



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 1

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942346969
Fax: 942322491
Modelo: C1922

Proc.: **PROCEDIMIENTO ABREVIADO**
Nº: **0000049/2016**
NIG: 3907573220130000561

Procedimiento Abreviado 0005483/2013 - 00
JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 2 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Acusado		TERESA MORENO RODRIGUEZ
Acusado		MARÍA AGUILERA PÉREZ
Denunciante	SODERCAN S.A.	GONZALO ALBARRAN GONZÁLEZ-TREVILLA

D^a. MARIA NIEVES SANCHEZ VALENTIN, SRA. LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 1

POR LA PRESENTE CERTIFICO: Que en el procedimiento Procedimiento Abreviado nº 0000049/2016 ha recaído Sentencia del tenor literal siguiente:

SENTENCIA N° 000228/2017

Ilmos. Sres. Magistrados
Doña Paz Aldecoa Álvarez-Santullano
Doña María Rivas Díaz de Antoñana
Don Ernesto Sagüillo Tejerina

=====

En la Ciudad de Santander, a 14 de Junio de 2017.

Este Tribunal ha visto en Juicio Oral y Público la presente causa seguida por el Procedimiento Abreviado nº 5483/2013 del Juzgado de Instrucción núm. Dos de Santander, Rollo de Sala nº 49/2016, por un presunto delito de Malversación de Caudales Públicos y Falsedad en Documento Mercantil, contra [redacted], con DNI. [redacted] en libertad por esta causa, quien ha sido defendido por el letrado Sr. Pellón Fernández-Fontecha y representado por la Procuradora Sr. Moreno Rodríguez; contra [redacted] DNI nº [redacted], en libertad por esta



causa, representada por la Sra. Aguilera Pérez, defendida por el Sr.

Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. D^a. María Ángeles Sánchez López-Tapia.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ernesto Sagüillo Tejerina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La presente causa se inició por denuncia de SODERCAN presentada con fecha 18-11-2013 habiendo sido seguida la tramitación ante el Juzgado de Instrucción número de Dos de Santander. Practicadas las diligencias oportunas, por Auto de 28-03-2016 se acordó seguir el procedimiento abreviado, abriéndose juicio oral por Auto de 13-06-2016. Evacuada por la defensa trámite de calificación, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en que se señaló para la celebración de juicio, tras el cual ha quedado la causa vista para sentencia.

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal calificó los hechos como un delito de apropiación indebida agravada del artículo 252, en relación con el 250.1.5º vigente en el momento de los hechos y un delito continuado de falsedad en documento mercantil del art 390.1.2º y 74.1 del CP vigente en el momento de los hechos. Ambas infracciones se encuentran en concurso del artículo 77 del mismo cuerpo legal. Concorre la circunstancia atenuante de reparación del daño del art 21.5ª del CP respecto del delito de apropiación indebida. Concorre la atenuante cualificada de reconocimiento de los hechos del art 21.4ª del CP respecto de ambas infracciones. Concorre la agravante de carácter público del culpable del art 22.7ª respecto del delito de apropiación indebida. Procede imponer al acusado la pena de 3 años y 9 meses de prisión e inhabilitación especial para



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y multa de 12 meses a razón de 10 euros diarios, con aplicación del art 53 en caso de impago. Procede imponer la pena 4 años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público. Procede el abono del tiempo sufrido en prisión provisional. Y pago de costas. El acusado deberá restituir a SODERCAN 667.370,42 euros, debiendo aplicarse la totalidad de las cantidades consignadas o retenidas expresadas en la conclusión primera y que ascienden a 193.972,54 euros a tal fin, de lo que resulta un saldo a restituir a la entidad perjudicada de 473.397,88 euros con los intereses del art 576 de la L.E.Civil,

deberá responder de forma directa y solidaria conforme al art 122 del CP hasta la cuantía de 236.698,94 euros con los intereses del art 576 de la L.E.Civil.

TERCERO: La acusación particular consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos; alternativa/subsidiariamente, de un delito de apropiación indebida agravada, así como de otro de falsedad en documento público, ambos con carácter continuado cuyo autor sería el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y solicitó que se le impusieran las penas de cinco años y nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de doce meses a razón de diez euros diarios, con aplicación del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público y pago de costas, incluidas las de la acusación particular, así como responsabilidad civil en los mismos términos que el Ministerio Fiscal.

CUARTO: La defensa de [redacted] calificó los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida en cantidad de notoria importancia y de un delito



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de falsedad en documento público cometida por particular, con la concurrencia de atenuantes de reparación del daño, reconocimiento de hechos -o analógica del 21.7º-, dilaciones indebidas y solicitó para que se impusieran las penas de un año y nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de nueve meses a razón de seis euros diarios y debiendo restituir a Sodercan la diferencia entre las cantidades sustraídas y las abonadas, embargadas o retenidas por el Juzgado.

QUINTO: La defensa de _____ ratificó la conformidad de la misma respecto de las peticiones efectuadas contra la misma como responsable a título lucrativo.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La Sociedad para el Desarrollo Regional de Cantabria, Sociedad Anónima (SODERCAN), se fundó por Decreto del Gobierno de Cantabria de 21 de mayo de 1984, teniendo por objeto estimular el desarrollo económico y social de la región, contribuyendo a superar los desequilibrios económicos sectoriales y territoriales, con un amplio objeto social que incluye la promoción y mejora del tejido y estructura de las empresas de la Comunidad, la realización de inversiones en especial en materia de tecnología, innovación e investigación o captación de recursos y créditos para las empresas. El capital social, según su norma fundacional, está suscrito mayoritariamente por el Gobierno de Cantabria al menos en un 51%, participando del mismo también Caja Cantabria (luego, Liberbank) y la Cámara de Comercio. A través de sucesivas ampliaciones de capital, ha ido aumentando progresivamente la participación del Gobierno de Cantabria posteriormente a octubre de 2013.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

..., mayor de edad y sin antecedentes penales, comenzó a prestar sus servicios en Sodercan en octubre de 1998, primero con un contrato de seis meses, luego indefinido a partir de abril de 1999, con desempeño de funciones en el Área Internacional y en el Área de Proyectos Europeos. En 2009 fue designado "responsable del Equipo de Proyectos Europeos", cargo en que se mantuvo hasta 9 de febrero de 2012, en que la Comisión Ejecutiva aprobó un nuevo organigrama en que el acusado fue nombrado "Director General de Proyectos Estratégicos y Desarrollo Internacional", cargo que fue ratificado por el Consejo de Administración el 27 de marzo de 2012; en junio de 2013, la comisión ejecutiva le nombra "director general de creación de empresas y desarrollo internacional". La presidencia de la Comisión Ejecutiva y del Consejo de Administración ha venido siendo ostentada por el Consejero de Industria del Gobierno de Cantabria desde 1995.

Según el artículo 34 de los Estatutos de SODERCAN, entre las funciones del Consejo de Administración está la del nombrar y separar directores para todos y cada uno de los negocios que explote la sociedad (3º) y el nombramiento del personal y formación de plantillas y la designación de directores, gerentes y administradores de los negocios o empresas en que intervenga, así como la de fijar sus deberes, atribuciones, sueldos y gratificaciones (4º). Para el mejor desempeño del cargo de confianza que venía ostentando el acusado y para dar cobertura formal a las importantes responsabilidades que se le asignaron, en escritura pública de 25 de noviembre de 2011, el entonces Consejero Delegado de la sociedad nombró apoderado de SODERCAN al acusado, confiriéndole amplios poderes de representación para celebrar contratos, disponer de fondos sociales, autorizar gastos, realizar operaciones bancarias e inversiones, gestionar ayudas y subvenciones, ..., y en



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

escritura pública de 13 de diciembre de 2011 se otorgó a favor del acusado poder general para pleitos y actos de Administración en la Republica de México.

En ejecución de los fines de su objeto social, a lo largo de los años en que el acusado desempeñó su cargo en la entidad, en el área internacional, SODERCAN intervino como socio en diversos proyectos de innovación cofinanciados por la Unión Europea. Entre ellos, por ejemplo, el proyecto para el desarrollo de ciudades inteligentes, SmartCity (en Cantabria "SmartSantander"), para el que la Comisión Europea aportaba un porcentaje de, aproximadamente, el 50% en fondos monetarios, mientras que Sodercan aportaba el otro 50% en costes internos y recursos personales. Otros de los proyectos eran el denominado "REDOMIC", para fomentar la investigación mediante la colaboración entre universidades y empresas; el proyecto "ESTIIC", para el fomento del uso de la tecnología, la innovación y la sociedad de la información a favor de la competitividad; el proyecto "SUP.POLICY", para el diseño de políticas de innovación para la empresa; el proyecto "REDES DE COOPERACION", para la participación de SODERCAN en diversas redes europeas de información; el proyecto "GESTINN", para el diseño de aplicaciones y métodos para la gestión de la innovación en las empresas; el proyecto "AT CLUSTER" , para la cooperación empresarial a través de la realización de clusters transnacionales, y el proyecto "ESTER", para la implementación en las empresas de la estrategia regional de acciones innovadoras.

