

Roj: SAN 1169/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1169
Id Cendoj: 28079220012016100010

Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 6/2015

Nº de Resolución: 10/2016

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: JUAN RAMON SAEZ VALCARCEL

Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Penal

Sección Primera

Rollo de Sala nº 6/2015

Procedimiento abreviado nº 106/2012

Juzgado Central de Instrucción nº 2

Tribunal:

D^a. Manuela Fernández Prado (presidenta)

D. Ramón Sáez Valcárcel (ponente)

D. Fermín Echarri Casi

SENTENCIA Nº 10

En Madrid a 18 de abril de 2016.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la causa referenciada, seguida por delito de malversación, falsedad documental y prevaricación.

Han sido partes:

> Como acusación: el Ministerio Fiscal, representado por D^a. Carmen Monfort y el Abogado del Estado, representado por D. Edmundo Bal Francés.

> Como acusado: D. Horacio , nacido el NUM000 ,1961 en Mieres (Asturias), hijo de Rafaela y Mateo , que fue defendido por el letrado D. José María Garzón Flores.

I- ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- Por auto de fecha 13.7.2015 se acordó abrir el juicio oral contra el acusado por los delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental; se remitió la causa a esta sección el 22.7.2015. El juicio se ha celebrado el pasado 4 de abril.

2- El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado consideraron que era más beneficioso el Código penal vigente en el momento de los hechos, que calificaron como constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 433 y 432.1 del Código penal (Cp), un delito continuado de prevaricación administrativa del artículo 404 Cp y un delito de falsedad en documento oficial del art. 390.1.1º Cp (todos ellos en relación con el art. 74 CP). Alternativamente propusieron que el delito de malversación concurría medialmente con los otros dos en los términos del art. 77 Cp . Solicitaron la imposición de pena de 5 años de prisión e inhabilitación absoluta por 8 años por la malversación, 9 años de inhabilitación especial por la prevaricación y 5 años de prisión mas multa de 20 meses a razón de 50 euros día e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 4 años. En la calificación alternativa pidieron una pena de 6 años de prisión, multa de 24 meses con 50 euros día e más inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público

por 6 años. Además, el pago de las costas causadas. Respecto a la responsabilidad civil y conforme al art. 49.3 de la Ley del Tribunal de Cuentas interesaron que fuera determinada en dicha sede en juicio por alcance.

3.- La defensa solicitó la absolución.

II.- HECHOS PROBADOS.

I.- D. Horacio es funcionario de la carrera diplomática y fue destinado como embajador de España en Finlandia en mayo de 2011. Inmediatamente después de su llegada, la residencia del jefe de Misión se quedó sin personal doméstico de limpieza. Ante la dificultad de reclutar empleados en Helsinki, el embajador buscó a dos trabajadoras dispuestas a migrar para realizar ese trabajo. Encontró a una, la Sra. Ángela, por medio de la encargada de recursos humanos de un hotel de la ciudad (D^a. Antonia, era su hermana), nacional de Filipinas, a la otra, la Sra. Frida, por mediación del conductor de la Embajada de España en Yemen, donde aquel había servido su último destino; la Sra. Frida era la esposa del conductor.

2.- Al tiempo que realizaba el traslado de su familia a Finlandia, auxiliado por el canciller Sr. Ismael, el Sr. Horacio recabó de las Embajadas en Filipinas y Yemen un visado de entrada en España que permitió a las dos mujeres viajar hasta Helsinki; a ese fin y como las candidatas carecían de medios económicos, facilitó personalmente a la Sra. Frida el dinero para pagar el billete de avión y sugirió al canciller que se anticipara de la caja de la embajada la cantidad necesaria para que la Sra. Ángela se desplazara vía aérea desde Manila, cantidad que debería descontársele de su primer salario según ordenó el embajador. En esos términos, el canciller remitió a la hermana de la Sra. Ángela, Antonia, la cantidad de 1.615,06 euros, que anotó como salida en el Diario de caja y en el Balance general, con fecha 16.6.2011; una vez que esta adquirió el pasaje devolvió 344,72 euros el 20.6.2011, dato que se contabilizó.

3.- Días después, a fines de junio la Sra. Ángela y la Sra. Frida llegaron a Helsinki. Empezaron a trabajar en la residencia del jefe de Misión, donde se alojaban, el 30 de ese mes, después de suscribir un contrato de prestación de servicios domésticos, redactado en inglés, de fecha 1.7.2011, que también firmó el Sr. Horacio en su calidad de embajador; la contraprestación pactada fue de 800 euros y se fijaba un plazo de duración hasta que se cubriera la plaza en forma.

Las dos empleadas percibieron 50 euros el 22.7.2011 (por un día de trabajo de junio), 800 euros el 29.7.2011 como retribución de ese mes, 800 euros el 29.8.2011 y la misma cantidad de 800 euros el 30.9.2011, en idéntico concepto. El canciller anotó en la contabilidad oficial dichos pagos y conceptos.

4.- Cuando las dos trabajadoras empezaron a prestar los servicios, se solicitó autorización al Ministerio de Asuntos exteriores y cooperación (Maec) para la provisión de las dos plazas de mayordoma y empleada de la residencia y, una vez se obtuvo, se inició el concurso previsto en las normas de contratación de personal laboral. El proceso de selección fue llevado a cabo por un órgano colegiado compuesto por el embajador Sr. Horacio, el canciller Sr. Ismael y la auxiliar Sra. Remedios, siendo adjudicadas las plazas a las Señoras Ángela y Frida.

5.- Al tiempo se recabó la autorización para que pudieran vivir y trabajar en Finlandia; el canciller ayudó a la Sra. Ángela y a la Sra. Frida a tramitar los permisos. Fueron convocadas ante la policía el 5.9.2011 y el canciller abonó, con cargo a la caja de la embajada y como anticipo de su primer salario, 400 euros en concepto de tasas para cada una, el 8.9.2011; en ese momento se les requirió para que aportaran la documentación pertinente (pasaporte y oferta de trabajo).

6.- Para su presentación ante la Administración de extranjería, el personal de la Embajada confeccionó dos precontratos de trabajo, que se redactaron en inglés y que fueron suscritos por el Sr. Horacio y por las empleadas, para la realización de tareas domésticas; no se mencionaba la categoría laboral que ostentarían, aunque se incluían las funciones a realizar, el horario sería el previsto en la legislación laboral local, se estipulaban 22 días de vacaciones más 6 días para asuntos personales, un salario de 800 euros más comida y alojamiento. La duración del contrato, a tiempo completo, sería de un año, renovándose a su vencimiento anualmente, con un periodo de prueba de tres meses; también se contemplaban las causas de extinción del contrato. Los documentos fueron firmados por las empleadas a solicitud del canciller, quien siempre actuaba siguiendo instrucciones del embajador.

7.- Las autorizaciones de residencia y de trabajo fueron concedidas el 16.9.2011, la de la Sra. Ángela, y el 10.10.2011, la de la Sra. Frida. En la misma fecha se suscribió el contrato de trabajo, redactado en castellano conforme a los modelos oficiales, con la primera como mayordoma y con la segunda como empleada doméstica. Los contratos, que se remitieron al Maec, eran de duración indefinida, con un periodo de prueba de tres meses, una jornada de trabajo de 1.647 horas al año (37,5 semanales), retribución de

19.768,20 euros íntegros al año para la Sra. Ángela y de 16.838,88 euros para la Sra. Frida ; la relación se sometía a la legislación de Finlandia. Se preveían expresamente las causas de extinción de la relación laboral y las infracciones disciplinarias.

