las entrevistas entre el Sr. Luis María y D. José Ignacio...".

3) Hecho probado 14º, fol. 86 (motivación fol. 125 y 129) "José Ignacio... transmitió su particular y sesgada opinión sobre la situación económica de la empresa funeraria y sobre las ofertas... trasladando al Sr. Luis María y al Sr. Simón el convencimiento de que si no se procedía a la adjudicación del concurso la empresa mixta habría de proceder a la disolución".

4) Hecho probado 22º, fol. 94 (motivación fol. 132). "El 3 de febrero de 1993 el Presidente de EMSFM suscribió (una vez asesorado sobre su contenido por D. José Ignacio) con Juan Antonio contrato de gestión...".

6. Las referencias factuales descritas y otras complementarias, que las desarrollan en la motivación de hechos y en la fundamentación jurídica

ca, nos indican que el asesoramiento prestado por el acusado José Ignacio no "era superfluo" en orden a la toma de decisión de adjudicar el concurso a Funespaña. Lo sería a efectos de legalidad, en tanto el primer Teniente de Alcalde tomó en consideración los informes de los técnicos municipales, pero frente a la alternativa de declarar desierto el concurso, de exigir a los concurrentes la asunción de obligaciones complementarias y de la elección de adjudicatario, sí tuviera relevancia las intensas gestiones, instigaciones y sugerencias hechas cerca del Sr. Luis María para que actuara en la línea pretendida por el acusado Sr. José Ignacio, quien ocultaba a la Corporación el interés que ostentaba tras la sociedad de Funespaña, uno de los aspirantes a la adjudicación y ello bajo la condición de que fuera condonada la deuda salarial que tenía la empresa municipal con el Ayuntamiento de Madrid, cuantificada en 30 de septiembre de 1992 en 2.274.747.643 pesetas..., como así se acordó en el Acuerdo del Pleno Municipal de 26 de febrero de 1993 (hecho probado 23, fol. 96). El 49% en que resultó beneficiada Funespaña alcanzaría la cifra de 1.236.270.000 ptas., según hechos probados.

7. La sentencia, en su fundamento jurídico 2º, no excluye la posibilidad de responder por complicidad en el delito de prevaricación al acusado Sr. José Ignacio, en tanto admite, en consonancia con la jurisprudencia y el Código Penal (art. 65-3), la participación de "extraneus" en las modalidades de "inducción", "cooperación necesaria" y "complicidad", ésta última, según explicaba la sentencia, caracterizada por "la participación en el hecho delictivo de modo accidental y no condicionante en cuyo caso se exige el previo conocimiento del delito que se va a cometer y la voluntaria prestación de ese auxilio secundario..." (ver pag. 182).

Pero el fundamento jurídico siguiente (3º), cuando trata del delito de tráfico de influencias desarrolla argumentaciones precisas en las que concluye de forma rotunda acerca de la existencia de tal delito, cometido por el Sr. José Ignacio, en el que la no exigibilidad de responsabilidad criminal venía de la mano de la prescripción que estimaba producida.

Mas, lo que aquí interesa es que la acción desplegada por el acusado José Ignacio constituía una clara "sugestión, invitación o instigación

a la persona del Sr. Luis María, artífice de la privatización, a que resolviera en un determinado sentido, desde luego en favor de Funespaña en la que poseía claros intereses. Así la pag. 183 de la sentencia nos dice que la acción típica de "influir" en un funcionario público o autoridad en el caso de autos "lo constituye el hecho del asesoramiento permanente al Sr. Luis María, al que convenció además de la necesidad de adjudicar el concurso, alegando que la entidad en otro caso debería de declarar la quiebra", comportamiento que supone, sin ningún género de dudas, un aporte causal relevante en la toma de decisión a la hora de adjudicar el concurso y de condonar la deuda de la empresa con el Ayuntamiento, que a instancias del Sr. Luis María acordó el Pleno de 26 de febrero de 1993.

8. En el particular indicado procedería la estimación parcial del motivo del Fiscal, en el sentido de que la conducta del acusado Sr. José Ignacio no integra una cooperación necesaria a la prevaricación, sino una cooperación no necesaria (complicidad), ya que el Sr. Luis María también actuó tomando como referente algunos informes de los técnicos municipales. No cabe, a este nivel dialéctico, considerar autónomamente el delito de tráfico de influencias, a la vista de que el Fiscal reputaba ínsitas y consumidas en el de prevaricación las actividades desplegadas de presión o sugestión influenciadora en favor de sus intereses. El principio de congruencia con las pretensiones del recurso hacen decaer la posibilidad de sancionar por el primer delito (tráfico de influencias que se dice prescrito), pero al responder por el delito de prevaricación, dada la simbiosis existente entre ambos, hasta el punto de reputarlo el Fiscal consumido en el mismo, no sería posible plantearse tal opción, aunque sí en el planteamiento correspondiente de la acusación popular del Partido Socialista, por lo que deberán en aquel momento examinarse los efectos de la estimación parcial del presente motivo.

9. Por último y respecto a la responsabilidad de Juan Antonio, el Fiscal la justifica por la relación existente con José Ignacio, pero ni en los hechos probados ni en la comisión del delito de tráfico de influencias se atribuye a este acusado ningún concierto o aporte causal al delito de prevaricación. La simple relación con el Sr. José Ignacio y el acuerdo económico que pudiera mediar entre ellos, tampoco constituye base fáctica para sustentar una condena por el delito de tráfico de influencias que la Audiencia estima cometido, pues ninguna intervención se refleja en el factum de Juan Antonio que pueda responsabilizarle de la imputación que se hace.

En este punto el rechazo de esta pretensión confirma la estimación parcial del motivo.

NOVENO.- El segundo motivo lo articula por corriente infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.) ante la inaplicación del art. 394.4 C.P. de 1973 (equivalente al 432.1 y 2 del actual) que regulan el delito de malversación de caudales públicos atribuible a Luis María, José Ignacio y Juan Antonio.

1. La sentencia no aprecia -en opinión del Fiscal- la concurrencia de un delito de malversación de caudales públicos, si bien la razón fundamental obedece a que por mayor o menor precio la venta se realizó en concurso público a través del procedimiento establecido para ello. No hubo pues una apropiación del caudal público recibido (el 49 % del capital de la E.M.S.F.M.S.A.) ni hubo apropiación de la cantidad obtenida en la venta (100 pesetas) pues se ingresaron en el Tesoro.

En el desarrollo del motivo el M<sup>o</sup> Público mantiene que al realizarse la venta por 100 pesetas de las acciones correspondientes al 49% de la EMSFMSA, cuando su valor era de 1.236.270.000 pesetas, hubo una apropiación de dichas acciones sin la contraprestación necesaria en el patrimonio municipal, lo que determinó la sustracción de las mismas sin que la prestación de 100 pesetas pueda entenderse como tal. Sin embargo, los hechos declarados probados contienen -según el Fiscal- la descripción de una malversación de caudales públicos que, en este caso, serían de las acciones de la EMSFMSA que constituían el 49% de su capital. Dicho 49% se habría vendido por 100 pesetas cuando su valor sería superior a 1.000.000.000 pesetas.

En este caso, contrariamente a lo que ocurre en otros delitos de estructura más básica, los hechos constitutivos de la malversación tendrían una configuración compleja y progresiva que, no obstante, ha quedado acreditada en la sentencia. Así, los actos encadenados y sucesivos que propiciaron la ejecución de la malversación de las acciones que representaban el 49% del capital de la Empresa Mixta serían los siguientes:

- a) El incumplimiento de la condición previa exigida por el interventor y, por tanto, la no donación de 2.274.747.645 pesetas.
- b) El acuerdo de 22 de diciembre de 1992, por el que se adjudicó el concurso a la oferta de Funespaña S.L. pese a que el precio de la misma era de 100 pesetas.
- c) La carta de pago del 49% (100 pesetas) de 12 de febrero de 1993.
- d) El contrato de adjudicación de 17 de febrero de 1993, y finalmente
- e) El acuerdo de condonación de 26 de febrero de 1993.

Todo ello supuso que, efectivamente, dicho 49% del capital de la

EMSFMSA saliera del patrimonio municipal por un valor de 100 pesetas.

2. La doctrina de esta Sala ha venido perfilando la figura delictiva imputada descomponiéndola en los siguientes requisitos o exigencias:

- a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el CP. bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública.
- b) Una facultad decisoria potencial o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

■

*"...si atendemos a los requisitos precisos para la cooperación necesaria en el delito, esta Sala en una inveterada jurisprudencia ha hecho hincapié en los dos elementos esenciales de esta modalidad participativa: a) Elemento subjetivo, integrado por un previo acuerdo o concierto, en el que se planifica la acción, (...). b) Un elemento objetivo, que supone una acción efectiva y real de contribución al delito..."*

■

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

d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción.

De todos ellos la combatida entiende que las cantidades presuntamente sustraídas no merecieron la calificación de caudales públicos, y no porque el patrimonio de una empresa pública no lo sea, sino porque no había llegado a adquirir tal condición una deuda que debió abonar el adjudicatario por las acciones adquiridas. La Audiencia se plantea la cuestión sobre el momento en que los caudales gozan de naturaleza pública. Invoca y aplica correctamente la doctrina de la Sala II, según la cual, no se precisa del efectivo ingreso en las arcas públicas del caudal para que procediera tal calificativo si ha llegado a manos o poder de disposición del funcionario que debe efectuar el ingreso. Lo que jamás puede ser calificado de caudal público, por inadecuación del concepto, son aquellas cantidades que el funcionario legitimado para recibir las todavía no las ha percibido y sobre las que la Administración podía tener un derecho expectante. Pero esa expectativa de efectiva posesión nunca puede recaer sobre los fondos de los particulares sobre los que no se ha llevado a cabo desplazamiento patrimonial alguno, aunque estén obligados a hacerlo.

3. Esta Sala entiende que la Audiencia ha aplicado correctamente el derecho. En primer lugar porque el elemento esencial caracterizador del tipo, esto es, la acción o conducta que podía alumbrar el delito consistente en sustraer o consentir que otro sustraiga, implica apoderamiento o apropiación sin ánimo de reintegro. En nuestro caso no es posible identificar una adjudicación en concurso público de unas acciones con una apropiación de las mismas.

Los recurridos sobre esta cuestión han puesto de relieve la modificación o matización de la acusación sobre ellos formulada, que en principio se contraía a los caudales o dineros públicos y ahora el Fiscal ciñe el acto apropiativo a las acciones. Sea lo que fuere lo cierto es que la oferta de Funespaña excluía cualquier aportación de capital del Ayuntamiento de Madrid, según los acuerdos mínimos del Pleno de 28 de julio de 1992 y las acciones vendidas revertirían al Ayuntamiento al extinguirse la duración de la empresa en el año 2016. La sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2006 consideró correcto legalmente el proceso privatizador y de adjudicación de las acciones a Funespaña.

Distinta cuestión es que en el proceso de ejecución de la adjudicación se proponga una compensación, sometida a una condición no cumplida, aprobada por el Ayuntamiento "a posteriori" a la adquisición de las acciones, conforme a la cual el concursante ganador debería abonar una cantidad importante de dinero al Ayuntamiento por los débitos generados por el personal de la Corporación que prestó servicios en la em-

presa funeraria cuando era de capital municipal íntegramente. Poco tiempo después de la adjudicación en previsión de que las acciones, cuyo valor era ficticio o nominal, tuvieran posteriormente reflejo económico real -y pretendiera repartirse un valor, no ingresado, como beneficios-, el interventor general propuso y así se acordó por la "sociedad mixta", la prohibición de enajenarlas y la constitución de una reserva indisponible.

En definitiva una cosa es "sustraer", es decir, realizar materialmente un acto de disposición del dinero o efectos públicos que el sujeto activo (funcionario público) tenga a su cargo por razón de sus funciones y otra comprar unas acciones y ser adjudicatario por un precio, que dado la no realización de compensación alguna y de la improcedencia de la condonación declarada así por el Tribunal de Cuentas, después de considerar negativo el patrimonio de la sociedad (se pagan 100 ptas. por las acciones conforme a la oferta realizada), se declara e impone por dicho Tribunal la obligación de satisfacer el importe, lo que se hizo en los años 1999 a 2005.

Pero obsérvese que el informe vinculante del Tribunal de Cuentas de 28 de enero de 1998, referido a los ejercicios de 1992 y 1993, que tuvo ocasión de analizar el proceso de privatización en los aspectos que le competían, no determina la existencia de perjuicio económico para las arcas municipales ni responsabilidades por alcance, esto es, no condena a la responsabilidad contable de restituir lo sustraído, sino a pagar lo adeudado, que nunca tuvo entrada en el haber municipal y desde luego, aunque ello supusiera un potencial activo para la empresa mixta, hasta que no se hace efectivo no tiene la naturaleza de caudal público. No existe en suma malversación por lucro cesante.

4. Conforme a todo lo dicho, partiendo de los términos reflejados en el relato histórico sentencial, no aparecen los elementos constitutivos de un delito de malversación de caudales atribuida al Sr. Luis María, y como cooperadores necesarios el Sr. José Ignacio y Juan Antonio, en tanto adjudicatarios del 49% de las acciones de la EMSFM.

Los acusados no realizan materialmente ninguna sustracción de caudales públicos, sino que fueron beneficiarios de una adjudicación realizada con plena legalidad en un concurso público, y en modo alguno la adquisición de las acciones comportaría la entrega de una importante cantidad de dinero.

Los adjudicatarios condenados por el Tribunal de Cuentas al cumplimiento de una obligación de entregar dinero, atendieron el requerimiento y la entrega fue hecha efectiva en sucesivos años hasta 2005, y en la medida que Funespaña ingresaba o sa-

tisfacía la tal deuda, se convertían en caudales públicos las cantidades aportadas, pero no antes.

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO.- Con igual sustento procesal que los dos motivos anteriores (art. 849-1 L.E.Cr.) en el tercero de los que formaliza estima inaplicado el delito de falsedad en documento oficial del art. 390.1.1, 2 y 3 y 28-1 del C. Penal de 1995, atribuido al notario D. Juan Ignacio en concepto de autor directo y a José Ignacio en concepto de inductor (art. 28-b) C.P. del 95).

1. El Fiscal al desarrollar la queja nos dice que en virtud del factum, hecho probado 25º, fol. 99 a 101, motivación al fol. 142 a 149 y hecho probado 26º, folio 101, motivación al folio 149 a 152, ha quedado acreditado que el notario Ignacio a propuesta de José Ignacio alteró, en el modelo oficial del impreso normalizado Modelo MCI, creado al efecto por la Subdirección General de Transacciones Exteriores, la fecha de la inversión extranjera sustituyendo la de 8 de febrero del 93 por la de 15 febrero del 98 y el nombre del fedatario público interviniente, D. Pedro Galligo Pérez (véase motivación del HP 260 al folio 151), por el propio.

El Fiscal argumenta que la sentencia recurrida, tras una referencia jurisprudencial a la impunidad de la falsedad inocua, absuelve de este delito en el fundamento de derecho 7º -folios 197 a 200- al entender que el impreso oficial alterado tan sólo tenía fines estadísticos y que en el mismo no se modificó lo esencial, es decir, la existencia de la transacción exterior, su cantidad y los sujetos que la llevaron a cabo. También alega que carecía de sanción administrativa el incumplimiento de la obligación de declarar (fo1. 200).

