



Roj: **STS 3703/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3703**

Id Cendoj: **28079120012022100794**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2022**

Nº de Recurso: **5157/2020**

Nº de Resolución: **815/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 5/2020,**  
**STS 3703/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 815/2022**

Fecha de sentencia: 14/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5157/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: AGG

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5157/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 815/2022**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 5157/2020, interpuesto por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, por **D. Ambrosio**, representado por el procurador D. Javier Martín Añino, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Vidal Martínez y **D.ª Olga**, representada por la Procuradora D.ª Cristina Matud Juristo, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Gómez Gómez, contra la sentencia núm. 82/2020, dictada el 17 de febrero, y aclarada por auto de 11 de marzo de 2020, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Sala núm. 10485/2017, dimanante de las Diligencias Previas núm. 148/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 16 de Sevilla, por la que se les condenó a un delito de prevaricación en concurso ideal medial con un delito de malversación de caudales públicos. Es parte el **Ministerio Fiscal** y, como parte recurrida el **Partido Popular de Andalucía**, representado por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y bajo la dirección letrada de D. Wenceslao Moreno de Arredondo, y la **Agencia de Innovación y desarrollo de Andalucía (IDEA)**, asistida técnicamente por el letrado D. Gregorio Pérez Borrego.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 16 de Sevilla, incoó Diligencias Previas con el núm. 148/2017, por un delito de prevaricación en concurso ideal medial con un delito de malversación de caudales públicos, prevaricación y tráfico de influencias contra D. Ambrosio, y contra D.ª Olga y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Sevilla cuya Sección Primera dictó, en el Rollo núm. 10485/2017, sentencia núm. 82/2020, el 17 de febrero, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- El 27 de septiembre de 2004, se constituyó ante la Notario de Granada, Dª Marina González Martínez, la entidad Aceitunas Tatis S.L., dando comienzo a sus actividades comerciales e industriales ese mismo día, fijando su domicilio social en la calle Alemania sin número de La Carolina (Jaén).

El objeto social de la misma es el comercio al por mayor y al por menor, de todo tipo de productos alimenticios, la fabricación de jugos y conservas vegetales y cualquier otra actividad relacionada con las anteriormente descritas en el ámbito agroalimentario del olivar.

Consta de un capital social de 3060 €, dividido y representado por 90 participaciones sociales iguales, de 34 € suscritas por sus socios: Olga, administradora única de la sociedad, Bruno y Zaira.

Aceitunas Tatis S.L. fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 16 de diciembre de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de lo Mercantil de Jaén, procediéndose al archivo del procedimiento concursal en Auto de fecha 31 de enero de 2012, encontrándose ya la entidad en el año 2009, en mala situación económica y financiera y con pocas perspectivas de evolución.

**SEGUNDO.-** En una fecha no concretada del primer semestre del año 2009, dicha entidad, a través de su administradora general Olga, solicitó una ayuda económica a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), que se concretó en el acuerdo de concesión de un aval de los comprendidos en la Orden de la Junta de Andalucía de 5 de noviembre de 2008, "Ayudas a empresas viables con dificultades coyunturales de Andalucía", en su convocatoria de los años 2008 y 2009.

El 4 de febrero de 2009 se notificó a dicha entidad, la concesión de un aval por importe de 80.000 € en fecha 19 de enero de 2009, si bien no consta documentado en este procedimiento la resolución expresa de concesión del mismo.

Dicho aval no pudo ser formalizado y se renunció a éste por la entidad Aceitunas Tatis S.L, en fecha 5 de abril de 2010.

**TERCERO.-** Al no obtener financiación en otras entidades de crédito, pese al aval que alegaba tener, Olga, acudió a la entidad INVERCARIA a fin de solicitar crédito en la misma, siéndole conocida la existencia de dicha entidad por personas de su localidad, La Carolina (Jaén), entre las que no se ha acreditado que estuviera el coacusado, no estando acreditado si se conocían en fecha anterior a junio de 2009.

Sin que conste la existencia de cita formalmente concertada, Olga, en una fecha no concretada y anterior al 19 de junio de 2009, efectuó una visita a dicha entidad, para informarse sobre la posibilidad de financiación y hacer llegar sus posibles peticiones.



Así entró en contacto con INVERCARIA S.A.U. (Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, S.A.U.) y con Ambrosio, Presidente y Consejero Delegado de la citada entidad.

Se desconoce si ambos eran conocidos o no con anterioridad.

La fecha de esta primera toma de contacto no ha quedado concretada, aunque consta que encontrándose en una reunión de trabajo el citado Consejero Delegado y dos de sus directivos, Gervasio y Héctor, la referida Olga personada en las dependencias de Invercaria, entró en la sala donde se celebraba la reunión, habló con los allí reunidos y transmitió al presidente su interés en solicitar la ayuda económica que fuera posible. Dicha primera toma de contacto fue informal, sin estar prevista una convocatoria a reunión expresa alguna, y en ella la administradora de Aceitunas Tatis SL, estuvo acompañada por una empleada de la misma, Caridad.

Olga en esa primera toma de contacto, no entregó documentación alguna, sólo hizo referencia a la comunicación de concesión de un Aval de 80.000 € durante 6 meses, por parte de la Agencia IDEA, adscrita a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

Tras ello le fue concedido, por decisión del Presidente y Consejero Delegado de Invercaria SAU la suma de 100.000 €, sin petición formal expresa, ni análisis técnico-financiero, y sin adoptar los trámites y estudios previos procedentes.

Tal decisión, exclusiva del acusado, se materializó, con la firma de un préstamo participativo otorgado el 19 de junio de 2009, suscrito por Gervasio, que actuaba en calidad de apoderado de Invercaria SAU y Olga en representación de la sociedad Aceitunas Tatis S.L., en calidad de administradora única de la misma.

En el documento firmado ese día se indica, que la prestataria destinará la totalidad del préstamo, exclusivamente a la financiación de las operaciones propias del negocio de la sociedad, en un plazo de 12 meses; se establece que la amortización del préstamo tendrá un año de carencia.

CUARTO.- El expediente de concesión del préstamo participativo antes referido, carece de documentación relativa a la empresa Aceitunas Tatis SL, de fecha anterior al 19 de junio de 2009 solicitada por INVERCARIA o reclamada a la Agencia IDEA u otra entidad.

Consta únicamente en el mismo:

- una referencia a ficha de entrada al sistema, fechado en Junio de 2009, sin concretar el día.
- Presentación en formato digital Power Point de un escueto Plan de Negocios Aceitunas Tatis, presentado en fecha 24 de junio de 2009.
- Anexo I al plan de negocios que contiene poca información más detallada que el anterior.
- Anexo II, plan de negocios con proyecciones financieras.
- Copias de DNI y NIF de la entidad y sus socios.

Ninguno de estos documentos se presentó con anterioridad al 19 de junio de 2009.

El préstamo no fue solventado, ni en principal ni en sus intereses.

QUINTO.- No consta el empleo dado por la acusada a los 100.000€ recibidos.

Si bien en fecha 29 de octubre de 2009, Olga solicitó a la misma entidad Invercaria, la concesión de otro préstamo por importe de 350.000€ que no se hizo efectivo finalmente.

SEXTO.- Respecto a la entidad que otorga el préstamo referido, la empresa pública *Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, S.A.U.* (en adelante *Invercaria*) ésta fue constituida por escritura pública otorgada por el Notario de Sevilla D. José Ruiz Granados el 28 de marzo de 2005, con número de protocolo 1823, constituyéndose como sociedad unipersonal.

Siendo su único accionista la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) creada por Ley 3/87, de 13 de abril, entonces Instituto de Fomento de Andalucía (IFA).

El Consejo rector de IFA en sesión de 8 de noviembre de 2004, adoptó la decisión de crear la referida empresa pública (*Invercaria*). Siendo nombrados sus Consejeros, Presidente y Consejero Delegado en acuerdo de dicho Consejo rector de 14 de febrero de 2005.

Acuerdo ratificado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 1 de febrero de 2005 y publicado en BOJA el 16 de febrero de 2005.

Su objeto social es la promoción, constitución y participación en Fondos Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades Gestoras de Capital Riesgo y otras entidades mercantiles, bien en forma unipersonal,

mayoritaria o minoritaria en concurrencia con entidades financieras públicas o privadas; la constitución y gestión de sistema de garantía para empresas, el fomento y desarrollo de instrumento financiero para facilitar el acceso al crédito bancario de las empresas andaluzas y en general para la mejora de la financiación.

IVERCARIA se rige según sus Estatutos, por la Junta General de Accionistas, órgano de administración de la sociedad, integrada por un único socio, la denominada Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), adscrita a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

SEPTIMO.- La sociedad fue constituida con un capital de 3.000.000 €, aportado íntegramente por su único accionista (Agencia IDEA) con carácter totalmente público, y en ella por resolución del Director General de la Agencia Idea ( Maximino ) de fecha 14 de febrero de 2005, fue nombrado Presidente y Consejero Delegado por un periodo de cinco años, Ambrosio , el cual ejerció dichas funciones desde el 28 de marzo de 2005 hasta el 2 de junio de 2010.

OCTAVO.- En el año 2011 se llevó a cabo una operación de concentración de las sociedades de capital riesgo provinciales existentes en Andalucía, en la cual INVERCARIA S.A.U. realizó una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias de la mayor parte de su cartera de inversiones antiguas, que pasaron a formar parte de la sociedad regulada "Inversión y Gestión de Capital Semilla de Andalucía,S.C.R. de Régimen Común,S.A. (INVERSEED).

El crédito de Aceitunas Tatis S.L., se incluyó en dicha aportación y su valoración fue de cero euros.

NOVENO.- No consta restituido ni el principal ni los intereses del referido préstamo.

El perjuicio causado al erario público con esta operación asciende a 100.000€ de principal del préstamo y 8.732,22 € de intereses.

DÉCIMO.- Olga y Ambrosio son mayores de edad y carecen de antecedentes penales computables."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Ambrosio , como autor de un Delito de Prevaricación del art 404 del CP en concurso medial del art. 77.1, 3 del CP ( en su redacción operada por L.O. 1/ 2015 de 30 de marzo) con un delito de Malversación de Caudales Públicos del artículo 432.1 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 15/2003, de 26 de noviembre) sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de: 3 años y 6 meses de prisión, con accesoria legales de inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años y 6 meses.

Debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Olga como Inductora de un Delito de Prevaricación en concurso medial del art. 77.1, 3 del C.P. (en su redacción operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo) con un delito de Malversación de Caudales Públicos de los artículos 404 y 432.1, del Código Penal (en su redacción operada por la L.O. 15/2003, de 26 de noviembre) con aplicación de lo dispuesto en art. 65.3 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de: 2 años de prisión, con accesoria legales de inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 3 años y 6 meses.

Debiendo abonar las costas **judiciales** por mitad.

Asimismo ambos indemnizaran conjunta y solidariamente, a la sociedad regulada "Inversión y Gestión de Capital Semilla de Andalucía, S.C.R. de Régimen Común, S.A. INVERSEED, en la suma de 108.732,22 €."