El Sr. Horacio remitió al Encargado de asuntos administrativos de la Embajada una comunicación escrita, el 11.10.2011, para que se informara a las dos empleadas de la finalización del contrato de prestación de servicios y para que, en su lugar, suscribieran el de trabajo, debiendo darles cuenta de las cláusulas y condiciones del mismo, advirtiéndoles que "debe VI acordar con las interesadas la fórmula para que una vez que los contratos estén en vigor y reciban las nuevas retribuciones, devuelvan las cantidades adelantadas a petición de las mismas para hacer frente a los gastos derivados de la tramitación de sus permisos ante estas autoridades, así como, en el caso de la Sra. Ángela , del adelanto por sus gastos de viaje".

Los contratos fueron firmados por las dos empleadas ante el canciller Sr. Ismael , que les explicó su contenido y les entregó una nota en inglés con la información de las cláusulas, para su mejor comprensión.

8.- El Inspector general de Servicios del Maec se desplazó a Helsinki una vez que el canciller denunció al embajador por esos hechos y este, a su vez, le denunciara y solicitara su cese. El departamento de personal en el servicio exterior decidió resolver el contrato de las dos empleadas domésticas antes de que venciera su periodo de prueba bajo el pretexto de que la convocatoria requería "estar en posesión del permiso o autorización de residencia y trabajo en Finlandia, (y) los permisos de trabajo aportados por las contratadas tienen validez de un año y exclusivamente para prestar servicios para esa embajada"; el despido se formalizó el 15.12.2011.

9.- Sus salarios no les fueron abonados hasta después de haber sido rescindidos los contratos, una vez que ellas reclamaron por escrito. El 21.2.2012 se liquidó a la Sra. Ángela en concepto de salarios correspondientes a la quincena de septiembre más octubre, noviembre y diciembre de 2011, 2.044 euros más 1.363,23 más I 275, además de la parte proporcional de la paga extra (221.93 euros). El 9.3.2012 se pagó a la Sra. Frida los salarios devengados desde el 10 de octubre al fin de diciembre (3.561,16 euros). Nadie detrajo de la liquidación los anticipos que habían percibido para responder a las tasas de los permisos administrativos de residencia y la Sra. Ángela para sufragar los gastos de desplazamiento.

10.- Por otro lado, en aquel mes de agosto el Ministerio autorizó a la Embajada la contratación de un empleado de limpieza. Fue seleccionado, en el correspondiente concurso oposición, el Sr. Fernando , nacional de Nigeria que tenía permiso de residencia para estudiar en Finlandia y que ya había prestado algunos servicios para la embajada. Para tramitar el permiso de trabajo, el embajador Sr. Horacio decidió suscribir un precontrato de trabajo, que se redactó en inglés, en términos idénticos a los que se habían elaborado para presentar a la Administración finlandesa en los casos de Ángela y Frida ; llevaba fecha de 3.10.2011, la categoría era empleado de limpieza, especificándose que entre sus cometidos estarían la jardinería, la limpieza de la nieve y el mantenimiento, con un horario de 5 horas por día, vacaciones de 22 días y un salario de 770 euros por mes. Posteriormente se firmó el contrato de trabajo, en castellano, en fecha 10.10.2011, con categoría de empleado de limpieza, jornada de 3 horas diarias, salario de 10.140 euros anuales y 22 días de vacaciones.

En las bases de la convocatoria pública de la plaza constaba la denominación del puesto, las funciones que comprometía (limpieza de la Cancillería, así como de sus jardines y anejos), el salario, en la cuantía señalada, pero no se mencionaba el horario. Posteriormente, el servicio de personal exterior del Maec redujo las funciones previstas en la convocatoria, determinando que el empleado sólo ejecutaría las tareas de limpieza de la Cancillería, pero no la jardinería ni la retirada de la nieve.

11.- En octubre el Sr. Horacio realizó gestiones para contratar en su propio nombre a una persona como empleada doméstica de su familia, además de las que ya lo hacían por cuenta del Estado español (las dos empleadas citadas y un cocinero) para ello solicitó a la Embajada de Filipinas en Helsinki que apostillara un precontrato que debía remitir a D^a. Ángela a Manila -le había sido recomendada por la misma Doña. Antonia , aquella era su cuñada-, para que pudiera tramitar ante la Embajada de Finlandia en su país el visado que le permitiera entrar, residir y trabajar. El precontrato estaba redactado en inglés, era idéntico a los que habían firmado la Sra. Ángela , la Sra. Frida y Don. Fernando con la misma finalidad, y era suscrito por el Sr. Horacio en su calidad de embajador.

No se ha acreditado que el Sr. Horacio fuera a abonar el salario de esta persona con el dinero que obtuviera exigiendo a las dos empleadas que le entregaran parte de su retribución.

12.- En el Diario de caja que llevaba el canciller se hizo constar una salida de 25 euros por el concepto "visado Ángela ". Se ignora el destino de esa cantidad.

13.- La Administración ha reclamado al Sr. Horacio la devolución de 2.095,34 euros (el billete de avión y las tasas de los permisos de residencia y trabajo) más 4.900 euros de "pagos por prestación servicios del personal de la residencia" (retribución por los servicios de limpieza que percibieron las dos empleadas durante tres meses antes de que fueran contratadas con la autorización del Maec).

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Prueba de los hechos.

La defensa interesó de nuevo la declaración testifical Don. Fernando , que fuera denegada por el juez Central de Instrucción al considerarla impertinente y dilatoria. Propuesta como prueba en su escrito de conclusiones provisionales se inadmitió porque no se aportaba dato alguno para localizarle, ni su país de residencia ni domicilio; posiblemente la parte no cuenta con esa información. Ha de tenerse en cuenta que se trata de un ciudadano nigeriano, que en el momento de los hechos residía en Finlandia y trabajó para la Embajada española. Es cierto que su contratación forma parte del objeto del juicio, calificado como un hecho falsario por las acusaciones, y que debió intentarse en instrucción su localización, como se hizo en el caso de las otras dos empleadas. No obstante, esa omisión no va a perjudicar a la defensa, máxime cuando la hipótesis acusatoria se sustenta en la existencia de una duplicidad de su contrato de trabajo, que aquí no acogemos.

La prueba esencial producida en el juicio consiste en los documentos incorporados por las partes: contratos de prestación de servicios, precontratos y contratos de trabajo, convocatoria de plazas y bases del concurso, comunicaciones entre el embajador y el personal de la misión, entre la embajada y el Ministerio y con la embajada de Filipinas, así como la contabilidad oficial (diario de caja y Balance general). La declaración del acusado y la de los testigos (el Canciller, los dos inspectores del servicio exterior y la Sra. Ángela , que fue preconstituida en la fase de instrucción), auxilian al tribunal en la lectura e interpretación de los documentos, pero no son fuente primordial de conocimiento. No obstante, existe una diferencia sustancial en la calidad de los testigos, ya que mientras el Sr. Ismael vivió los hechos e intervino en ellos, llegando a denunciar al acusado ante el Maec, los otros dos se limitaron a recopilar los documentos y analizarlos para reconstruir la realidad -idéntica labor a la que debe hacer el tribunal-, siendo testigos de referencia de lo que otros les comentaron (por ejemplo, el secretario de la embajada), fragmento este de sus relatos que no se puede aprovechar para obtener elementos de juicio, ya que los testigos directos son conocidos y no fueron propuestos.