El acusado, en el ejercicio de las funciones propias de los cargos ya referidos que ostentó en el área de Internacional de SODERCAN, estaba facultado para participar en la selección de empresas licitadoras, autorizar subvenciones, contratar empresas proveedoras, ordenar pagos, ...; igualmente, participaba en la justificación



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

documentada de gastos que después se presentaban en la Comisión Europea a través de certificaciones que permitían que Sodercan continuase recibiendo sus fondos.

aprovechando esos cargos de confianza que estuvo desempeñando entre 2007 y 2013 en SODERCAN, y las amplias atribuciones que le fueron conferidas para la gestión de los citados proyectos europeos, entre las que estaba la realización de pagos a las empresas licitadoras proveedoras de bienes o servicios en el marco de los mismos, con evidente ánimo de obtener un ilícito beneficio, ideó un plan para distraer y hacer propios fondos de la sociedad, de modo que ésta los aplicase o imputase financieramente a las subvenciones procedentes de la Comisión Europea, y que finalmente repercutieron en un claro perjuicio de la caja social de SODERCAN, toda vez que, a efectos financieros internos, las cantidades detraídas por el acusado se compensaron con fondos de la entidad. Entre el 17 de diciembre de 2007 y el 30 de julio de 2013, confeccionó veintisiete órdenes de pago ficticias, iguales a las que emitía para transferir fondos a empresas proveedoras, que él firmaba como responsable, y que contenían esencialmente los siguientes datos:

- El proyecto europeo al que debía imputarse el gasto;
- El beneficiario del pago, que eran personas físicas vinculadas al acusado o empresas "instrumentales" creadas ad hoc por él, pero que en ningún caso habían sido proveedoras ni mantenido ninguna relación con el proyecto;
- La Entidad bancaria y número de cuenta corriente, vinculada siempre al acusado, a la que debía transferirse el dinero;
- Y la cuantía del pago. De este modo eludía las sospechas del departamento financiero de SODERCAN que no realizaba control o supervisión de la orden de pago cuando se trataba



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de cantidades que no superaban las que aquí fue haciendo propias el acusado.

Estas veintisiete órdenes de pago fueron:

1. 30/6/2008, a favor de [redacted] 36.000 €, (proyecto Estiic)
2. 27/4/2009, a Bandolner LTD, 49.800 € (proyecto Sup. Policy)
3. 17/6/2009, a [redacted] 18.000 € (proyecto Ester)
4. 16/12/2009, a Bandolner LTD 25.000 € (proyecto Redes Coop)
5. 16/12/2009, a [redacted] 28.000 € (proyecto Redomic)
6. 2/3/2010, [redacted] 22.000 € (proyecto Ester)
7. 31/5/2010 [redacted] 16.750 € (Redes Coop)
8. 3/8/2010, Bandolner LTD 24.800 € (proyecto Gestinn)
9. 2/11/2010, [redacted] 20.000 € (Redes Coop)
10. 28/1/2011, [redacted] 20.000 € (proyecto Redomic)
11. 10/1/2012, [redacted] 20.000 € (proyecto Redomic)
12. 28/1/2011, Bandolner LTD 41.250 € (proyecto Smart City)
13. 10/1/2012, [redacted] 20.000 € (Smart City)
14. 4/2012, [redacted] 23.000 € (Smart City,)
15. 4/5/2012, Bandolner LTD, 27.429 € (proyecto Smart City)
16. 20/9/2012, [redacted] 27.913 € (proyecto Smart City)
17. 27/12/2012, Bandolner LTD, 15.000 € (proyecto Smart City)
18. 27/12/2012, [redacted] 15.000 € (proyecto Smart City)



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

19.	22/3/2012,		15.000	€	(proyecto Smart)
20.	24/4/2013,	Bandolner LTD	29.614,21	€	(proyecto Smart City)
21.	24/4/2013,		14.614,21	€	(proyecto Smart City);
22.	30/7/2013,	Bandolner LTD	26.000	€	(proyecto Smart City)
23.	30/7/2013,		19.500	€	(proyecto Smart City)
24.	18/9/2009,	INNOVA MAIS,	18.500	€	(Proyecto Gestinn)
25.	13/10/2010,	INNOVA MAIS,	24.000	€	(Proyecto Redes de Coop);
26.	20/6/2011,	INNOVA MAIS,	22.000	€	(Proyecto Redomic)
27.	17/12/2007,	RUSACORP,	48.200	€.	

De este modo, [redacted] logró, mediante las referidas órdenes de pago que no respondían a ninguna transacción real, que desde el Departamento Financiero de SODERCAN, al cual él hacía entrega de los documentos de pago, se transfirieran un total de 667.370,42 euros, parte de los cuales fueron a parar a una cuenta corriente que el acusado abrió en Chipre en el USB BANC PLC a nombre de una sociedad pantalla por él constituida "ad hoc", "BALDONER Ltd"; otra parte del dinero fue transferido a una cuenta corriente abierta en el ULSTER BANK de Irlanda, de la que era titular una persona conocida del acusado, [redacted] que no consta tuviera conocimiento de las actuaciones del acusado; igualmente, a través de otra persona de su confianza, que no está acreditado fuera consciente del origen ilícito de los fondos, [redacted]

[redacted] logró el traslado de cierta cantidad de dinero de SODERCAN a una cuenta corriente del Banco Espirito Santo abierta en Matosinhos, Portugal, a nombre de la entidad



Innova Mais; y otra parte de los fondos fue transferida por SODERCAN a una cuenta corriente del Banco Sabadell en Miami de la que aparecía como titular la empresa RUSACORP. Posteriormente, transfirió prácticamente todos los fondos ingresados en las cuentas antedichas a la cuenta corriente de OPEN BANK nº de la que era titular él mismo, desde la cual dispuso en su propio beneficio de todo el dinero.

Parte de las cantidades que el acusado logró obtener del modo descrito, en concreto 112.550 euros, fueron transferidas a lo largo de los años 2009 a 2013 desde su cuenta de OPEN BANK a la cuenta corriente del Banco de Santander nº de la que era titular y disponente su esposa con la que tenía régimen de gananciales. No consta que tuviese conocimiento concreto del origen de los fondos que recibía de su marido pero se benefició de los mismos, al igual que del resto de lo obtenido por el acusado, con lo que la familia logró financiarse la adquisición de una vivienda, en concreto un chalet en la urbanización la Ladera con valor catastral de 232.410,86 euros y precio declarado en escritura de 450.000 euros, adquirido en 2012; un ciclomotor comprado en 2013; dos motocicletas adquiridas en 2009 y un barco de 5,99 metros de eslora comprado en 2010 cuyo valor de mercado ha sido tasado pericialmente en 18.000 euros, estos tres últimos a nombre de ; tenían dos vehículos de alta gama, un BMW serie 5, y un Ford Kuga a nombre de adquirido en 2009; y lograron disfrutar de un nivel de vida que era inaccesible con las nominas de ambos: la del acusado se mantuvo en la época de los hechos descritos en torno a los 2.500 euros al mes y su esposa ganaba unos 800 euros mensuales.

Cuando los responsables de SODERCAN y de los proyectos europeos que ésta gestionaba se percataron de los hechos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

descritos y pidieron explicaciones al acusado, previamente a la interposición de denuncia contra él, éste negó inicialmente cualquier actuación ilícita y trató de ocultar lo sucedido, para lo cual simuló nuevos documentos que no respondían a realidad mercantil alguna; ante las evidencias que existían, admitió haber hecho propios fondos por una cantidad de, aproximadamente, 300.000 euros. Iniciado el procedimiento y una vez que la denunciante Sodercan fue descubriendo que las cantidades distraídas ascendían a un importe superior, fue reconociendo la apropiación de esas cantidades.

Durante la instrucción de la causa, el acusado ha ingresado, en concepto de pago, en la cuenta judicial, la cantidad de 166.007,33 euros con el fin de responder parcialmente a los perjuicios ocasionados a SODERCAN. Dicha cuantía procedió de la venta del chalet propiedad de la sociedad de gananciales. También fueron ingresados en la cuenta del Juzgado con el mismo fin 15.123 euros procedentes de la venta del barco del que era titular D^a [redacted], y retenidos judicialmente los saldos de las cuentas bancarias del acusado en Open Bank que ascienden a 11.512,90 euros y 547,93 euros respectivamente, así como otros 781,38 euros en una cuenta corriente del Banco de Santander, cantidades todas ellas que [redacted] y su esposa han puesto a disposición de la entidad perjudicada para que sean aplicadas a la responsabilidad civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.

Los hechos probados son el resultado de la prueba practicada en la causa y la valoración de los distintos medios de acreditación que se han aportado válidamente a las actuaciones. Las distintas partes intervinientes han estado conformes en la utilización por parte del acusado de



fondos de la sociedad mixta Sodercan para su propio beneficio y la confección, para justificar tal apropiación, de una serie de documentos oficiales enteramente falaces que daban cobertura a su actuar. Tampoco se ha discutido el importe total apropiado ni las cantidades que ha reintegrado a Sodercan.

I. En cuanto a la apropiación de fondos y documentos inauténticos, se desprenden de la documentación aportada (por ejemplo, en folios 43, 71, 77, 113, 546 a 557, 864). Inicialmente se formuló denuncia por una serie de pagos efectuados de fondos destinados principalmente al proyecto "Smartsantander" (f. 27 y ss.), junto a dos pagos del proyecto "Redomic"; en total, aparecen desvíos por importe de 294.320,42 euros (según resulta de folios 43 y 44). El método utilizado, tal como aparece en la documentación adjuntada a continuación, consistía en que

emitía unas órdenes de pago con su sola firma bajo la denominación "Área de proyectos europeos, transferencia con cargo al proyecto" Smart o Redomic (f. 47), o bajo la expresión "comunicación de pago urgente" (f. 52, 54, 56, 59, 67, 68, 71, 83) o "comunicación de pago" (f. 77), hay incluso una solicitud de transferencia firmada por tercera persona -cabe pensar que sin conocimiento de la verdadera naturaleza del hecho (f. 51)-. Ello se hacía a favor de una de las empresas que él controlaba, Bandolner LTD (empresa con domicilio en Chipre, con cuenta en el Universal Bank Public LTD) y (con cuenta en el Ulster Bank of Ireland LTD), a fin de que se efectuasen transferencias bancarias en las cuentas de estas empresas ficticias por supuestos trabajos que, si bien aparecían en la documentación presentada por el acusado, no respondían a ninguna contraprestación real pues nada habían ejecutado tales empresas. Los diversos pagos se efectuaban por Sodercan, tal como figura en las transferencias cuyas justificaciones obran en la causa. Posteriormente, aquellas



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

cantidades se transmitían a una cuenta del acusado en Open Bank. Y siempre la solicitud de transferencia se hacía a través de un documento con el encabezamiento de "Grupo Sodercan, Sociedad para el desarrollo regional de Cantabria" y, bajo la firma de [redacted], aparecía su nombre y el cargo que ocupaba -en los obrantes a partir del f. 52-, primero, "Director General. Proyectos Estratégicos y Desarrollo Internacional" y, después, "Director de Creación de Empresas y Desarrollo Internacional".