La Audiencia de instancia dictó Auto de Aclaración de fecha 11 de marzo de 2020, con la siguiente parte **dispositiva**:

"Acordamos Rectificar el error material contenido en la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 17 de febrero de 2020, en cuyo encabezamiento dice:" La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, compuesta por los citados Magistrados, ha visto en Juicio Oral y público la vista seguida por un delito de Prevaricación en concurso ideal medial con un delito de Malversación de caudales públicos, Prevaricación y Tráfico de Influencias, contra D. Ambrosio y D.<sup>a</sup> Olga , representados respectivamente por los Procuradores D. Javier Martín Añino y D. Pablo Llorente Hinojosa y defendidos por los Letrados D. Javier Vidal Martínez y D. Eduardo Jesús Oliván Lindo", cuando en realidad debe decir: "La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, compuesta por los citados Magistrados, ha visto en Juicio Oral y público la vista seguida por un delito de Prevaricación en concurso -ideal medial con un delito de Malversación de -caudales públicos, Prevaricación y Tráfico de Influencias, contra D. Ambrosio y D.<sup>a</sup> Olga , representados respectivamente por los Procuradores D. Javier Martín Añino y Dña. Belén Aranda López y defendidos por los Letrados D. Javier Vidal Martínez y D. Miguel Angel Gómez Gómez.""



**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, por los acusados, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) D. Ambrosio :

Primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 404, 432, 27, 28, 65 y 77 del Código Penal, así como vulneración de preceptos sustantivos correspondientes a normativa estatal o autonómica de diverso rango, que deben ser observados en aplicación de la Ley Penal, en relación al marco jurídico de la mercantil INVERCARIA.

Tercero.- Error de apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documentos que obran en autos, conforme al art. 855.2º párrafo de la misma ley.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresarse de forma clara y terminante cuales son los hechos que se consideren probados en relación a nuestra patrocinada y contradicción en los hechos probados y predeterminación de fallo.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B) D.<sup>a</sup> Olga :

Primero.- Del artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 404, 432, 27, 28, 65 y 77 del Código Penal, inaplicación indebida de los artículos 20.7, 14.3, 21.1, 21.6 y 66 del Código Penal, así como vulneración de preceptos sustantivos correspondientes a normativa estatal o autonómica de diverso rango, que deben ser observados en aplicación de la Ley Penal, en relación al marco jurídico de la mercantil INVERCARIA.

Segundo.- Error de apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documentos que obran en autos, conforme al art. 855.2º párrafo de la misma ley.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresarse de forma clara y terminante cuales son los hechos que se consideren probados en relación a nuestra patrocinada y contradicción en los hechos probados y predeterminación de fallo.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber sido resueltos todos los puntos que fueron objeto de defensa.

Quinto.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**. Arts. 24, 120.3 de la Constitución Española (en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los **Derechos** Humanos y Libertades Fundamentales, 14 del Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos en relación con el art. 10.2 de la Constitución Española) por vulneración del **derecho** a un proceso público con todas las garantías y por vulneración del principio de legalidad procesal ( arts. 9 y 25 de la Constitución Española).

**QUINTO.-** Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y los recurridos, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del artículo 882, párrafo segundo de la LECrim, por las representaciones procesales de los recurrentes, la Sala admitió los recursos de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Con fecha 10 de octubre de 2022, se dictó Diligencia de Ordenación uniendo el escrito del procurador D. Javier Martín Añino, en nombre y representación del recurrente, **Ambrosio** , estándose a lo acordado en el señalamiento.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 13 de octubre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurren en casación D. Ambrosio y D.<sup>a</sup> Olga contra la sentencia núm. 82/2020, de fecha 17 de febrero de 2020, aclarada mediante auto de fecha 11 de marzo de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el Rollo de Sala núm. 10.485/2017, dimanante de la causa Procedimiento





Abreviado núm. 148/2017 procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 16 de Sevilla, en la que han sido condenados:

D. Ambrosio , como autor de un delito de prevaricación del art. 404 CP en concurso medial del art. 77.1.3 CP (en su redacción operada por LO 1/2015, de 30 de marzo) con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP (en su redacción anterior a la reforma de la LO 15/2003, de 26 de noviembre), sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, con accesoria legales de inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años y 6 meses.

D.<sup>a</sup> Olga , como inductora de un delito de prevaricación del art. 404 CP en concurso medial del art. 77.1.3 CP (en su redacción operada por LO 1/2015, de 30 de marzo) con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP (en su redacción anterior a la reforma de la LO 15/2003, de 26 de noviembre), con aplicación de lo dispuesto en art. 65.3 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 2 años de prisión, con accesoria legales de inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 3 años y 6 meses.

Igualmente, ambos acusados fueron condenados a abonar por mitad las costas procesales causadas, así como indemnizar conjunta y solidariamente a la sociedad regulada Inversión y Gestión de Capital Semilla de Andalucía, S.C.R. de Régimen Común, S.A.INVERSEED, en la suma de 108.732,22 euros.

Recurso formulado por D. Ambrosio .

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso se formula por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración entre otros del art. 24 CE en su manifestación de presunción de inocencia, **tutela judicial efectiva**, principio acusatorio y ausencia de valoración de pruebas de descargo.

Sostiene que la respuesta que ha dado el Tribunal de Instancia ha sido irracional y basada en conjeturas y suposiciones disfrazadas de pruebas indiciarias calificando la sentencia de falta de razonabilidad, al no existir actividad probatoria de cargo, y menos aún, un relato fáctico que ponga en duda su inocencia.

Discrepa con el parecer de la Audiencia sobre la influencia de D.<sup>a</sup> Olga en la decisión adoptada por él, cuando, como el mismo Tribunal reconoce, no existe prueba que acredite relación previa entre ambos. Indica que la sentencia solo afirma que no presentó documentación a Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, S.A.U. de Régimen Común S.A. (INVERCARIA) antes de la concesión del préstamo, pero la documentación solicitada por ésta, Plan de Negocios de Aceitunas Tatis, S.L., ya se había presentado unos meses antes a la Agencia IDEA. No entiende que la concesión del aval no haya generado ningún tipo de ilícito penal y la concesión del préstamo sí, máxime cuando el segundo se sustenta en la concesión del primero.

Critica también que no se haya valorado determinada prueba de descargo. Dentro de este apartado invoca un motivo distinto, vía art. 849.2 LECrim. Relaciona como documentos:

- 1) El auto de calificación como fortuito del concurso de acreedores de Aceitunas Tatis, S.L.
- 2) El informe técnico de valoración del proyecto empresarial realizado por la Agencia IDEA favorable a la concesión del aval que sirvió de base a la concesión del préstamo por parte de INVERCARIA, aunque no conste en autos la resolución de la concesión del aval, lo cual, a su juicio, es un hecho cierto e incontrovertido.
- 3) El correo electrónico de fecha 18 de junio de 2009 remitido por D.<sup>a</sup> Olga a INVERCARIA, respecto al cual la sentencia indica que fue presentado en formato digital PowerPoint un escueto Plan de Negocios Aceitunas Tatis el 24 de junio de 2009, cuando en realidad, fue aportado por D.<sup>a</sup> Olga mediante correo electrónico de fecha 18 de junio de 2009, correo del que trae causa el correo de 24 de junio de 2009 remitido por Héctor a Marta , perteneciendo ambos, a una secuencia de correos, que acreditan que no puede afirmarse que la documentación de la empresa fue aportada con posterioridad a la concesión del préstamo participativo. Añade que, aun cuando no consta en la causa, D.<sup>a</sup> Olga tuvo que aportar necesariamente con anterioridad a la firma del préstamo participativo, entre otra documentación, la escritura aceitunas TATIS S.L, CIF de la empresa, DNI de los administradora y de los socios, todo ello, necesario para redactar la minuta notarial del préstamo participativo que se firmaría el 19 de junio de 2009. También acredita a su entender que existieron contactos o comunicaciones previas entre Olga e INVERCARIA, así como que el Proyecto fue encomendado al Director de Promoción, Héctor , que tuvo conocimiento de la empresa Aceitunas Tatis, S.L. antes de la concesión del préstamo participativo, y que cinco días después de la formalización de este (24 de junio de 2009), consideró necesario reunirse con la promotora para actualizar la información de la empresa.
- 4) La querrela que él presentó contra D. Héctor y documentos con ella relacionados, principalmente varias sentencias recaídas en las jurisdicciones social, penal y civil que desvirtúan absolutamente la actuación de



este señor y su poca credibilidad con respecto a la falta o no de análisis del proyecto de Aceitunas Tatis, S.L. objeto de enjuiciamiento.

Denuncia también a través de este motivo que no se haya efectuado el correspondiente ofrecimiento de acciones a la entidad perjudicada INVERCARIA. Señala que con ello se ha privado a la presunta perjudicada por los supuestos delitos (INVERCARIA e INVERSEED) de la oportunidad procesal de calificar los hechos investigados en la presente pieza de ACEITUNAS TATIS, S.L. quedando desvirtuados sus legítimos **derechos** procesales, al resultar imposible procesalmente su personación en la causa, conforme a lo dispuesto en el art. 110 LECrim, generándose manifiesta indefensión, tanto de INVERCARIA e INVERSEED, como a él mismo, en la medida que se le ha privado de conocer la opinión de la perjudicada, si ha existido efectivamente perjuicio, y cuál ha sido este. El citado ofrecimiento se hizo en la pieza principal, cinco años después de su inicio, cuando en la pieza ya se habían formulado los escritos de acusación. Discrepa de que el ofrecimiento de acciones que se realizó desde el principio a la Agencia IDEA sea suficiente. Estima que no implica que INVERCARIA e INVERSEED tuvieran conocimiento del ofrecimiento de acciones que se realizó desde el principio a la Agencia IDEA, ya que INVERCARIA goza de personalidad jurídica distinta de la de su socio único. Y en todo caso concluye que, dado el carácter imperativo del ofrecimiento de acciones, la circunstancia, puesta de manifiesto por el Tribunal sentenciador, de que INVERCARIA ha tenido conocimiento desde el principio de las actuaciones o que el ofrecimiento de acciones se le realizó a la Agencia IDEA, como dueña de INVERCARIA, no es óbice para la concurrencia del vicio de nulidad que denuncia.

Igualmente considera nula la declaración testifical de D. Héctor , al haber sido contaminado como consecuencia de la actuación llevada a cabo por el Juez Instructor, quien antes de iniciar su declaración le ilustró sobre lo que habían declarado los testigos e investigados con anterioridad a su declaración, incumpliendo lo establecido en el art. 435 LECrim.

Se refiere también a una sentencia dictada por Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla, que absolvió a D.ª Marta del delito de coacciones por el que fue acusada por D. Héctor que a su juicio pone de manifiesto que la notitia criminis y la investigación posterior de la causa INVERCARIA, se han venido sustentando en supuestas falsedades y falsas imputaciones orquestadas por D. Héctor . Igualmente refiere que el Sr. Héctor está imputado en otras causas, lo que puede cuestionar su testimonio al poder faltar a la verdad en su propio beneficio. Asimismo, señala que tenía un conflicto laboral con INVERCARIA y, por tanto, se trata de un alto directivo despechado y vengativo para con su antigua empresa y con su jefa, la Sra. Marta , habiendo llegado a grabar conversaciones con sus compañeros de trabajo. Destaca que en su momento no formulara denuncia y no pusiera objeción alguna a las inversiones realizadas por INVERCARIA. Además alude a las resoluciones dictadas en la jurisdicción social que han declarado procedente el despido del Sr. Héctor afirmando su colaboración activa en la tramitación irregular, y por la propia jurisdicción penal que le ha negado la personación como perjudicado.