La Fiscalía discrepa de esta tesis al estimar esencial en el documento oficial tanto la fecha como el nombre del fedatario público interviniente. Por otra parte, no es cierto que la normativa administrativa aplicable no imponga sanción por el incumplimiento de la obligación de declarar en el momento en que se realiza la transacción exterior, dado que dicho ocultamiento está sancionado por la Ley 40/1979 de Régimen Jurídico de Control de Cambios. Así, según la Disposición adicional cuarta del RD 671/1992, de 2 de julio, sobre Inversiones extranjeras en España "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Real Decreto será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en la Ley 40/1979 de Régimen Jurídico de Control de Cambios".

2. El planteamiento del motivo parte de una aparente confusión o distorsionada valoración consecuencia de equiparar lo que fue la operación inversora llevada a cabo el 8 de febrero de 1993 de su simple comu-

nicación a los fines estadísticos realizada cinco años después, cuando el acusado Sr. José Ignacio necesitó cubrir dicho trámite para permitir la cotización en bolsa de las acciones adquiridas.

Referida la falsedad a esta última intervención surgen infinidad de cuestiones que desvirtúan el motivo planteado. En primer término es harto dudoso que el impreso normalizado Modelo MCI. posea carácter de documento oficial conforme a la regulación de la Ley Notarial de 28 de mayo de 1882. Pero aunque se le atribuyera tal carácter, seguiría en pie la duda acerca del valor determinante de la alteración denunciada, dada la doctrina de esta Sala que excluye de la calificación delictiva a los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la formalidad del documento. La esencialidad del documento fue la operación transaccional y la transferencia al Banco de España. La cumplimentación del impreso normalizado, Modelo MCI, que debía hacerse sin enmiendas ni tachaduras, se había implantado, según testificaron los cualificados funcionarios que acudieron a juicio, con fines informativos o estadísticos, y todos ellos fueron contestes en afirmar que la posposición de las declaraciones de las transacciones ocurría en muchas ocasiones y que el impreso carecía de casilla para hacer aclaraciones o adicionar datos.

3. Pero todavía más. Para el caso de que reputáramos la comunicación documento oficial, y la no complementación del impreso, añadiendo el notario que lo autorizó y la fecha en que lo hizo, tampoco existiría delito por varias razones.

El Fiscal imputa el cambio del nombre del notario y la fecha de la transacción, cuando ello no es así. En el impreso normalizado exige se haga constar el notario de la comunicación y la fecha en que se comunica y no existe casillero para añadir los otros datos que el Fiscal dice se sustituyeron. De las pruebas habidas, fundamentalmente de la testifical, quedó sobradamente probado y así lo entiende la Audiencia (no es posible ahora sustituir la personal apreciación probatoria por la del Tribunal de casación), que el acusado comprobó previamente la existencia de la operación y de la transferencia al Banco de España. Así pues, aunque no exista espacio alguno en el formulario para hacer más indicaciones, éstas se comprobaron y eran existentes y ciertas. También se aseguraron de que podía efectuarse tal comunicación 5 años después. En suma no existe, si nos atenemos a los hechos probados (ap.26), ninguna alteración, ni simulación se ha efectuado, ni se ha supuesto en un acto la intervención de personas que no la haya tenido, ni se falta a la verdad en la narración de los hechos. Por otro lado, la discrepancia acerca de la sancionabilidad administrativa de la omisión de declarar, resulta irrele-

vante, ya que en todo caso la imposición de la sanción no recaería sobre los acusados, sino sobre el vendedor de las acciones Sr. Juan Antonio o del notario que intervino en la transacción el 8 de febrero de 1993, D. Pedro Galligo Pérez.

En conclusión, no desprendiéndose del factum la comisión de delito alguno de falsedad, el motivo debe decaer por faltar la base fáctica en que el Fiscal apoya el reproche casacional (alteración del documento), cuando en realidad nada de lo que consta en él está alterado, ni la firma ni la fecha ni la hora ni la diligencia de registro de tal inversión. La comunicación posterior hecha por otro notario, era usual, según declararon los cualificados testigos de la Subdirección General de Transacciones Exteriores y tampoco era procedente adicionar casillas en un impreso que no debía ser enmendado al objeto de hacer aclaraciones o adiciones.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO PRIMERO.- El cuarto de los motivos lo residencia en el art. 849-2 L.E.Cr., por infracción de ley en su modalidad de "error facti", denunciando la equivocación del Tribunal de instancia derivada de los documentos que invoca.

En su formulación el Fiscal añade que esta queja esta interrelacionada con la quinta, de modo que si se admite el error de hecho en la valoración de la prueba en orden a la falsificación de documentos mercantiles que se postula, conforme al art. 849-2 L.E.Cr., deberá también estimarse la infracción de ley del art. 849-1 por inaplicación indebida de los delitos de falsificación continuada en documento mercantil de los arts. 303 y 69 bis CP. 73 (art. 392 y 74 CP. 95) en concurso medial con cuatro delitos contra la Hacienda Pública de los arts. 349.1 CP. 73 y 305 CP. 95).

1. Como documentos susceptibles por sí mismos de alterar el factum cita las facturas presentadas por las sociedades Itcon B.V., Agysin Holding, La Previsora Almeriense S.A., Infavi S.A., Astaldo S.L. e Iaf S.L., a las que se refieren los hechos probados (27-fol. 101-; 28-fol. 102- y 29-fol. 102 a 104-) postulándose una nueva redacción de los mismos que recoja estas falsificaciones y su relevancia para la determinación de una cuota defraudada superior al límite legal del delito fiscal referente a los ejercicios 94 a 97 del impuesto de sociedades de la empresa Funespaña S.L., indicando que de los gastos reflejados los no deducibles correspondientes al canon de gestión de la EMSFMSA ya de por sí acreditan la defraudación tributaria de las declaraciones del impuesto de sociedades correspondientes a los ejercicios 94 a 97 de Funespaña S.L., pues aplicando a dichas cantidades el tipo impositivo legal de ese impuesto, el 33 %, ya se supera el límite legal de la cuota defraudada establecida en el tipo

penal (120.000 euros) al objeto de justificar la infracción de ley por inaplicación indebida de los delitos de falsificación continuada de documentos mercantiles y de cuatro delitos contra la Hacienda Pública.

2. El Fiscal propone que los hechos probados 28 y 29 de la sentencia queden redactados del siguiente modo:

“Así, en la declaración correspondiente al ejercicio de 1994, presentada el 04/04/1995, hicieron constar como supuestos gastos de gestión de Funespaña un total de 534.784.367 pesetas, sirviéndose a tal fin principalmente de ese mecanismo contractual ideado en relación con las mencionadas sociedades Astaldo e Iaf, aunque también añadieron ciertas cantidades facturadas, igualmente sin contraprestación real alguna, por La Previsora Almeriense, S.A. controlada por Juan Antonio y por Itcon, Agysin Holding e Invafi S.A. controladas por José Ignacio. Como consecuencia de la contabilización de esos gastos supuestos la cuota del impuesto se redujo en 187.293.225 pesetas (1.125.654,95 euros) que Funespaña dejó de ingresar a la Hacienda Pública. Mediante el mismo sistema, pero ya valiéndose tan sólo de Astaldo e Iaf, a las que se atribuyeron por mitad los supuestos -gastos de gestión-, Funespaña redujo la base imponible del impuesto de sociedades correspondiente:

- Al ejercicio de 1995, según declaración presentada el 09/07/1996, en 534.856.986 ptas. con lo que dejó de ingresar 137.166.059 ptas. (824.384,62 euros) en concepto de cuota.

- Al de 1996, en la cantidad de 510.230.069 ptas. por lo que en virtud de la declaración presentada el 10/07/1997, dejó de abonar a la Hacienda Pública 175.885.241 ptas. (1.057.091,59 euros).

- Al ejercicio de 1997 en 618.181.822 ptas. según la declaración presentada el 20/07/1998, lo que determinó una reducción de la cuota de 201.111.109 ptas. (1.208.702,11 euros) que igualmente dejó de pagar.

3. En esencia, de todo cuanto llevamos expuesto el Fiscal residencia el motivo en los siguientes fundamentales argumentos:

a) La sentencia reconoce (hecho probado 28, fo1. 101) que existen documentos que se elaboraron para ser presentados en el ejercicio fiscal de 1993, de manera que reconoce la comisión de un delito continuado de falsedad aunque lo declara prescrito, así como el que se pudo cometer con tales documentos contra la Hacienda Pública del ejercicio de 1993 (Fud. de derecho 4º, folio 185 a 189).

Pues bien, tal prescripción la asume el Fiscal en el recurso, pero añá-

de que en relación a las facturas presentadas en los ejercicios 1994 a 1997, debió estimarse la misma falsedad, cosa que la sentencia no hace. Ello proviene de la explícita manifestación sentencial (pag. 189 y 190) de que “existen dudas sobre la realidad íntegra de los conceptos facturados en los susodichos periodos (1994 a 1997) a nombre de Itcon B.V., Agysin Holding, La Previsora Almeriense, S.L., Invafi S.L., Astaldo S.L. e Iaf, S.L., que impiden, por un lado, determinar qué cuantía de ellas obedecía a prestación real de servicios y cuál al reparto de beneficios y, por ende, si las mismas eran íntegra o parcialmente falsas”.

Previamente a las páginas 158 y 159 de la sentencia ya había señalado “que no se ha practicado prueba suficiente que permita deslindar en las facturas... si fueron confeccionadas íntegramente o simplemente no reflejan la total verdad de la relación jurídica”.

El Fiscal en atención a tales afirmaciones de la Audiencia concluye que la “duda no la tiene el tribunal con relación a si las facturas son falsas o no, sino con relación a si son total o parcialmente falsas, lo que conlleva necesariamente la falsedad y, por tanto, debió recaer una condena, que no se ha producido. En particular, y en relación con Itcon BV., concluye el Fiscal que si el contrato de 1993 con Funespaña S.L. era simulado y las facturas emitidas en 1993 eran falsas, una cuarta factura, creada en el año 1994, debería adolecer de la misma falsedad y considerar delito continuado el referido a las facturas de esos dos años.

b) El segundo argumento en que apoya el motivo el Fiscal, tratando de evitar una presunta prescripción, venía a afirmar que si la factura de 1994 se presentó en relación al impuesto sobre sociedades del ejercicio de 1994, el día del inicio del plazo prescriptivo del delito continuado de falsedad sería el 25 de junio de 1995, que es el momento límite de declaración del “impuesto de sociedades”. Si la querrela que dio origen a la incoación de la presente causa se presenta el 16 de septiembre de 1999, todavía no habrían transcurrido 5 años para la prescripción.

c) Respecto a las demás facturas correspondientes a las restantes sociedades de 1994 a 1997 y si se quiere de 1998 (Iaf, S.L.: factura 16 de marzo de 1998) deben reputarse falsas, pues si la sentencia excluye como gastos deducibles los derivados de la gestión de la E.M.S.F.M., también a continuación dice que sólo la existencia de esa actividad relacionada con la actividad económica productiva de Funespaña es la que introduce dudas en el tribunal sobre la realidad de parte de los servicios facturados (pag. 158 sentencia).

De este modo -sigue insistiendo el Fiscal- la sentencia realiza una dife-

renciación entre cantidades que, suponiendo un reparto de beneficios, se presentaron como gastos aunque no lo fueron en realidad y, por consiguiente, no eran deducibles; y aquellas cantidades que sí fueron gastos reales por responder a la actividad propia de Funespaña S.A. y que, por tanto, no tenía que pagar.

4. Lo primero que se echa de ver en el presente motivo es que el recurrente extravasa y ensancha los límites impugnativos que el cauce casacional

■

*“La sentencia, (...) no excluye la posibilidad de responder por complicidad en el delito de prevaricación al acusado (...), en tanto admite, en consonancia con la jurisprudencia y el Código Penal (art. 65-3), la participación de "extraneus" en las modalidades de "inducción", "cooperación necesaria" y "complicidad", ésta última, según explicaba la sentencia, caracterizada por "la participación en el hecho delictivo de modo accidental y no condicionante en cuyo caso se exige el previo conocimiento del delito que se va a cometer y la voluntaria prestación de ese auxilio secundario..."*

■

elegido permite, intercalando cuestiones materiales o de fondo y desde luego llevando a cabo valoraciones probatorias proscritas a las partes y extrañas a la naturaleza del motivo. En cualquier caso trataremos de analizar las esenciales cuestiones planteadas.

La interpretación que hace el Fiscal acerca de la duda de si las facturas de 1994 hasta 1997, son total o parcialmente falsas, pero en todo caso falsas, no se corresponde con el

contexto y las consecuencias que la sentencia obtiene de tal afirmación, que admite un sentido más acorde con las consecuencias absolutorias de la misma. No puede afirmarse que la Sala de instancia no tenía duda acerca de la falsedad de las facturas, ya que la duda sólo se cernía si eran total o parcialmente falsas, por cuanto el tribunal añade que no se ha desplegado prueba suficiente para determinar si las facturas son o no auténticas en todo o en parte. El Tribunal razonó en otros pasajes, sentando aseveraciones y valoraciones que permiten afirmar que los trabajos reflejados en las referidas facturas son reales y han sido documentados en la causa. La sentencia afirma (pags. 154, 158, 162, 189 y 189) que, a diferencia de lo sucedido en 1993 Funespaña emprendió, a partir de 1994, una intensa actividad de crecimiento que necesitó del concurso de terceros profesionales.

Un paso más y surgen pruebas contradictorias que acreditarían otra cosa en contraposición con la tesis interpretativa del Fiscal. En este sentido el tribunal contó:

a) Con varias cajas de documentos que obran en pieza separada, los cuales reflejaban (independientemente de la credibilidad que puedan merecer al Tribunal) infinidad de servicios llevados a cabo por las sociedades emisoras de las facturas en interés de la propia Funespaña.

b) La mencionada documentación fue analizada por peritos y pudo examinarla el tribunal sentenciador. Entre los peritos figuran la perito adscrita a la Fiscalía Anticorrupción, Sra. Á., la perito judicial Sra. E. y los peritos Sres. A. y U..

c) Los testigos a los que la sentencia se refiere (pag. 160 in fine), tales como Pedro Juan A.M., Manuel T.I., Pablo G.R., Mª Teresa G.A. y María Isabel L.G.

d) También recuerda la sentencia (pag. 163) que en el acto del juicio declararían como testigos cinco funcionarios de la oficina tributaria, que realizaron comprobaciones de las declaraciones del impuesto de sociedades de las dos compañías que, en los ejercicios de 1994 a 1997, mayores servicios facturaron a Funespaña (Iaf S.L. y Astaldo S.L.), cuya intervención culminó con actos de comprobación y conforme, al estimar correctas las cuotas declaradas por ambas sociedades.

5. Existe una razón de fondo, que quizás no quepa dentro de un motivo de estas características, pero que hace inútil cualquier alteración factual al objeto de calificar de falsas las facturas discutidas, pues aun admitiendo que lo fueran, el delito de falsedad que se imputa habría prescrito por muy diversas razones.