Vamos a analizar dichos documentos conjuntamente con el resultado de las declaraciones del acusado y los testigos, en relación a cada una de las hipótesis planteadas por las acusaciones.

1.1.- Contratación de dos empleadas domésticas y pago de salarios.

Respecto a D^a. Teresa constan los siguientes documentos sobre su relación con la Embajada de España como empleadora; (i) Acuerdo para la prestación de servicios de empleada doméstica, redactado en inglés, de fecha 1.7.2011, suscrito por el embajador; la contraprestación pactada era de 800 euros mensuales y el tiempo hasta que la plaza fuera asignada en forma, momento en que el acuerdo dejaría de tener validez (página 131). (ii) Contrato de trabajo en inglés, para servicio doméstico; no se menciona categoría laboral, aunque se incluyen las funciones a realizar; el horario se remite a la legislación laboral del lugar, se establecen 22 días de vacaciones más 6 para asuntos personales, un salario de 800 euros, además de comida y alojamiento. La duración del contrato, a tiempo completo, es de un año, renovándose automáticamente a su vencimiento por años, con periodo de prueba de tres meses. Se contemplan las causas de extinción del contrato (página 65); y (iii) Contrato de personal laboral lijo, redactado en castellano, de 16.9.2011, con categoría de mayordoma, de duración

indefinida con periodo de prueba de tres meses, la jornada de trabajo es de 1.647 horas al año (37,5 semanales), la retribución de 19.768,20 euros íntegros anuales y 22 días de vacaciones. La relación laboral se dice sometida a la legislación de Finlandia y al Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior. Se prevén causa de extinción de la relación laboral e infracciones disciplinarias (página 64). Las autorizaciones de la Administración finlandesa se recibieron el 16.9.2011, la fecha en que se firmó el contrato. En las nóminas del mes de octubre, noviembre y diciembre de 2011 figura la Sra. Ángela con un salario de 1.572 euros mensual, se incluye en la primera la parte proporcional de septiembre, 786,17 euros, con un descuento del 8% por el Irpf (página 174), Fue despedida el 15.12.2011. Reclamó por escrito al Canciller el pago de los salarios devengados desde el 16.9.2011 al 29.12.2011 (página 188), que le fueron abonados el 21.2.2012 (página 351).

En relación a D^a. Frida deben reseñarse los siguientes documentos, similares a los anteriores: (i) Acuerdo de prestación temporal de servicios domésticos de limpieza, de 1.7.2011, redactado en inglés, con retribución de 800 euros mensuales, vigencia hasta que el puesto se cubriera por los trámites ordinarios (página 133); (ii) Con fecha 16.9.2011 suscribió con el embajador un contrato en inglés como empleada del servicio doméstico, que contemplaba 22 días de vacaciones más 6 por asuntos propios, 800 euros de salario mensual y comida y alojamiento, a tiempo completo, con duración de un año que se renovaría por periodos anuales de manera automática y 3 meses de periodo de prueba. Se contemplan una serie de causas de finalización de la relación (folio 67); y (iii) Contrato en castellano, de fecha 10.10.2011, con categoría de empleada de servicio, jornada de 1.647 horas, 22 días de vacaciones anuales, remuneración de 16.838,88 euros anuales íntegros, de duración indefinida y con tres meses de periodo de prueba (página 67). Consta la documentación sobre su comparecencia ante la policía, el pago de las tasas y la concesión de la autorización con fecha 10.10.2011. Fue despedida en la misma fecha que la Sra. Ángela (p. 186), posteriormente reclamó por escrito el salario de los dos meses y medio trabajados (página 190), que le fuera abonado el 9.3.2012 (p. 353).

La convocatoria de las dos plazas de personal laboral fijo para servicio doméstico en la residencia del embajador llevaba fecha de 31.5.2011 la que tenía categoría de mayordomo (se pedía carné de conducir como requisito y estar en posesión del permiso de residencia y trabajo, con un salario 1.572,35 euros mensual, equivalente a 19.768,20 euros anuales; ver página 135) y de 24.8.2011 para empleado de servicio (16.838,88 euros anuales, 1.328,24 euros mensuales, página 147). El tribunal que constaba en las normas de la convocatoria era el que hemos señalado arriba, el embajador, el canciller y una funcionaria auxiliar.

El expediente para la concesión del permiso de residencia y de trabajo de las dos empleadas fue incoado y ellas comparecieron el 5.9.2011, el pago de 400 euros por tasas administrativas se realizó el 8.9.2011, momento en que los servicios de extranjería de Finlandia solicitaron la documentación justificativa de la relación laboral ofrecida, entre esta la que acreditaba la oferta de trabajo (p. 159). Es la explicación que ofreció el acusado que resulta coherente con la lógica administrativa, ya que la autorización se realiza sobre relaciones laborales concretas.

En la cuenta 559911 del sistema contable del Maec constan las siguientes salidas de caja con destino a las empleadas de la limpieza: 100 euros el 22.7.2011 (trabajaron un día en junio), 1.600 euros el 29.7.2011 (salarios de julio), 1.600 euros el 29.8.2011 (salarios de agosto) y otros 1.600 euros el 30.9.2011 (salarios septiembre, ver páginas 70 y siguientes). En el Diario general de Caja, el 21.2.2012, aparece contabilizada una transferencia a la cuenta bancaria de la Sra. Ángela de sus salarios de parte del mes de septiembre, de octubre, noviembre y diciembre, todos ellos del año 2011, más la cuota proporcional de la paga extra (páginas 351 y 353). Lo mismo consta respecto a la Sra. Frida el 9.3.2012 (página 353, salarios desde el 10.10.2011 a diciembre siguiente incluido). Las cantidades son las que se han reflejado en el relato de hechos. El dinero había sido remitido en la nómina del personal desde España, posiblemente el conflicto entre el embajador y el canciller motivara que no les fuera abonada la paga en su momento; este declaró que las empleadas no tenían cuenta bancaria por lo que no pudo hacerles la transferencia.

Sobre el despido de las dos empleadas hay el siguiente rastro documental: el 31.10.2011 la unidad de personal del Servicio exterior del Maec requirió la documentación de la autorización de trabajo y residencia de los tres empleados, con advertencia de que si no se recibían, se revocarían las autorizaciones de contratación (página 182). El conflicto había explotado, con las denuncias cruzadas del canciller y el embajador, que había motivado la visita de inspección. El 13.12.2011 dicho servicio de personal del Maec comunicaba a la Embajada que las bases de la convocatoria tenían como requisito "estar en posesión del permiso o autorización de residencia y trabajo en Finlandia; los permisos de trabajo aportados por las contratadas tienen validez de un año y exclusivamente para prestar servicios para esa embajada", por lo que se decidía resolver los contratos en periodo de prueba. Una justificación aparente. El canciller Sr. Ismael declaró que el Ministerio quiso evitar tener que indemnizar a las dos empleadas, de ahí que se resolvieran los contratos antes de que venciera el periodo de prueba (el de la Sra. Ángela cumplía el 15.12.2011, dos días después de la nota del Ministerio que exigía que "las comunicaciones deben de hacerse de forma inmediata y antes de que finalicen los periodos de prueba", página 184). El despido fue cumplimentado el 15.12.2011 (p. 186).