También estima vulnerado el principio de legalidad y tipicidad ( arts. 9 y 25 CE).

Afirma en este apartado que la totalidad del préstamo fue destinado por la empresa Aceitunas Tatis para el fin para el que fue concedido, y si no pudo devolverse el préstamo fue por circunstancias sobrevenidas y ajenas a la voluntad de la Sra. Olga , que actuó diligentemente y conforme a **derecho**, solicitando concurso de acreedores voluntario de la sociedad que fue calificado como fortuito por el Juez de lo Mercantil núm. 4 de Jaén. Además, en nada pudo influir la Sra. Olga en él para la concesión del préstamo. Por ello entiende que los hechos enjuiciados son atípicos, y no merecen ningún reproche penal.

1. Son muchas y variadas las cuestiones suscitadas por el recurrente a través de este motivo de recurso que, si bien formula al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, mezcla con otro motivo muy dispar, infracción de ley por error en la valoración de la prueba con base en el art. 849.2 LECrim.

Intentaremos no obstante ordenar las distintas quejas y ofrecer contestación al recurrente sobre todas ellas.

1.1. Comenzamos pues por la denuncia que realiza por no haberse efectuado ofrecimiento de acciones a INVERCARIA.

El recurrente carece de la legitimación necesaria para formular reclamación en defensa de los intereses de INVERCARIA. Como expresábamos en la sentencia núm. 2744/1993, de 7 de diciembre: "los **derechos** fundamentales activos, a diferencia de los reaccionales, son únicamente ejercitables por sus titulares, en cuanto están precisados de un comportamiento positivo por parte de los mismos y nunca pueden tratar de hacerse valer por otro; pues precisamente en ello radica o estriba la específica legitimación activa que en materia de impugnaciones consiste el gravamen para recurrir. en otras palabras, solo sufre indefensión aquel a quien se denegó una pretensión y no quien sea parte en el proceso que no la pudo, por no afectarle en su posición procesal, ejercitar. No cabe aquí hablar de un efecto expansivo o irradiante del **derecho** fundamental."



Consta en las actuaciones, y así se recoge en la sentencia, que durante el ejercicio 2011 se llevó a cabo una operación de concentración de sociedades de capital riesgo provinciales de Jaén, Almería y Málaga en la primera de ellas (anteriormente denominada Inverjaén), así como que, realizada dicha fusión, INVERCARIA realizó una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias, de la mayor parte de su cartera de inversiones antiguas de forma que éstas pasaron a formar parte de la sociedad regulada Inversión y Gestión de Capital Semilla de Andalucía, S.C.R. de Régimen Común, S.A. (INVERSEED). En consecuencia, le fueron transmitidos los **derechos** del crédito de Aceitunas Tatis SL. Por ello, el ofrecimiento de acciones correspondería efectuarlo a esta última.

En todo caso, ningún perjuicio se ha ocasionado con ello a INVERCARIA ni a INVERSEED, desde el momento en que el Ministerio Fiscal ha ejercitado en su nombre la acción civil conforme a lo preceptuado en el art. 108 LECrim y la sentencia ha fijado finalmente la indemnización a su favor. Igualmente se ha personado en las actuaciones la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), única accionista de INVERCARIA, lo que evidencia el conocimiento por parte de ésta de la existencia del presente procedimiento.

Tampoco se ha ocasionado perjuicio alguno a los condenados. La ley únicamente limita temporalmente al perjudicado la posibilidad de ejercitar las acciones civiles que procedan, lo cual deberán efectuar antes del trámite de calificación, conforme señala el art. 110 LECrim, pero no existe límite temporal alguno para renunciar a la indemnización. Por ello, aun cuando los condenados estén también obligados a indemnizar a INVERSEED, la renuncia por parte de ésta a la indemnización fijada a su favor repercutiría directamente a favor de aquéllos.

Por lo demás, la renuncia que pudiera haber efectuado INVERSEED de las acciones civiles que pudieran corresponderle no implica necesariamente la extinción de la responsabilidad penal. El art. 107 LECrim es muy claro a este respecto: "La renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere."

En último extremo, las informaciones que pretendía obtener el recurrente, procedentes de la citada sociedad, bien pudo alcanzarlas mediante la citación como testigo del representante legal de aquélla, sin necesidad de su **efectiva** personación en las actuaciones.

1.2. Tampoco es procedente la declaración de nulidad de la declaración prestada por D. Héctor pretendida.

Estima el recurrente que tal declaración se ha visto contaminada como consecuencia de la actuación llevada a cabo por el Juez Instructor, quien antes de iniciar su declaración le ilustró sobre lo que habían declarado los testigos e investigados con anterioridad a su declaración, incumpliendo lo establecido en el art. 435 LECrim.

Tal queja ha sido debidamente desestimada por el Tribunal de instancia. A los acertados razonamientos ofrecidos por la Audiencia, podemos añadir que ninguna vulneración se ha cometido del art. 435 LECrim, el cual se limita a señalar que "los testigos declararán separada y secretamente a presencia del Juez instructor y del Secretario". Desde luego, no consta que el Juez instructor sugiriera y orientara la declaración del testigo. Lejos de ello el Tribunal ha constatado que su declaración en instrucción coincide con el contenido de la denuncia que había realizado y en la que el Juez instructor no había estado presente, así como que la intervención del citado Magistrado se centró en dar instrucciones al testigo para delimitar el contenido y ámbito de su declaración, no habiéndole facilitado con ello información alguna que éste desconociera.

Además, las carencias e irregularidades advertidas en la práctica de la testifical debieron denunciarse en el momento en que se estaban produciendo a fin de que pudieran ser subsanadas, y en su caso debió formular su protesta. Tras esta dejación, no puede ahora pretender utilizar como fundamento de su queja lo que en aquel momento consintió. Y, en todo caso, aun cuando el defecto denunciado se hubiera efectivamente producido, ello no impediría su valoración pudiendo afectar no obstante a su credibilidad junto con las demás circunstancias expuestas por el recurrente, como denuncias formuladas, actuaciones realizadas por él, o su situación en otros procedimientos.

1.3. La denuncia de vulneración del principio de legalidad y tipicidad ( arts. 9 y 25 CE), no guarda relación con el razonamiento realizado por el recurrente, quien entiende que los hechos son atípicos, lo que debería hacerse valer a través del motivo contemplado en el art. 849.1 LECrim. Nada tiene que ver tampoco con las razones que expresa sobre el destino del préstamo por Aceitunas Tatis SL al fin para el que le fue concedido, el concurso voluntario de ésta que fue declarado fortuito, lo que impidió su devolución y la negada influencia que la Sra. Olga tuvo sobre el recurrente para la concesión del préstamo.

El principio de tipicidad es una de las manifestaciones esenciales del principio de legalidad y garantiza que nadie pueda ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de su comisión no estén tipificadas como delito.





En la Constitución Española encontramos el principio de legalidad incorporado, en su art. 9.3 "la Constitución garantiza el principio de legalidad" y en su art. 25.1 "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta (delito leve) o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento". Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional ello implica que todo hecho sancionable requiere de la existencia de una ley formal anterior, elaborada por el parlamento y que describa un supuesto de hecho determinado.

En el mismo sentido, en el Código Penal el principio de legalidad se consagra en el art. 1, que establece que "no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito por la ley anterior a su perpetración". Este principio viene configurado además de por una garantía criminal, que impide que se considere delictiva una conducta que no haya sido definida como tal en la Ley, por una garantía penal, que impide que se aplique una pena sin su previa previsión legal ( art. 2 CP); por una garantía **judicial**, que impide que se enjuicie una conducta por otros órganos jurisdiccionales que los establecidos en la ley procesal penal ( art. 3 CP); y por una garantía procesal, que impide que se enjuicie un delito sino mediante las normas establecidas en las leyes procesales penales.

Ninguna de estas garantías ha sido vulnerada por el Tribunal y nada alega tampoco el recurrente sobre su posible infracción.

1.4. Por último, se alega por el recurrente dentro de este primer motivo que no ha sido valorada determinada prueba de descargo, invocando también dentro del apartado que dedica a esta queja, un motivo distinto, ex art. 849.2 LECrim. Su desarrollo pone de manifiesto que, en realidad, lo que pretende es una nueva valoración de la prueba documental o del conjunto de la prueba. Ello no está autorizado por esta vía de impugnación, al designar un conjunto de documentos para proceder a su interpretación y valoración de forma diferente a la realizada en la sentencia recurrida, con la finalidad de alcanzar conclusiones fácticas diferentes. En esos casos, en realidad, lo que se intenta es una nueva valoración de la prueba documental o del conjunto de la prueba, no autorizada por esta vía de impugnación.

El Tribunal ha realizado una exhaustiva, ponderada y detallada valoración de la prueba.

Comienza examinando la extensa documental obrante en las actuaciones, a través de la cual constata que D. Ambrosio fue nombrado Presidente y Consejero Delegado de INVERCARIA, mediante resolución del Director General de la Agencia Idea de fecha 14 de febrero de 2015, lo que le permitió dictar el acto decisorio para la concesión del préstamo a la entidad Aceitunas Tatis SL el día 19 de junio de 2009. Tenía capacidad de decisión autónoma, sin previa autorización por del Consejo de administración de la entidad, para realizar inversiones y decisiones sobre ellas, hasta un límite de gasto de 450.000 euros. Igualmente comprueba que autorizó directamente la concesión de un préstamo participativo a D.<sup>a</sup> Olga , por importe de 100.000 euros, que no fue restituido por ésta, así como que la concesión del préstamo fue una decisión voluntaria y consciente por parte de aquel, en la que no existió análisis previo de ningún tipo que justificase la entrega del dinero a la señora Olga .

En contra de la afirmación que realiza el recurrente, el Tribunal ha valorado tanto la prueba de cargo como la de descargo, aunque de manera distinta a la pretendida por aquel. En relación con el estudio y concesión del aval por parte de la Agencia IDEA que según ha defendido el acusado fue lo que le llevó a considerar innecesaria cualquier investigación, el Tribunal ha podido comprobar que no existe ningún documento que justifique que INVERCARIA analizara dato alguno sobre la empresa Aceitunas Tatis SL antes de la concesión, ni que lo analizara ella directamente, ni que solicitara de la Agencia IDEA ninguna información al respecto. Es más, destaca el Tribunal no solo que no consta en las actuaciones el documento físico en el que figure la resolución de concesión del aval en sentido estricto, sino ni tan siquiera que, para otorgar el préstamo de 100.000 euros a Aceitunas Tatis SL, INVERCARIA reclamase documentación relativa al aval o el hipotético estudio de la empresa o de sus proyectos que hubiera servido supuestamente de fundamento a la Agencia IDEA para conceder tal aval. Tampoco el Tribunal ha podido encontrar constancia alguna de que tal supuesto documento de concesión de aval fuera en algún momento aportado o exhibido a INVERCARIA para su comprobación. Junto a ello, tal y como razona la Audiencia, "si tal documentación, que se dice profusa y detallada, aunque jamás se muestra, procedente de IDEA fue suficiente para otorgar los 100.000 euros, resulta incomprensible que para los 350.000 euros que se piden después se reclame documentación y se tenga que hacer una evaluación de la empresa y sus proyectos. Si existía ya como mantienen las defensas, ¿por qué lo que supuestamente sirve para conceder 100.000 euros no sirve para los 350.000 inmediatamente posteriores?. La respuesta es, obviamente, que para los 100.000 euros ni se hizo estudio alguno ni se reclamó nada a IDEA, que ni siquiera consta que hiciera algo para conceder el aval (folios 92-96, tomo 1).".