La fundamental es la fijación del plazo de prescripción, al no haber



previsto el efecto de la retroactividad de la ley penal intermedia más favorable, establecido en el art. 2.2 C.Penal, circunstancia que operaría en el caso de las facturas de Itcon de 1994 y respecto a las demás, que responden a fechas de 1994, 1995, 1996, 1997 y una correspondiente a 1998, en continuidad delictiva, tomando como referente el momento de interrupción de la prescripción (art. 132 C.P.), sea cual fuere la interpretación que se de a la expresión “dirigir el procedimiento contra el culpable”. La retroactividad de la Ley penal intermedia ha sido admitida por esta Sala (cfr. SSTs. núm. 140 de 8 de febrero de 2002 y la núm. 692 de 4 de noviembre de 2008), en la última de las cuales se exponía exactamente un caso idéntico al actual, lo que hace aconsejable recordar lo sentado en aquel momento. Nos dice la sentencia 692/08, en su fundamento 15º, apartado 2:

“La sentencia de instancia y el Mº Fiscal consideran preciso comparar la legalidad de entonces y la vigente para determinar cuál sería el término prescriptivo más favorable tomando en consideración de forma íntegra la legislación que proceda, como impone la disposición transitoria 2ª del C. Penal de 1995, que nos dice:

“Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código”.

Así, conforme al art. 303 en relación al 302 del C. Penal de 1973 la pena señalada para el delito de falsedad documental mercantil cometida por un particular era de prisión menor y multa, permitiendo el art. 69 bis, por razón de la continuidad delictiva, imponer la pena hasta el grado medio de la superior en grado, es decir, podía alcanzar hasta los 10 años de prisión mayor. Pues bien, conforme al art. 113 entonces vigente los delitos cuya pena excede de 6 años, como es el caso, prescriben a los 10 años.

Conforme al nuevo Código, el art. 392 en relación al 390-2 castiga ese mismo delito de falsedad documental cometido por particulares con la pena de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. Por tratarse de la figura del delito continuado la pena (art. 74 C.P.) sería la prevista para la más grave de las infracciones aglutinadas, en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, es decir, más de tres años de prisión, que conforme al art. 131 en la actualidad vigente, posee un plazo de prescripción de cinco años. Nos dice dicho precepto “a los cinco cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco”. La previsión normativa del art. 74, rige desde la Ley Orgánica 15/2003.

Sin embargo, algo que no contempla la sentencia recaída ni el Mº Fiscal es que entre uno y otro bloque normativo existió una legalidad “intermedia” diferente y más favorable al reo. En efecto, desde el Código de 1995 (entrada en vigor el 25-mayo-96) el art. 74 C.P. preveía en casos de continuidad delictiva la pena del delito más grave en su mitad superior.

En la hipótesis concernida sería de 1 año y 9 meses a 3 años de prisión, hasta que fue reformado por la Ley Orgánica núm. 15 de 25 noviembre de 2003, que entró en vigor el 1 de octubre del año siguiente 2004. Consiguientemente, si el límite máximo de la continuidad delictiva en la falsedad documental a que nos referimos no tenía prevista una pena superior de 3 años, el art. 131 C.P. vigente también hasta el 30 de septiembre de 2004, establecía un término de prescripción de 3 años para los delitos menos graves.

Los delitos menos graves eran los que no se hallaban penados con pena superior a 3 años, según rezaba el

■

*“...la sentencia nos dice que la acción típica de “influir” en un funcionario público o autoridad en el caso de autos “lo constituye el hecho del asesoramiento permanente...”*

■

art. 13, en relación al 33.2 a) y 33.3 a., vigente a la sazón, régimen jurídico que se prolongó hasta el 1 de octubre de 2004.

Así pues, existió una ley intermedia, que establecía el término de prescripción a los 3 años”.

6. En base a tal doctrina el término prescriptivo sería de tres años, lo que determinaría la prescripción de la factura de Itcon, aunque se considerara en continuidad delictiva con otras de 1993. Lo que no resulta aceptable, en aras a la fijación del momento a partir del cual se tiene por cometido el delito, es reputar desplegada la conducta delictiva falsaría en el momento de presentar la factura a Hacienda, ya que la consumación del delito de falsedad se produce en el momento en que la factura fue confeccionada y se incorpora a la contabilidad de la empresa, estando desde entonces en disposición de surtir los efectos que le son propios en el mundo jurídico comercial en el que había ingresado. La falsedad se consuma con la misma simulación del documento al margen de

logro efectivo del propósito último perseguido, que pertenece a la fase de agotamiento del delito.

Pero es más, el Ministerio Público nunca ha ejercitado acciones penales por delito de falsedad contra los acusados por la pretendida inautenticidad de las facturas a que se refiere, hasta el momento de formular su acusación definitiva en el acto del juicio oral, lo que se produjo el 8 de noviembre de 2007, habiendo transcurrido con exceso, el plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 131.1 del Código Penal para estos supuestos, pues nunca antes el procedimiento se dirigió contra los presuntos culpables por un supuesto delito de falsedad en documento mercantil.

Esta Sala, valiéndose de la autorización que le procura el art. 899 de la L.E.Cr., comprueba que en el escrito de acusación provisional el Ministerio Público considera a los acusados autores de cuatro delitos contra la Hacienda Pública, sin imputarles delito de falsedad alguno (cfr. tomo XXVIII, folios 9997 y 9998), acusación que surge, insistimos, en el escrito de acusación definitiva de 8 de noviembre de 2007, más de diez años después de la fecha de la última de las facturas a que se refiere el recurrente para tacharlas de falaces, facturas, todas ellas, que se encontraban incorporadas a las actuaciones desde el mismo momento de su incoación y eran perfectamente conocidas por el Ministerio Público. Además no se acredita que en momento alguno prestaran los querrelados declaración en las diligencias de investigación por tal delito, ni fueran citados en su condición de imputados por el mismo.

7. Por último, tampoco las facturas que se citan como documento poseen la literosuficiencia exigida, en cuanto por sí mismas no son capaces de acreditar su autenticidad o inautenticidad si no se acude a otras pruebas o a efectuar valoraciones o apreciaciones valorativas sobre las mismas.

Tampoco es posible olvidar que las facturas fueron ya tenidas en cuenta por el Tribunal y objeto de valoración y no se trata de un motivo de esta naturaleza de debatir entre las posibles valoraciones de unos determinados medios probatorios, sino de constatar el error evidente e indiscutible del factum de la resolución de instancia frente a unos documentos que no admiten más que una única interpretación.

Por todo ello el motivo debe rechazarse.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el motivo quinto, último de los que plantea el Fiscal, se expresa así: “Tras el cambio de hechos probados admitiendo la falsificación de las facturas y su relevancia en orden a la determinación de la base imponible del impuesto de Sociedades de Funespa-

ña S.L. de los ejercicios 94 a 97, no computándose como gastos deducibles los invocados como canon de gestión de EMSFMSA en las facturas falsas giradas a Funespaña S.L. por las sociedades referidas, se acude al motivo de infracción de ley del art. 849.1 LECr. debido a la inaplicación indebida de cuatro delitos fiscales, ejercicios 1994 a 19097.

1. Al desarrollar el motivo rechaza la conclusión fáctica de la sentencia (hecho probado vigésimo noveno) que habida cuenta de la confusión creada entre los gastos reales y los ficticios “no han quedado deslindadas en juicio qué sumas de las cantidades totales deducidas para cada ejercicio pueda ser imputadas exclusivamente a reparto de beneficios, y, por ende, a cuánto ascendió la cuantía de la cuota defraudada” (pag. 104 de la sentencia).

El Fiscal estima que la falta de coherencia vendría determinada porque la sentencia acepta el ánimo defraudador, acepta la existencia de una serie de gastos como no deducibles (los correspondientes al canon de gestión) cuya cuantificación supera con creces el límite penal, pero no aprecia la existencia de los delitos contra la Hacienda Pública porque, dice, la Fiscalía no ha acreditado que gastos eran reales y cuáles eran ficticios (prueba diabólica). Se considera, pues, arbitraria esta conclusión sentencial una vez acreditados los dos primeros extremos por la Fiscalía (única acusación respecto de estos delitos dado que la Agencia Tributaria no se personó en momento alguno en la causa).

A continuación hace referencia a la regulación de la materia, citando la Ley General Tributaria a la sazón vigente (L. 230/1969 de 28 de diciembre) sustituida por la actual (L. 58/2003 de 17 de diciembre) y en el concreto ámbito del impuesto de sociedades la Ley 61/1978 de 27 de diciembre y Real-Decreto 2.631/1982 de 15 de octubre que establece su Reglamento. Como partidas deducibles el art. 13 de la Ley comprende los “gastos necesarios, siéndolo los precisos para la obtención de los rendimientos íntegros”. Hace notar que los acusados no acreditaron hallarse ante unos gastos necesarios para la obtención de ingresos, contabilizados, efectivos y justificados.

2. Los recurridos destacan como deficiencia del motivo la ausencia de cita del precepto sustantivo que se considera inaplicado o aplicado indebidamente. Es cierto, pero constituye cuestión baladí, ya que el Fiscal establece el “nomen iuris” de los delitos por los que los acusados debieron ser condenados: cuatro delitos contra la Hacienda Pública, lo que nos está indicando que los preceptos inaplicados fueron el art. 305 del vigente Código Penal (Ley más favorable al acusado) en relación al art. 349 del derogado Código de 1973.

Es justo destacar un dato que el propio Fiscal apuntó y es la ausencia del Abogado del Estado, si entendió la Administración Tributaria que se había cometido un delito de esta naturaleza. Sin embargo el dato es simplemente anecdótico. Quizás en el plano de las consideraciones formales lo decisivo aparece en el condicionamiento que el propio Fiscal establece en el enunciado del motivo, como también hizo al formular el precedente número 4º. Entonces dijo que la modificación fáctica del relato probatorio era un "prius" insoslayable para estimar el motivo 5º, que ahora formula, el cual se asienta en la hipótesis de que el motivo 4º se estimara.

Esta sola circunstancia daría al traste con la pretensión ejercitada.

3. No obstante en aras a agotar los aspectos impugnativos expuestos en la queja, podemos llevar a cabo a continuación diversas consideraciones.

En principio es cierto que la sentencia sostiene que "la desviación de lo percibido por Funespaña S.L. por su gestión de la EMSFMSA tuvo también como finalidad defraudar a la Hacienda Pública, pues, a sabiendas de que esas cantidades obedecían al reparto de beneficios, se declararon como gasto deducible" lo que produjo un perjuicio a Hacienda de 47.978.377 pesetas. Pues bien, tales afirmaciones se realizan respecto del ejercicio de 1993, penalmente prescrito y es, por ello, ajena al objeto del recurso.

Respecto de los ejercicios fiscales de 1994 a 1997, que son los afectados por el presente motivo, la resolución discutida por el Ministerio Fiscal sienta las siguientes afirmaciones:

a) Ciertos socios de Funespaña se sirvieron de determinadas sociedades, que facturaron servicios a Funespaña para "desviar las liquidaciones percibidas por esta sociedad como canon de gestión".

b) Ahora bien, a diferencia de lo que la sentencia establece como probado que sucedió en el ejercicio de 1993, en los sucesivos ejercicios sostiene que: "... no obstante, afirmándose que tales cantidades se desviaron a través de las entidades citadas con el propósito de repartir el beneficio obtenido de la EMSFM no ha podido determinarse en juicio con la certeza necesaria que todas las cantidades percibidas fueran objeto de defraudación, pues, a diferencia de los supuestos anteriores (es decir, a diferencia de lo ocurrido, según la sentencia en 1993) sí ha quedado acreditado en autos que Funespaña durante 1994 y siguientes realizó actividad propia desarrollando proyectos, como el contrato con el Grupo Cicerón, el contrato de gestión y de opción de compra con el cementerio Jardín de Alcalá de Henares, existie-

ron proyectos en Kiev y en Budapest, etc. (véase pag. 157 y 158 de la sentencia).

Consecuentemente, el respeto a los hechos probados permite sostener que parte de los gastos fiscales de Funespaña correspondientes a los ejercicios de 1994 a 1997 no tenían carácter deducible, sin que, por otro lado, este importe haya quedado determinado, lo que imposibilita precisar si excede la frontera de 120.000 euros que separa el delito fiscal de la infracción administrativa.

4. La naturaleza del motivo (corriente infracción de ley) obliga a ceñirnos al hecho probado, en los términos en que se expresa la sentencia, ya que los acusados, a quienes asiste el derecho a faltar a la verdad y no autoinculparse, han cumplido con aportar al proceso las probanzas exculpatorias a que acabamos de hacer referencia, que la Sala valoró en conciencia y que en este trance procesal no podemos contrariar, en tanto las conclusiones alcanzadas no fueran arbitrarias o irracionales.

Como refuerzo argumentativo añadido no podemos pasar por alto que al acto del juicio oral comparecieron hasta cinco inspectores de Hacienda que corroboraron la aceptación y conforme de las inspecciones y respectivas actas levantadas al efecto, como expresa y desarrolla la sentencia combatida en la página 158 para La Previsora Almeriense e Infavi S.A. y en la página 163 para Astaldo S.L. e Iaf S.L.

En atención a todo lo explicitado el motivo debe desestimarse.

Recurso de Matilde en nombre del PSOE.

DÉCIMO TERCERO.- En el primer motivo y al amparo del art. 849-1 L.E.Cr., la recurrente considera inaplicado, cuando debió serlo, el art. 358 del C.Penal de 1973, interesando la condena al Sr. José Ignacio como inductor de un delito de prevaricación cometido por el Sr. Luis María.

1. La sentencia recurrida reputa a D. Luis María autor de un delito de prevaricación, y en ella se sostiene que D. José Ignacio, desde su privilegiada posición en todo el proceso de privatización parcial de la "empresa mixta", como asesor directo del Sr. Luis María, le indujo a cometer tal delito y que por ello debió ser también sancionado.

La condena impuesta al primer Teniente de Alcalde era consecuencia de las dos arbitrarias propuestas hechas al Pleno, una sobre aprobación de la adjudicación del concurso a Funespaña sin cumplir con las advertencias de los técnicos, relativas a la necesidad de calcular el patrimonio neto de la empresa municipal y otra la propuesta y aprobación por el Pleno de la compensación (condona-

ción) de la deuda que tenía la empresa funeraria con el Ayuntamiento "a sabiendas de que tal condonación efectuada en este momento, como reiteradamente habían informando los órganos técnicos, sólo beneficiaba al adjudicatario y por ende, perjudicaba al interés público" (pag. 177 sentencia).

La recurrente a partir de ahí extrae del contexto sentencial una serie de fragmentos, aspectos y consideraciones, de las que quiere deducir la influencia decisiva que tuvo el acusado Sr. José Ignacio en las propuestas prevaricadoras del Sr. Luis María. A este respecto desgana nueve puntos, sobre los cuales podría construirse una participación inductiva.

■

*"...la conducta del acusado Sr. José Ignacio no integra una cooperación necesaria a la prevaricación, sino una cooperación no necesaria (complicidad), (...) No cabe, a este nivel dialéctico, considerar autónomamente el delito de tráfico de influencias, a la vista de que el Fiscal reputaba ínsitas y consumidas en el de prevaricación las actividades desplegadas de presión o sugestión influenciadora en favor de sus intereses."*

■

Constituye un hecho a tener en cuenta -según la parte recurrente- que el tribunal sentenciador consideró cometido un delito de tráfico de influencias aunque ya prescrito, cuyo autor sería el Sr. José Ignacio por "su asesoramiento permanente a D. Luis María al que convenció además de la necesidad de adjudicar el concurso, alegando que la entidad en otro caso debería declarar la quiebra" (pag. 183 ap. 2 de la sentencia).