El acusado Sr. Horacio explicó que al tomar posesión el mayordomo había dimitido y la empleada doméstica se había dado de baja, creándose una situación de urgencia, a la que trató de atender de manera provisional, con cargo a una partida presupuestaria que permite hacer pagos menores por prestación de servicios en casos de necesidad. La residencia, continuó, es parte de la Embajada donde tienen lugar encuentros y recepciones oficiales, por lo que no puede estar desatendida. Como era difícil encontrar personal

doméstico, realizó gestiones con el canciller para reclutar a dos personas. Una era hermana de Antonia -a quién según el canciller, había conocido Horacio durante su primera estancia en la ciudad, cuando se alojó en un hotel donde ella era la responsable de recursos humanos- y vivía en Filipinas, la otra era esposa del conductor de la Embajada de España en Yemen, su anterior destino; ambas estaban dispuestas a migrar y trabajar. Como no tenían dinero, seguimos el relato del acusado, satisfizo el billete de la Sra. Frida , y le sugirió al canciller si se podía anticipar a la Sra. Ángela el precio del pasaje. A su llegada, suscribieron un acuerdo de prestación de servicios con 800 euros de retribución mensual y empezaron a trabajar de manera inmediata. Se hicieron gestiones por parte del canciller para regularizar su situación y se convocaron las plazas. El secretario del tribunal que seleccionó a las empleadas -ellas se presentaron a las dos plazas- era el canciller, que se encargó de todo el proceso administrativo. Según comentó, no tenía interés personal en el asunto ya que ni siquiera conocía a las mujeres, le movía el interés general por el funcionamiento de la Misión y la contratación de dos personas cualificadas. Los pagos fueron hechos por el canciller, que no le manifestó reticencia alguna sobre su regularidad hasta que le denunció, y se contabilizaron debidamente, en un sistema que controla de forma remota el Ministerio. Se firmaron dos contratos, uno en inglés y otro en castellano, en momentos distintos y con finalidades diversas; regulan dos situaciones diferentes: el redactado en inglés es un precontrato que se presentó a las autoridades finlandesas para que las empleadas pudieran ser autorizadas a permanecer, trabajar y ser ingresadas en la Seguridad Social. No son de la misma fecha: no hubo unidad de acto; el canciller preparó los precontratos y los contratos, y los firmaron las dos empleadas en la presencia de este. Ambos documentos se corresponden con la verdad: en el momento de la solicitud de regularización cobraban 800 euros, eso se dijo a las autoridades finlandesas, y era por un año, como marca la legalidad de allí. Una vez autorizado el contrato, el salario era el señalado en el concurso.

En este capítulo conviene concluir que los contratos de prestación de servicio de limpieza -que, sin duda, encubrían una relación laboral- se llevaron a cabo para atender a una situación de emergencia ante la ausencia de personal doméstico en la residencia del jefe de Misión, es decir una necesidad perentoria para la prestación del servicio público diplomático. El testigo Sr. Augusto , entonces Inspector general de servicios del Maec, manifestó que por necesidades del servicio era habitual contratar personal eventual sin autorización. Además, no se ha acreditado que el acusado tuviera un interés personal en emplear a las dos mujeres en concreto, con las que no tenía relación previa; el propio canciller declaró que el embajador no conocía a la Sra. Ángela , hermana de Antonia , y que él se relacionó, siguiendo instrucciones de su superior, con ellas. A la segunda empleada la localizó por su contacto personal con el conductor de la Embajada en la que había estado destinado previamente. Es más, hemos tenido por acreditado que debió acudir a buscar trabajadoras dispuestas a migrar ante la insuficiencia del mercado local, lo que sostuvo el acusado y nadie negó. No puede, por lo tanto, admitirse la hipótesis acusatoria de que el embajador debió abstenerse en el proceso selectivo por su interés particular, una mera conjetura sin sustento probatorio, su interés no era otro que el del servicio, pues ni conocía a las mujeres ni, posiblemente, hubiera otras candidatas para la plaza; es por ello que se debió acudir a trabajadoras migrantes, utilizando diversos cauces. Ninguno de los otros dos miembros del tribunal del concurso oposición hicieron constar queja alguna en ese sentido. El Sr. Ismael declaró que las candidatas reunían todos los requisitos para ocupar las plazas. De ahí que no pueda asumirse que la selección y adjudicación del este personal de servicio doméstico hubiera sido acometido de forma arbitraria.

1.2.- Duplicidad de contratos de trabajo.

La hipótesis acusatoria imputa una alteración de la verdad a esos dos contratos suscritos con cada una de las empleadas -con un interés fraudulento por parte del Sr. Horacio , se sostiene, al que luego atenderemos- y a los contratos de trabajo de un tercer empleado, D. Fernando , de nacionalidad nigeriana, como consta en su pasaporte. Se dice que hubo una duplicidad de contratos, versiones en castellano y en inglés de un mismo hecho, que alteraban las condiciones laborales de los tres empleados.

Respecto a este último se han aportado los siguientes documentos: i) Contrato en inglés de 3.10.2011, como empleado de limpieza, especificándose que entre sus cometidos estarían el de jardinería, limpieza de nieve y mantenimiento, con un horario semanal de 5 horas por día, 22 días de vacaciones y un salario de 770 euros por mes (página 69); ii) Contrato en castellano de fecha 10.10.2011 como empleado de limpieza, con jornada de 3 horas diarias, salario de 10.140 euros anuales y 22 días de vacaciones. El resto de condiciones eran idénticas a los contratos de las dos mujeres (página 68). Este convenio era resultado de la convocatoria pública de una plaza de empleado de limpieza, de fecha 18.9.2011, cuyas condiciones eran un salario de 10.140 euros brutos, es decir 770 mensuales, y entre sus funciones se especificaban la de limpieza de la Cancillería, sus jardines y anejos (las bases se encuentran en la página 197). En la contabilidad general se reflejan las cantidades que se le pagaron: en noviembre 1.141, 37 euros (incluido el salario de octubre), y en diciembre 843,59.

Por lo tanto, la diferencia entre ambos contratos, de fechas distintas, se centraba en el tiempo de trabajo. La modificación de las funciones del Sr. Fernando que se mencionaban en el concurso (y en el precontrato en inglés) fue adoptada por el servicio de personal, determinando que sólo se dedicaría a la limpieza pero no a la jardinería ni a la retirada de la nieve, como consta en una nota interna del canciller de fecha 29.11.2011 (página 209). Luego, las condiciones que aparecían en el contrato en inglés coinciden con las de la base de la convocatoria y, solo, por decisión del Maec se modificó el contrato: no hay discordancia en ese punto, tampoco en cuanto al salario. La indicación distinta acerca de las horas de la prestación, 3 o 5, se puede deber a un error. Desde luego nadie ha dicho o sostenido que el trabajador realizara las 5 horas que se contemplaba en el precontrato en inglés.