Igualmente la Audiencia, en contra de la opinión del recurrente, ha analizado no solo los correos, sino la totalidad de la prueba documental aportada y declaraciones de determinados testigos para llegar a la



conclusión de que ninguna documentación relativa a Aceitunas Tatis SL fue aportada a INVERCARIA antes de la concesión del préstamo.

Así ha podido comprobar que en la primera reunión entre la Sra. Olga y el Sr. Ambrosio, conforme señalaron tanto aquélla como la Sra. Caridad, no se aportó documentación. Asimismo destaca que D.<sup>a</sup> Olga no ha podido aportar nada que acredite la presentación de documentación alguna relativa a su empresa con anterioridad a la entrega y firma del préstamo.

También ha analizado la documentación existente en el expediente de Aceitunas Tatis SL, remitida en el mes de julio de 2009 (folios 92-96, tomo 1, correos electrónicos de 16 y 24 de julio de 2009), de la que deduce racionalmente que la documentación que pudiera haber sido entregada "inevitadamente tuvo que serlo para la segunda petición de préstamo de 350.000 euros, (...)" al resultar imposible "que fuera para la concesión del préstamo de 100.000 euros, al ser esta anterior a cualquier clase de documentación sobre Aceitunas Tatis S.L., y no tiene sentido entregar tal documentación después, si no es para la concesión de un nuevo préstamo independientemente de cuando se hiciera formalmente la de éste.

Pero escapa de toda lógica pensar que, con tan escaso margen de tiempo entre una petición y otra, fuese necesario aportar por la proponente más documentación de la que hubiera sido precisa para la concesión del primer préstamo.

Si como la defensa argumenta, ya habían hecho entrega de toda la información necesaria relativa a su empresa, antes del 19/06/2009, para qué reiterar la misma en el mes de julio.

Es un planteamiento que no aceptamos y que redundante en la tesis acusatoria, por cuanto se aporta documentación relativa a correos electrónicos entre Invercaria y la Agencia Idea, posteriores a esta fecha (3/11/2009, folio 92, Libro 1) entiende la defensa, dado su texto, que acreditan esa preexistencia de conocimiento y análisis de Aceitunas Tatis; pero que insistimos vienen a contener incluso remisión de documentación, de correos de fechas 16 y 24 de julio de 2009 (folios 92, 94, 96 tomo 1 -A.Tatis), que son posteriores a la concesión del préstamo."

Insiste a continuación en que no existe ninguna documentación de sellado, recepción, ni certificación de algún tipo al respecto, así como que toda la documentación que consta en el expediente y que se ha analizado en la causa, es de fecha posterior al préstamo (19 de junio de 2009).

También ha examinado la documentación obrante a los folios 3974, tomo 10, diligencias previas 1009/2012, aportada por INVERCARIA al Juzgado de Instrucción, que se refiere a la inversión de Aceitunas Tatis SL, constatando una vez más que la ausencia de documentación relativa a la empresa anterior al día 19 de junio de 2009.

Junto a toda esta extensa prueba documental, ha analizado la prueba testifical cuyo resultado apunta en la misma dirección. En concreto se refiere a las manifestaciones realizadas por D. Héctor en el sentido de que no estuvo en ninguna reunión previa a la concesión del préstamo y que tuvo conocimiento de la existencia de una petición de Aceitunas Tatis SL con posterioridad a junio de 2009, negando además haber realizado un análisis y evaluación de la citada empresa, así como haber solicitado información a la Agencia IDEA con relación al aval concedido, con anterioridad a junio del 2009. Tampoco D. Constantino, director encargado del segundo departamento de análisis financiero, tenía conocimiento a Aceitunas Tatis SL, no realizando análisis alguno de ella.

Destaca también la Audiencia los testimonios de D. Diego, director de inversiones de Agencia IDEA; D. Eladio, Secretario General de Agencia IDEA y Consejero de INVERCARIA; y D. Emilio, Director General de Agencia IDEA y Consejero de INVERCARIA, todos ellos ejercitando tales funciones al tiempo de los hechos. El primero manifestó en juicio que no habló con D. Ambrosio ni con el Sr. Héctor con anterioridad al 19 de junio de 2009, que en ningún momento tuvo comunicación con INVERCARIA sobre los 100.000 euros, sino posteriormente sobre otra cantidad superior. Tampoco recordaba que se les hubiera solicitado desde INVERCARIA documentación alguna sobre el aval a Aceitunas Tatis SL, ni que se hubiese mandado dicha información de motu proprio, ni por orden de quien pudiera corresponder en tales fechas. En el mismo sentido el Sr. Eladio indicó que desconocía cualquier orden dada a INVERCARIA desde la Agencia IDEA sobre este tema; y D. Emilio, que en relación al documento presentado por D.<sup>a</sup> Olga como acreditativo de la concesión del aval, explicó que no era la resolución de referencia, sino la comunicación de su concesión.

Por ello concluye el Tribunal en el sentido de que no consta que nadie realizara ningún análisis ni llevara a cabo algún tipo de evaluación de la empresa. Y tampoco existe documento, correo, o cualquier otro rastro que hubiese podido dejar la información solicitada desde INVERCARIA a la Agencia IDEA para que aportaran los datos e información que tuvieran con relación a esta empresa y que les hubiera servido de base para la concesión del aval, si es que efectivamente se hubiera solicitado algo. Por lo que no aparece acreditado que



se hubiese solicitado esta información desde INVERCARIA a la Agencia IDEA. Ni siquiera la prueba pericial desarrollada por Taxo ha podido encontrar un análisis de fondo de la empresa Aceitunas Tatis SL. Todo ello le lleva racionalmente a estimar que el préstamo se concedió sin efectuar ninguna clase de estudio y valoración previos.

Nada pueden aportar los otros dos documentos a que se refiere el recurrente.

Las distintas resoluciones dictadas por otros órganos **judiciales**, penales, sociales o mercantiles, constituyen pruebas adicionales que han sido tomadas en consideración por el Tribunal, aunque de ellas no se hayan podido derivar las consecuencias pretendidas por el recurrente. El Tribunal penal es absolutamente libre para valorar la prueba que se aporta al proceso y las resoluciones dictadas en otros procedimientos. No es admisible que la cosa juzgada del ámbito civil expanda sus efectos a todos los ámbitos jurisdiccionales, pues ello supondría admitir que existe una prueba tasada que limitaría la libre apreciación que con independencia de criterio realiza el Tribunal penal.

Esta Sala tiene declarado que las sentencias dictadas por otros Tribunales pertenecientes a jurisdicción distinta (también las dictadas por la propia jurisdicción penal) no vinculan al Tribunal sentenciador de instancia, ni le impiden formar libremente su convicción sobre los temas fácticos y jurídicos.

En el caso concreto de la resolución del concurso de Aceitunas Tatis SL, declarado fortuito (circunstancia ésta destacada por ambos recurrentes de forma reiterada a lo largo de sus recursos para defender la salud económica de la citada empresa en el año 2009), la autonomía entre los procesos penal y concursal en la persecución de insolvencias punibles está expresamente prevista por la ley. Así, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, vigente en el momento de los hechos y de dictarse sentencia por el Tribunal de Instancia, limitaba los efectos de la calificación del concurso a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. Así en su articulado, el art. 163 disponía de manera clara y terminante:

"1. El concurso se calificará como fortuito o como culpable.

2. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito".

En el mismo sentido, el art. 189 de la citada Ley establecía: "Prejudicialidad penal.

1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.

2. Admitida a trámite querrela o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculcados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal."

De la misma forma el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), vigente en la actualidad, dispone en su art. 462 "Regla de la no vinculación de los jueces de lo penal.

La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito."

En todo caso, la declaración de concurso de Aceitunas Tatis SL, aunque fuera finalmente declarado fortuito, lo único que confirma es la delicada situación económica en que se encontraba la compañía. Este hecho, además, también ha sido tomado en consideración por el Tribunal a través del análisis de la documental relativa a sus estados financieros aportados a INVERCARIA con posterioridad a la concesión del préstamo. Tal análisis fue realizado por la policía valorando precisamente la situación anterior, particularmente delicada (ya que estaba en una situación de crisis técnica y de quiebra técnica), y el resultado final de concurso.

La citada circunstancia suponía un elemento de valoración negativo para la concesión del préstamo que se aprobó a favor de ACEITUNAS TATIS S.L, ya que, como expresa el Tribunal, INVERCARIA no tenía previsto en sus Estatutos invertir dinero público en empresas que se encontraran en situación de crisis, sin capacidad ni viabilidad económica aparente. Por el contrario, la finalidad de la entidad de inversión es fomentar el tejido empresarial con inversiones en empresas que pueden tener un futuro, que plantean unas inversiones con posibilidades, con expectativas y con objetivos.

La existencia de otros procedimientos en los que pudiera estar o haberse visto involucrado el Sr. Héctor, no implica que la valoración de su testimonio en el presente procedimiento por parte de la Audiencia haya de estimarse erróneo, máxime teniendo en cuenta que sus declaraciones han sido confrontadas con las de otros



testigos y valoradas junto al resultado de otras pruebas practicadas, exponiendo y explicando el Tribunal los puntos concretos en los que sus manifestaciones le merecen credibilidad. En todo caso, el Tribunal también se refiere expresamente a tales procedimientos y a la incidencia que deben tener en lo declarado por el referido testigo.

Conforme a lo expuesto, procede la desestimación del motivo.

Igualmente y por los mismos motivos, no alteran las conclusiones alcanzadas por el Tribunal las sentencias aportadas por el recurrente Sr. Ambrosio con su escrito de fecha 5 de octubre de 2022, cuya firmeza no consta, y que han sido dictadas por la Audiencia Provincial de Sevilla en otras causas que proceden del mismo ramo principal del que dimana la presente pieza. En ellas, junto al Sr. Ambrosio, han sido enjuiciadas distintas personas por hechos que ninguna relación guardan con los que han sido objeto del presente procedimiento.

**TERCERO.**- El segundo motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 404, 432, 27, 28, 65 y 77 CP, así como vulneración de preceptos sustantivos correspondientes a normativa estatal o autonómica de diverso rango, que deben ser observados en aplicación de la ley penal, en relación al marco jurídico de la mercantil INVERCARIA.