La recurrente sigue argumentando que la posición de fuerza el Sr. José Ignacio la derivaba del carácter de asesor y de su relación personal con el Sr. Luis María, a través de cuya influencia ejercida sobre éste consiguió "la firma del contrato de adjudicación por precio irreal y la condo-

nación de la deuda con posterioridad a la adjudicación" (pag. 184 de la sentencia).

Concluye a continuación que el Sr. José Ignacio movido por los intereses crematísticos que tenía en Funespaña, indujo desde su posición de asesor directo y privilegiado del Sr. Luis María, autor de la prevaricación, a que se procediera a la adjudicación de las acciones y condonación de la deuda (ex post facto) tras la adjudicación del concurso a Funespaña y no con anterioridad.

2. Antes de analizar esta detallada protesta, hemos de remitirnos a lo ya dicho respecto al Mº Fiscal, que articulaba un motivo de idéntica naturaleza con la única diferencia de que el Fiscal consideraba al acusado cooperador necesario de la prevaricación y el presente motivo lo reputa "inductor" del mismo delito. Ello hace que el recurso del Mº Fiscal venga a desvirtuar en su página 12 un aspecto de la protesta formulada por el Partido Socialista, en cuanto ciñéndonos a los términos de la sentencia habría que excluir la actividad prevaricadora del Sr. Luis María y por consiguiente la cooperación e inducción del Sr. José Ignacio en el aspecto de la adjudicación del concurso el 22 de diciembre de 1992 que fue regular, limitándose la actuación prevaricadora a la "celebración del contrato de adjudicación y a la condonación de la deuda; suma que posteriormente ha sido satisfecha, como se ha declarado probado".

La sentencia, en efecto, es contundente en cuanto el acto de selección de Funespaña como adjudicataria. Así nos lo expresa la combatida en la pag. 175: "... Nada se ha probado que indicara que la oferta elegida no se ajustara a los pliegos rectores del concurso, redactados por los técnicos de la Concejalía de Patrimonio, sin otras instrucciones que las cursadas por la Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas", y añade "... ningún estudio comparativo de las tres ofertas se realizó en juicio que permita concluir que no se trataba de la proposición mas ventajosa", refiriéndose a la de Funespaña. La misma sentencia en el fundamento segundo (pag. 182) nos dice: "La presentación de la oferta era legítima y había sido efectuada en condiciones de libre concurrencia, con publicidad, al haberse presentado en función del concurso convocado; las proposiciones introducidas en ella en cuanto al precio pudieron haber sido llevadas a efecto y el asesoramiento prestado por el Sr. José Ignacio era superfluo a los efectos de la legalidad del procedimiento administrativo".

Remontándonos a sus antecedentes, la decisión del proceso privatizador se adoptó en el Pleno de 28 de julio de 1992. El hecho 4º de la sentencia (pag. 60) nos refiere: "que a través de la Secretaría General del Ayuntamiento se interesó informe

del Jefe del Departamento de Sanidad y Consumo sobre distintas actuaciones relativas a la empresa municipal, sobre las que el mismo respondió el 8 de julio de 1992.... Consecuentemente el proceso privatizador fue asumido por el equipo de gobierno que consideró (véase pag. 69 de la sentencia) que dicha Empresa Municipal se hallaba en quiebra técnica y sin que en la adjudicación se tuvieran en cuenta otras instrucciones que las cursadas por la Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas.... “

A todo ello debe añadirse que la S.T.S. de la Sala III de 20 de mayo de 2006, estima plenamente regular el proceso privatizador, así como la adjudicación realizada, confirmando el hecho probado núm. 17 que “quien informó la propuesta de adjudicación, además del Jefe del Departamento de Sanidad y Consumo, fue el Jefe de Patrimonio a fecha 10 de diciembre de 1992, el Interventor General el 14 de diciembre de ese año y la decisión de proponer la adjudicación la Comisión Informativa de Régimen Interior y Personal de Sanidad y Consumo el 15 de diciembre de ese año” (pag. 88 a 90 de la sentencia).

3. Limitada la prevaricación a la compensación (realmente condonación de la deuda de la empresa municipal con el Ayuntamiento), hemos de examinar cualquier posibilidad de constreñimiento, presión o condicionamiento decisivo y determinante ejecutado por el Sr. José Ignacio que mediatizara la decisión del Ayuntamiento, a iniciativa del Sr. Luis María, en la que se acuerda condonar la deuda referida. Antes de ello resulta apropiado referir los requisitos de la modalidad ejecutiva de la inducción como asimilada a la autoría, según viene exigiendo nuestra jurisprudencia.

En efecto, como requisitos de la inducción se señalan:

a) Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.

b) Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.

c) Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto.

d) Que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.

e) Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute (STS 5-5-88).

4. Pasando a analizar las más relevantes cuestiones de las nueve espe-

cíficamente planteadas por la recurrente en su escrito impugnatorio (algunas son inocuas) podemos afirmar lo siguiente:

a) Acerca de que el Sr. José Ignacio se convirtió en asesor directo del primer Teniente de Alcalde en el proceso de privatización hasta la adjudicación del concurso, ya dijimos que los técnicos que informaron las propuestas de adjudicación a los Sres. Luis María, Simón y Antonio, no conocían al Sr. José Ignacio ni recibieron ninguna indicación por parte de ningún tercero para que emitieran su informe en uno u otro sentido.

b) La afirmación de que el Sr. José Ignacio informó sobre las ofertas presentadas, transmitiendo su particular y sesgada opinión sobre la situación económica de EMSFM. prescinde del hecho probado 5º (pag. 65), que nos dice: “Tras el correspondiente análisis, en el curso de ese Pleno, cada Grupo Municipal presentó sus propuestas para solventar la situación de crisis económica de la Empresa Mixta a la que todos califican de técnicamente en quiebra financiera”.

Dicha situación la reconoció el Tribunal de Cuentas que admitió la existencia de un neto patrimonial negativo en 106 millones de pesetas, dejando aparte la cuestión de la deuda compensada (condonada) respecto a la cual impuso la obligación de pagar, lo que se hizo durante los años 1999 a 2005. En cualquier caso la recurrente insiste en que el proceso de adjudicación fue regular y sin presiones.

c) Se dice igualmente que el Sr. José Ignacio fue partícipe directo junto a Juan Antonio de la redacción de la oferta pretendida por Funespaña. Sin descartar la existencia de alguna indicación o asesoramiento más o menos presionante es necesario acudir a los testimonios de Fernando (declaración del pleno), Ángel y Juan Antonio, que se atribuyen su redacción, testimonios a los que el Tribunal de instancia dio credibilidad.

d) También se atribuye por el recurrente al Sr. José Ignacio haber informado sobre las ofertas presentadas asegurándose de que el concurso fuese adjudicado a Funespaña, al transmitir a los Concejales su particular y sesgada opinión sobre la situación de la empresa mixta.

Sobre este extremo hemos de reparar que el informe emitido para la EMSFM el 22 de diciembre no pudo surtir efecto, cuando la propuesta de adjudicación ya se había decidido y votado el 15 de diciembre de 1992, es decir, 7 días antes, y se hizo sobre la base, además, del informe del Jefe de Sanidad y Consumo, el del Jefe del Departamento de Patrimonio de 10-diciembre-1992) y el del Interventor General de 14-diciembre de 1992.

Otra cosa es que aparte de ese informe escrito, el acusado Sr. José Ignacio ilustrara y aconsejara tendenciosamente al Sr. Luis María sobre la conveniencia de compensar (condonación) la deuda de la empresa frente al Ayuntamiento como se solicitaba en la oferta del concurso, con el efecto de ser definitivamente condonada, aunque luego no se ejecutara el acuerdo.

e) Por último también se alude como dato revelador de la inducción al informe favorable a la propuesta de 19 de enero de 1993 para el Pleno que se celebró el 26 de febrero de dicho año.

No obstante el informe no iba dirigido al Sr. Luis María o a la Concejala que ostentaba ni sobre la propuesta hecha por aquél el 28 de enero de 1992. Además el informe de fecha 28 de enero que se hace para la “empresa mixta”, al parecer afectaba a aspectos administrativos o relativos a la concesión de cementerios, y en cualquier caso si fue del 28 de enero, fue posterior en 9 días a la propuesta hecha por Luis María el 19 de enero.

5. De todo cuanto llevamos dicho resulta patente que la actividad que pudo desarrollar el acusado Sr. José Ignacio sobre la empresa mixta o incluso sobre el Sr. Luis María no fue decisiva ni mucho menos determinante para que aquél adoptara una decisión, sin excluir una influencia en la toma de la decisión, que originó el reconocimiento por parte de la Audiencia de la comisión de un delito de tráfico de influencias.

La parte recurrente entresaca y descontextualiza algún pasaje del factum o alguna consideración hecha en la motivación de los hechos o fundamentación jurídica, que puesta en conjunta consideración con la sentencia como un todo, no prueba la existencia de una presión o condicionante adecuado de la suficiente intensidad o eficacia que pueda calificarse de inducción. Ahora bien, ello no quita que, remedando lo dicho en el equivalente motivo articulado por el Fiscal, se le reconozca a la actividad desplegada por el acusado Sr. José Ignacio una incidencia causal secundaria en la prevaricación cometida. Ello se desprende de la propia dinámica de los hechos probados en los que el comportamiento del Sr. José Ignacio, como asesor personal y directo del primer teniente de alcalde, se desarrolla en una dirección abiertamente favorable a sus intereses personales tratando de condicionar la decisión del Sr. Luis María.

Cierto que no fue decisiva, pero sí coadyuvante de la prevaricación cometida y ello no sólo se puede colegir de un factum que apunta a esta actividad instigadora, sino que además la Sala de instancia con su insustituible intermediación ha entendido que concurre un delito de tráfico de influencias, cuya conducta nuclear

típica es “influir” para que el funcionario público o autoridad que debe decidir lo haga en el sentido que al sujeto agente beneficia económicamente. Los problemas surgieron en orden a la existencia de un concurso de normas o de delitos, habida cuenta de la superposición (total o parcial) de comportamientos típicos, en tanto una misma conducta criminal origina dos delitos, en uno de los cuales (tráfico de influencias) incluye en su descripción típica como objetivo el de obtener una resolución del funcionario o autoridad consecuencia de la influencia del autor del hecho.

Mas, dicho tema deberá ser objeto de especial consideración en el motivo 3º de este recurso. De momento baste decir que el reproche casacional se estima parcialmente en el entendimiento de que no existió inducción, pero sí complicidad, forma menor de la autoría, estimación que no afectará al principio acusatorio; pero aunque las partes afectadas adujeran déficits defensivos por no interesar el recurrente de modo subsidiario tal petición, la misma se halla en una degradación lógica de lo solicitado y además la estimación del motivo primero del Fiscal haría inútil cualquier obstáculo procesal proveniente del principio acusatorio o de congruencia.

El Sr. José Ignacio no llevó a cabo una aportación causal de todo punto decisiva o necesaria (inducción), al concurrir otros factores que influyeron en la decisión arbitraria. No obstante se produjo una aportación accidental, esto es, de carácter secundario, calificable de complicidad.

El motivo debe estimarse parcialmente, aunque sea por el efecto reflejo de la estimación del motivo primero del Fiscal.

DÉCIMO CUARTO.- En el segundo de los motivos denuncia la inaplicación del art. 432 del vigente Código Penal, por constituir un precepto más beneficioso para el acusado que el correspondiente del C.P. de 1973, imputable a Juan Antonio José Ignacio, lo que hace a través de la vía procesal propiciada por el art. 849-1 L.E.Cr.

1. En la síntesis del motivo constituye un dato importante partir de que la sentencia acepta la concurrencia de la mayor parte de los elementos del delito de malversación: carácter de caudales públicos de las acciones de la empresa mixta de mayoritaria participación municipal, la aptitud de los acusados, como intraneus y extraneus para cometer el delito, y relación suficiente de disponibilidad sobre los fondos y caudales afectados, objetando sin embargo dos aspectos que impedían la condena, referidos a la acción típica y al objeto material del delito que a juicio de la Audiencia no concurren.



Acude al desarrollo de los hechos probados en donde se plasma algún dato elocuente y se dice en la sentencia (pag. 140) que el precio que debió pagar Funespaña por su oferta del 49 % del patrimonio neto fue la de 1.236.270.000 si se hubieran hecho los controles precisos y no las 100 pesetas que pagó, como se dice en la pag. 97 de la sentencia (hecho probado 23) conforme al plan trazado entre los Sres. Juan Antonio y José Ignacio.

A juicio de la entidad recurrente la sentencia incurre en dos errores:

a) Establecer una disociación en orden a la aplicación de los tipos penales entre malversación y prevaricación. La condonación o compensación constituía una condición impuesta por Funespaña en su oferta, de modo que más tarde o más temprano la condonación debería producirse; luego existió planificación previa.

b) Aunque la venta se realizó en un concurso público, dada la caracterización del delito de malversación de caudales públicos, dejar de ingresar el valor de las acciones es equivalente a apropiarse de ese valor. En tal sentido lleva a cabo interpretaciones del verbo "sustraer", como equivalentes a apropiación, entendiéndose que existen mecanismos sofisticados de llevar a cabo un acto apropiativo. La entidad recurrente no pretende -según su tesis- criminalizar como malversadoras las adjudicaciones de valores por debajo de su valor real, siempre que se trate de pequeñas desviaciones, pero no es este caso, ya que no existió contraprestación por tales acciones.

2. La Audiencia ha resuelto la cuestión que ahora se plantea no reputando caudales públicos los desembolsos que por las acciones recibidas en una adjudicación pública debió haber pagado y no pagó el beneficiario, según le impuso un informe posterior del Tribunal de Cuentas, y que en definitiva fueron hechos efectivos durante los años 1999 a 2005.

Todos los ofertantes solicitaban la compensación o condonación de la deuda entre el Ayuntamiento y la "empresa" de integra participación municipal, pues ninguna de ellas estaba en condiciones de pagar por el 49 % una cifra que superaba los mil millones de pesetas. No habiendo hecho compensación alguna previamente a la determinación del neto patrimonial de la empresa, aunque en el acuerdo de 26 de febrero de 1993 fue acordada tal compensación, la sociedad funeraria ya no era absolutamente pública sino privada en un 49 %. En cualquier caso, si se aceptaba la condición de la oferta (todas las existentes lo proponían) Funespaña, ante la situación negativa del patrimonio (el informe del Tribunal de Cuentas cifraba el déficit en 106 millones de pesetas aproximadamente)

hubiera concretado la contraprestación al pago de todas las deudas pendientes atribuidas al Ayuntamiento frente a la empresa municipal, la entrega de la cantidad simbólica de 100 pesetas y un desembolso de 200.000.000 de pesetas para llevar a cabo una ampliación de capital. Y ello es lo que hizo el Sr. Juan Antonio y si se quiere el Sr. José Ignacio como futuro partícipe de las acciones adquiridas.

En modo alguno puede considerarse equivalente la adjudicación pública de acciones a la apropiación, que supone la extracción de unos caudales, ya públicos, en beneficio propio o de terceros por el funcionario encargado de su custodia.

La posterior determinación del activo social, ante la ineffectividad de la petición de la oferta de condonación, transformó la situación y es entonces cuando al satisfacer tal deuda, a medida que ingresaba en las arcas de la empresa mixta el importe de la misma los caudales adquirirían la condición de públicos.