El Sr. Horacio manifestó que el Sr. Fernando tenía permiso de estudios y que el contrato en inglés, en realidad un precontrato como en los otros dos casos, estaba destinado a conseguir la autorización de trabajo y la modificación de su estatuto de residencia. No se ha hecho actividad probatoria alguna que permita descartar esa explicación, ni ha sido objetada por las acusaciones, por lo que hemos aceptado ese enunciado. El canciller declaró que el Sr. Fernando realizaba tareas extraordinarias, por lo que a la renuncia de la empleada de limpieza de la Cancillería se decidió contratarle.

Respecto a la denunciada duplicidad de los contratos de la Sra. Ángela y la Sra. Frida la única diferencia relevante se encuentra en la determinación del salario, pues en el primer pacto en inglés, el precontrato para su remisión a la Administración de extranjería, se recoge una cantidad mensual neta, 800 euros, más alojamiento y comida (que no constaba en el segundo), y en el redactado en castellano y remitido al Maec se menciona un salario íntegro en cuantía anual, sin descuentos (19.768 euros y 16.838,88 euros, respectivamente). Sobre el horario se habla de "tiempo completo según la legislación finlandesa" en el precontrato en inglés y se especifica un número de horas en el posterior contrato en castellano, que se corresponde con una relación a tiempo completo (1.647 horas anuales, 37,5 semanales), por lo tanto no hay sustancial divergencia, solo imprecisión en el primer documento. El resto de divergencias es irrelevante: el domicilio de las trabajadoras, la denominación del puesto de trabajo -que, además, es similar y puede obedecer a las necesidades de traducción- o la ausencia de la relación de infracciones disciplinarias en el precontrato.

En este punto la explicación del acusado resulta convincente: se elaboró un precontrato en inglés destinado al expediente de regularización administrativa de residencia y trabajo y, una vez obtenido este permiso, el contrato en castellano. Sólo se envió al Maec este, el otro era un acto preliminar para acreditar uno de los requisitos requeridos para fijar la relación laboral. Hay varios datos que confuirían tal hipótesis: i) los documentos son de fecha distinta, ii) la redacción en inglés solo podría estar destinada a la Administración de extranjería finlandesa, iii) para recabar la autorización de residencia y trabajo es preciso acreditar una oferta de empleo.

Otro importante elemento de corroboración es la manera como se operó en el caso del Sr. Fernando, en el que el acusado carecía, según la acusación, de interés personal o particular. Resulta que se redactó y firmó un precontrato en inglés para su presentación a las autoridades laborales y de emigración y, posteriormente, el contrato en castellano.

Los empleados estaban al tanto de las condiciones que se establecían en el precontrato y en el contrato. Respecto a la firma de los contratos el testigo Sr. Ismael, manifestó que informó personalmente a las dos mujeres de las condiciones laborales, de sus obligaciones y de su salario. Al folio 178 consta una comunicación escrita del embajador, de 11.10.2011, dirigida al encargado de asuntos administrativos para que se informara a las dos empleadas de la finalización del contrato de prestación de servicios y que, en su lugar, deberían suscribir un contrato de trabajo, debiendo darles cuenta de las cláusulas y condiciones.

La Sra. Ángela declaró que firmó el contrato de trabajo en castellano con posterioridad a suscribir el redactado en inglés, lo hizo en ambos casos con el canciller Sr. Ismael, sabía que iba a cobrar 1.500 euros mensuales -antes había cobrado 800 euros- y nunca el embajador le dijo que tendría que entregarle parte del salario. Luego corrobora el relato de la defensa.

En el momento de elaborarse el precontrato, las condiciones salariales de las dos empleadas domésticas se correspondían con las recogidas en el documento: percibían 800 euros mensuales como retribución. Luego, no había alteración o mutación de la verdad. Al formalizar el contrato de trabajo se reflejó el salario que autorizaba el Maec.

Resulta importante advertir que no hay una duplicidad de contratos como imputan las acusaciones: no se trata de la versión en dos lenguas del mismo acto jurídico, sino de dos documentos singulares, elaborados sucesivamente en el tiempo en atención a las circunstancias concurrentes y con finalidad distinta, acreditar

la oferta de trabajo e identificar al empleador ante la Administración local en el primer caso, el precontrato, dejar constancia escrita de la relación laboral y regular las mutuas obligaciones y derechos, en el segundo. Y, además, respondían a la realidad del momento, lo que explica que en el precontrato se señale un salario de 800 euros. Lo importante es lo que consta en el contrato que disciplina la relación laboral, no en el previo documento que se agota al cumplir su objetivo de señalar que existe un empleador dispuesto a contratar a la persona que solicita las autorizaciones de la Administración.

En el caso del Sr. Fernando no hay diferencia salarial entre los documentos, solo en el horario y las funciones, aunque el documento inglés no refleja algo contrario a la realidad en materia de la amplitud de las tareas de limpieza que se le confiaban según las bases del concurso de su plaza aprobadas por el Maec (que incluían el cuidado del pequeño jardín y la retirada de la nieve en temporada). La divergencia señalada entre 3 y 5 horas puede ser un simple error. Solo el testimonio del Sr. Ismael sostenía que la variedad tenía una intención fraudulenta: el embajador quería utilizar el dinero de los contratos de jardinería y recogida de la nieve, que había ordenado rescindir, para otros fines, para lo que pensaba no dar noticia al Maec, mientras que esas tareas las realizaba el empleado de limpieza. El acusado manifestó que era función de aquel notificar al Ministerio la resolución de los contratos; lo que no carece de racionalidad. El conflicto entre ambos sugiere cautela antes de seguir el relato del testigo; además, la disputa entre ellos se desenvolvió de manera tan rápida que estalló pocos días después de la firma del contrato con el Sr. Fernando. En cualquier caso, el destino y finalidad diversa de ambos documentos y la eficacia jurídica del contrato, que desplaza al precontrato, hace irrelevante tal diferencia. Fundamentalmente porque no se ha acreditado que el trabajador prestara sus servicios durante 5 horas diarias, ni siquiera el canciller lo sostuvo en su declaración.

1.3.- Anticipos para el pago del desplazamiento al lugar de trabajo y de las tasas del permiso de residencia de las empleadas.

Como se ha dicho arriba, a sugerencia del acusado el canciller destinó dinero de la caja de la Embajada para el pago del billete de avión desde su lugar de residencia hasta Helsinki para que la Sra. Ángela pudiera prestar sus servicios como empleada doméstica y de las tasas administrativas de los permisos de residencia y trabajo de las dos. En el Balance general y en el diario de caja de la Embajada se recogen dichas salidas (páginas 300 y siguientes) (i) "Anticipo billetes Antonia", fecha 16.6.2011, 1.615,06 euros. El 20.6.2011 hay un ingreso en concepto "devolución billete Antonia" por importe de 344,72 euros, (ii) Aparte de los salarios ya mencionados, hay dos salidas con el concepto "pagos tasa permisos Ángela y Frida", del 5.9.2011 (el día que comparecieron ante la policía en compañía del canciller, según reconoció el testigo Sr. Ismael) 400 más 400 euros, (iii) Un tercer apunte dice "visado Ángela", lleva fecha del 19.10.2011 por importe de 25 euros.