Poco después de ser enviada la denuncia a la Fiscalía, la misma resulta ampliada porque, según se explica por Sodercan, se han revisado otras operaciones en las que se han apreciado formas de actuar similares a las indicadas, al figurar transferencias a las empresas que se acaban de señalar. En concreto, al f. 113, se comprueba que existieron otra serie de operaciones, entre abril de 2009 y junio de 2011, con Bandolner LTD y [redacted], por importe total de 181.550 euros y referidas a los proyectos "Sup. Policy", "Redes Coop", "Ester" y "ATCluster".

Se completa la investigación con otro escrito que presenta Sodercan (f. 542) en que figuran nuevos desvíos de dinero con otros pagos más -descubiertos posteriormente aunque anteriores en el tiempo- en que la empresa interpuesta era "Innova Mais" -con cuenta abierta en Portugal, en la entidad "Espirito Santo"- y de la que también se sirvió el acusado para hacer propios los fondos ajenos, además de otros pagos también a favor de Bandolner o [redacted], con órdenes de pago y transferencias en las que firmaba otra persona junto a [redacted] (así, las obrantes en f. 548, 550, 553, 555, 557); se comunican operaciones de junio de 2008, con cargo al proyecto "Stiic", junio de 2009 ("Proyecto Ester"), agosto de 2010, (proyecto "Gestinn"), junto a tres pagos a nombre de esa



empresa Innova Mais y con cargo a los proyectos "Gestinn", "Redes de Coop" y "Redomic". El importe de estas operaciones asciende 143.300 euros. Finalmente, aparece un único pago de 48.200 € a favor de "Rüsacorp" con cuenta abierta en el Banco Sabadell de Miami, comunicado por la acusación particular en escrito presentado en el Juzgado el 31 de marzo de 2014 (f. 864 y ss.).

II. En cuanto a la estructura de Sodercan, es indudable no sólo la participación mayoritaria de capital público sino también que el presidente del Consejo de Administración y del comité ejecutivo ha venido siendo el Consejero de Industria del Gobierno de Cantabria. El artículo 34 de los Estatutos de Sodercan dispone que el consejo de administración nombra los cargos, organigramas, ... En actas del consejo de administración de enero y marzo de 2012 se aprueba el organigrama de la empresa en que figura como director de proyectos estratégicos y desarrollo internacional.

En esa estructura (detallada en f. 1172 y ss), la vinculación de se había iniciado cuando entró por un contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción como técnico (f. 560); en 2009, pasa a ser responsable del Equipo de Proyectos Europeos; el 9 de febrero de 2012 se aprueba por la comisión ejecutiva su consideración de "director de general de proyectos estratégicos y desarrollo internacional", lo que es ratificado por el consejo de administración; en junio de 2013, comisión ejecutiva le nombra "director general de creación de empresas y desarrollo internacional" (acta obrante al f. 1342). Asimismo, entre noviembre de 2011 y abril de 2013, es apoderado de Sodercan (f. 568, escritura de apoderamiento de 25 de noviembre de 2011; el 13 de diciembre de 2011 se amplía con poderes para México,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

f. 576; modificados el 2 de octubre de 2012, f. 592, hasta que son revocados el 30 de abril de 2013, f. 585).

De esta forma, su labor se desarrolló principalmente en la gestión de proyectos europeos, con funciones de dirección y control de proyectos y disponiendo, al menos mientras duró el apoderamiento, de facultades por sí mismo para autorizar pagos a terceros y proveedores comprometidos por Sodercan con cargo a dichos proyectos hasta 60.000 euros, "aplicando a tal fin los fondos recibidos de la Unión Europea" (como se dice en el documento obrante al f. 86).

Debe añadirse que fue el Consejero de industria quien le revocó los poderes, firmó el relevo del puesto de confianza el 5 de noviembre de 2013 (f. 564) y fue posteriormente quien le comunicó la apertura de expediente disciplinario (f. 86) y quien rubricó la carta de despido (f. 105). Al f. 565, consta que el 1 de julio de 2012 se adaptó el contrato de trabajo de [redacted] a la ejecución del plan de sostenibilidad de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria en ejecución de la Ley 2/2012 de 30 de mayo, norma que se aplicó al sueldo y contrato de trabajo del acusado.

IV. En cuanto al desarrollo de los proyectos, la gestión económica de subvenciones de la Unión Europea y Gobierno de Cantabria, se efectuaba la contribución de la Unión Europea y se contrataba a las empresas que lo desarrollaban a través de Sodercan y luego se justificaban las cantidades abonadas a cada una; la Unión Europea aportaba un porcentaje; Sodercan debía aportar los fondos necesarios para poder llevar a cabo los despliegues de las infraestructuras previstas, con los fondos comprometidos por el Gobierno Regional y los de la Unión Europea. Las licitaciones se lanzaban desde Sodercan y los contratos



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

resultantes los firmaba Sodercan. Así se explica, por ejemplo para el Proyecto Smart City, al f. 20. Según resulta de las declaraciones prestadas en la causa (así, la de [redacted] o la de [redacted]), se trataba de un proyecto de la Unión Europea en que el socio de referencia era Telefónica; había además trece socios más. Cada socio imputaba los gastos que había realizado y los justificaba documentalmente ante la Unión Europea; en la documentación remitida a la Unión Europea estaba todo justificado de manera que las operaciones quedaban como un problema interno de Sodercan. En ese ámbito, [redacted] tenía una significativa responsabilidad a la hora de canalizar el destino de los fondos de la Unión Europea hacia las empresas que aspirasen a beneficiarse de dichas ayudas participando en los proyectos. Igualmente, su papel era relevante en la justificación de gastos que después se presentaban en la Comisión Europea a través de certificaciones que permitían que Sodercan continuase recibiendo sus fondos.

El fraude se viene a descubrir (como señala el testigo [redacted]) porque, en el libro mayor del proyecto, figuraban dos proveedores que no eran parte del mismo, de manera que ello no coincidía con la relación que se mandaba a la Unión Europea en que figuraban justificados en forma todos los gastos. Como explicó en juicio [redacted] las cantidades de que [redacted] se apropió fueron recibidas de menos por Sodercan o se emplearon en lo que no habían que emplearse; había gastos de personal que al estar pagados por Sodercan no se imputaban al proyecto; ante la Unión Europea se decía que se habían pagado pero se hacía con cargo a Sodercan.

Respecto del proyecto Smart-city, existe alguna documentación -no oficial- que habría sido remitida por [redacted] cuando se le solicitaron explicaciones



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

por la auditora, en un correo electrónico al f. 18 al que se adjuntan una serie de documentos. Según estos documentos, el presupuesto total del proyecto sería de 8.234.258 euros; la contribución de la Unión Europea, 6.000.000 euros (f. 20); la parte que a Sodercan correspondía se estimaba en 1.399.298 euros, de los cuales la contribución de la Unión Europea sería de 727.082 euros. En la ejecución del proyecto, Sodercan habría facturado en el momento en que se remite el correo 1.136.525,88 euros; de entre ellos, 927.776,87 euros correspondían a equipamiento y parte de esas cantidades fueron facturadas a nombre de las empresas "Bandolner" y "..." (f. 22 a 33); según el contenido del correo, la Unión Europea habría abonado en aquel momento a Sodercan 559.853,10 euros.

Del resto de proyectos europeos afectados, obra en las actuaciones la documentación referida al proyecto "Ester", con cargo al cual se giraron dos de las órdenes de pago falsas, por importe total de 40.000 euros (en f. 1369 y ss. y f. 1429 y ss.); figura que se trataba de un programa cofinanciado por la D.G. Regio de la Unión Europea; y que constó de diversas líneas: línea 1, "mejora de la definición de políticas de apoyo a la innovación", con un gasto de 807.607,57 euros; línea 2, "creación de una unidad de experimentación y desarrollo de tecnología del magnesio aplicada al sector auxiliar de la automoción", con gasto de 1.162.590,42 euros; línea 3, "creación de una unidad de desarrollo de la biotecnología", con gasto de 801.392,2 euros; línea 4, "acción dirigida a mejorar la programación de acciones en materia de I+D+i en Cantabria a partir de la experiencia en los sectores de biotecnología y tecnologías del magnesio, así como de coordinación interinstitucional; gasto de 187.730,36 euros. Línea 5, proyecto de viajes por valor de 49.538,1 euros. Línea 6, asistencia técnica para la implementación de Ester, 175.673,77 euros. Sumadas las diversas partidas, el gasto total fue de 3.184,532.42



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

euros. El presupuesto del programa, f. 806, era de 3.120.000 euros.