3. En definitiva no existe actuación apropiativa de metálico ni de acciones, en tanto fue a consecuencia de una posterior reconsideración de los términos de la oferta, lo que impuso al acusado la obligación de pagar el 49 % de la deuda de la empresa mixta con el Ayuntamiento, pues hasta entonces era una expectativa y el dinero adeudado no había salido del peculio particular del obligado.

En cuanto a la pretensión de calificar jurídicamente la adjudicación de las acciones como acto apropiativo de los caudales que se administran por un funcionario, es evidente el acierto de la Audiencia. La inexistencia de apropiación la avala el dato de que las acciones debían revertir a la Empresa municipal el año 2016 y el Tribunal de Cuentas reconoció que no existió responsabilidad civil por alcance derivada de cualquier delito, por lo que nada había que restituir y el propio Mº Fiscal en su recurso reconoce ese hecho y tampoco solicita responsabilidad civil que implique restitución de lo sustraído (acción nuclear de la malversación) y en nuestro caso de nada se apropió el acusado, sino que no satisfizo una obligación en el momento oportuno, pero lo hizo con posterioridad, al no dar efectividad al acuerdo del Ayuntamiento de condonación (compensación) de la deuda.

El motivo deberá decaer.

DÉCIMO QUINTO.- En el siguiente motivo la recurrente, al amparo del art. 849-1 L.E.Cr., estima inaplicable el art. 404 bis b) del C. Penal de 1973 y del art. 113 del mismo texto legal respecto de la conducta del Sr. José Ignacio como autor de un delito de tráfico de influencias.

1. El planteamiento del motivo lo apoya en básicas afirmaciones sentenciales, en atención a las cuales, a pesar de entender que el delito de tráfico de influencias se consumó, se hallaba prescrito por haberse desvinculado del delito de prevaricación.

En el auto de 24 de noviembre de 2006, dictado como cuestiones previas de esta sentencia y que lo incorpora ésta en sus antecedentes, se desestima la excepción de prescripción antes de conocer el resultado de las pruebas del juicio, o lo que es lo mismo, la existencia o no de conexidad, por cuanto en el momento que tal fenómeno jurídico se produce debe tomarse como referencia a efectos de prescripción el complejo delictivo (delitos conexos o vinculados), atendiendo al que establezca el mayor lapso temporal.

■

*"El principio de congruencia con las pretensiones del recurso hacen decaer la posibilidad de sancionar por el primer delito (tráfico de influencias que se dice prescrito), pero al responder por el delito de prevaricación, dada la simbiosis existente entre ambos, hasta el punto de reputarlo el Fiscal consumido en el mismo, no sería posible plantearse tal opción..."*

■

Parte a su vez la recurrente de que las influencias del Sr. José Ignacio tuvieron su papel decisivo y fundamental en la conducta prevaricadora por la que ha resultado condenado el Sr. Luis María.

2. A la entidad recurrente no le falta razón, partiendo, lógicamente de la estimación del motivo relativo a la participación del Sr. José Ignacio en concepto de cómplice en el delito de prevaricación, pretensión simultáneamente interesada por el Mº Fiscal.

A todos los partícipes en un delito debe afectarles el mismo plazo prescriptivo. Así lo declaró esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 29 de abril de 1997, en trance de interpretar los plazos prescriptivos del art. 133 del C.Penal, y así, dentro de la

disyuntiva de si debe partirse de la pena "in abstracto" fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto, resultante de la aplicación de normas sobre grados de participación y de ejecución o por efecto de circunstancias modificativas, decidió por mayoría que "debe ser tenida en cuenta la pena en abstracto" (Cfr. SS.T.S. núm. 194/2004 de 16 de febrero; núm. 92/2008 de 31 de enero y núm. 107/2008 de 16 de abril).

De este modo resulta que bien con la legalidad vigente en el momento de la ejecución de los hechos (art. 358 C.P. de 1973, en relación al 113 y 30) o en la actualidad vigente (art. 404, en relación al 131 y 40 del C.P. de 1995), sin que haya mediado ley intermedia más favorable al reo, en ambos supuestos legales se establece un término prescriptivo de 10 años.

De acuerdo con tal premisa resulta evidente que el delito de prevaricación, en su modalidad ejecutiva de complicidad, imputada a José Ignacio, no ha prescrito, en atención a ese acuerdo de Sala General, ciertamente un tanto discutible, ya que pueden existir supuestos en que el plazo de prescripción en un cómplice sea mayor para el delito que para la pena, pero no obstante la Sala, por decisión mayoritaria tuvo en cuenta razones procesales (no disgregación de la misma causa en diferentes términos prescriptivos en relación a los partícipes en la misma) o de seguridad jurídica, en base a las cuales adoptó el acuerdo que preceptivamente debemos respetar.

3. Dicho lo anterior se plantea con toda su problemática el núcleo de la queja formulada, atinente a si el delito de tráfico de influencias que la Sala analiza y da por cometido, -respecto al cual la parte recurrida (Sr. José Ignacio) pudo replicar en casación, combatiendo su tipicidad, ha prescrito o todavía es exigible la responsabilidad penal, y la respuesta no puede ser sino negativa: el delito no habrá prescrito, habida cuenta de que ambos, tráfico de influencias y prevaricación, constituían resultados típicos dimanantes de una misma conducta, o en todo caso fueron fruto de un comportamiento delictivo instrumental o conexo entre una y otra infracción.

Esta Sala ha sido contundente a la hora de considerar el conjunto delictivo, tomando como base referencial del término de prescripción el delito que señala más lapso temporal de todos los integrados en el conjunto (sentencias T.S. núm. 1182/2006 de 29 de noviembre; núm. 28/2007 de 23 de enero; núm. 600/2007 de 11 de septiembre; núm. 132/2008 de 12 de febrero; núm. 493/2008 de 9 de julio; núm. 570/2008 de 30 de septiembre y núm. 866/2008 de 1 de diciembre).

Así pues, en la hipótesis 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 medio 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 aquéllas que se estimasen previamente prescritas 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 avallan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable a supuestos de mera conexidad procesal (SS 1247/2002 de 3-7; 1242/2005 de 3-10; 1182/2006 de 29-11 y 600/2007 de 11-9).

4. Junto a las hipótesis de concurso ideal o medial de delitos (art. 77 C.Penal) la doctrina de esta Sala incluye con igual régimen jurídico - como acabamos de apuntar- los supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, en cuyas situaciones la prescripción debe entenderse de modo conjunto mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Se suman pues a los supuestos del art. 77 del C.Penal, los casos de conexidad, pero, como tenemos dicho, no entendida en sentido o acepción procesal (art. 17 L.E.Cr.), sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17-5 L.E.Cr.) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un sólo proceso.

Podemos incluir dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción:

a) Concurso ideal de delitos (art. 77 C.Penal).

b) Concurso medial o instrumental (art. 77 C.Penal y 17.3 L.E.Cr.).

c) Comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17-4 L.E.Cr.).

d) Conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal (conexión material: art. 17-1, 2 y 5 L.E.Cr.).

Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17-5 L.E.Cr.) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente.

5. El caso concernido lo integran dos delitos (prevaricación y tráfico de influencias) cuya distinción en orden al bien jurídico protegido no resulta fácil al participar ambos de la idea de ataque al correcto funcionamiento de la Administración pública, en particular la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir su funcionamiento en la labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda.

Dentro de esa idea general de la que participan los dos delitos, en el delito de prevaricación el legislador protege de forma específica la correcta prestación de los servicios públicos y más específicamente el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, no muy distante al objetivo que la Ley intenta alcanzar al regular el delito de tráfico de influencias, que trata de evitar cualquier lesión a la objetividad e imparcialidad con que los poderes públicos deben actuar en la prestación de servicios a la colectividad, en cuanto tal conducta supone la interferencia en el proceso de toma de decisión.

En cualquier caso existen claras diferencias tipológicas entre las dos infracciones punitivas, que las separan y distinguen pudiéndose cometer una y no otra o viceversa, a pesar de haberse incorporado en el tipo de tráfico de influencias como presupuesto típico, la resolución dictada por el funcionario o autoridad influenciada. En efecto, para cometer el delito de tráfico de influencias no se requiere que la decisión del funcionario o autoridad sea arbitraria o injusta. Sin embargo tal delito exige una finalidad crematística que es innecesaria en el delito de prevaricación.

6. En nuestro caso serían aplicables los artículos del Código Penal derogado de 1973, por ser más beneficiosos para el reo. El acusado José Ignacio con su conducta de pertinaz influencia en aras a la obtención de un beneficio ha contribuido (complicidad) a que un funcionario público dicte una resolución arbitraria e injusta (arts. 358 y 404 bis b). Los elementos del delito de tráfico de influencias han quedado plasmados en la sentencia, sin que la parte afectada los haya combatido eficazmente. Como beneficio económico, amén del 20 % de la gestión de la Sociedad, deducido de las ganancias antes de impuestos, el cargo de Gerente a su socio Sr. Juan Antonio, así como el de sus asesores directos, figura la compra del 49 % de las acciones por 100 pesetas, cuando la deuda con-

nada y que debía pagar era de 1.236.270.000 ptas.

La aprobación por el Ayuntamiento era firme y en atención a ello, Funespaña sólo desembolsó los 200 millones de pesetas al reputarse el "neto patrimonial" de la sociedad funeraria negativo. El que el Ayuntamiento no diera plena ejecución al acuerdo de condonación e incluso, con posterioridad, desistiese del mismo en un intento de saldar la deuda con el adjudicatario (Funespaña), impuesta al final por el Tribunal de Cuentas y debidamente satisfecha, sólo afecta al agotamiento del delito, pues el efecto condonador surtió efectos desde el principio y la deuda se pagó cuando la empresa era plenamente rentable y producía pingües beneficios.

El dato es importante para graduar la pena de multa impuesta en atención al beneficio, que puede ser -según el Código- directo o indirecto, para sí o para un tercero, y es obvio que de él participaron los socios de Funespaña, uno de los cuales era el acusado José Ignacio, que fue el único autor de este delito.

7. En atención a todo lo dicho procede estimar íntegramente el motivo no declarando prescrito el delito de tráfico de influencias atribuido a José Ignacio, debiendo responder por él, bien sea en concurso ideal o medial (art. 77 C.P.) bien en conexión material, consecuencia de la inoculable y patente relación entre ambos, hasta el punto de carecer de sentido uno sin el otro. Lo decisivo es que existen dos delitos, debiendo regularse las penas justas y proporcionadas en la segunda sentencia que debe dictarse.

DÉCIMO SEXTO.- El motivo cuarto, interpuesto por D<sup>a</sup> Matilde en representación del PSOE, ataca la sentencia por la vía del art. 849-1 L.E.Cr. al entender inaplicable el art. 540 C.P. de 1973 a los acusados Sres. Luis María, Sr. José Ignacio y D. Juan Antonio.

1. La sentencia recurrida, en su Fund. Jurídico 5º (pag. 189 y ss.), considera que no existió delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, ante la "inexistencia de elementos objetivos que permitan la imputación de este ilícito penal a ninguno de los acusados", operando sobre un doble argumento que puede resumirse en la no apreciación de ninguno de los medios típicos para la alteración de precios:

1) No aparece que se haya impartido información falsa ni intención de ello.

2) El mejor encaje de los hechos se halla en el tipo de tráfico de influencias. En esas condiciones la resolución recurrida -en opinión del impugnante- se aparta de los términos a través de los que claramente se expresa la declaración de hechos

probados y, además, el tipo penal contempla como medio comisivo no sólo la dación de información falsa, sino también la tendenciosa y la engañosa.

En el desarrollo del motivo realiza hasta quince citas entresacando fragmentos de los amplios hechos probados y sus motivaciones, estimando cometido, en base a esos referentes fácticos, el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en tanto la compra del 49 % de las acciones de la EMSFM por Funespaña S.L. por el simbólico precio de 100 pesetas implica la comisión de tal ilícito penal, ya que el precio real de las acciones era de 1.236.270.000 ptas. que fue la cantidad finalmente pagada. La impugnante en tan prolija cita pone nítidamente de manifiesto, en base a la propia declaración de hechos probados, el doble juego a que se entrega el Sr. José Ignacio (junto con D. Juan Antonio): ocupó desde los primeros momentos dentro del proceso privatizador una posición central como principal asesor de los gestores de la EMSFMSA y del entonces Cargo000 Sr. Luis María, determinando el criterio de éste con "sesgadas opiniones" (pag. 126 de la sentencia), al mismo tiempo que, por hallarse inmerso en el mismo centro de las decisiones, dispone de una información privilegiada que él mismo pudo confirmar; pero de igual modo se concierta con J. A. Juan Antonio y "traza un plan" (pag. 91 y 96 de la sentencia) para asegurar en favor de Funespaña la adjudicación del concurso en las condiciones más ventajosas, hasta el punto de que traslada el corpus de la información privilegiada de que dispone a la oferta presentada por aquélla, al redactarla personalmente.

La recurrente sostiene que aunque se habló de quiebra de la "empresa mixta" e incluso de disolución de la misma, la situación era coyuntural, pues se esperaba "un chorro de dinero" para su caja derivado del aumento de las tarifas y de la liberación de nichos. Por otro lado existía el indiscutido propósito del Ayuntamiento de cancelar la deuda que la empresa mixta tenía con él.

2. Expuestos los puntos de discrepancia con la sentencia, se hace preciso recordar los elementos integrantes del tipo delictivo que se imputa comprobando su concurrencia en el probatum, sin que el desgajamiento de frases o fragmentos del mismo desnaturalice el sentido global del relato sentencial. Los elementos del delito se contraen a los siguientes:

a) Un intento de alterar precios.

b) Tales alteraciones de precios deben referirse a los que normal y naturalmente habrían de resultar de la libre concurrencia de oferta y demanda.

c) Puede recaer sobre productos, mercancías, monedas, títulos o valo-

res, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles.

d) El medio de exteriorizar la intención puede ser variadísimo, tanto difundiendo noticias falsas o tendenciosas, como amenazas o engaños o "cualquier otra maquinación", como dice el texto legal, con lo que tales medios son ilimitados: la enumeración del C.P. es meramente ejemplificativa y abarca a todo medio moral, físico o engañoso y de presión mediante creación de ambientes enrarecidos por noticias insidiosas y ardidés que conduzcan adecuadamente al intento de alterar los precios, que es la esencia del delito.

e) Todos los objetos, mercancías y bienes han de ser materia de contratación, estar dentro del comercio de los hombres y tener su correspondiente reflejo en el contrato a virtud del cual aquéllos se trafican o son objeto de relación jurídica.

3. Los hechos probados ofrecen base suficiente para entender, conforme a la valoración efectuada por el tribunal (razonable y fundada), que "la información que se transmitió a los posibles interesados en la adquisición fue básicamente la misma" (pag. 191), para a continuación afirmar que ninguno de los acusados ejerció presiones, amenazas o engaños que impidieran a los interesados acudir al concurso públicamente convocado y que, finalmente, fueron tres sociedades distintas quienes presentaron oferta, sin que existiera siquiera sospecha de acuerdo previo para que fuera una concreta la adjudicataria del concurso (pag. 192).