Respecto a esos pagos el acusado declaró: el canciller le comentó que la Sra. Ángela tenía problemas económicos para viajar a Helsinki, le sugirió si se podía anticipar el dinero y el adquirió los billetes por mediación de la hermana de la trabajadora. Respecto a las tasas de los permisos, también señaló al canciller como quién efectuó el anticipo, que justificó y consideró como habitual en la práctica de la Embajada. Negó conocer el pago de 25 euros que consideró extravagante, ya que la candidata Sra. Antonia carecía de pasaporte y debía tramitar el visado en Filipinas donde residía, por lo que no se podía hacer pago alguno. El testigo Sr. Ismael reconoció haber realizado esas transferencias de caja y señaló al embajador como responsable de los anticipos, que él hizo siguiendo sus instrucciones, aunque los consideraba irregulares (el canciller tenía funciones de cajero y la cuenta no era mancomunada, según explicó); también dijo que hizo gestiones con la Sra. Ángela, hermana de Antonia, que era la encargada de la contratación de personal de una cadena de hoteles de Finlandia, con la que trató por correo electrónico para gestionar su visado, ya que el embajador la quería contratar para el servicio doméstico.

Frente a esos relatos contradictorios, consta que el acusado remitió un email al canciller Sr. Ismael el 14.6.2011, le preguntaba si se le podría anticipar el precio del billete a la Sra. Ángela, sentando que esta debería pagar el billete de avión y los gastos del permiso de residencia ("El precio del billete y los gastos de visado debe pagarlos la interesada. No sé si ella misma tiene dinero, imagino que sí pues ha estado trabajando. Si no, su hermana Antonia. En el peor de los casos si no tuvieran liquidez no sé si se lo podríamos adelantar, a descontar de su primer sueldo. Pero seguro que, si quiere trabajar, se arregla para pagarse el billete", página 125). En ese momento el embajador se hallaba en Madrid -algo que aceptó el testigo-, preparando el traslado de su familia y enseres. La lectura del mensaje sugiere que ambos estaban de acuerdo en la necesidad de facilitar el viaje de la Sra. Ángela para resolver un problema del servicio y que el canciller, en ese primer momento las relaciones entre ambos funcionarios era normal, atendió a facilitar la contratación de la mencionada trabajadora.

Una vez que obtuvieron las dos empleadas los permisos para residir y trabajar, el embajador se dirigió por escrito al secretario de la Misión para que al tiempo de la firma de los contratos solventaran la devolución de las cantidades anticipadas: "debe VI acordar con las interesadas la fórmula para que una vez que los contratos estén en vigor y reciban las nuevas retribuciones, devuelvan las cantidades adelantadas a petición de las mismas para hacer frente a los gastos derivados de la tramitación de sus permisos ante estas autoridades, así como, en el caso de la Sra. Ángela, del adelanto por sus gastos de viaje" (página 178).

En relación a los 25 euros que constan en la contabilidad oficial como salida para el pago de visado de la Sra. Antonia, solo contamos con la negativa del acusado, que dijo desconocer ese hecho, que para él carecía de sentido. No se facilita en la hipótesis acusatoria una explicación de ese dato, que ciertamente resulta incompatible con las circunstancias de la trabajadora que el acusado quería contratar, porque se hallaba en su país, Filipinas, y las gestiones que realizó el embajador estaban destinadas a certificar la oferta de trabajo para que ella tramitara en Manila su pasaporte y el visado de entrada. No hay constancia de que el acusado, como sostienen los actores, decidiera hacer ese pago.

1.4.- Contratación de una tercera empleada para la residencia.

La hipótesis acusatoria sostiene que el Sr. Horacio quería contratar a Doña. Ángela como tercera empleada doméstica de la residencia -algo que acepta la defensa- a cargo del presupuesto de la Embajada con el "diferencial existente" entre el salario recogido en contrato para las dos citadas (Ángela y Frida) y "lo que realmente se pagaba a estas empleadas de conformidad con las condiciones plasmadas en la versión inglesa de los contratos". La hipótesis no se ha acreditado, se trata de una conjetura que se sustenta exclusivamente en el testimonio del Sr. Ismael, y que resulta de difícil compatibilidad con los datos conocidos acerca del estado de conocimiento de las dos trabajadoras sobre su salario y con la forma de pago de la nómina (transferencia a la cuenta bancaria del empleado); además, no se ha propuesto cómo iba a desarrollarse el fraude, y la única fórmula imaginable parece inverosímil (las dos empleadas domésticas entregarían al embajador la tercera parte de su sueldo para que este abonara los emolumentos a la nueva empleada), que nunca se llegó a contratar.

En este punto contamos con la siguiente prueba documental: (i) Nota verbal de la Embajada solicitando a la de Filipinas en Helsinki la autenticación de una oferta de contrato de trabajo de fecha 4.10.2011 para Ángela, ciudadana filipina, (ii) Esta oferta de trabajo, redactada en inglés, es idéntica a la que hemos visto en los otros tres casos, su objeto era un puesto de empleada doméstica, con un salario de 800 euros. Como empleador aparece el embajador Sr. Horacio, (iii) Segunda nota verbal de la Embajada de España, de 17.10.2011, solicitando de nuevo la autenticación de la oferta de contrato, que es el anterior más una addenda que contempla el compromiso de la Embajada de abonar los gastos de traslado al lugar de trabajo y los de retorno al finalizar el contrato, o en caso de fallecimiento.

El acusado declaró que hizo la segunda nota para incorporar esos requerimientos de la Embajada de Filipinas. Trataba de regularizar su situación para contratarla a su cargo, para que trabajara al servicio de su familia.

Respecto a la firma de los contratos de las dos empleadas mencionadas, el testigo Sr. Ismael manifestó que les informó personalmente de las condiciones laborales y del salario que iban a percibir, entregándoles una nota en inglés, idioma que ellas hablaban, dónde se sintetizaban sus derechos. Al folio 178 consta una comunicación escrita del embajador, de 11.10.2011, que ya hemos citado, dirigida al Encargado de asuntos administrativos para que se informara a las dos empleadas, antes de la firma de los contratos. La Sra. Ángela declaró ante el juez de Instrucción -prueba preconstituida que hemos mencionado y que se introdujo en el plenario mediante la reproducción de la grabación audiovisual del interrogatorio- que conocía cuál iba a ser su salario según contrato, superior al que venía cobrando, aunque no lo percibió hasta mucho después.

Como hemos anticipado, la hipótesis acusatoria sobre el fraude que el acusado pretendía realizar descontando del salario efectivamente entregado a las dos empleadas una parte para retribuir a una tercera empleada, no se sostiene. Las acusaciones no explicitan cómo iba a llevarse a cabo la operación, pues si la Cancillería debería transferir a una cuenta corriente de las trabajadoras su salario, según lo convenido, entonces ellas dos deberían devolver (¿al embajador?), en mano, una tercera parte para destinarse al pago de la retribución del nuevo empleado. Como hipótesis resulta inconsistente.

2.- Irrelevancia penal de los hechos.

2.1.- Prevaricación.