En relación con el delito de prevaricación señala que concedió un préstamo participativo a una empresa del sector agroalimentario catalogado como sector estratégico de INVERCARIA y que para ello se apoyó en el análisis que habían realizado los técnicos de la Agencia IDEA y que lleva implícito todo aval. Además, la empresaria había aportado toda la documentación que se le había requerido. Por ello estima que estas acciones no entrañan tipicidad porque no fueron arbitrarias. Insiste en que el hecho de la concesión previa del aval por la Agencia IDEA daba total cobertura a la decisión de INVERCARIA de conceder el préstamo participativo de 100.000 euros a favor de Aceitunas Tatis SL. Continúa exponiendo que la D<sup>a</sup>. Olga, que en nada pudo influir para que se aprobara ni el aval de la Agencia IDEA ni el préstamo participativo de INVERCARIA, se limitó a formular una solicitud y a entregar la documentación que, a tal efecto, le fue requerida por ambas entidades. La solicitud tuvo lugar en la reunión que aquella, acompañada de D.<sup>a</sup> Caridad, tuvo en INVERCARIA con él y con D. Gervasio y D. Héctor. En ella, la Sra. Olga les puso de manifiesto que le habían concedido un aval de la agencia IDEA y tenía dificultad de hacerlo efectivo en entidades bancarias. Considera gratuita la afirmación que hace el Tribunal de Instancia en el hecho probado tercero en el sentido de que dicha reunión no fue concertada. Afirma también que se encomendó la gestión del proyecto al director de promoción de INVERCARIA, Sr. Héctor, como así lo corroboraron D. Gervasio y D.<sup>a</sup> Caridad, y como se desprende del contenido del correo electrónico de fecha 24 de junio de 2009, remitido por el Sr. Héctor a D<sup>a</sup> Marta, Directora General de INVERCARIA; y del correo de 18 de junio de 2009 remitido por la Sra. Olga en nombre de Aceitunas Tatis S.L. y dirigido a la Secretaria del Presidente de INVERCARIA, D.<sup>a</sup> Josefa, en el que remite la presentación de la empresa que incluye además un plan de negocios de Aceitunas Tatis, S.L., con anterioridad a la concesión del préstamo participativo; y los correos electrónicos internos en INVERCARIA, de fecha 24 de junio de 2009, primero, de la Secretaria del Presidente a los técnicos, entre los que se encuentra D. Héctor (Director de Promoción), y segundo, de éste a D.<sup>a</sup> Marta (Directora General), que a su juicio evidencian que la gestión del proyecto de Aceitunas Tatis S.L. fue encomendada al Sr. Héctor. Señala igualmente que se aportó documentación al expediente de concesión del préstamo. En contra de lo que sostenían las acusaciones, afirma que esta documentación no fue aportada al expediente con posterioridad a la concesión del préstamo, sino que la documentación facilitada posteriormente era la referida al segundo préstamo de 350.000 euros ya que era necesario actualizar la documentación que había sido aportada en enero de 2009 a la Agencia IDEA.

Reitera que la concesión del préstamo de INVERCARIA se produjo sobre la base del análisis previo realizado por parte de la Agencia IDEA con motivo de la concesión del aval. Afirma que el expediente provenía de la Agencia IDEA con riguroso estudio previo, por lo que pensó que era suficiente para la concesión del préstamo por INVERCARIA, tratándose además del mismo importe garantizado por el aval (aval de 80.000 euros para obtener un crédito de 100.000 euros). Añade que no concedió el segundo aval por importe de 350.000 euros al no haber tenido el respaldo de la Agencia IDEA, a la que pidió apoyo técnico, tras recibir esta segunda petición de Aceitunas Tatis SL y de la que no recibió respuesta. Afirma que ello pone de manifiesto que obró con la diligencia y cuidado necesario y esperado del buen gestor empresarial que vela por los recursos que gestiona. Destaca también el carácter instrumental de INVERCARIA respecto de su socio único, la Agencia IDEA, y la Consejería de Innovación Ciencia y Empresa, al haberse constituido a iniciativa de dicha Consejería y como una herramienta instrumental de la misma, con capital social de la Agencia IDEA, como socio único. Asimismo, se refiere al exceso de expedientes y falta de personal que tenía INVERCARIA en el año 2009, lo que a su entender explica que aun habiendo sido remitida la documentación ésta no fuera archivada y guardada convenientemente. Frente a ello, la Agencia IDEA disponía de mayor estructura técnica en comparación a INVERCARIA, hasta el punto de conceder un aval por importe de 80.000 euros con la idea de obtener un préstamo de 100.000 euros. Junto a ello expone que las características del proyecto de Aceitunas Tatis,





S.A., para el que se concedió el préstamo participativo, lo hacían financiable por INVERCARIA, reunía las características de innovador y se incluía dentro de un sector estratégico en la Comunidad Autónoma de Andalucía, como es el sector agroalimentario (el olivo y sus derivados), pues no en vano la comunidad andaluza es líder mundial en producción de aceite de oliva y sus derivados (entre otros, aceitunas de mesa).

Por todo ello, entiende que no concurren los elementos objetivos del tipo del delito de prevaricación. Y, en cualquier caso, sostiene que concurrió error de tipo ya que en ningún momento tuvo la más mínima sospecha de poder estar contraviniendo la Ley. Como base de tal afirmación reitera que tenía conciencia de que concedía un préstamo a Aceitunas Tatis, S.L. con la mayor de las garantías y no fue otra que la previa documentación requerida por la Agencia IDEA, en la operación de aval que le fue concedido, cuyo expediente fue la base para la toma de decisión de INVERCARIA y la que le fue requerida por esta última entidad, mereciendo destacarse la documentación previa a INVERCARIA consistente en la presentación del plan de negocios de Aceitunas TATIS, S.L. remitida por la empresaria a su secretaria mediante correo electrónico de fecha 18 de junio de 2009, y por tanto, anterior al préstamo. Tenía plena conciencia de que la concesión del préstamo fue, fundamentalmente, sobre la base del aval y, este hecho, daba máxima garantía a la operación de cara a INVERCARIA, lo que elimina cualquier atisbo de arbitrariedad en su decisión. Tampoco se dejó influir por la Sra. Olga .

Igualmente invoca error de prohibición al no haber tenido la posibilidad de conocer que estaban vulnerando la ley, habida cuenta de la falta de claridad normativa reguladora de la actividad de INVERCARIA, determinante de la ausencia de *lex certa*. Por el contrario, estaba convencido que actuaba conforme a la legalidad, porque INVERCARIA está desprovista *ex lege* de cualquier potestad administrativa, y en sus relaciones con terceros se rige por el **Derecho** Privado, y nadie le advirtió que podía estar cometiendo algún tipo de ilícito.

Con relación al delito de malversación sostiene que los caudales que se afirman malversados no tienen la condición de públicos. Razona que INVERCARIA persigue una actividad lucrativa y recibió importantes plusvalías por los créditos participativos y otras operaciones financieras, siendo además una sociedad de capital riesgo. Entiende que las devoluciones de préstamos con sus intereses y las plusvalías generadas por los retornos percibidos al vender las participaciones o acciones en las que en su día invirtió, es dinero de procedencia privada, desconociéndose si la inversión de Aceitunas Tatis, S.L., objeto del presente procedimiento lo fue completamente con dinero de procedencia privada o pública, por lo que ante la duda, los hechos no pueden ser calificados como delito de malversación.

Señala también que mientras la concesión del aval por la Agencia Idea no ha merecido reproche penal, la solicitud de préstamo ha supuesto un procedimiento penal por prevaricación y malversación. No ha existido a su juicio voluntad de apropiarse del dinero por parte de la empresaria, ni se ha dado un destino al dinero distinto para el que fue concedido, no considera que se haya producido perjuicio patrimonial por la no devolución del crédito por parte de la promotora debido a que instó el correspondiente concurso de acreedores y el mismo fue calificado como fortuito. Razona que siendo INVERCARIA una sociedad de capital riesgo, su actividad lleva implícito un riesgo financiero y lo ocurrido debe entrar dentro del riesgo empresarial. Afirma que el préstamo participativo recibido por Aceitunas Tatis SL fue destinado en su gran mayoría a la internacionalización de la empresa, mejoras en los procesos de producción y creación de nuevas líneas de productos, según recoge la pericial de TAXO, y tan sólo una mínima parte del préstamo se destinó al pago de deudas, que se desprendían de inversiones previas para el crecimiento de la empresa. Indica nuevamente que el carácter instrumental de INVERCARIA respecto de la Agencia IDEA, hacía innecesario un nuevo análisis para el préstamo de 100.000 euros, pero era necesario un nuevo estudio para la solicitud de los 350.000 euros siguientes, porque excedían del análisis realizado por IDEA con el que se pretendía el préstamo de 100.000 euros.

Cuestiona también la naturaleza jurídica de la sociedad INVERCARIA. Afirma que es una sociedad mercantil regulada por la Ley de Sociedades de Capital y por sus Estatutos Sociales en sus relaciones con terceros y en la formación de su voluntad social. Se trata de una sociedad instrumental de la Administración directa de la Junta de Andalucía perteneciente al grupo de las Sociedades Mercantiles del sector público andaluz, desprovistas *ex lege* de cualquier potestad administrativa. La concesión del préstamo participativo concedido a la mercantil Aceitunas Tatis no se encontraba dentro de ninguna de las órdenes de incentivos. Tanto su constitución como su vida social se rigen, sin excepción, por el **Derecho** Privado.

Expone que en el momento en que ocurrieron los hechos controvertidos, no existía en INVERCARIA procedimiento establecido para la solicitud y concesión de incentivos fuera de los enmarcados dentro de las Órdenes de incentivos de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. Pese a que INVERCARIA no se encuentra constreñida a seguir ningún procedimiento administrativo, en el desarrollo de su actividad inversora, seguía una metodología de trabajo que le permitía en cada inversión disponer de una base de información más que suficiente para adoptar las decisiones procedentes en cada proyecto. Afirma que, pese a la existencia del Plan Director, la labor diaria de INVERCARIA no estaba sujeta a procedimientos establecidos y estandarizados. Continúa exponiendo que el Plan Director no se aplicaba, y ni siquiera contenía un procedimiento específico,





sino un proceso muy generalista y teórico alejado de la estructura real de INVERCARIA. Además, no actuaba como Administración Pública, sus empleados no ejercían como autoridad pública, no le era de aplicación la normativa administrativa y el préstamo participativo concedido a Aceitunas Tatis SL no se realizó mediante un acto administrativo, sino que fue concedido dentro de la esfera del **derecho** privado, por lo que entiende que no es reprochable la supuesta falta de publicidad del procedimiento a seguir por INVERCARIA para la ejecución de los préstamos otorgados con fondos propios. Añade que la Agencia IDEA nunca reprochó la supuesta falta de publicidad del procedimiento a seguir por INVERCARIA para la ejecución de los préstamos otorgados con fondos propios ni puso ningún reparo o advertencia en ninguna de las inversiones realizadas por INVERCARIA. Y tampoco existía una normativa clara y taxativa.

Por ello concluye que, estando desprovista ex lege de cualquier potestad administrativa y no existiendo norma vinculante, la praxis de INVERCARIA para conceder préstamos financieros venía siendo para todos los casos la toma de conocimiento por los técnicos y la posibilidad de poder informar sobre los mismos. Tampoco actuó con la voluntad consciente y deliberada de infringir cualquier normativa. Actuó dentro de sus competencias y, bajo el paraguas del previo análisis por parte de la Agencia IDEA a la hora de conceder el aval por importe de 80.000 euros, para un préstamo de 100.000 euros. Concedió el préstamo a Aceitunas Tatis S.L., pero no bajo el prisma de la arbitrariedad o capricho propio, sino dentro de los criterios que le fueron concedidos por la propia Agencia IDEA y dentro del límite autorizado, bajo criterios estrictamente discrecionales.