V) Una de las principales cuestiones debatidas ha sido la conducta de [redacted] una vez descubiertas las sospechas de su comportamiento ilícito. En una primera reunión trató de negar los hechos y, a tal fin, confeccionó otros dos documentos falsos, con membretes de la Universidad de Surrey y de Lübeck, destinados a aparentar el destino lícito de las cantidades sobre cuyo uso Sodercan había comenzado a sospechar. Al ver que con ello no consiguió disipar las dudas, al ser llamado a un nuevo encuentro con el Consejero de Industria y otros directivos, reconoció la apropiación de fondos. Y, poco después, estando presentes el Consejero de Industria y el abogado de la entidad, fue él quien de su puño y letra escribió la cifra de 300.000 euros como cantidad aproximadamente apropiada.

Al f. 225 y en otro documento similar presentado al inicio del juicio, consta que el 2 de diciembre de 2013 reiteró el reconocimiento inicial y puso a su disposición sus bienes añadiendo "me tienen a su disposición para cualquier gestión que consideren debo realizar", adjuntando una declaración de patrimonio.

SEGUNDO.- Los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida y otro de falsedad en documento público cometida por particular, ambos con carácter continuado.

A. Sobre la apropiación indebida, se ha discutido si los hechos no deberían encajar en la malversación de caudales públicos, tal como sostiene la acusación particular que los ha calificado por el tipo del artículo 435.2 del Código Penal, en clara contradicción con el resto de su posición



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

procesal pues el citado precepto castiga a "los particulares" legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos cuando dicha parte viene a sostener en sus restantes conclusiones e imputaciones el carácter público del acusado.

Son requisitos de la malversación de caudales públicos (SSTS 132/2010 de 18.2 o 1374/2009 de 29.12):

- a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.
- b) Una facultad decisoria jurídica 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.
- 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) La sustracción o el consentimiento para que otro sustraiga dichos caudales, sustracción que equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.
- e) Ánimo de lucro del que sustrae o de la persona a la que se facilita la sustracción. En el tipo subjetivo, es necesaria la concurrencia del dolo, que en este tipo penal comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad Pública.



El principal debate ha girado sobre la consideración de los fondos apropiados como públicos. Conforme a la STS 14.2.2017 (Caso Rilco), se sigue el criterio del destino, de manera que basta con que los caudales vayan destinados a las arcas públicas y se hayan entregado con ese fin para que tengan dicha consideración. Incluso, ha prescindido del requisito de que los efectos hayan sido entregados y salido de la esfera posesoria de quien está obligado a hacerlo, contentándose con la existencia a favor del erario público siempre que se trate de un cuerpo determinado o individualizado. No obstante, cuando se trata de actuación a través de sociedades mercantiles, se razona que el Derecho privado despliega una mayor influencia bajo la forma societaria anónima, distinguiéndose según la participación pública en el capital de la sociedad sea exclusiva o simplemente mayoritaria. Esto arrastra consecuencias en la determinación de la naturaleza de sus fondos: lo que puede privar del carácter público a los caudales de la sociedad no es tanto la naturaleza mercantil de la sociedad sino su condición específica de sociedad anónima que comporta una diferenciación de personalidad jurídica. Eso conduce a convertir en difícilmente admisible que los fondos de las sociedades de economía mixta controladas por la Administración -aunque sean empresa pública- puedan considerarse públicos pues hay una participación privada. La sociedad anónima es una sociedad siempre capitalista en la que apenas interesan las condiciones personales de los socios sino su participación en el capital social. En la sociedad anónima patrimonio y capital son conceptos diferenciados: aquél es el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social, no a los socios. El capital social es la suma escriturada de los valores nominales de las acciones y sólo coincide necesariamente con el patrimonio en el momento fundacional. Siendo la sociedad anónima una persona jurídica



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

independiente de los socios, la naturaleza jurídica del capital, que su origen determina, no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea. El Estado puede tener la condición de socio y, con ella, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos, pero los fondos de la sociedad no son del Estado o Administración. Sin embargo, cuando las Administraciones públicas utilizan la forma de la sociedad anónima de exclusivo capital público para la gestión de determinadas funciones y servicios cambia sustancialmente la perspectiva y el argumento aducido es artificioso; el hecho de que el capital de la sociedad esté íntegramente desembolsado por el Estado, modifica ontológicamente la situación descrita respecto de las sociedades de economía mixta con capital público, mayoritario o no. De este modo, si puede ser irrelevante para establecer la naturaleza de los caudales el que la participación pública sea mayoritaria o minoritaria, que se trate de una sociedad con exclusivo capital público sí resulta decisivo pues "se produce una identidad entre patrimonio social y patrimonio del socio". De manera que la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarde una gran semejanza con los de las entidades de derecho público. A diferencia de las sociedades mayoritariamente participadas por el Estado, el origen y destino de todos sus caudales es el Erario público, con lo que ha de sostenerse que la naturaleza de dichos fondos es pública. Ya dice la STS de 5.2.1993 "si estos entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenezca al ente público matriz, los fondos de aquella son fondos públicos".



En el mismo sentido, cabe citar la STS 166/2014 de 28.2, que distingue, a los efectos de la consideración de caudales públicos en una empresa pública entre el momento primero en que la participación pública era mayoritaria pero convivía con participación privada del tiempo en que el capital social es íntegramente público. En el primer momento, "podemos convenir que hay una falla que posiblemente no puede saltarse: hasta que todo el capital no se hace público es más que cuestionable que pueda hablarse de "caudales públicos", sociedad y accionistas se diferencian". Y es que, dentro de las empresas públicas, "las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados, no puede identificarse este con el concepto de caudales públicos; ahora bien, "en relación a las sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la compañía se identifica con el particular del accionista, es decir, la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación".

Pues bien, en aplicación de la anterior doctrina al presente caso, se trata, según indica el artículo 1 del Decreto que la crea, de una "sociedad anónima" ("Sociedad para el Desarrollo Regional de Cantabria, Sociedad Anónima"), que se regirá por la Ley de Sociedades Anónimas y demás normas complementarias, así como por aquellos preceptos de la Ley de Patrimonio de Cantabria, Ley de Patrimonio del Estado y Ley General Presupuestaria que resulten de aplicación así como por su Decreto fundacional. Y lo es de capital mixto, de manera que el Gobierno de Cantabria optó por la fórmula de la "administración institucional", creando y utilizando una entidad mercantil independiente para el más ágil y eficaz desarrollo de la función de interés público y social que tenía asignada



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

estatutariamente. Según figura al f. 1174, el capital estaba integrado por la aportación del Gobierno de Cantabria, 51%, de Caja Cantabria, 48,5%, y de la Cámara de Comercio, 0,5% y ello durante todo el periodo en que sucedieron los hechos pues no consta que se modificase la participación accionarial hasta el 25 de noviembre de 2013. De esta forma, se trata de una sociedad donde se han aportado caudales públicos junto a otros procedentes de entidades privadas, tales como Liberbank o la Cámara de Comercio. Por tanto, y siguiendo la jurisprudencia que se acaba de transcribir, no cabe una equiparación entre sociedad de capital mayoritario público y caudal público puesto que, en aquella, cuando junto al capital público concurre otro privado, no cabe efectuar una equiparación con los caudales públicos propios del delito de malversación.

Es cierto, según se desprende de lo actuado, que la actuación del recurrente se produjo en el proceso de gestión de proyectos europeos; estos proyectos, según se explicó, venían financiados con fondos europeos en un importante porcentaje, que luego se completaba con la aportación de Sodercan, que principalmente se refería a la incorporación de mano de obra. La contribución de Sodercan en los proyectos europeos se producía principalmente mediante el desarrollo de las obras y trabajo, en medios personales; el acusado certificaba el uso de los fondos ante la Unión Europea y el dinero se imputaba al proyecto europeo aunque se detraía de fondos de Sodercan. A la hora de determinar si ello supone que pueda afirmarse que el dinero que hizo propio el acusado eran los fondos públicos procedentes de la Unión Europea, no cabe efectuar una respuesta tajantemente afirmativa. Y ello por cuanto tales fondos, una vez eran aprobados y transferidos a Sodercan, pasaban a formar parte del patrimonio de esta, no eran una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

partida separada, dotada de autonomía, sino que se integraban entre los activos de la sociedad anónima.

Y muestra de ello es que nadie ha sostenido que haya sido la Unión Europea la perjudicada por la apropiación de los fondos sino que lo ha sido Sodercan pues es esta empresa la que ha sufrido las consecuencias de las actuaciones de ..., la que ha tenido que reintegrar, sufragar, restar de sus beneficios o incrementar su endeudamiento en aquellas cantidades que ... hizo propias. De esta forma, no se altera la condición de los caudales porque, en su origen, tuviesen carácter público cuando pasaban a forma parte de los recursos que tenía una sociedad mixta como era Sodercan. Los pagos se giraban contra la cuenta de Sodercan; era la cuenta bancaria de esta la que sufría los cargos de tales partidas falsas y era en último término el patrimonio de Sodercan el afectado por la delictiva actuación del acusado.

A partir de ello, la conducta se configura como constitutiva de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal (artículo 253 tras la reforma operada por la LO 1/2015) al concurrir los diversos requisitos que se vienen exigiendo para la comisión de dicho delito: 1) posesión legítima por el agente de dinero, efectos, valores u otra cosa mueble; 2) tenencia inicialmente lícita de la cosa, en virtud de depósito, comisión o cualquier otro título que obliga a entregarla, destinarla a un fin o devolverla; 3) dolosa apropiación o distracción de la cosa por el tenedor o negación de haberla recibido; 4) ánimo de beneficiarse ilícitamente en quien actúa con la consiguiente causación de un perjuicio (SSTS 12.2.2014, 2.6.2010, 18.12.2002 y 10.7.2010).