Las acusaciones consideran que los hechos son, en primer lugar, constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa del artículo 404 Cp. En los escritos de acusación se encuentran dos conductas propuestas claramente en esos términos: el acusado participó sucesivamente en la selección y propuesta como candidatas de las dos empleadas, Ángela y Frida, cuando tenía interés personal en que fueran contratadas, siendo adjudicadas las plazas de forma arbitraria. En la valoración de la prueba hemos negado que el acusado tuviera en el asunto un interés distinto al del funcionamiento del servicio público y, en concreto, de la residencia del jefe de Misión. Y que en la selección intervinieron otros dos funcionarios, el canciller y una auxiliar, quienes no objetaron la regularidad del procedimiento selectivo. Sirva de medida para ponderar que la adjudicación no fue arbitraria el que no consta que hubiera otros candidatos a la plaza. Si la prevaricación del 404 Cp protege el funcionamiento de la Administración sometido al principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad, que reconocen los artículos 103.1 y 9.3 de la Constitución, aquí la selección de las dos candidatas y la propuesta de contratación se desarrollaron dentro de los procedimientos y parámetros previstos en la norma.

También pudiera entenderse, a la vista de su inclusión en el relato de hechos de los escritos de conclusiones definitivas y ante la falta de detalle en la subsunción jurídica, que la firma de los acuerdos de prestación de servicios con la Sra. Ángela y la Sra.

Frida se considera por las acusaciones un acto de prevaricación. Sin embargo, la existencia de una irregularidad no puede identificarse automáticamente con el dictado de una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia. Por un lado, ha de recordarse que la residencia del embajador está reconocida por el orden jurídico como parte de los locales de la Misión y, por ello, inviolable a la acción del Estado ante el que actúa (lo dice el Convenio de Viena de relaciones diplomáticas de 18.4.1961 en su artículo 1, la inviolabilidad se declara en su artículo 22; sobre las funciones del embajador y el estatuto de la Embajada, en el momento de los hechos, el Real decreto 632/1987 sobre Organización de la Administración del Estado en el exterior, ahora la Ley 2/2014, sobre Acción y servicio exterior del Estado). Se había creado una situación de necesidad para el funcionamiento de la residencia del jefe de Misión que debía atenderse so pena de paralización de la actividad del funcionario que representaba al Estado en aquel país. La fórmula a la que acudió fue la de prestación de servicios, cuando en realidad -por las circunstancias- era una relación laboral. El testigo Don. Augusto, como hemos dicho, indicó que en esos casos se podía contratar personal de manera eventual y sin autorización para cubrir el servicio. Es cierto que la normativa aplicable contempla la autorización para contratar personal fijo o temporal, y que ello requiere de ciertos trámites burocráticos. Por ejemplo, la Resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 30.7.2002 prevé para la adjudicación de plazas de personal temporal un procedimiento de selección que consistirá en una entrevista, debiendo publicarse la oferta de empleo y solicitar la autorización de contratación a la Dirección general de la Función pública. La Instrucción de Servicios del Maec, de 8.4.2010, sobre normas para la selección y contratación del personal laboral en el servicio exterior señala que la necesidad de cobertura de una vacante se comunicará a la Subdirección de Personal, que aprobará la convocatoria y determinará la retribución salarial; "en ningún caso la Misión diplomática podrá iniciar el proceso selectivo sin contar con la autorización expresa", se establece, y al concluir el proceso selectivo se remitirá la propuesta a la Subdirección de personal para que autorice la firma del contrato y el inicio de la prestación de los servicios, que no podrá ser en ningún caso anterior a la autorización; trámites que también se prevén para la contratación temporal por circunstancias extraordinarias de carga de trabajo.

En conclusión, la fórmula elegida para cubrir el servicio mediante una relación de prestación de servicios sometida al derecho privado no era la prevista para atender a tareas que debería desarrollar personal laboral, fijo o eventual, pero la decisión de acudir a dicho expediente en aquellas circunstancias de urgente necesidad no puede calificarse como arbitraria ni injusta, ya que el acto no ha sido acordado por mera voluntad o capricho del funcionario. Es conocida la diferencia que la jurisprudencia establece entre la mera ilegalidad y la arbitrariedad e injusticia. En el caso, la propia práctica administrativa en el servicio exterior, de la que dio cuenta el Inspector general del Maec, sirve de parangón para establecer la frontera de lo arbitrario, ya que no podemos identificar que la decisión de concertar esa modalidad de prestación de servicios, limitada en el tiempo hasta que pudiera proveerse la plaza en forma, fuese grosera para el derecho o tuviera un carácter disparatado o esperpéntico. Máxime cuando el acusado no actuó por intereses ajenos a los del servicio público y el contrato de servicios es una modalidad prevista en derecho. La contratación de una tercera empleada doméstica con cargo al presupuesto, hemos dicho que es un hecho no probado.

2.2.- Falsedad documental.

También califican las acusaciones de falsedad continuada en documento oficial del artículo 390.1.1 Cp la redacción de dos versiones sobre una misma relación laboral. Hemos señalado en la motivación de la

prueba que no hubo esa denunciada duplicidad, que no se trataba de la versión en inglés y castellano del mismo documento, con cláusulas diferentes. El documento redactado en inglés era un precontrato de trabajo elaborado para ser presentado ante la Administración de Finlandia, para que tuviera efectos en el expediente para la obtención del permiso de residencia y trabajo de cada uno de los tres empleados de la Embajada, y reflejaba esencialmente la realidad que concurría en aquel momento en cuanto a deberes (tareas y horario) y derechos (sueldo, vacaciones y salario en especie). El segundo documento, una vez obtenidos el permiso de residencia y de trabajo y la autorización del Maec, era un contrato de trabajo, según los modelos oficiales, donde se recogían las mismas estipulaciones que se ofertaban en las bases de los concursos de dichas plazas. La diferencia de horario en el caso del Sr. Fernando es intrascendente, por el destino y finalidad del precontrato (la autorización de la Administración local para que pudiera trabajar), ya que no suponía una ampliación de sus condiciones de trabajo ni de sus obligaciones en cuanto al horario, que eran las señaladas en el contrato, posterior en el tiempo y que coincidía con las reflejadas en las bases del concurso.

El concepto de falsedad remite a una mentira, a un relato incompatible con la verdad en tanto que correspondencia con la realidad, que ha de afectar a las funciones constitutivas y de prueba que se atribuyen a los documentos, en la medida que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico jurídico (STs 279/2010). El precontrato no regulaba la relación laboral por cuenta ajena, simplemente cumplimentaba un trámite ante la Administración de extranjería. Al señalar 5 horas diarias, frente a las 3 horas que se estableció en el contrato de trabajo, que venía a normar la relación de las partes y las mutuas obligaciones y derechos, no se afectaba a la función de aquel documento -que solo acreditaba la voluntad del empleador de contratar al trabajador migrante. Pero, es más: nadie ha sostenido que el trabajador hubiera realizado una jornada de 5 horas, superior a la pactada en el contrato. Por lo tanto, no hubo mutación de la realidad. Como dijimos, fue el departamento de personal del Maec el que redujo las tareas del empleado -que en el contrato, no se olvide, eran las mismas que se hicieron constar en la convocatoria pública de la plaza-, retirando de sus obligaciones el cuidado del jardín y la recogida de la nieve.