También se refiere a las herramientas de gestión documental con las que contaba INVERCARIA. Hasta el ejercicio 2010, los documentos se archivan en carpetas físicas o digitales (carpetas de Windows compartidas en red por el personal de INVERCARIA). No existía software que facilitara el estudio y seguimiento de las inversiones ni gestor documental de los expedientes. En el caso de Aceitunas Tatis, el informe técnico lo realizó la Agencia IDEA y, además, no existía formulario de propuesta de inversión recogida en el sistema de gestión documental de INVERCARIA. No era preceptiva la previa existencia de una propuesta técnica para justificar la inversión. Refiere también aun cuando no hubo propuesta documental de inversión no quiere ello decir que no tuviera análisis técnico previo y, por tanto, la decisión sobre la inversión se adoptara de forma caprichosa y arbitraria, insistiendo en que la decisión se basó en el aval concedido por IDEA, por lo que dispone del análisis técnico realizado por esta última.

Apela asimismo a la existencia de otras empresas de capital riesgo públicas en España con idéntico modus operandi que INVERCARIA, que se nutren de proyectos innovadores, tienen mayor riesgo que las inversiones tradicionales. Indica que INVERCARIA ha tenido más éxito que otras empresas de su misma naturaleza.

Por último, señala que no procede hablar de concurso medial de delitos inexistentes, por lo que se ha producido indebida aplicación del art. 77.1.3 CP.

1. Reiterada doctrina de esta Sala recuerda que el motivo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Indica la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de **derecho** en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 LECrim.

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias ( SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10/2002; ATC 8/11/2007), señala que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECrim, es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884. 3 LECrim.

2. El recurrente, en el desarrollo de este motivo, lo que hace es cuestionar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, cuestionamiento que se sustenta, en esencia, sobre los mismos razonamientos expresados en el anterior motivo, por lo que procede, a efectos de evitar reiteraciones innecesarias, reiterar en este momento todo lo que ya se ha expresado sobre este extremo en el anterior fundamento de **derecho** de la presente resolución, y, más en concreto, en su apartado cuarto.



Nos limitaremos pues en el presente apartado a atenernos al relato de hechos probados, en atención al motivo invocado.

3. En síntesis, son elementos integrantes del delito de prevaricación del art. 404 CP por el que viene condenado el recurrente:

- 1) La condición funcional del sujeto activo;
- 2) El dictado de una resolución administrativa de carácter decisorio;
- 3) Que tal resolución sea contraria a **Derecho**;
- 4) Que esa contradicción con el **derecho** o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la inobservancia de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 5) Que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 6) Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer **efectiva** la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del **derecho**.

Respecto al delito de malversación, el art. 432 CP, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 1/2015, por el que ha sido condenado el recurrente, sancionaba a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro ( STS núm. 172/2006 y STS núm. 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios ( STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga.

En nuestro caso, el hecho probado, después de referirse a la constitución, objeto social, capital y órgano decisor de Aceitunas Tatis SL, así como a su mala situación económica y financiera en el año 2009, con pocas perspectivas de evolución, expresa que "En una fecha no concretada del primer semestre del año 2009, dicha entidad, a través de su administradora general Olga, solicitó una ayuda económica a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), que se concretó en el acuerdo de concesión de un aval de los comprendidos en la Orden de la Junta de Andalucía de 5 de noviembre de 2008, "Ayudas a empresas viables con dificultades coyunturales de Andalucía", en su convocatoria de los años 2008 y 2009.

El 4 de febrero de 2009 se notificó a dicha entidad, la concesión de un aval por importe de 80.000 € en fecha 19 de enero de 2009, si bien no consta documentado en este procedimiento la resolución expresa de concesión del mismo.

Dicho aval no pudo ser formalizado y se renunció a éste por la entidad Aceitunas Tatis S.L, en fecha 5 de abril de 2010.

Al no obtener financiación en otras entidades de crédito, pese al aval que alegaba tener, Olga acudió a la entidad INVERCARIA a fin de solicitar crédito en la misma, siéndole conocida la existencia de dicha entidad por personas de su localidad, La Carolina (Jaén), entre las que no se ha acreditado que estuviera el coacusado, no estando acreditado si se conocían en fecha anterior a junio de 2009.

Sin que conste la existencia de cita formalmente concertada, Olga, en una fecha no concretada y anterior al 19 de junio de 2009, efectuó una visita a dicha entidad, para informarse sobre la posibilidad de financiación y hacer llegar sus posibles peticiones.

Así entró en contacto con INVERCARIA S.A.U. (Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, S.A.U.) y con Ambrosio, Presidente y Consejero Delegado de la citada entidad.

Se desconoce si ambos eran conocidos o no con anterioridad.

La fecha de esta primera toma de contacto no ha quedado concretada, aunque consta que encontrándose en una reunión de trabajo el citado Consejero Delegado y dos de sus directivos, Gervasio y Héctor, la referida Olga personada en las dependencias de Invercaria, entró en la sala donde se celebraba la reunión, habló con los allí reunidos y transmitió al presidente su interés en solicitar la ayuda económica que fuera posible.



Dicha primera toma de contacto fue informal, sin estar prevista una convocatoria a reunión expresa alguna, y en ella la administradora de Aceitunas Tatis SL, estuvo acompañada por una empleada de la misma, Caridad .

Olga en esa primera toma de contacto, no entregó documentación alguna, sólo hizo referencia a la comunicación de concesión de un Aval de 80.000 € durante 6 meses, por parte de la Agencia IDEA, adscrita a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

Tras ello le fue concedido, por decisión del Presidente y Consejero Delegado de Invercaria SAU la suma de 100.000 €, sin petición formal ni análisis técnico-financiero, y sin adoptar los trámites y estudios previos procedentes.

Tal decisión, exclusiva del acusado, se materializó, con la firma de un préstamo participativo otorgado el 19 de junio de 2009, suscrito por Gervasio , que actuaba en calidad de apoderado de Invercaria SAU y Olga en representación de la sociedad Aceitunas Tatis S.L., en calidad de administradora única de la misma.

En el documento firmado ese día se indica, que la prestataria destinará totalidad del préstamo, exclusivamente a la financiación de las operaciones propias del negocio de la sociedad, en un plazo de 1-2 meses; establece que la amortización del préstamo tendrá un año de carencia.

El expediente de concesión del préstamo participativo antes referido carece de documentación relativa a la empresa Aceitunas Tatis SL, de fecha anterior al 19 de junio de 2009 solicitada por INVERCARIA o reclamada a la Agencia IDEA u otra entidad.

Consta únicamente en el mismo:

- una referencia a fecha de entrada al sistema, fechado en Junio de 2009, sin concretar el día.
- Presentación en formato digital Power Point de un escueto Plan de Negocios Aceitunas Tatis, presentado en fecha 24 de junio de 2009.
- Anexo I al plan de negocios que contiene poca información más detallada que el anterior.
- Anexo II, plan de negocios con proyecciones financieras.
- Copias de DNI y NIF de la entidad y sus socios.

Ninguno de estos documentos se presentó con anterioridad al 19 de junio de 2009.

El préstamo no fue solventado, ni en principal ni en sus intereses.

No consta el empleo dado por la acusada a los 100,000 € recibidos.

Si bien en fecha 29 de octubre de 2009 Olga solicitó a la misma entidad Invercaria la concesión de otro préstamo por importe de 350.000 € que no se hizo efectivo finalmente."

A continuación, se refiere a la constitución de INVERCARIA, cuyo socio único era la Agencia IDEA, a su objeto social, órganos de administración, capital totalmente público, y nombramiento del Sr. Ambrosio como Presidente y Consejero Delegado.

En el mismo sentido, en consonancia con ello, en la fundamentación jurídica explica el Tribunal como ha llegado a tales conclusiones en el sentido ya expresado en el anterior fundamento.

De todo ello se infiere que la decisión de conceder el préstamo de dinero público fue adoptada por el Sr. Ambrosio , prescindiendo de todo procedimiento, sin soporte documental alguno, el cual fue incorporado después de forma incompleta al expediente a fin de aparentar el cumplimiento de un trámite que nunca se hizo.

Tal concesión, explica el Tribunal, era contraria a los estatutos de la sociedad. Ni siquiera se observó el Plan de Actuación aprobado por el Consejo de Administración el 28 de noviembre de 2005, que establecía los requisitos previos a la concesión, ni ningún otro procedimiento de control.

Concurren así los elementos integrantes del delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación por el que el recurrente ha sido condenado.

En relación al delito de prevaricación:

1) El acusado tenía la condición de funcionario público. Señalábamos en la sentencia núm. 546/2019, de 31 de octubre, que "La cualidad de autoridad o funcionario público del agente es un concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Conforme expresábamos en la sentencia núm. 296/2018, de 8 de febrero, con referencia expresa a la sentencia núm. 166/2014, de 28 de febrero, a efectos penales, "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: el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas.

No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, 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.

Asimismo, es doctrina consolidada de esta Sala que 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" ( STS de 27 de enero de 2003). 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 temporabilidad ( SSTs de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento ( STS de 27 de enero de 2003). Doctrina reiterada en la STS 166/2014." En el mismo sentido decíamos en la sentencia núm. 83/2017, de 14 de febrero que "Esta interpretación amplia del concepto de funcionario público ha sido la tónica seguida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, rebasando así las líneas definitorias del concepto administrativo de funcionario, en tanto se atiende de forma primordial a la función desempeñada, alcanzando incluso al personal laboral contratado para el ejercicio de funciones en el ámbito de un organismo público".

El hecho probado deja constancia del carácter público de INVERCARIA. Igualmente describe que mediante resolución de fecha 14 de febrero de 2005, D. Ambrosio fue nombrado Presidente y Consejero Delegado por un periodo de cinco años, ejerciendo dichas funciones desde el 28 de marzo de 2005 hasta el 2 de junio de 2010.

Sostiene el recurrente que INVERCARIA estaba desprovista ex lege de cualquier potestad administrativa, y en sus relaciones con terceros se regía por el **Derecho** Privado, por lo que no le eran aplicables las normas que rigen el **derecho** administrativo.

Frente a ello, la sentencia dictada por la Audiencia expone de forma minuciosa y detallada las consideraciones fácticas y legales, las que expresamente procede ahora remitirnos, que le llevan a concluir que "INVERCARIA puede ser calificada en cuanto a su forma jurídica, como una entidad de **derecho** privado, cuyos funcionamiento y relaciones jurídicas con terceros tienen esta característica. Pero, al ser una empresa que participa en el ejercicio de funciones públicas, como lo son las actividades de fomento en iniciativas públicas y privadas, deberá ajustarse a los principios propios de la actividad administrativa, particularmente en el sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad, lo que afecta y determina a todas aquellas resoluciones que se adopten por la misma, máxime cuando dispone para desarrollar tal actividad inversora de un capital íntegramente público."

No hay duda de que INVERCARIA era una empresa con participación pública. Fue constituida por escritura pública otorgada el 28 de marzo de 2005, constituyéndose como sociedad unipersonal. Su único accionista era la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) creada por Ley 3/87, de 13 de abril, entonces Instituto de Fomento de Andalucía (IFA). Su creación se decidió por acuerdo adoptado por el Consejo rector de IFA en sesión de 8 de noviembre de 2004, y fue ratificado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 1 de febrero de 2005 y publicado en BOJA el 16 de febrero de 2005. Ya hemos visto como su objeto social era la promoción, constitución y participación en Fondos Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades Gestoras de Capital Riesgo y otras entidades mercantiles, bien en forma unipersonal, mayoritaria o minoritaria en concurrencia con entidades financieras públicas o privadas; la constitución y gestión de sistema de garantía para empresas, el fomento y desarrollo de instrumento financiero para facilitar el acceso al crédito bancario de las empresas andaluzas y en general para la mejora de la financiación.