Y así, no ofrece duda que el acusado ha hecho propios fondos que tenía a su disposición por razón de su



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

dedicación profesional, privando así a los mismos de servir al objetivo societario al que estaban destinados y que ello lo efectuó con evidente ánimo de lucro, al hacerlo en provecho propio y de su esposa. Asimismo, atendido el montante total de apropiación, concurre el tipo agravado del artículo 250.1.5º del Código Penal, al ser superior a 50.000 euros.

B. Los hechos son también constitutivos de un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil, cometido por funcionario público.

Todas las partes han venido a conformarse con la existencia de una falsedad; el Fiscal y la acusación particular lo residencian en el artículo 390.1.2º del Código Penal, al tratarse de un funcionario público que simula un documento de manera que induce a error sobre su autenticidad; ambas acusaciones lo tipifican como "falsedad en documento mercantil", de manera que vienen a aceptar que el documento sobre el que se comete tiene tal carácter, si bien está cometida por un funcionario público; mientras que la defensa entiende que se trata de un delito del artículo 392, que castiga al particular que comete una falsedad en documento oficial o mercantil.

No se ha discutido la realidad de la falsedad sobre documentos públicos referida a aquellos confeccionados por Jesús a fin de obtener que fuesen transferidos desde la entidad bancaria las distintas partidas dinerarias con apariencia de legalidad, de igual manera que (como se aprecia en la documentación aportada de los proyectos Ester y Smart City) se ha justificado ante la Unión Europea el destino aparentemente legal que había dado a los fondos recibidos. En este sentido, cabe citar, por ejemplo, la STS 1/2004, de 12.1, en la que se insiste en que "el tipo penal contemplado en el art. 390 del Código Penal se refiere a la



autoridad o funcionario público que cometiere en un documento público, oficial o mercantil, alguna de las conductas descritas en el mismo; pero siempre que ello tuviere lugar "en el ejercicio de sus funciones".

La cuestión debatida es la condición del acusado como funcionario público a efectos penales. La STS 14.2.2017 (Caso Rilco), ya citada, que efectúa referencia a la STS 1590/2003, de 22.4.2004 (caso Intelhorce), realiza un análisis de la condición de funcionario público, a efectos penales, enfocado precisamente a los dirigentes de empresas de capital público: el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP, conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"; es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (SSTS 27.1.2003 y 4.12.2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS 4.12.2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Como señalan doctrina y jurisprudencia (SSTS 22.1.2003 y 19.12.2000), se configura un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública". Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS 4.12.2001 y 11.10.1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS 27.1.2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS 19.12.1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS 29.4.1997); así como a las entidades estatales reguladas en el artículo 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales



del Estado (STS 13.11.2002)". Se mantiene esta misma doctrina en la STS 421/14, de 16.5, caso Mercasevilla, con cita de las SSTs 186/2012, de 14.3, 166/2014, de 28.2 y 68/2003, de 27.1.

Apoyándose en lo anterior, se matiza en la sentencia 166/2014, de 28.2, que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Se acude a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo. Se impone en este punto un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material.

La precitada STS 14.2.2017 se refiere al condicionamiento de las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos; por ello estas sociedades están sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación, y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten.

En este sentido, cabe citar el artículo 3.1.d) del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14.11 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que considera, a efectos de aplicación de dicha norma, como parte del sector público, a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación social de las entidades mencionadas en las letras a) a f) (referidas a las distintas Administraciones públicas, incluidas las Administración de las Comunidades Autónomas) del presente apartado sea superior al 50 por 100 y están sometidas a lo previsto en dicha Ley (artículo 2). Anteriormente, en la Ley 30/2007 de 30.10, de Contratos del Sector Público, se contenía similar previsión en el mismo precepto, 3.1.d). Previamente a esta regulación, la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio decía: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector publico a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Aplicada la doctrina ampliamente expuesta al presente caso, dos son los criterios a los que principalmente debe atenderse. En primer lugar, por el origen de su nombramiento. En segundo término, por las funciones que materialmente desarrollaba.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En cuanto a lo primero, el acusado, ya desde 2009 pero en particular desde febrero de 2012, ocupó puestos como consecuencia del nombramiento efectuado por el comité ejecutivo de Sodercan, que no es sino una emanación del Consejo de Administración. La presidencia de los mismos corresponde al Consejero de Industria del Gobierno de Cantabria y la participación mayoritaria pública en la sociedad se refleja en la composición del consejo. Por otro lado, las facultades para efectuar pagos de dinero público de manera directa y hasta la cantidad de 60.000 euros le venían por haber sido conferidas por el consejero delegado de Sodercan en virtud de escritura notarial, consejero delegado cuyo desempeño también derivaba de haber sido designado por Sodercan, cuyo consejo mayoritariamente estaba en manos públicas, conforme a la composición mayoritaria del capital social, y, a partir de una determinada fecha, también ocupaba un relevante puesto como director general dentro de la empresa, cargo que hacía constar en las comunicaciones a la entidad bancaria al efecto de que se le transmitiesen las cantidades que solicitaba para su lucro personal.

Respecto del segundo extremo, la dedicación a asuntos de relevancia pública, la falsedad documental tuvo lugar en la gestión de proyectos de indudable interés público, dirigidos a lograr la mejora del bienestar social, más allá del lucro particular propio de las empresas privadas y que no figura entre los objetivos de esta sociedad mixta. Precisamente, el hecho de que, junto al capital mixto de Sodercan, existiese una importante participación de capital público -compuesto por fondos de la Unión Europea-, apoya el hecho de que no ejercía una tarea privada sino de relevante interés público.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

A mayor abundamiento se halla el dato de que el expediente que lleva a su despido así como la carta a tal fin sean firmados por el consejero-delegado, a la sazón consejero de Industria del Gobierno de Cantabria, o que se viese sujeto a la reducción de sueldos como consecuencia de los recortes operados en el sector público de las distintas administraciones, en este caso de la administración autonómica de Cantabria prevista en la Ley de Cantabria 2/2012, de 30 de mayo, de Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad. Por último, también resulta de lo actuado que en su actuación la empresa estaba sometida a los criterios de licitación propios de las administraciones públicas.

Esta Sala no ignora que pueda parecer contradictorio el hecho de que, en relación con el primer delito se haya llegado a una consideración de que los caudales manejados por el acusado no tenían el carácter de fondos públicos y que, por otro lado, sí se le califique como funcionario al efecto de tipificar su autoría por el delito de falsedad.

Esta aparente antinomia se debe salvar señalando que, precisamente, si en el delito de malversación de caudales públicos se trata de dos requisitos distintos, ello se debe a que puede concurrir uno y no el otro; es decir, que igual que se pueda llegar al manejo de fondos públicos por particulares -y ello tiene, en su caso, su propia tipicidad-, puede suceder que un funcionario desarrolle su labor sobre fondos privados. Quizá esta segunda posibilidad resulta más extraña cuando precisamente se trata de una sociedad mercantil que se dedicaba al manejo de fondos principalmente públicos y cuyo destino son fines de interés y relevancia social. Ya se ha explicado anteriormente el por qué de cada una de las decisiones adoptadas y ahora debe reiterarse que lo que se efectúa es una resolución a



la luz de la prueba incorporada a las actuaciones de manera que se ha llegado a la conclusión de que el acusado ha efectuado su labor desde un puesto de relevancia y de confianza en una empresa de capital mayoritariamente público, que buscaba objetivos guiados por el interés común de los ciudadanos, en la cual él ostentaba la categoría de director general y desempeñaba poderes de representación de la empresa y que le permitían el pago de cantidades a cargo de Sodercan, lo que afectaba a un capital que, aún siendo mayoritariamente público, también se nutría de fondos privados, aportados por socios particulares implicados en la sociedad y dentro de unos proyectos donde se contrataba con empresas mayoritariamente del sector privado.

C. Continuidad y concurso. No se ha discutido el carácter continuado con que se han cometido ambos delitos, en los términos del artículo 74.1 del Código Penal, puesto que tanto la apropiación como la falsedad se han desarrollado durante varios años, en actos sucesivos, aprovechando idénticas situaciones; hubo una pluralidad de acciones, diferenciables entre sí, que han de ser consideradas como una sola infracción punible, al concurrir en todas las conductas el aprovechamiento de idénticas ocasiones entre los mismos sujetos activo y pasivo, con el mismo propósito o ánimo falsario y siendo los mismos preceptos penales violados. Ahora bien, en el caso de la apropiación indebida, se considera únicamente como apropiación agravada por la cantidad, sin aplicar las consecuencias de su consideración como delito continuado; para ello, se tiene en cuenta la doctrina contenida, por ejemplo, en la STS 662/2008 de 14.10, que, en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1.6º (actual 250.1.5º) y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros (50.000 euros tras la reforma por LO 5/2010), siendo además



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2. De esta forma, este delito se cualifica únicamente por la cantidad y no por la continuidad puesto que, en otro caso, no existiendo ninguna disposición superior a 50.000 euros, se estaría agravando dos veces la conducta por el mismo hecho.

El delito de apropiación indebida y el delito de falsedad documental se encuentran en relación de concurso ideal medial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 77.1 del Código Penal, ya que el delito de falsedad se ha cometido no sólo para alterar el veraz contenido del documento, con exclusiva finalidad falsaria, sino para alcanzar una defraudación con ánimo de lucro ilícito, configurándose, pues, uno y otro delito en un concurso ideal teleológico, de forma que la falsedad fue el medio necesario para la comisión del delito de apropiación indebida.

TERCERO.- De tales delitos es autor el acusado por sus actos personales, directos y voluntarios (artículos 10, 27 y 28 del Código Penal).