2.3.- Malversación.

Las acusaciones estiman que los anticipos para abonar el viaje de una de las empleadas y las tasas de los permisos de trabajo y de residencia constituyen un delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 433 Cp en relación con el artículo 432.2 Cp , en la redacción del texto al momento de los hechos (introducida por Ley orgánica 13/2003, que fue modificada por la Ley orgánica 1/2015). La versión del Código penal después de esta última reforma contempla dos tipos de malversación (en el artículo 432. 1 y 2 Cp) por remisión expresa, respectivamente, a la administración desleal y a la apropiación indebida (art. 252 y 253 Cp vigente), considerando que se trata de un delito especial por razón del autor, una figura agravada que se construye a partir de la tipicidad común de esos delitos contra el patrimonio, redefiniendo al tiempo dicha ley la apropiación indebida y la administración desleal, que deja de ser un delito societario. El equivalente a la modalidad de malversación por distracción que las acusaciones consideran aquí aplicable, es, ahora, la malversación por administración desleal del patrimonio público, un tipo de abuso con causación de perjuicio que amplía el ámbito de aplicación de aquel, por lo que parece acertada la opción al resultar mas beneficiosa aquella tipicidad.

La malversación prevista en la redacción vigente en el momento de los hechos también prevé dos modalidades de conducta, pero ambas relacionadas con la apropiación indebida en su formulación original que contemplaba la sustracción y la distracción (art. 252 Cp anterior), de ahí que hubiese una malversación por sustracción con ánimo de lucro de bienes o caudales públicos (art. 432 Cp) o por la aplicación o el destino de dichos bienes a usos distintos a la función pública (art. 433 Cp), que ahora nos ocupa. La diferencia entre el peculado por sustracción y el peculado por distracción -cuyo resultado es similar, la separación de los bienes del patrimonio público- se basa en la existencia de una voluntad de apropiación definitiva o provisional, en cada caso, previéndose en la segunda modalidad una agravación cuando no se reintegraban los fondos en el plazo de 10 días. El bien jurídico protegido es la integridad del patrimonio público y el normal funcionamiento de la actividad del Estado que requiere del empleo de fondos, caudales o activos. Los requisitos de la malversación por distracción son: (i) La condición de funcionario del sujeto activo, subjetividad que se extiende por la acción del artículo 435 a quienes se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, efectos o rentas de carácter público, (ii) Sujeto que detenta materialmente los caudales públicos, que los tiene a su cargo por razón de sus funciones, gozando de una potestad de decisión jurídica sobre ellos, es decir de ordenar gastos e inversiones, un poder de disposición que no demanda la atribución de una estricta competencia, pues se admiten situaciones de hecho derivadas de las prácticas administrativas (STs 2193/2002). Especialmente atiende la jurisprudencia a la relación de los fondos o efectos con el agente, para afirmar que los caudales no pueden salir del organismo oficial sin su decisión. Se trata del elemento de abuso de la función en la

apropiación de los bienes, (iii) La acción recae sobre todo bien público, (iv) La conducta supone la aplicación de los bienes a usos ajenos a la función pública y (v) Con perjuicio para el erario público. No se requiere ánimo de lucro, a diferencia del tipo de malversación por sustracción. Se consuma el delito cuando se realiza el acto de disposición de los fondos, mediante la simple remoción de los fondos de su lugar, por ejemplo de la caja del organismo.

La aplicación a usos distintos de la función pública significa la apropiación -o separación de los caudales y efectos de la esfera de dominio público- con carácter transitorio y sin ánimo de lucro, apartando los caudales de su destino legal o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacer con ellos un uso particular. De tal manera que, en lugar de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, se separan de ellas y se extraen del control público (STs 429/2012). Aplicar los fondos a usos propios equivale a no aportarlos o devolverlos una vez sustraídos (STs 172/2006). Es un lugar común que el precepto que nos ocupa, a partir del Código de 1995, no contempla la conducta de dar a los fondos un destino público diferente al inicialmente asignado (STs 917/2003). Se requiere aplicar dichos bienes a una utilidad propia, particular o privada, distinta de la función pública, de cuyos fines se apartan.

La sala entiende que el dinero que salió de la caja de la Embajada fue destinado a atender necesidades relacionadas, directamente, con la actividad de la Embajada, con la función pública, ya que la residencia se había quedado sin personal doméstico de limpieza por desistimiento de los que prestaban el servicio. El abono del billete de avión para el traslado de una persona que iba a migrar hasta Finlandia al objeto de ser ocupada en la limpieza de la residencia del jefe de la Misión, ya que no se encontraba en el mercado laboral interior personal de servicio doméstico, y las tasas de los permisos de residencia y de trabajo, esos pagos, por su destino, no significan un apartamiento de las finalidades públicas siempre asociadas al servicio que presta esa unidad administrativa. No concurre el elemento de la ajenidad, ya que los gastos eran imprescindibles para facilitar la contratación de personal del servicio doméstico de la residencia del jefe de Misión. Las dos candidatas eran personas humildes, dispuestas a migrar, pero que carecían de recursos económicos para desplazarse desde su lugar de origen (Filipinas, Yemen) y atender a las tasas de las autorizaciones administrativas necesarias para acceder al puesto de trabajo. Además, como tales fondos se entregaban para facilitar el servicio, no consideramos descabellado que pudieran ser asumidos por la Administración como fórmula para facilitar la contratación de personal dispuesto a prestar el trabajo a cambio de la modesta retribución económica prevista, si compara con el nivel de vida del país. Uno de los billetes de viaje lo anticipó el Sr. Horacio de su peculio, cuando pretendía atender al servicio público. Pero, es más, el acusado requirió a los responsables de personal de la Embajada, el secretario y el canciller, para que garantizaran la devolución de dichas cantidades en el momento de abono de los salarios a las trabajadoras, lo que no se llegó a efectuar porque sus emolumentos no fueron liquidados en plazo, sino después de que hubieran sido despedidas, como consecuencia del conflicto, y porque el encargado de asuntos administrativos y el canciller olvidaron dar cumplimiento a las instrucciones dadas por el embajador.

La Administración ya ha exigido al acusado responsabilidad contable por esos pagos, en la medida que se apartó de las normas que contemplan el uso de los fondos en el servicio exterior, pero no puede afirmarse, un elemento normativo del tipo, que se hubiera destinado dinero de la caja de la Embajada para usos particulares o personales del acusado o de las empleadas. Nada fue para su provecho particular o personal, más allá de la satisfacción que como funcionario encargado pudiera obtener del mejor funcionamiento de la residencia.

Es por ello que consideramos que los hechos declarados probados carecen de relevancia penal y procede absolver al acusado.

3.- Costas.

Se declaran de oficio las costas causadas (art. 240 LECrim).

Por lo expuesto,

IV.-FALLO:

1.- ABSOLVEMOS a D. Horacio de los delitos de malversación, prevaricación y falsedad documental de los que venía acusado, declarando las costas de oficio.

Se levantan las medidas cautelares personal y reales que se hubieran acordado.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación.

Sentencia que pronuncian y firman los Magistrados que formaron el Tribunal.

E/

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