Ello resulta acorde con la normativa europea. De esta forma, la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas con participación pública, las delimita no sólo desde el punto de vista de la forma jurídica, pues otorgada o reconocida por





cada Estado conllevaría que estos pudieran desvirtuar las normas comunitarias al no dotar al concepto de uniformidad, sino que se centra en atender a los medios de control sobre la actividad de los poderes públicos. En este sentido el art. 2 de la Directiva establece que se entenderá por Empresa Pública cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. La Directiva, de acuerdo con la delimitación que recoge, entiende que existe "influencia dominante" cuando los poderes públicos se encuentran en alguna de estas circunstancias:

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

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

Conforme exponíamos en la sentencia núm. 481/2019, de 14 de octubre, esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer estos delitos en el ejercicio de actividades en el seno de empresas con participación pública. Decíamos en aquella sentencia: "Lo admite el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 al recordar la Sentencia 149/2015, de 11 de marzo, al apuntar que la presencia de capital de carácter exclusivamente público no altera la naturaleza de la actuación de la empresa en el ámbito mercantil, pero sí condiciona las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos.

Por ello estas sociedades están sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación, y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen desde la perspectiva del ámbito penal la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se dictan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación.

En consecuencia, nos recuerda esta Sentencia para afirmar la tipicidad en el delito de prevaricación, este no refiere de modo expreso a las resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo. (...)

(...) En cuanto al sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades, estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). La Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: "Las 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".

El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público 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".

El **Derecho** Penal -concluye la Sentencia 149/2005- no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto





que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas, si concurren los requisitos para ello, del delito de prevaricación."

2) La resolución adoptada era, de forma notoria, contraria a **Derecho**, ya que la misma fue adoptada con total y absoluta ausencia del más mínimo o escueto procedimiento, y sin soporte documental alguno. Ya hemos señalado cómo el Tribunal pone de relieve que ni siquiera se observó el Plan de Actuación aprobado por el Consejo de Administración el 28 de noviembre de 2005, que establecía los requisitos previos a la concesión. Aun cuando no fuera vinculante, al menos con carácter orientativo establecía unas directrices mínimas a seguir, que fueron desconocidas por el recurrente, quien simplemente no observó procedimiento alguno para cerciorarse de la conveniencia y viabilidad del préstamo. Además, era contraria a los estatutos de la sociedad. El que INVERCARIA fuera una sociedad de riesgo no implicaba que no se debieran adoptar las mínimas precauciones en la concesión de créditos. La decisión se adoptó sin petición formal expresa, sin análisis técnico financiero y sin adoptar los trámites y estudios previos que eran necesarios.

3) Ocasionó un resultado materialmente injusto, aprobándose la concesión de un préstamo que no era procedente.

4) La resolución fue adoptada por el recurrente conociendo que actuaba en contra del **derecho**, a sabiendas de su injusticia.

No cabe apreciar error de tipo. El Tribunal ha excluido, conforme a lo ya expresado en el fundamento anterior, que la decisión del recurrente pudiera haber sido adoptada con base a la documentación obrante en la Agencia IDEA en el expediente tramitado en la concesión del aval, o confiado en la concesión del citado aval cuyo expediente tampoco consta que fuera requerido por INVERCARIA. Debe destacarse también en este punto que previamente a solicitar el préstamo, Aceitunas Tatis SL, no había obtenido financiación en otras entidades de crédito pese al aval que decía tener, lo que refleja cuál era su **efectiva** situación económica.

Tampoco se aprecia que concurra en su actuar error de prohibición. Conforme reiterada doctrina de esta Sala, no basta con alegar la existencia del error. El error ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el **derecho**. Cuando esta información se presenta como de fácil acceso, no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia ( SS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre; 163/2005, de 10 de febrero; 698/2006, de 26 de junio y 24/2010, de 4 de marzo). La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error ( SS. 898/2014, de 22 de diciembre y 684/2014, de 21 de octubre).

En nuestro caso, consta en los hechos probados que D. Ambrosio era Presidente y Consejero Delegado de INVERCARIA.

Igualmente el hecho probado refiere que ésta fue constituida por escritura pública otorgada el 28 de marzo de 2005, constituyéndose como sociedad unipersonal, siendo su único accionista la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) creada por Ley 3/87, de 13 de abril, entonces Instituto de Fomento de Andalucía (IFA).

Su objeto social era la promoción, constitución y participación en Fondos Capital Riesgo, Sociedades de Capital Riesgo, Entidades Gestoras de Capital Riesgo y otras entidades mercantiles, bien en forma unipersonal, mayoritaria o minoritaria en concurrencia con entidades financieras públicas o privadas; la constitución y gestión de sistema de garantía para empresas, el fomento y desarrollo de instrumento financiero para facilitar el acceso al crédito bancario de las empresas andaluzas y en general para la mejora de la financiación.

INVERCARIA se rige según sus Estatutos, por la Junta General de Accionistas, órgano de administración de la sociedad, integrada por un único socio, la denominada Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), adscrita a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

D. Ambrosio, como Presidente y Consejero Delegado de INVERCARIA desde el día 28 de marzo de 2005 hasta el 2 de junio de 2010, por su cargo, por las atribuciones conferidas en INVERCARIA, y por su formación no podía desconocer todas estas circunstancias. Como tal, debía conocer los Estatutos así como el esquema de actuación que se preveía en el borrador de Plan director 2005-2008 aprobado por INVERCARIA. Tenía además atribuidos, como Presidente y Consejero Delegado, unos límites de disposición de hasta 450.000 euros.



Sin embargo, como explica el Tribunal, el recurrente prescindió de toda valoración y análisis sobre la decisión adoptada. El Sr. Ambrosio "decidió dar un préstamo a un tercero sin llevar a cabo ninguna actuación tendente a comprobar la situación real de la empresa que solicitaba la financiación, ni su capacidad económica, ni la viabilidad de llevar a cabo algún tipo de proyecto que fuese acorde con la finalidad para la que se le habían hecho entrega de capital sin comprobar tampoco en forma alguna que las cantidades entregadas, se hubiesen aplicado a algún destino directamente relacionado con algún proyecto de interés público, como podía ser el desarrollo empresarial en un sentido amplio.

Las circunstancias y condiciones en las que ha quedado acreditado que se hizo entrega de la suma de 100.000 € a Aceitunas Tatis S.L., demuestran la nula posibilidad de recuperar el dinero entregado, habiendo sido una decisión arbitraria llevada a cabo por el Presidente de la entidad Invercaria, a instancia de la administradora de la entidad beneficiaria (...). Como destaca también el Tribunal el préstamo se concedió (...) por criterio exclusivo del Presidente de la entidad que así estimó oportuno, pero en unas condiciones y circunstancias totalmente arbitrarias. Siendo así porque no valoró si la empresa que solicitaba el dinero, estaba de los parámetros exigidos por la propia finalidad de Invercaria; ya ésta no tiene previsto en sus Estatutos invertir dinero público en empresas que se encuentren en situación de crisis, en empresas que no tienen capacidad ni viabilidad económica aparente.

No se realizó mínima evaluación al respecto, para hacer buen uso del público que se invertía." Conforme a ello, concluye el Tribunal afirmando de manera racional que (...) esta forma de actuar resulta contraria no sólo a la normativa administrativa, que rechaza cualquier actuación arbitraria ajena a la finalidad del órgano analizado, sino que también iría en contra de cualquier actuación responsable dentro del ámbito de la contratación mercantil, pues cualquier sociedad mercantil gestiona su dinero o el dinero de la empresa, con criterios mínimos y básicos de control, análisis, evaluación y decisión, pero no tiene cabida como algo razonable la mera decisión arbitraria de quien tiene capacidad para ello porque en tal caso sería objeto de su reproche correspondiente por parte del Consejo de administración de la entidad".

En definitiva, por su condición de Presidente y Consejero Delegado, a quien competía en exclusiva la concesión del préstamo, no podía concluir racionalmente en la conveniencia del préstamo, sin ningún tipo de análisis previo, sin conocer la capacidad y situación económica de la empresa concesionaria, el destino que se iba a dar al dinero entregado, y sin comprobar que su inversión estaba relacionada con algún proyecto de interés público previsto en sus estatutos.

Igualmente, como anticipábamos, los hechos son constitutivos de un delito de malversación.

Como ya se ha dejado constancia, el Sr. Ambrosio tenía la consideración de funcionario público, y tenía a su disposición fondos públicos, siendo de su exclusiva competencia la concesión del préstamo. Decidió dar un préstamo a Aceitunas Tatis SL, sin comprobar mínimamente ex ante su situación económica y contable, la viabilidad para acometer un proyecto o proyectos acordes con la finalidad del préstamo que se concedía, y ex post si el dinero recibido por Aceitunas Tatis SL había sido invertido en algún proyecto de interés público.

Como consecuencia de ello se ocasionó un perjuicio para las arcas públicas. Como era de esperar, el préstamo no fue restituido, ni el principal ni los intereses, habiendo ocasionado un perjuicio al erario público que asciende a 100.000 euros de principal y 8.732,22 euros de intereses.

De esta forma, se produjo un apartamiento definitivo del caudal público del patrimonio público. El pago realizado no cumplió una finalidad pública. Fue el resultado de una decisión arbitraria por parte del Sr. Ambrosio, disponiendo del dinero público como si fuera propio.

Ambos delitos, prevaricación y malversación, se encuentran en relación de concurso medial. La antijuridicidad de la conducta desplegada no se agota en la prevaricación, sino que constituye también un delito de malversación. Como expresábamos en la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita expresa de la sentencia núm. 18/2014, de 23 de enero "Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo)".

El motivo no puede por tanto acogerse.

**CUARTO.-** El tercer motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba.



Comienza el recurrente relacionando hasta un total de treinta y dos documentos que distribuye en tres grupos referidos a la naturaleza jurídica de INVERCARIA, al funcionamiento de INVERCARIA y a otros procedimientos **judiciales** y a la inversión por parte de INVERCARIA en Aceitunas Tatis SL.

Dentro del primer grupo se encuentra un estudio jurídico sobre la naturaleza jurídica de INVERCARIA, informes periciales realizados por D. Apolonio, certificado de fecha 28 de marzo de 2011 de la Agencia IDEA en el que declara que INVERCARIA no se acogía a la Orden de incentivos y el correo electrónico remitido por D. Constantino, en fecha 7 de marzo de 2011, a la responsable de la Cámara de Cuentas, D.<sup>a</sup> Esperanza, donde se expresa el criterio de la Asesoría Jurídica de la Agencia IDEA de no aplicación de la orden de incentivos a los préstamos participativos por la línea de fondos propios.