CUARTO.- Concorre en el delito de apropiación indebida la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable del artículo 22.7ª del Código Penal. Una vez explicada tanto la concurrencia del delito de apropiación indebida como la consideración en estrictos términos penales del acusado como funcionario público, queda por afirmar que el mismo se prevaleció de su posición pública para facilitar la comisión de dicho delito.

Como indica la STS 943/06 de 2.10, prevalerse supone el aprovechamiento de la función que se realiza para cometer un hecho delictivo con mayor facilidad. Abordando el fundamento de la agravación, la STS 93/2007, de 1.2,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

señaló que "la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable supone que el culpable ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, como tiene dicho gráficamente la jurisprudencia, en lugar de servir al cargo, el funcionario se sirve de él para delinquir. En definitiva el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que, de alguna manera, se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito" (en igual sentido, SSTS 305/2014 de 7.4, y la 1890/2001 de 19.10). El prevalerse del carácter público que tenga el culpable requiere, pues, que la condición de funcionario público se ponga al servicio del propósito criminal, aprovechándose así de las ventajas que el cargo le ofrezca para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo (SSTS 6.7.1990 y 30.10.1987). Como afirma la STS 876/2006, de 6.11, "reiterados precedentes de esta Sala avalan esta interpretación (SSTS 2.7.1998 y 6.7.1990) en el sentido expuesto de distinguir en las conductas de los funcionarios públicos aquellos supuestos en los que esa condición forma parte del tipo penal y cuando en la infracción penal se produce una extralimitación, supuestos en los que no es compatible la aplicación de la agravación, de aquellos otros en los que el delito cometido no guarda relación estrecha con las funciones públicas y ha sido actuado con aprovechamiento de la condición de funcionario público".

En el presente caso, cabe afirmar que el acusado se ha aprovechado del puesto público que ocupaba para hacer propios los fondos que tenía que administrar y para evitar que su conducta pudiese ser descubierta durante largo tiempo y, de esta manera, su conducta resulta más reprochable que si hubiera sido ejecutada por un simple



particular. Una vez que se ha razonado abundantemente su condición de funcionario público y que, si no ha sido sancionado como autor de un delito de malversación de públicos ha sido únicamente por la mezcolanza de capital público y privado que manejaba, siendo principalmente público, no cabe duda que la posibilidad de acceder a esos caudales venía dada por su carácter de funcionario, de manera que es aplicable al mismo similar justificación que la propia de la violación de los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios al abusar del cargo propio que desarrollaba para poder apropiarse de las cantidades pertenecientes a Sodercan con lo que se concluye que el aquí acusado se ha servido de su cargo en Sodercan para facilitar la comisión del delito.

QUINTO.- Respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal alegadas por las partes: A. Concorre atenuante de reparación del daño en el delito de apropiación indebida. Respecto de esta atenuante, la STS 239/2010, de 24.3, indica que, por su naturaleza objetiva, esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior; por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito. Consecuencia de este carácter objetivo, su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se cumplimenta siempre que la reparación se haga efectiva en cualquier momento del procedimiento, con el límite de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica. El elemento sustancial consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante.

En el presente caso, el acusado ha ingresado cantidades en torno a los 200.000 euros a fin de reparar, aunque sea parcialmente, el daño causado. Asimismo, ha comunicado la titularidad de una parte indivisa de un inmueble al efecto de conseguir, incluso, una mayor reparación. Y, desde un momento casi inicial, ha ido comunicando su patrimonio y ha puesto el mismo a disposición de este procedimiento. Todo ello ha supuesto una disminución relevante de la cantidad apropiada, sin perjuicio de que también sea elevado el importe que resta pendiente.

Frente a ello, no cabe alegar que, dado el "daño reputacional" causado, no es merecedor de la aplicación de la citada atenuante, tal como ha sostenido la acusación particular. Alega la acusación particular que, mediante la conducta del acusado, se ha dañado, quebrantado y desacreditado la imagen de la empresa, que ello ha sido reflejado en los medios de comunicación, de manera que atentaría contra la dignidad de los ciudadanos de Cantabria, en un contexto económico de grandes dificultades, que incluyó que hubiera de efectuarse un ERE en la empresa y que no es reparable porque no es evaluable. Se trata, como se ha expuesto, de una atenuante objetiva,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

más allá de posibles consideraciones subjetivas, del sentimiento que pueda albergar el propio autor o la víctima; lo cierto es que el acusado ha efectuado una serie de actuaciones destinadas a reparar el daño causado, actuaciones que no cabe calificar como testimoniales o puramente simbólicas sino que han dado lugar a que se repare, si bien que de forma incompleta, el daño económico causado.

Este daño "reputacional" a la persona jurídica, que de alguna manera se viene a vincular a lo que sería para el particular el daño moral, y que, en el presente caso, lo constituiría el desprestigio sufrido que va más allá de la comisión del delito, no se considera que deba incidir en la apreciación de la presente atenuante por cuanto no afecta a la misma. El acusado ha reparado parcialmente el perjuicio económico. No se ha expresado ni se advierte qué actuación le habría sido exigible desde el punto de vista del prestigio de la sociedad mixta. En cualquier caso, debe señalarse, primero, que no cabe olvidar que Sodercan es una mercantil que ha sido la víctima del delito y como tal debe ser entendida y el ingreso de cantidades a su favor por parte del acusado ha tenido un efecto beneficioso en sus cuentas; segundo, que la exigencia en que se mueve la responsabilidad penal no atiende a parámetros que vayan más allá del ámbito del daño que ha causado: la difusión periodística, las manifestaciones de la opinión pública, ... no pueden considerarse como un gravamen añadido al tipo penal o como configuradores de un tipo agravado; es decir, el tipo penal incluye los elementos que determinan la gravedad del hecho y esos son los que pueden ser reparados, no otros que, si bien derivan de la relevancia en la opinión pública de determinadas conductas, carecen de sanción penal más allá de lo que recoja el tipo. Cabe añadir que, en torno al prestigio, el mismo es resultado de una serie de variables -que se podrían referir a otras



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

múltiples circunstancias, por ejemplo, la ausencia de los debidos controles para evitar situaciones como la sucedida, la forma de designación de los cargos, ...- que, en una gran medida, no son imputables al aquí condenado. Por cerrar el círculo de posibles contraargumentos a lo alegado por la acusación particular, cabría preguntarse si no sería más dañino que existiesen casos de corrupción y los mismos no fuesen conocidos o denunciados de manera que la denuncia y conocimiento de tales casos también es susceptible de producir un efecto balsámico en tanto pueda percibirse por la sociedad que quien se corrompa acabará respondiendo de ello.

Sobre la posible consideración de esta atenuante de reparación del daño como muy cualificada, la jurisprudencia ha declarado, por ejemplo, que, si de modo sistemático, la reparación total se considerara con tal entidad se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena, finalidad preventivo general que quedaría burlada con una rebaja tan sustancial (STS 1156/2010, de 28.12); también se ha argumentado que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009 de 20.7). En el presente caso, una vez que el acusado disfrutó, debido a su acción delictiva desarrollada durante varios años, de unos elevados fondos económicos que empleó en su propio beneficio, en mantener un elevado nivel de vida, la reparación de una cantidad que se aproxima al tercio del total apropiado no puede tener una consideración privilegiada; baste pensar que, considerada una apropiación indebida como de especial gravedad a partir de 50.000



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

euros, las cantidades pendientes de devolución por el acusado superan los 400.000 euros.

B. Sobre la atenuante de reconocimiento de los hechos, ya como propia del artículo 21.4ª del Código Penal, ya como analógica al amparo del 21.7ª, dice la STS 18.9.2015, que la jurisprudencia (SSTS 683/2007 de 17.7, 318/2014 de 11.4, entre otras) viene exigiendo como requisitos de la atenuante de confesión los siguientes: en primer lugar, que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión sea veraz, quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revela totalmente falsa; y en tercer término, que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendiéndose por tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión. De modo que quedan excluidos aquellos supuestos en que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad.

Cabe matizar con la STS 257/2017 de 6.4 que, cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal (SSTS 1072/2002, de 10.6; 1526/2002, de 26.9 y 590/2004, de 6.5). En este sentido, se ha venido



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

reconociendo eficacia atenuatoria a la confesión tardía cuando suponga en el ámbito propio del proceso una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución relevante a la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva (STS 344/2004, de 12.3), señalándose en la STS 809/2004 de 23.6 que "la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito". De esta manera, lo que se viene exigiendo, para aplicar la analógica es que, como mínimo, es que ese reconocimiento comporte algún tipo de aportación a la causa (así, STS 31.3.2006, aportar el arma delictiva en un asesinato).

Lo primero que se impone en la causa es una distinción de dos cuestiones que, por momentos, se han mezclado en la causa, la diferencia entre la reparación del daño y el reconocimiento de los hechos. El acusado ha efectuado una serie de actuaciones dirigidas a intentar reparar parcialmente el daño causado; así, la declaración de patrimonio realizada con el escrito presentado el 2 de diciembre de 2013 (f. 227 de la causa) lo que pretende es poner a disposición de los perjudicados los bienes de [redacted] a fin de reparar el daño; lo mismo sucede con las consignaciones efectuadas, incluida la reintegración del dinero que había depositado por la compra de un Ford Kuga o la comunicación de la titularidad de una parte indivisa de un inmueble: todas esas actuaciones llevan a una misma consecuencia, la obtención de fondos con los que reparar -parcialmente- el relevante daño económico causado por su actuación. Y por tanto, en ese ámbito debe considerarse su eficacia, no tanto en el reconocimiento de hechos, atenuante que tiene otra finalidad y objetivo, que



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

las actuaciones del acusado sean útiles y eficaces a fin de descubrir las circunstancias del delito.