Hemos de tener presente que la situación de "quiebra técnica" de la "empresa municipal" fue reconocida por todos los grupos del Ayuntamiento, lo que origina el acuerdo del Pleno de 28 de julio de 1992 (hecho probado 1º) y todos los ofertantes coincidieron en la no asunción de la deuda que por salarios de funcionarios tenía contraída con el Ayuntamiento la "empresa mixta". Nada oculto en este proceso existió. Hablar de situación de quiebra de la empresa municipal, quizás en términos económicos fuera riguroso, si la situación era coyuntural, pero desde el punto de vista jurídico podía haber determinado la caída de la sociedad en alguna causa de disolución, conforme al art. 260 de la L. Sociedades Anónimas. No obstante más que lanzar el rumor de la crítica situación económica lo que se hacía era simple y vulgarmente expresar la penosa situación económico-financiera como información general, en nada comparable a la difusión de noticias falsas o tendencias.

Como bien apunta el Fiscal -que se opone a la estimación del motivosa distinta es que el acusado Sr. José Ignacio por la estrecha relación mantenida con quienes estaban llevando adelante el proceso de privatización obtuviera información más

precisa que le permitiera utilizarla en su propio interés, pero en tal caso el posible delito cometido sería el de tráfico de influencias, sobre el que ya tuvimos ocasión de pronunciarnos.

Conforme a lo explicitado no ha quedado acreditado -como refiere el Fiscal- que ninguno de los acusados ejerciera presiones, amenazas o engaños que impidieran a los interesados concurrir al concurso públicamente convocado, por el contrario, ha quedado acreditado que fue una pluralidad de personas quienes se interesaron en el concurso convocado y que, finalmente, fueron tres sociedades distintas quienes presentaron oferta, sin que exista siquiera sospecha de que entre ellas hubiera acuerdo previo para que fuera una en particular la adjudicataria del concurso, prueba de ello es que una de las ofertantes, aunque luego desistiera de él, interpuso recurso contra el acto de adjudicación, con lo que cualquier vestigio de pacto espurio, de existir, se produjo una vez adjudicado el concurso y no con anterioridad a él.

Por todo ello el motivo no puede merecer acogida.

Recurso de Inés en nombre de Izquierda Unida.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Al amparo del art. 849-1 L.E.Cr. combate la sentencia por aplicación indebida de los arts. 404 del vigente C.Penal y 358 del C.Penal de 1973, en orden a la individualización de la pena, correspondiente al acusado Luis María.

1. El delito de prevaricación -según su tesis- debe reputarse de mayor gravedad con el correspondiente reflejo en la pena, por cuanto se desarrolló en el contexto de una actividad delictiva de carácter complejo, en la que se encadenaron diversos delitos (tráfico de influencias y prevaricación) y especialmente porque el último de los delitos mencionados abarcó o se manifestó no sólo en la aceptación y adjudicación de la oferta a Funespaña en el concurso, sino que se completó con la condonación de la deuda, consecuencia de la deliberada omisión del establecimiento previo de la cantidad a pagar por la adjudicataria.

2. La entidad recurrente censura una actividad judicial (individualización de la pena) que compete de modo exclusivo al Tribunal de instancia, quedando sumamente limitado el control casacional que sólo podría operar en supuestos de patente arbitrariedad o desatención de los parámetros legales, cuando los ofrece la ley como criterios de cuantificación penológica. También cabría discutir tal cuestión en hipótesis de ausencia total de motivación sin que las razones de la cuantía de la pena se deriven de forma nítida de la propia sentencia. Pero en nuestro caso la Audiencia razonó la pena a imponer al tener en cuenta la concurrencia de

la atenuante analógica de dilaciones indebidas, que el recurrente considera no debieron estimarse.

En la sentencia se precisa el considerable e injustificado lapso temporal de inactividad procedimental, como se concreta en el hecho probado núm. 30 -folio 104-, según el cual desde la inhibición acordada a favor de la Audiencia Provincial de Madrid por perder el fuero uno de los acusados en fecha 22 de octubre de 2003, que lo tenía con respecto al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, hasta la celebración de la vista oral el 7 de mayo de 2007, salvo el señalamiento del juicio con las con-

■

*"...ni en los hechos probados ni en la comisión del delito de tráfico de influencias se atribuye a este acusado ningún concierto o aporte causal al delito de prevaricación. La simple relación (...) y el acuerdo económico que pudiera mediar entre ellos, tampoco constituye base fáctica para sustentar una condena por el delito de tráfico de influencias que la Audiencia estima cometido, pues ninguna intervención se refleja en el factum (...) que pueda responsabilizarle de la imputación que se hace."*

■

siguientes citas no existe diligencia alguna (véase Fud. de Derecho 80, folio 200 y 201).

Por todo ello se entiende que la cantidad de pena se hallaba justificada, lo que hace que el motivo se desestime.

DÉCIMO OCTAVO.- A través de igual cauce procesal que los anteriores (art. 849-1 L.E.Cr.) reputa infringido en el motivo segundo el art. 432 C.Penal vigente y 394 C.P. de 1973, por inaplicación.

1. La entidad recurrente entiende que el objetivo de la actividad delictiva

llevada a cabo por los Sres. Luis María, José Ignacio y Juan Antonio era que los dos últimos pudieran hacerse con el 49 % del capital social de la EMSFM sin abonar su precio, lo que constituye una malversación de las contempladas en los preceptos invocados, de la que respondería el Sr. Luis María como autor y el Sr. Juan Antonio (Juan Antonio) y José Ignacio como cooperadores necesarios.

La recurrente puntualiza que no se hace referencia a la sustracción de efectivo por parte de un funcionario, sino al consentimiento de que un tercero lo sustraiga. En suma -viene a precisar- que la sustracción se realizó en este caso mediante la no concreción del precio a pagar por la adjudicataria antes de la adjudicación y en la no exigencia de dicho pago después al amparo de la confusión que dicha indeterminación creaba.

2. El motivo es repetición del formulado por el Mº Fiscal y el Partido Socialista, arguyendo similares razones, por lo que hemos de remitirnos a lo ya dicho. La adjudicación de las acciones sin abonar el precio no puede entenderse equivalente a la sustracción y tampoco la no concreción del precio constituye apoderamiento o acto apropiativo de los que exige el tipo penal que se considera infringido. No concurre la acción típica y el objeto del delito no puede equipararse a la expectativa de que el adjudicatario abonara el precio, en tanto los caudales se hallan en la esfera de disponibilidad del particular. La misma confusión a que hace referencia el recurrente excluiría el delito, pues tal confusión realmente existió dada la contradictoria oferta.

Por su parte la oferta, como las demás que concurren, se condiciona a la compensación o condonación de la deuda de la empresa mixta con el Ayuntamiento. Ninguna de las tres ofertas estaba en condiciones de aportar más de mil millones por tal concepto. El 26 de febrero el Ayuntamiento en cumplimiento de la condición aceptada al ser adjudicado (plenamente regular según sentencia del T.S. Sala III, de 20-mayo-2006), acuerda la compensación (que encubría una condonación). En tal coyuntura el capital social -conforme al informe del Tribunal de Cuentas- arrojaba un saldo negativo de 106 millones de pesetas aproximadamente, así que las acciones no representaban un valor positivo. Por todo ello, según términos de la oferta, se paga la cantidad simbólica de 100 pesetas, con la obligación de aportar 200 millones para ampliar el capital, pagando las deudas que tenía el Ayuntamiento con la sociedad al 31 de diciembre de 1992.

Hasta tal momento nos hallamos ante una adjudicación de acciones que no puede asimilarse a ninguna apropiación; mas, la confusión surge cuando también dentro de la oferta se establecía que el postulante se

comprometía a hacer entrega en concepto de precio del importe (activo neto de la sociedad) que a la sazón pudiera resultar. Sobre esa base y en atención a que la propuesta de condonación de la deuda a favor del Ayuntamiento no se produjo, el interventor municipal entendía que la oferta de Funespaña daba pie a contabilizar la deuda en cuestión.

De ahí, que sugirió y se acordó por el Ayuntamiento y por la "empresa mixta" que sobre las acciones, con el valor que pudiera representar la deuda -que insistía debía pagarse- se constituyera una reserva indisponible; luego, dada la participación mayoritaria del Ayuntamiento, nunca podía hacer propio el valor que en lo sucesivo pudieran tener las acciones, ni enajenarlas o gravarlas. Cuando el Tribunal de Cuentas establece la obligación de satisfacer el crédito adeudado, el acusado desembolsó entre los años 1999 y 2005 la cantidad señalada por dicho Tribunal contable. Nunca dicho Tribunal condenó a restituir algo que previamente se hubiera sustraído.

3. La conducta desplegada, como acabamos de expresar, no reúne los requisitos de un delito de malversación, a pesar del esfuerzo dialéctico para equiparar el término sustraer a los alambicados mecanismos susceptibles de producir un beneficio económico posterior, consecuencia de la adjudicación del 49 % de las acciones de la empresa municipal, convirtiéndose en mixta.

Tampoco debe pasar por alto que según los acuerdos de adjudicación las acciones que se dicen sustraídas pasarán en 2016 al Ayuntamiento, e insistimos, en momento alguno dicho organismo público ha reclamado indemnización por tal concepto. Al contrario la deuda que finalmente, esclarecidos determinados aspectos por el Tribunal de Cuentas, debía satisfacer el acusado Juan Antonio y José Ignacio la pagaron íntegramente, abonando su importe a la sociedad.

El motivo, por lo expuesto, no debe prosperar.

**DÉCIMO NOVENO.-** También por corriente infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.) en el tercer motivo la entidad recurrente considera infringidos por inaplicación el art. 131-3 en relación al 429 y 404 del C. Penal vigente, equivalentes al 358 del C. Penal de 1973.

1. El fundamento de este reproche casacional lo halla en que entre los diversos delitos, a su juicio cometidos por los acusados Sres. Luis María, José Ignacio y Juan Antonio, existió una relación o conexión instrumental, dentro de una actividad delictiva compleja. En tal sentido el tráfico de influencias, del que debe declararse culpable a José Ignacio, fue el instrumento necesario para alumbrar la actividad prevaricadora,

buscando como último objetivo la malversación de fondos públicos por importe de 1.236.270.000 pesetas.

2. El motivo debe estimarse parcialmente una vez hechas las acotaciones pertinentes. Como tenemos dicho en motivos semejantes formalizados por el Fiscal y Matilde en nombre del Partido Socialista Obrero Español, en primer término debemos excluir el delito de malversación inexistente, aunque es aceptable la conexión instrumental del delito de prevaricación y tráfico de influencias.

En segundo término ello sólo es predicable frente al acusado José Ignacio, no en relación a los otros acusados, por todas las razones expuestas no sólo en la sentencia que les absuelve (de todo delito a Juan Antonio; de tráfico de influencias y malversación al Sr. Luis María y únicamente del delito de malversación a José Ignacio), sino por lo argumentado en los motivos equivalentes de los demás recurrentes.

El término de prescripción, efectivamente, es de 10 años para los dos delitos por hallarnos ante un supuesto de un comportamiento delictivo complejo (delitos vinculados) susceptible de una consideración unitaria que obliga a considerar como término de prescripción del conjunto de ellos en conexión material, el que mayor plazo prescriptivo señale, que será el que regirá para todos.

El motivo se estima parcialmente en los términos indicados.

**VIGÉSIMO.-** En el último de los motivos, también por corriente infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.), denuncia infracción del art. 116.1 del C.P.

1. Considera que ha habido una incorrecta aplicación de tal precepto en cuanto D. Luis María con su conducta prevaricadora ocasionó un daño a los intereses públicos, por lo que no existe justificación alguna que le exima de responsabilidad.

Para sustentar tal tesis parte de los términos en que se expresa el hecho probado 23º (pag. 95 y 96), motivación de ese mismo hecho (pag. 140) y fundamento jurídico 2º, y de los cálculos que realiza concluye que el acusado Sr. Luis María debió completar la devolución hecha por José Ignacio y Juan Antonio con 121.643.654 pesetas más, a la que debía ser condenado.

La entidad recurrente sostenía y sostiene que se prevaricó antes y después de la adjudicación, aunque reconoce que la sentencia limita el acto prevaricador a la posterior condonación de la deuda.

2. En el presente motivo se parte de un supuesto no aceptado por la sentencia y es que la prevaricación no recayó sobre la adjudicación.

Igualmente se aparta del hecho probado, haciendo particulares cálculos que el propio Fiscal, al impugnar el motivo, rechaza. Así pues, el hecho probado núm. 23º -folio 95 a 98- cifra la deuda en 2.274.747.645 pesetas, que son las condonadas y posteriormente devueltas al Ayuntamiento -hecho probado 24º, folio 98 y 99- resultando correcto el cómputo del Tribunal.

El Ayuntamiento, que es la única parte legitimada para hacer esta reclamación, no ha hecho ninguna al respecto, lo que conlleva la no derivación de consecuencias civiles, precisamente por el reintegro de la deuda -Fud. de Derecho 10º, fol. 201 y 202 de la sentencia-. El partido político Izquierda Unida no es acreedor de la indemnización que se pretende ni está autorizado para exigirla.

Consecuentes con lo razonado el motivo se desestima.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** La estimación parcial del motivo primero de la acusación particular PSOE y en su totalidad el tercero, así como el tercero, parcialmente, de Izquierda Unida, determina la declaración de oficio las costas procesales respecto a dichos recurrentes e imponerlas al recurrente Sr. Luis María, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E.Criminal.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Luis María contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, con fecha siete de mayo de dos mil ocho, con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Y que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos: por el Ministerio Fiscal, por estimación parcial del motivo primero; de Matilde, en nombre del PSOE, por estimación parcial del motivo primero e íntegramente del tercero; y de Inés en nombre de Izquierda Unida por estimación parcial del tercer motivo, desestimando el resto de los alegados por dichos recurrentes, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta con fecha siete de mayo de dos mil ocho, en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en todos los mencionados recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legisla-

tiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Joaquín Delgado García.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil nueve.

En el Procedimiento Abreviado incoado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el número 53/1999 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, contra los acusados: Luis María, con DNI..., nacido el 1 de junio de 1929, sin antecedentes penales; Simón, con DNI..., nacido el 12 de abril de 1935, sin antecedentes penales; José Ignacio, con DNI: núm..., nacido el 28 de septiembre de 1958, sin antecedentes penales; Antonio, con DNI. núm..., nacido el 3 de febrero de 1947, sin antecedentes penales; Juan Antonio, con DNI: núm..., nacido el 16 de noviembre de 1948, sin antecedentes penales; Ángel, con DNI: núm..., nacido el 5 de abril de 1956, sin antecedentes penales; Jan Marie, sin que conste DNI., sin antecedentes penales; Ignacio, con DNI. núm..., nacido el 7 de octubre de 1948, sin antecedentes penales y Ricardo, con DNI. núm..., nacido el 9 de junio de 1958, sin antecedentes penales; siendo responsables civiles: Funespaña S.A.; Astaldo, S.A.; Inversiones y Asesoramientos Financieros S.L. y Itcon B.V. (en rebeldía); y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo lo Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se admiten y dan por producidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha siete de mayo de dos mil ocho, incluso su relato de hechos probados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

**SEGUNDO.-** Los delitos de los que debe responder José Ignacio se ciñen a uno de prevaricación en concepto de cómplice y otro en calidad de autor directo de tráfico de in-

fluencias. El ensamblaje o conexión existente entre ambos, como dijimos, incontestable, permite considerarlos como dos delitos (bien sea en concurso ideal, art. 71 C.P. 1973 o medial o instrumental, también art. 71, o bien como una relación de conexión material o vinculación delictiva, según el criterio jurisprudencial ampliamente consolidado).