En segundo término, no se comparte la postura del Ministerio Fiscal expresada en su informe final en la que, modificando en este extremo las conclusiones que había elevado a definitivas -en que sí reconocía la atenuante-, negó que concurriera dicha atenuante y ello lo explicó por el cambio de postura del acusado al no respetar los términos de la calificación inicialmente consensuada y, en su lugar, solicitar otra calificación punitiva más atenuada así como la aplicación de nuevas atenuantes. Este tribunal estima que, una vez que la conformidad inicialmente acordada entre Ministerio Fiscal y acusado no fue efectiva, este no estaba vinculado por la misma y no puede perjudicarle que, ante la posibilidad de verse sujeto a mayores penas que las inicialmente por él aceptadas, introdujese cuantas alegaciones y elementos de prueba estimase que eran adecuados para una mejor defensa de sus intereses.

A partir de ello, este tribunal considera que no resulta posible apreciar la atenuante de confesión del artículo 21.4º del Código Penal. Siendo cierto que desde momento temprano existe el reconocimiento de una apropiación, incluso en momento anterior a la incoación del procedimiento judicial, y que esa responsabilidad que se reconoce hubiera tenido cabida en el ámbito penal independientemente de que la cantidad finalmente apropiada fuese una u otra, existen otras circunstancias que no cabe ignorar y que no permiten calificar el reconocimiento como veraz atendidos todos los elementos concurrentes.

La consideración del reconocimiento de hechos en el presente caso se configura como una actuación del ahora acusado que va aceptando hechos a medida que su



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

descubrimiento se vuelve ineludible. Así, cuando se inicia la investigación y es requerido para que justifique los primeros apuntes que se revelan como extraños, no sólo niega cualquier irregularidad sino que presenta una documentación falsa (presuntamente emitida por las Universidades de Lübeck y Surrey) para intentar justificar el desfalco cometido. Coincidiendo con el momento en que se le comunica que se va a investigar esa coartada contactando con esas Universidades (testifical de ...), es cuando, ante el superior jerárquico en la empresa reconoce la apropiación de, aproximadamente, 300.000 euros. Posteriormente, ante la continuación de las investigaciones y la constancia de que la cantidad apropiada era superior, reconoció otros 180.000 euros. Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, la confesión va a remolque de la aparición de deudas que venían a importar esa cantidad de manera que, si bien no hay motivos para pensar que ello supusiera un insincero reconocimiento de los hechos cometidos, tampoco cabe negar que el admitir sin más esa confesión hubiera llevado a cesar la investigación, investigación que continuó y sólo de esa manera se pudo comprobar que la cantidad apropiada era aún superior. De manera que las confesiones no sólo no aportaron datos de excesiva relevancia que facilitasen la investigación y permitiesen aclarar los hechos objeto de la causa sino que ocultaron -o, mejor, omitieron- que la cantidad apropiada era superior (en más del doble en el primer reconocimiento, en más de 100.000 euros aún en el segundo) a la que había reconocido el ahora acusado. Tampoco sus declaraciones resultan enteramente clarificadoras de los extremos objeto de investigación; así, en la primera de las que prestó, f. 146, señala el comienzo de las operaciones de apropiación en 2009, cuando la investigación posterior ha detectado una actuación en 2007 y otra en 2008. Aun cabe añadir que, aunque se esté examinando una atenuante de marcado carácter objetivo por encima de las motivaciones subjetivas del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

acusado, resulta demostrativo de su comportamiento la manifestación recogida en su primera declaración obrante al f. 151, en que, tras haber estado sacando dinero de las arcas de Sodercan durante más de cinco años a través de múltiples operaciones, manifiesta, en relación con lo que contó al Consejero de Industria y al Secretario del Consejo, "que ha reconocido todo que no se sentía orgulloso pero se vio obligado".

Siendo cierto que desde el primer documento (f. 85) efectuó un ofrecimiento formal a colaborar en determinar el importe exacto (también a restituir la cantidad, mas ello, como ya se ha expuesto, no está relacionado con esta atenuante sino con la examinada anteriormente) e igualmente presentó en juicio un documento en igual sentido dirigido al Sr. Secretario del Consejo de Administración de Sodercan, recibido por este el 2 de diciembre de 2013, también ha quedado acreditado de lo actuado en el juicio oral que tal ofrecimiento quedó en eso, en algo meramente formal, pues apenas efectuó actuaciones que ayudasen a clarificar el importe defraudado o el destino que había dado al mismo.

El acusado ha opuesto que carecía de instrumentos para conocer cuál era el montante exacto de la cantidad que se había apropiado. Es cierto que podría no saber la cantidad exacta pero sí tenía a su disposición facilitar los datos completos de las cuentas de Irlanda o Chipre, u otras como las de Portugal o Miami, que en aquel momento no eran conocidas, y a través de las cuales se habían efectuado todas las operaciones. Y sin que quepa olvidar que incluso la misma mañana en que se produjo el primer reconocimiento ante los dirigentes de Sodercan intentó evitar su descubrimiento mediante la aportación de unos documentos justificativos manifiestamente falsos de manera que cabe colegir que fue ante la evidencia de lo indefendible de su



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

posición cuando se vio determinado a reconocer la autoría del hecho.

Existe un correo electrónico fechado en diciembre de 2013 a su abogado (f. 1169), en que figuran tres pagos a Innovamais, producidos entre 2009 y 2011. Pero ese mail no aparece hasta mayo 2014, "he encontrado un mail de 18 de diciembre de 2013 ... No recuerdo como dimos traslado de ello al Juzgado, pero se notificó en esas mismas fechas". Lo cierto es que no consta que tal correo fuese remitido hasta mayo de 2014 ni comunicado a la causa hasta el escrito al que se acompañó el correo, escrito con entrada el 28 de mayo de 2014 (f. 1113), momento en que tales operaciones ya habían sido comunicadas por Sodercan al Juzgado (lo habían sido por escrito con entrada en los Juzgados el 13 de diciembre de 2013, antes incluso de la supuesta fecha de remisión del correo electrónico, f. 542). En ese correo añade que la cantidad sería de "598.000 y creo que está todo", lo que tampoco era exacto.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, dado el carácter amplio con que se viene apreciando la atenuante analógica de confesión del artículo 21.7º al acusado que reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando un acto contrario a su acción delictiva que de forma importante contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado (SSTS 809/2004, de 23.6, 138/2004 de 25.11, 11/2016 de 22.2), es cierto que se puede encontrar algún elemento a partir del cual cabe configurar una colaboración que permite la apreciación de la citada atenuante. De esta manera, no sólo es que no haya obstaculizado la investigación ni solicitado apenas diligencias que pudieran haber retrasado la instrucción judicial, sino que ha aportado algunos datos que, de alguna manera, han facilitado la averiguación y determinación de los hechos y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

han hechos ociosas una serie de diligencias cuya práctica finalmente no ha resultado precisa; así, cabe citar que el acusado ha reconocido desde un momento inicial la indebida apropiación de fondos (mediante escritos entregados en Sodercan y en sus manifestaciones en las sucesivas declaraciones judiciales relatando su forma de actuar en Sodercan o diversos destinos que dio al dinero apropiado); en su primera declaración judicial -el 5 de diciembre de 2013, cuando se acaban de abrir las diligencias judiciales- reconoce que las cantidades que se desviaban a través Chipre y de Irlanda posteriormente se transferían a una cuenta de Open Bank, dato este último que no constaba en lo actuado. Junto a ello, en el reconocimiento que efectúa a Sodercan el 2 de diciembre de 2013 -obra al f. 225- incluye tres movimientos -a favor de [redacted] y de Baldolner- que tampoco consta que hasta ese momento fuesen conocidos (en concreto, un pago de 18.000 euros en junio de 2009, otro de 24.800 en agosto de 2010 y un tercero de 15.000 en marzo de 2011). Por último, en la declaración prestada el 21 de mayo de 2014 (f. 1104), fue requerido para que presentase "la escritura de constitución de la sociedad Bandolner y los extractos de la cuenta de Nicosia"; al f. 1113, dio cumplimiento al requerimiento y presentó copia de constitución de Bandolner y extractos de la cuenta desde su apertura hasta mayo de 2014 con detalle de las transferencias desde Sodercan entre 2011 y 2013.

La conclusión de ello es que procede apreciar la atenuante analógica expresada. Sobre la posibilidad de su consideración como muy cualificada, tal circunstancia solo puede ser apreciada como muy cualificada cuando las razones de la atenuación concurren con una especial intensidad (STS 262/2010, de 23.3) y sólo de modo excepcional puede otorgarse carácter muy cualificado a una atenuante analógica (SSTS 1.10.2003, 26.3.1998 y 24.10.1994), tal efecto excepcional se reconoce cuando el fundamento



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

atenuatorio concurre con especial intensidad por la especial relevancia de la actuación colaboradora del acusado (STS 159/2009, 24.2); en este caso, en ningún caso puede rebasar el carácter de simple puesto que, como se ha expuesto previamente, la utilidad de su contribución al esclarecimiento de los hechos ha sido sumamente limitada en tanto ni en el momento inicial ni con posterioridad ha aportado datos de especial relevancia a tal fin.

C. Tampoco concurre la atenuante de dilaciones indebidas. Dice, por ejemplo, la STS 485/2015 de 14.7, que, para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas, debe atenderse a los siguientes criterios: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles (SSTS 94/2007, de 14.2, 180/2007, de 6.3, 271/2010, de 30.3 y 123/2011, de 21.2).