En el complejo delictivo (ambos delitos) concurre la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, pues ningún comportamiento procesal retardatorio se atribuye al acusado Sr. José Ignacio y la sentencia establece unas razones objetivas extensibles a todos los acusados.

Como reza el fundamento jurídico octavo (pag. 201 de la combatida) en la excesiva "duración del proceso han concurrido causas del todo independientes del comportamiento de los enjuiciados", pasando a enumerar alguna de ellas.

La atenuación debe ser valorada con la intensidad que le atribuye la sentencia y, por ende, debe ser estimada en la individualización penológica de los delitos cometidos por José Ignacio, descendiendo la pena, como hace la Audiencia, en un grado.

Las penas a imponer serán las correspondientes al Código vigente al cometer los hechos por ser más beneficioso. Así resulta lo siguiente:

a) Como cómplice de un delito de prevaricación, art. 358 consumado (un grado inferior por la complicidad) y con la atenuante cualificada de dilaciones indebidas (otro grado más de reducción) determina la imposición de una pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de ptas. Ello es consecuencia de la aplicación de las escalas graduales, a que se refiere el art. 73 C.P. que, previendo para el delito básico la pena de inhabilitación especial, un grado inferior nos llevaría a la de suspensión y otro grado más a la pena de multa antes mencionada por ser esa pena pecuniaria la última de todas las escalas graduales.

b) Por el delito de tráfico de influencias (art. 404 bis b) en concepto de autor de una infracción consumada, con la rebaja de una pena por la atenuante cualificada resultaría, dado el carácter conjunto:

1) El arresto mayor, se convertirá en multa de 100.000 a 1.000.000 ptas.

2) Multa en relación al valor del beneficio obtenido (1.236.270.000 ptas.) al rebajarla en un grado habría que dividir por mitad esa cifra, resultando esa cantidad como límite máximo y 618.135.000 ptas. (art. 76 C.P. de 1973), como límite mínimo.

TERCERO.- Sobre esos parámetros es patente cual es la pena más

grave, pues aunque teóricamente debe ser la de inhabilitación especial por el efecto gravísimo que provoca en un funcionario público o autoridad, dichas consecuencias punitivas no se producen cuando el partícipe es un "extraneus" que carece de la condición personal que prevé el precepto para el sujeto activo, autor directo de la infracción y todavía son más tenues los efectos penológicos cuando se participa en el hecho en calidad de cómplice.

Pero como tampoco sería favorable al reo imponer esa gravísima multa en su mitad superior, hasta el límite que represente penar ambas infracciones por separado (art. 71 C.P.), procede sancionar las infracciones separadamente.

Considerando justas las penas de 100.000 ptas. por el delito de prevaricación y 100.000 ptas. más 618.135.000 ptas. (dos multas) por el de tráfico de influencias.

CUARTO.- Las costas procesales de la instancia se imponen a José Ignacio en el porcentaje de 2/72 partes, teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia impone 1/72 por cada acusado y delito y ninguna de las partes ha atacado tal decisión judicial (art. 123 C.P.).

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que, manteniendo la condena de Luis María, debemos condenar y condenamos a José Ignacio como cómplice responsable de un delito consumado de prevaricación y como autor de otro delito consumado de tráfico de influencias, con la concurrencia en ambos de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a tres penas de multa, una de 100.000 ptas. (601,01 euros), por la prevaricación (con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago); y otras dos, una de 100.000 ptas. (601,01 euros) con igual arresto sustitutorio y otra de 618.135.000 ptas. (3.715.066,17 euros) por el delito de tráfico de influencias con arresto sustitutorio caso de impago por 5 meses, con imposición de 2/72 partes de las costas de la instancia con exclusión de las de las acusaciones populares.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Joaquín Delgado García.

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



2009/265828

TS Sala 4ª, Sentencia: 26 octubre 2009. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

## Válido congreso de sindicato por inexistencia de vulneración de derecho fundamental

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante -afiliado al sindicato demandado- frente a sentencia que rechazó su demanda sobre protección de derechos fundamentales.*

*La Sala señala, entre otras cosas, que se ha de confirmar la competencia objetiva de la AN para conocer del presente proceso puesto que se han impugnado los acuerdos adoptados en el III Congreso Nacional del Sindicato demandado, siendo la actuación de éste de ámbito nacional; por otro lado, el Reglamento del mencionado Congreso no puede calificarse de ilegal en base a la opinión del actor de que tenía como único objeto "la proscripción de cualquier candidatura disidente de la oficialista", pues el mismo fue aprobado por una amplia mayoría y, el hecho de que los componentes de una de las candidaturas formaran parte de las comisiones organizadoras del Congreso no constituye por sí sólo un indicio acerca de la vulneración de la libertad sindical; las alegaciones vertidas en el recurso se limitan a discrepar la valoración probatoria verificada por la Sala "a quo", por lo que la sentencia ha de ser confirmada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor, afiliado al Sindicato Independiente de la Agencia Tributaria (SIAT), interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que -tras las concreciones que verificó en el acto del juicio- acabó solicitando que se anularan todas las actuaciones llevadas a cabo en materia del III Congreso de SIAT, en especial lo relativo a proceso electoral y ponencias, así como que se condenara al mencionado Sindicato - único al que, en definitiva, acabó demandando- a abonarle 6.000 euros en concepto de daños por la vulneración de derechos fundamentales que el demandante sostenía habersele ocasionado.

Se apoyaba la demanda, en esencia y resumen, en una pretendida violación del art. 14 de la Constitución española (CE), en cuanto a la desigualdad de armas que el actor atribuía en el proceso de elección de cargos, y violación también del art. 28 CE en lo referente a la libertad sindical, en concreto en lo dispuesto en el art. 2.1.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS). Todo ello con relación a la aprobación por amplia mayoría de la Comisión Ejecutiva Nacional -el día 21 de septiembre de 2007 con el voto en contra del demandante- de un Reglamento del III Congreso Nacio-

nal Ordinario de SIAT, en cuyo acto se acordó, también mayoritariamente, nombrar a los miembros componentes de la Comisión de Organización del mencionado III Congreso, así como de los que compondrían la Comisión de Resoluciones, tal como se constata en el hecho probado 5º de la resolución combatida.

La demanda fue desestimada por la Sala de instancia en su Sentencia de 7 de julio de 2008, y contra ésta ha interpuesto el demandante el presente recurso de casación, en su modalidad de común o tradicional.

Se articula el recurso a través de once motivos, los siete primeros conducidos por el cauce del art. 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) -error en la apreciación de la prueba-, y los cuatro restantes a través del apartado e) del citado precepto procesal. Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal defienden la procedencia de desestimar todos y cada uno de los motivos del recurso.

SEGUNDO.- Antes, sin embargo, de entrar en el estudio del fondo del recurso, hemos de ocuparnos de tratar la cuestión relativa a si la competencia objetiva para el conocimiento del pleito en la instancia la ostenta la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ante el que la demanda se



interpuso y se resolvió, o si, por el contrario, dicha competencia incumbía al correspondiente Juzgado de lo Social; cuestión ésta que en su día decidimos plantear mediante concesión de audiencia al respecto a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, habiéndose pronunciado el recurrente en el sentido de que la competencia incumbía “al orden jurisdiccional social” (duda ésta que, obviamente, no se había suscitado), y tanto el Sindicato recurrido como el Ministerio Fiscal en el de señalar que dicha competencia incumbe a la Sala “a quo”, ante la que la demanda se interpuso, se sustanció y se decidió.

El art. 2.h) de la LPL atribuye expresamente a los diversos Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus asociados”, distribuyendo esta competencia objetiva entre los diversos órganos los arts. 6º, 7º y 8º a favor, respectivamente, de los Juzgados de lo Social, y de las Salas de igual índole de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. A esta última se refiere el citado art. 8º, al establecer que “la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los procesos a que se refieren los párrafos g), h), i), k), l) y m) del artículo 2, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”.

Esta Sala ha tenido diversas ocasiones de interpretar los mencionados preceptos a propósito del enjuiciamiento de litigios relativos a la aplicación del párrafo h) del primero de los citados. Por lo que aquí interesa, procede hacer referencia, en primer lugar, a nuestra Sentencia de 26 de marzo de 2001 (rec. 4363/99), votada por el Pleno y relativa a la impugnación de una sanción impuesta a un cargo sindical, miembro de la Ejecutiva de un sindicato de ámbito nacional.

Razonó la Sala (F.J. cuarto.4) que “un conflicto individual que afecte a un concreto afiliado y al Sindicato al que pertenezca, aunque aquél o éste, en su caso, tengan un cargo o un ámbito de actuación que trascienda del territorio de una CC.AA., no puede convertirse en un conflicto cuyos efectos, en el sentido orgánico-procesal del término, trascienda del ámbito territorial superior al de una CC.AA. y otorgue automáticamente a este tipo de litigios una naturaleza o un carácter de afectación generalizada no previsto expresamente en nuestra normativa orgánica ni procesal y que podría situar en una situación de “privilegio procesal” a los afiliados a un sindicato frente a los delegados sindicales o frente a los representantes unitarios cuyas san-

ciones se impugnan por los procedimientos específicamente establecidos en única instancia ante el correspondiente Juzgado de lo Social y con los recursos legalmente establecidos (arg. ex arts. 6, 10, 114, 115 y 189.1 LPL), aunque su representación pudiera tener un ámbito de actuación superior a la circunscripción de un Juzgado de lo Social o de una CC.AA., en su caso, aunque, al igual como ahora acontece, pudiera afirmarse que todos los trabajadores representados por el sancionado se ven afectados por la sanción impuesta al mismo”, y continúa diciendo (apartado 5) que “la acción ahora ejercitada, en la que se impugna por un afiliado que ostenta un cargo sindical de ámbito estatal una sanción individual, no es, por tanto, subsumible en aquellas cuestiones de cuyo conocimiento en instancia a través de los procedimientos legalmente atribuidos tiene asignados la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, pues los efectos directos del procedimiento no se extienden a un ámbito territorial superior al de una CC.AA., sino que, al no afectar al funcionamiento del sindicato a nivel territorial superior al de una CC.AA., solamente inciden de forma directa en las relaciones entre el sindicato y el afiliado sancionado”.

La doctrina sentada en dicha resolución -que cambiaba una anterior de signo contrario- fue reiterada en la Sentencia de 19 de mayo de 2001 (rec. 56/03), relativa asimismo a la impugnación de una sanción impuesta por un sindicato a un afiliado suyo, si bien en este caso la duda se planteaba entre el Juzgado de lo Social y la Sala de igual clase de un Tribunal Superior de Justicia.

En nuestra Sentencia de 2 de julio de 2001 (rec. 3815/00), recaída en un proceso sobre tutela de libertad sindical, se aplicó la misma doctrina, atribuyendo la competencia objetiva a la correspondiente Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia (y no a la de la Audiencia Nacional), con base en aparecer acreditado que “el ámbito litigioso carece de afectación nacional, al comprometer a una empresa que...limitaba geográficamente su actividad a la Comunidad Autónoma de Madrid”, por más que el Sindicato afectado tuviera ámbito nacional.

Y en la Sentencia de 10 de junio de 2009 (rec. 125/08) se atiende asimismo al ámbito territorial de afectación del conflicto jurídico y no al del órgano implicado en el mismo (en el caso un Comité de Empresa, representante de los trabajadores de solo una provincia). Se trataba de la impugnación tácita (o “solapada”, en expresión de la Sala) de un Acuerdo de ámbito nacional, por lo que el Tribunal entendió que la competencia en este caso correspondía a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dado que los efectos de la decisión se extendían a todo el territorio del Estado español.

TERCERO.- Aplicando al caso aquí enjuiciado la doctrina que de lo expuesto en el anterior fundamento se desprende, podemos anticipar ya desde ahora que la competencia objetiva para el conocimiento de la presente controversia corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tal como sostiene el Ministerio Fiscal en su informe.

De las resoluciones a las que anteriormente hemos aludido resulta que es el ámbito geográfico al que pueda afectar la resolución que recaiga, independientemente del territorio que abarque el órgano cuya decisión se discute, o del cargo que en él pueda ostentar la persona interesada en el proceso, lo que determina que la competencia objetiva para el conocimiento de dicho proceso quede atribuida a alguno de los tribunales a los que se alude en los arts. 6º, 7º y 8º de la LPL, en relación con los arts. 67 y 75 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, el “petitum” de la demanda consiste en que “se anulen todas las actuaciones llevadas a cabo en materia del III Congreso del SIAT, en especial lo que se refiere al proceso electoral y de ponencias y se nombre una comisión gestora formada de modo paritario por miembros del sindicato nombrados a partes iguales por cada una de las candidaturas que se presenten, para que asuman la Secretaría General Nacional y de la Comisión Ejecutiva Nacional hasta tanto no se provea a los estatutos de un régimen electoral interno que sea aprobado en el Congreso Nacional...”; esto es: el demandante (ahora recurrente) está impugnando los acuerdos adoptados en el III Congreso Nacional, que es el máximo órgano del sindicato, siendo la actuación de éste de ámbito nacional (hecho probado 1º de la resolución combatida), ya que representa a trabajadores de todo el territorio español.

De esto se desprende con la suficiente claridad que la estimación de la demanda habría de tener repercusión en más de una comunidad autónoma, toda vez que afectaría a trabajadores del ámbito territorial al que acabamos de aludir, e incluso a la propia estructura del sindicato.

Habida cuenta de que el art. 2.h) de la LPL atribuye a los diversos Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus asociados”; y el art. 4 de la LOLS regula el régimen jurídico sindical que, entre otras cuestiones, comprende lo relativo a los órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como el régimen electivo de sus cargos y los requisitos y procedimiento para la adquisición y

pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de estatutos, fusión y disolución del sindicato (apartado 2.c/ y d/), es visto que no se trata meramente en el presente proceso de dirimir una controversia relativa a una cuestión que se circunscriba a alguna decisión concreta del sindicato que afecte a uno de sus afiliados, sea cual fuere el cargo o situación que éste ocupe dentro de la jerarquía de aquél, sino que, por más que el demandante haya sido una persona individual y accione a la postre en defensa de sus derechos fundamentales, es lo cierto que -como acertadamente señala el Ministerio Fiscal- dicho actor “ha promovido un conflicto de cuyo resultado dependen con manifiesta claridad efectos que trascienden los de la provincia en cuestión y alcanzan al territorio del Estado al que se extiende la actuación del Sindicato”, pues los efectos de la posible sentencia estimatoria que recayera habrían necesariamente de afectar a toda la estructura del sindicato interpelado y, con él, a todos los trabajadores por él representados, que radican en todo el territorio nacional.

En definitiva, la competencia objetiva para conocer del proceso incumbe a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de acuerdo con la normativa a la que anteriormente hemos hecho referencia. En consecuencia, a continuación habremos de ocuparnos del tratamiento del fondo del recurso.

CUARTO.- Como razonábamos, entre otras muchas, en nuestras Sentencias de 12 de marzo de 2002 (rec. 379/01), 6 de julio de 2004 (rec. 169/03), 18 de abril de 2005 (rec. 3/04) y 12 de diciembre de 2007 (rec. 25/07), “respecto del error en la apreciación de la prueba tiene reiteradamente declarado esta Sala (Auto de 5 de marzo de 1992 y Sentencias de 2 de junio de 1992, 31 de marzo de 1993 y 4 de noviembre de 1995 entre otras muchas) que, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial (en el recurso de casación únicamente puede buscarse apoyo en la documental, conforme al art. 205.d/ LPL) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia”.

Y acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, nuestra Sentencia de 11 de marzo de 2004 y las que en

ella se citan han señalado que “éstos (los documentos) deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas”.

QUINTO.- Con arreglo a la doctrina expuesta, los siete motivos atinentes al pretendido error en la valoración de la prueba deben decaer, por las razones que seguidamente pasamos a exponer:

-En el primer motivo se pretende la adición de un nuevo hecho probado, consistente únicamente en que se relacionen los miembros que componían cada una de las dos candidaturas (“A”, que salió vencedora, y “B”, encabezada por el actor y que resultó derrotada) que se presentaron al III Congreso del SIAT. Con dicha petición y la amplia argumentación con la que el recurrente trata de sustentarla, se pretende convencer a la Sala acerca de que los miembros de la candidatura “A” tenían ventaja sobre los de la candidatura “B”, estando éstos últimos en inferioridad de condiciones respecto de aquéllos.

Pretensión que no puede prosperar, pues el recurrente trata de llevar a cabo una valoración, en forma personal y lógicamente interesada, del conjunto probatorio, en contra de la apreciación imparcial operada por los juzgadores de instancia; olvidando que el presente recurso no es el ordinario de apelación, sino el extraordinario de casación en el que no caben las argumentaciones o conjeturas (que es precisamente lo que el recurrente aporta al respecto) para destruir la convicción del órgano de instancia, que se ha apoyado en todo el acervo adversatorio, del que incluso ha formado parte la prueba testifical.

-En el segundo motivo, se pretende completar el hecho probado 5º (antes aludido) con las conclusiones a las que el recurrente llega con base en la aportación de los nombres de los componentes de cada una de las dos Comisiones (de Organización y de Resoluciones), en relación con determinados preceptos del Reglamento. Pretensión que asimismo debe rechazarse, pues al Reglamento en su totalidad ha hecho referencia la Sala de instancia -remitiéndose a su total contenido, de suerte que éste ha quedado incorporado al relato histórico-, contra todo lo cual no puede prevalecer el razonamiento del recurrente, tratando de sacar sus propias conclusiones con base en unos elementos probatorios que ya han sido apreciados, en su conjunto armónico, por el órgano de primer grado.

-En el tercer motivo se trata de complementar el mismo hecho 5º con la expresión de las funciones que el Reglamento atribuye a cada

una de las Comisiones de Organización y de Resoluciones. Motivo que procede rechazar por la misma causa expresada respecto del anterior.

-En el cuarto motivo se trata de ofrecer una nueva redacción de los hechos probados 8º y 10º, todo ello de forma oscura y apoyándose en varios documentos en su conjunto, tratando así de alterar la versión de la resolución impugnada, con lo que claramente se aparta de nuestra expuesta doctrina en la materia, por lo que el motivo debe decaer.

-En el quinto motivo (relativo al hecho probado 11º) se pretende que se consignen los nombres de las personas que asistieron a una reunión en Zaragoza, lo que también ha de rechazarse, pues no explica el recurrente qué quiere acreditar con ello, aparte de que cita como apoyo el conjunto de varios documentos, obrantes unos en su ramo de prueba y otros en el de la adversa.

-En el sexto motivo lleva a cabo una valoración particular de la prueba, con base en el conjunto de varios documentos, de los que extrae unas conclusiones, que más bien son conjeturas, para tratar de destruir las afirmaciones que la Sala de instancia verifica, con valor de hecho probado, en el fundamento tercero de la recurrida en orden a que la candidatura del actor (la B) fue realmente proclamada en tiempo y forma oportuna, y no solamente lo había sido la A, por lo cual merece asimismo rechazo este motivo.

-En el motivo séptimo se trata de completar y aclarar el hecho 16º, proponiendo la adición de otro hecho, basado nuevamente en conjeturas consistentes en que se ha perseguido de manera injusta al actor y a otros afiliados, para lo que se basa en un documento que, como señala el Ministerio Fiscal, “consta de cinco folios y solo pretende la incorporación de los últimos párrafos, obviando el resto del texto...”, de todo lo cual resulta la procedencia de desestimar también este último motivo relativo a la apreciación probatoria.

SEXTO.- Se encauza ya el motivo octavo por la vía del apartado e) del art. 205 de la LPL, denunciándose como infringidos los arts. 4.2.c) y 2.1, apartados c) y d), de la LOLS, así como el art. 28 de la CE “en relación con los artículos 26 y 19 de los Estatutos del SIAT”.

A este respecto ha de comenzarse por puntualizar que los preceptos de los Estatutos del Sindicato no forman parte del ordenamiento jurídico -y así lo reconoce el propio recurrente-, por lo que no están comprendidos en art. 205.e) de la LPL como susceptibles de fundamentar un recurso de casación en su posible quebrantamiento.

Lo que el recurrente pretende con este motivo es defender sus tesis en el

sentido de que el Reglamento del III Congreso es ilegal, porque, en su opinión, tenía como único objeto “la proscripción de cualquier candidatura disidente de la oficialista”. Sin embargo, en la argumentación de defensa del motivo el recurrente se aparta del relato histórico de la resolución que combate, pues dice que es la primera vez en la historia que “se planifica la elaboración de un reglamento que vehiculiza el camino a la Asamblea del Congreso...”, en contra de lo que se declara, con claro valor de hecho acreditado, en el tercer fundamento de la resolución combatida, en el que se da noticia de que en el II Congreso General ya había sido aprobado un Reglamento para su regulación, así como que el que ahora se tilda de ilegal fue aprobado por una amplia mayoría (78 votos a favor, 6 en contra y 3 abstenciones), como consta en el hecho probado 13. Y el hecho de que los componentes de la candidatura “A” formaran parte de las Comisiones organizadoras del Congreso no constituye por sí sólo ningún indicio o presunción seria acerca de la vulneración de la libertad sindical, en el sentido que requiere la jurisprudencia constitucional que se contiene, entre otras, en la STC 308/2000 de 18 de diciembre (FJ 3º) y las que en dicho fundamento se citan. Por todo ello, el motivo debe decaer.

SEPTIMO.- El motivo noveno denuncia infracción de los arts. 2.1, c) y d), de la LOLS y 28 de la CE -que ya habían sido denunciados en el motivo anterior-, en relación con los arts. 6 y 42.3.c) de los Estatutos del SIAT (dejamos aquí rectificado el casi seguro error material en cuanto a la cita del primero de los preceptos aludidos, que el recurrente refleja como art. “21”, pues la LOLS solo contiene 15 artículos).

En este punto, una vez más lleva a cabo el recurrente una particular valoración de la prueba, en contra de lo apreciado por los juzgadores de instancia, intentando introducir un indicio inexistente en el sentido de que, en su opinión, las Comisiones de Organización y de Resoluciones “maltrataron” (según gráfica expresión del Ministerio Fiscal) ó desactivaron la Ponencia del demandante. Se trata, una vez más, de meras hipótesis por parte del recurrente, que no vienen refrendadas por las conclusiones que, tras la valoración probatoria, obtuvo la Sala de instancia.

También en el motivo décimo se vuelve a denunciar como infringido el art. 2.1.c) de la LOLS y el art. 28 de la CE, pero añadiéndose aquí “el art. 14 de la Carta Magna “. Sigue sosteniendo, al margen e incluso en contra de lo declarado probado que la candidatura “A” se prevaleció de su condición de “oficialista” para perjudicar a la “B”, e invoca nuestra Sentencia de 14 de marzo de 2007 (rec. 34/06) que, en el caso por ella enjuiciado, apreció la violación del principio constitucional de igualdad, pero basándose en una situación fá-

ctica diferente a la que en el caso presente aparece como acreditada.

Finalmente, el motivo undécimo denuncia la infracción del art. 179.2 de la LPL y de la Directiva 76/207/CEE, antes y después de su modificación por la Directiva 2002/73/CEE, reiterando una vez más su discrepancia con la valoración probatoria verificada por la Sala “a quo”, entendiéndose que existen suficientes indicios para que se produzca la inversión de la carga de la prueba que, en su opinión, habría de gravitar sobre la demandada en el sentido de tener que demostrar que la incoación de expedientes disciplinarios al recurrente y a otros compañeros no obedeció a ánimo de vulnerar su libertad sindical.

Sin embargo, este dato no supone indicio alguno en el sentido que el actor y recurrente pretende, toda vez que la petición por parte del Consejo Nacional acerca de la incoación de los aludidos expedientes disciplinarios, por presunta vulneración de los Estatutos del SIAT, se produjo en una reunión extraordinaria celebrada el día 6 de marzo de 2008 (hecho probado 16), esto es, cuatro meses después de la celebración del III Congreso cuya nulidad se pretende.

Por todo lo cual procede también la desestimación de estos tres motivos y, con ella, la del recurso en su totalidad, tal como sostiene el Ministerio Fiscal en su bien fundado informe. Sin costas, por no concurrir los condicionamientos que el art. 233.1 de la LPL requiere para su atribución.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación, interpuesto por D. Darío contra la Sentencia dictada el día 7 de julio de 2008 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 203/07, que se siguió sobre protección de derechos fundamentales, a instancia del mencionado recurrente contra el SINDICATO INDEPENDIENTE DE LA AGENCIA TRIBUTARIA y otros. Confirmamos la Sentencia recurrida, sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/259262

TS Sala 4ª, Sentencia 21 septiembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

## Aplicación de topes en las ayudas a prejubilaciones en empresas mineras del carbón

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador prejubilado demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de cantidad.

La Sala señala que la interpretación correcta del art. 9 RD 808/2006 por el que se establece el régimen de ayudas a las prejubilaciones vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón es la contenida en la sentencia impugnada; así pues, por un lado se establecen los topes máximo y mínimo de la cantidad bruta garantizada y, por otro, si esta cantidad, como es el caso, en función de las bases máxima y normalizada excede más del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador habría de reducirse hasta dicha cuantía; esta limitación tiene por objeto, dice la Sala, evitar el absurdo que supondría que el actor percibiera en situación de prejubilación una mayor cantidad que la que percibía como salario medio estando en activo.

2009/240076

TS Sala 4ª, Sentencia 8 octubre 2009.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

## Paga por antigüedad a profesora sin tener en cuenta los complementos retributivos autonómicos

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Educación codemandada frente a sentencia que la condenó al abono de la cantidad reclamada por la actora, profesora en el colegio codemandado, en el sentido de incluir en la paga extraordinaria por antigüedad a la que se refiere el art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Sostenidas Total o Parcialmente con Fondos Públicos el complemento autonómico.

La Sala declara, siguiendo la establecido en otras sentencias dictadas por el TS, que el artículo mencionado dispone que el importe de la paga extraordinaria por antigüedad es igual a la cuantía de las pagas extraordinarias que se regulan en el art. 59 del mismo convenio colectivo y, por tanto, es claro, que los complementos retributivos autonómicos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga debatida pues en el art. 59 no se computan tampoco para calcular el montante de las pagas extraordinarias que este último precepto prevé.

# RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2009/259053

TS Sala 1ª, Sentencia 2 noviembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

## Validez de transacción extrajudicial al concurrir consentimiento de ambas partes

Declara la Sala haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora, casando la sentencia de la Sala de instancia, y declarando la validez del contrato de transacción celebrado entre las partes con la finalidad de resolver extrajudicialmente sus diferencias, toda vez que entiende la Sala que el contrato se perfeccionó por el consentimiento de las partes, puesto que la demandada emitió una verdadera oferta de acuerdo, que fue aceptada por la parte actora.

2009/259057

TS Sala 1ª, Sentencia 2 noviembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

## Validez de junta general ordinaria celebrada fuera de plazo

Declara la Sala no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora, considerando que no puede declararse nula la junta general ordinaria de la sociedad por haberse celebrado fuera de los seis primeros meses del ejercicio, señalando que aún cuando hay jurisprudencia diversa al respecto, la cuestión ha quedado zanjada con la reforma operada en la LSA por Ley 19/2005, que establece que la junta general ordinaria será válida aun que haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.

2009/275998

TS Sala 1ª, Sentencia 20 noviembre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

## Eficacia de contrato de permuta de cosa futura

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada por

la AP que la confirma. La Sala, entre otros pronunciamientos, declara la eficacia del contrato de permuta de cosa futura celebrado entre los litigantes, del que se desprende las viviendas y locales de negocio que se dan a cambio de unos terrenos, que quedan determinados definitivamente al ejecutar el contrato con un criterio de buena fe y racionalidad, por lo que no se puede acoger la pretensión de la actora de nulidad del contrato por absoluta indeterminación del objeto.

tundo, firme y seguro con que se manifestaron. Además de aludir a documentación obrante en las actuaciones, que no identifica más que por remisión, es claro que ese aspecto del proceso de convencimiento del Tribunal, en la medida que no exterioriza argumentos ilógicos, y es tributario en gran medida de la intermediación del juzgador en la producción de la prueba, no puede ser objeto de control en casación.



2009/245673

TS Sala 2ª, Sentencia 14 octubre 2009.  
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

## Absolución de la condena en costas a la acusación particular

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de apropiación indebida y societario. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la condena en costas a la acusación particular, por cuanto el Tribunal de instancia no motiva nada en este particular, y si bien, de acuerdo a los criterios de esta Sala, la condena en costas puede ser procedente como regla general, salvo los supuestos de actuación superflua o perturbadora en el proceso, es siempre necesaria una motivación que justifique su condena, que en este supuesto no se ha producido.

2009/245670

TS Sala 2ª, Sentencia 7 octubre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

## Delito continuado de estafa: declaración de las víctimas engañadas

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito continuado de estafa. El TS verifica que la sentencia recurrida proclama la total credibilidad que le merecieron los testigos estafados, por la ausencia de motivos para la duda, por la coincidencia en sus manifestaciones y por el modo ro-



2009/265745

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 8 octubre 2009.  
Ponente: D. Manuel Martín Timón

## Desestimación del recurso de revisión al no ser recurso subsidiario de unificación de doctrina

El TS desestima el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid que confirmaba la resolución del TEAR de Madrid, por la que se desestimó la reclamación formulada contra la liquidación correspondiente a sanción por infracción tributaria grave, impuesta tras liquidación provisional del impuesto de sociedades, ejercicio 2000, pago fraccionado, segundo semestre, derivada de que la AEAT detectó en su momento que la hoy recurrente presentó la declaración correspondiente con resultado negativo, debiendo tributar a razón del 18% de la cuota íntegra del último periodo impositivo. La Sala expone que lo que se plantea es un caso de sentencias de la propia Sala y Sección que, en presencia de iguales supuestos de hecho, fundamentos y pretensiones de litigantes en la misma o similar posición, habían adoptado soluciones contrapuestas. En su caso, esta situación sería susceptible de un recurso de casación para unificación de doctrina, hoy previsto en los arts. 96 y 97 LJCA, pero no de un recurso extraordinario de revisión que, en manera alguna, está concebido, ni puede concebirse, como recurso subsidiario respecto de sentencias firmes que, en criterio del recurrente, no fueran recurribles mediante la expresada modalidad casacional.