Las Diligencias Previas se iniciaron el 4 de diciembre de 2013. A partir de ese momento, se efectuaron una serie de actuaciones tendentes a la comprobación del hecho, singularmente del dato que era más controvertido desde el primer momento, la liquidación de la cantidad total objeto de apropiación. No es hasta el 31 de marzo de 2014 cuando tiene entrada en el Juzgado el último escrito de Sodercan informando de la aparición de operaciones fraudulentas. La causa no permanece sin actividad en momento alguno sino que se van realizando diversas actuaciones; en concreto, y a fin de fijar la cantidad definitiva objeto de apropiación y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

el destino seguido por las cantidades así como los posibles terceros que hubieran sido destinatarios de los importes desviados, se hizo precisa la intervención del Grupo de Crimen Organizado de la Policía Judicial a fin de que realizase una completa investigación patrimonial; así, en fecha 7 de abril de 2014 se envía un primer informe. Tras la aparición de Rusacorp, hubo una posterior declaración en mayo de 2014 de [redacted]. Ese mismo mes, el Ministerio Fiscal solicita una serie de diligencias con el objeto de fijar alguno de los elementos de los tipos penales, en concreto que se efectúan diligencias en relación con el puesto del acusado en la empresa Sodercan y en junio de 2014 también se pide (f. 1171) que se amplíe el informe policial en relación con documentación obrante en las actuaciones. En octubre de 2014, recibida documentación de Sodercan, declara un nuevo testigo y se solicita documentación en relación con uno de los proyectos investigados, el "Proyecto Ester" (f. 1367). En enero de 2015 se acuerda una serie de diligencias cuya práctica es instada por la defensa. Tras diversas actuaciones intermedias, en mayo de 2015, se aporta nueva documentación por Sodercan y, con fecha 2 de julio de 2015, se incorpora la ampliación del informe del Grupo de Crimen Organizado de la Policía Judicial (f. 1533 y ss.). Tras ello, es preciso un nuevo oficio a Open Bank en julio de 2015 (f. 1835) y, en septiembre, un requerimiento a la procuradora del acusado para incorporación de un documento (f. 1836); entregado el documento, se efectúa un requerimiento a [redacted] en relación con una mejora de embargo por Providencia de 29 de octubre de 2015 (f. 1846); aun será precisa la práctica de una nueva testifical de [redacted] el 15 de diciembre de 2015 (f. 1856) y una postrera ampliación del informe del Grupo de Crimen Organizado (oficio con fecha de entrada 25 de enero de 2016).



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

El 28 de marzo de 2016 se cierra la fase de instrucción; a partir de ahí, se formulan los escritos de acusación -incluida una presumible negociación para una conformidad que inicialmente se plasmó documentalmente- y defensa hasta señalamiento en esta Sala para celebración del juicio en febrero de 2017, luego aplazado por petición de la defensa. Tampoco cabe calificar la duración de la fase intermedia como es excesiva ni exagerada ni la causa tampoco se halla parada en momento alguno y la única dilación producida -la suspensión del primer señalamiento del juicio- lo fue por petición de la defensa.

Analizado, por tanto, lo actuado en la tramitación de la presente causa, no se aprecia ninguna dilación que pueda ser calificada, en los términos legales del artículo 21.6º del Código Penal, como extraordinaria e indebida. Acaso cabría una mínima tardanza entre la última ampliación del informe policial y el auto de procedimiento abreviado, si bien, primero, el informe policial se puso en conocimiento de las partes (diligencia de 25 de febrero de 2016) y, segundo, lógicamente debe pensarse que el Juez de Instrucción tuvo que proceder al estudio de una causa dotada de un cierto volumen antes de dictar el auto de 28 de marzo. También podría hacerse un leve reproche al dato de que se hayan introducido en la pieza principal varias actuaciones que más bien hacen referencia a las cuestiones de responsabilidad civil, de investigación patrimonial o de medidas cautelares que también se dirimen en la causa -embargos, fianzas, solicitudes de abandonar el territorio nacional, ...- y, respecto de las cuales la ley prevé que se sigan en pieza separada, si bien no se aprecia que las mismas hayan dado lugar a ningún retraso apreciable de la tramitación.

Respecto de la complejidad de la causa, si bien se comparte que no se trata de un procedimiento dotado de una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

especial dificultad, también lo es que, primero, ha sido preciso fijar, cuando menos, los términos de la cantidad exacta apropiada y ello ha exigido una revisión de las distintas actuaciones del acusado en Sodercan así como una investigación patrimonial completa y, segundo, también ha sido preciso fijar otros extremos -sobre la naturaleza y funcionamiento de Sodercan y del cargo del acusado- de trascendencia para tipificar la conducta y, por último, no cabe negar que, a lo largo de la causa, surgieron otras cuestiones -investigación patrimonial familiar, subvenciones concedidas a la empresa "Cantra"- que, si bien en este momento se conoce su innecesariedad al no haber conducido a ningún resultado significativo al efecto de determinar las circunstancias de los delitos, ello no podía saberse a priori.

SEXTO.- En cuanto a la penalidad imponible, lo procedente es determinar primero el marco del núcleo del tipo penal, ~~esto es, la pena correspondiente~~ a la tipicidad de los delitos continuados de falsedad y apropiación indebida en concurso, después el marco penal concreto por la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en sus diferentes modalidades, y, por último, la individualización judicial a partir de los presupuestos de la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor (SSTS 37/2013, de 30.1; 442/2014, de 2.6; 207/2015, de 15.4 27.7.2016). Asimismo es de aplicación el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del art. 74-1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

doble valoración", tal como ya se expuso para el delito de apropiación indebida.

Se trata, pues, de un delito de apropiación indebida cualificado por la cantidad (pena de uno a seis años y multa, concurriendo dos atenuantes y una agravante que se compensarían racionalmente, artículo 66.7ª del Código Penal) y otro de falsedad documental continuada cometida por funcionario público (pena de tres a seis años y multa, debiendo dichas penas imponerse en la mitad superior por mor del artículo 74.1 del Código Penal), por lo que el delito que está castigado con pena más grave es este segundo. Estando ambos delitos en concurso ideal, la pena resultante, según el artículo 77.1 del Código Penal, sería la de dicho delito más grave impuesta en su mitad superior (en el mismo sentido, por ejemplo, la STS 17/2005, de 3.2, Fto. Dcho. Trigésimo Primero, que aplica dicha pena a un supuesto de concurso entre estafa y falsedad documental continuada cometida por funcionario), o sea, entre cinco años y tres meses y seis años de prisión -pena que, a su vez, debería imponerse en su mitad inferior por la concurrencia de una atenuante simple-, siendo aquella, cinco años y tres meses de prisión, la que se impone en el Fallo. Se rechaza la posible punición separada de ambos delitos, posibilidad alternativa prevista en el artículo 77 de resultar más beneficiosa para el reo, puesto que, siendo la pena mínima por el delito de falsedad cuatro años y seis meses de prisión y por la apropiación indebida, un año, el resultado siempre sería perjudicial para el acusado en comparación con la punición separada.

En la misma forma, se calcula la multa, que se impone en diecinueve meses y quince días (la mitad superior del total posible de la pena de 6 a 24 meses de multa prevista la falsedad en documento público por el delito continuado y, dentro de esa mitad, la mitad superior por el concurso



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

del artículo 77 del Código Penal) con cuota diaria de seis euros, atendiendo a la capacidad económica admitida por el propio acusado pues es la cuota que pide en su escrito de defensa. Y ello, pese a superar la petición de las acusaciones, conforme al Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2007, "Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación. Acuerdo: El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omita o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena", desarrollado en la STS 11/2008, de 11.1.

En cuanto a la inhabilitación especial para empleo o cargo público, conforme a los artículos 42 y 390 del Código Penal, una vez que se ha establecido el carácter de funcionario público a los efectos penales, procede acordar, conforme a la anterior doctrina y, aun superando el tiempo solicitado por las acusaciones, el de cinco años, mínimo resultante tras la aplicación de la continuidad y el concurso medial.

SÉPTIMO.- En cuanto a la responsabilidad civil, no se ha puesto en duda ni la cantidad total objeto de apropiación ni aquella de la que debe responder la partícipe a título lucrativo. Las cantidades apropiadas indebidamente así como las devueltas por el acusado se han hecho constar en los diferentes escritos de calificación y se han elevado a definitivos; el acusado aportó al inicio del juicio un documento que reflejaba una transferencia de 21.500 euros que habría efectuado el 10 de diciembre de



2013 y que, en caso de no estar incluido entre las cantidades ya contabilizadas como reintegradas por el mismo, se computará en la liquidación de cantidades pendientes que habrá de efectuarse en fase de ejecución de sentencia.

OCTAVO.- Se imponen al condenado las costas.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a [redacted] como autor, en concurso medial, de los delitos ya definidos de apropiación indebida agravada, concurriendo agravante de prevalerse del cargo público y atenuantes de reparación del daño y analógica, y de falsedad documental continuada cometida por funcionario público, con la concurrencia de atenuante analógica simple, a las penas de cinco años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para empleo o cargo público durante cinco años, multa de diecinueve meses y quince días con cuota diaria de seis euros, pago de costas y a indemnizar a SODERCAN en la cantidad de 667.370,42 euros.

Del abono de la responsabilidad civil hasta la cantidad de 236.698,94 euros responderá [redacted]

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación, cuya resolución corresponde al Tribunal Supremo y que



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

deberá interponerse en el tiempo y forma previstos en la
LECriminal.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos,
mandamos y firmamos.

Lo anterior, concuerda bien y fielmente con su original al que me
remito y para que así conste, extiendo y firmo el presente certificado en
Santander, a 20 de junio del 2017.

La Letrada de la Administración de Justicia.