Con base a ellos considera el recurrente que ningún procedimiento administrativo debía observar INVERCARIA en el ejercicio de su actividad, siendo una sociedad mercantil regulada por la Ley de Sociedades de Capital y por sus Estatutos Sociales en sus relaciones con terceros y en la formación de su voluntad social. Por ello afirma que en el desarrollo de su actividad inversora ha seguido una metodología de trabajo que le ha permitido, para cada inversión, disponer de una base de información más que suficiente para adoptar las decisiones procedentes en cada proyecto. La metodología fue creada de forma y manera interna por cada departamento, sin que existiera un manual de actuación debidamente consensuado y aprobado por el Consejo de Administración. Reitera además que INVERCARIA no se acogía a la Orden de Incentivos.

En el segundo grupo se refiere a una querrela que formuló contra el Sr. Héctor y a diversas resoluciones **judiciales**, al Acta núm. 3/05 correspondiente a la reunión del Consejo de Administración de INVERCARIA celebrada el 28 de noviembre de 2005, al correo referido a la implementación en INVERCARIA de la herramienta informática TREWA, al informe relativo al Software utilizado en la herramienta TREWA, y a determinados correos electrónicos referidos al Sr. Héctor.

En el tercer grupo se incluyen diversos documentos relativos, en síntesis, a la inversión de Aceitunas Tatis SL, al concurso de ésta y a los datos e historial de cambios de la Agencia IDEA, un Acta de la Comisión de Valoración de la Agencia IDEA celebrada el día 19 de enero de 2009, una carta de fecha 29 de octubre de 2009 dirigida por la Gerente de Aceitunas Tatis a D. Héctor, diversos correos electrónicos, informes periciales elaborados sobre diversos extremos, documentación presentada por el Grupo de Blanqueo de Capitales y relación de gastos de viajes de D. Héctor.

Como señalábamos en la sentencia núm. 780/2021, de 14 de octubre, con referencia a las sentencias núm. 200/2017, de 27 de marzo; y 362/2018, de 18 de julio, "el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim se circunscribe "al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron."

Pero no solo esto. El éxito del motivo reclama, además, que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, no cabe una revalorización del cuadro probatorio para de ahí atribuir el valor reconstructivo que la parte pretende atribuir al documento; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción.(...)

(...) Con estas premisas, el motivo no puede ser estimado. Tal magnitud de documentos, no tienen la característica de ser literosuficientes, pues no confrontan un dato con el resultado probatorio al que ha llevado la sentencia recurrida, sino que suponen una nueva valoración de dicha prueba en su conjunto, y hay que recordar que este motivo de casación no lo permite, ni hace posible una argumentación, no una constatación que es lo propio, sobre la prueba que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia ( STS 1205/2011, de 15 de noviembre) que es lo que pretende el recurrente, realizando por su cuenta una valoración que no puede ser acogida en esta extraordinaria instancia casacional.

Por lo demás, ya hemos dicho muy reiteradamente (ad exemplum, STS 664/2015, de 22 de octubre), que el maremagnum de documentos citados en el motivo, sin expresar ni siquiera la redacción del factum que debería realizarse de aceptarse el error facti hace totalmente inviable un motivo de estas características, sin que esta



Sala Casacional, de cualquier modo, pueda convertirse en un órgano de segundo grado jurisdiccional ( STS 669/2021, de 9 de septiembre)."

En nuestro caso, los documentos citados por el recurrente carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba.

Además tales documentos incorporan informes periciales, informes jurídicos y resoluciones **judiciales** que carecen de virtualidad para modificar los hechos en la forma que es pretendida por el recurrente.

Si bien reiterada la Jurisprudencia de esta Sala admite excepcionalmente esta posibilidad respecto de los informes periciales, ello solo es posible, cuando: a) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere su sentido originario; o b) cuando se cuenta sólo con dicho dictamen, o dictámenes coincidentes, y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. El informe, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no estar contradicho por otras pruebas y ser relevante para la resolución del caso.

Sin embargo, los informes que indica la defensa no se encuentran tampoco en ninguno de estos casos.

De esta forma, la mayoría de los peritos que elaboraron tales informes comparecieron en el acto del juicio oral y fueron sometidos a la contradicción de las partes y a la intermediación del Tribunal, quien los ha analizado y valorado junto a resto de las pruebas practicadas.

Igualmente, en los mismos términos que expone el Ministerio Fiscal, conforme a reiterada doctrina de esta Sala (SSTS núm. 277/2018 de 8 de junio, 294/2019 de 3 de junio), "Un informe de contenido jurídico sobre cuestiones administrativas, civiles y mercantiles, implicadas en el asunto, por muy bien fundado que esté, y por mucha que sea la autoridad académica o profesional de quien lo emite no puede constituir el documento frente al que contrastar las conclusiones de la sentencia. No aborda cuestiones de prueba, sino problemas jurídicos".

A través de ellos se abordan cuestiones de carácter jurídico sobre determinados hechos (naturaleza jurídica de INVERCARIA), llevando a cabo una labor que correspondía al Tribunal, quien ha alcanzado sus propias conclusiones contando con sus propios conocimientos y tras valorar las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

Y en relación a las resoluciones **judiciales** recaídas en otros procedimientos, es también doctrina reiterada de esta Sala (SSTS núm. 1048/2007, de 10 de diciembre; 132/2010, de 18 febrero y 124/2020, de 31 marzo) "que constituye doctrina jurisprudencial consagrada y pacífica: a) que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos **judiciales**, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos **judiciales**, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento; b) lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero; c) en consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución; se incurriría en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador; d) de ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas; y e) la jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas".

En todo caso, los documentos que cita el recurrente contienen información contradictoria con el resultado de otras pruebas que el Tribunal ha resuelto, valorando y relacionando tales informes con otros elementos de prueba obtenidos en el acto del juicio oral en los términos que ya han sido expuestos en fundamentos anteriores de la presente resolución, razón por la que los mencionados documentos en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

Aun cuando el recurrente discrepe con las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, los razonamientos que se expresan en la sentencia se ajusten a las reglas de la lógica y son ajenos al error que se denuncia en el motivo examinado, que en consecuencia debe ser rechazado.





Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el recurrente.

El motivo debe por tanto ser rechazado.

**QUINTO.-** El cuarto motivo se deduce por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim, por no expresarse de forma clara y terminante cuales son los hechos que se consideren probados en relación al recurrente, contradicción en los hechos probados y predeterminación de fallo.

Afirma que en el relato fáctico de la sentencia impugnada existe clara insuficiencia descriptiva respecto a cuestiones fundamentales para la causa, como son el concurso de acreedores de Aceitunas Tatis, S.L. y el expediente administrativo de concesión de aval a dicha mercantil por parte de la Agencia IDEA o el empleo dado por D.<sup>a</sup> Olga a los 100.000 euros recibidos de INVERCARIA, o el conocimiento que tenía el técnico de INVERCARIA del proyecto D. Héctor, desde su inicio y su vinculación hasta finales del año 2.011.

Respecto al concurso de acreedores señala que el hecho probado no recoge que el crédito recibido fue contabilizado por Aceitunas Tatis SL, siendo calificado como crédito subordinado en el ámbito concursal, así como que el concurso fue calificado como fortuito, lo que impide comprender los hechos y conocer lo que el Tribunal declaró probado y no probado.

Estima también que la expresión "encontrándose ya la entidad en el año 2009, en mala situación económica y financiera y con pocas perspectivas de evolución" supone predeterminación del fallo en perjuicio de los acusados, ya que da a entender que la empresa se encontraba en una situación crítica e irreversible de la que se deducía que no podría devolver el crédito, cuando ello no es así.

Por lo que se refiere al expediente de concesión de aval por la Agencia IDEA considera que se describe de forma insuficiente, pese a ser una cuestión esencial en el procedimiento. Nada se expresa sobre el expediente tramitado por la Agencia IDEA donde el proyecto fue analizado, siendo el informe técnico favorable a su concesión. Se queja de que no se justifique porqué la concesión del aval no es prevaricadora y sin embargo su actuación al frente de INVERCARIA si es calificada como de prevaricación cuando su decisión la adoptó tomando como base el aval concedido por la Agencia Idea, que además era el socio único de su sociedad.

1. Señalábamos en la sentencia núm. 140/2010, de 23 de febrero, que "las sentencias penales deben estar construidas de tal forma que sea posible su comprensión, y no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el Tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso, y además, por el resto de los ciudadanos, en cuanto puedan tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los Tribunales. Esta exigencia comprende en su ámbito, naturalmente, el relato de hechos probados. Con éstos han de relacionarse directamente los fundamentos jurídicos de la sentencia, y de ahí debe obtenerse el fallo como conclusión de lo anterior, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el **derecho**, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente.

Reiterada doctrina de esta Sala ha entendido que la sentencia debe anularse, prosperando, por lo tanto, este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras sentencias núm. 471/2001, de 22 de marzo; 1144/2001, de 31 de julio; 1181/2001, de 19 de julio; 1610/2001, de 17 de septiembre, y STS núm. 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación.

Sin embargo, este motivo, incluido legalmente entre los que dan lugar a la anulación de la sentencia por quebrantamiento de forma, no permite integrar el hecho probado con otros aspectos fácticos que, según el recurrente hayan quedado probados, y que considere de interés a su posición. La valoración de la prueba no corresponde a las partes, sino al Tribunal de instancia. En consecuencia, la redacción del hecho probado se efectúa por el Tribunal expresando en el mismo los aspectos del hecho que hayan quedado probados, según aquella valoración, y que sean relevantes para la subsunción, pudiendo excluir aquellos que considere intrascendentes. En este sentido es exigible que describa claramente aquello que después es objeto de la calificación jurídica.





Las pretensiones de modificación del relato fáctico solo podrán encauzarse a través de un motivo formalizado por error de hecho en la apreciación de la prueba, desde la perspectiva de la acusación, o, además, a través de la alegación de la presunción de inocencia, desde la óptica de la defensa.

Pero, en todo caso, la estimación de un motivo por falta de claridad con apoyo en el artículo 851.1º de la LECrim, nunca daría lugar a una rectificación del relato fáctico y a la sustitución de los hechos que declaró probados el Tribunal de instancia por otros diferentes."

En el caso de autos, el recurrente pretende una relación de hechos exhaustiva, ensanchando el relato efectuado por el Tribunal de instancia para introducir cuestiones que, a su parecer, debieron ser incluidas en la relación fáctica de la sentencia.

El relato de hechos contenido en la sentencia es perfectamente coherente e inteligible. No existen incongruencias entre el relato de hechos probados y la argumentación contenida en la fundamentación jurídica. La sentencia es clara en los hechos probados, los que relata de forma precisa en los aspectos relevantes sobre los que correspondía decidir, llegando a continuación a la conclusión de que dichos hechos son subsumibles en calificación de los mismos que era pretendida por las acusaciones y por la que ha sido condenado.

Lo que hace el recurrente a través de este motivo es poner de manifiesto contradicciones que a su juicio existen entre el hecho probado y los fundamentos de **derecho** o entre los razonamientos expresados por el Tribunal en los fundamentos de **derecho** de la sentencia en relación a la valoración de la prueba que efectúa, lo que excede del objeto del motivo invocado. Asimismo, cuestiona nuevamente la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia, lo que ya ha obtenido contestación en el fundamento de **derecho** segundo, tercero y cuarto de la presente resolución.

2. Conforme constante y reiterada doctrina de esta Sala, la predeterminación del fallo requiere para su estimación:

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo; y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

Señalábamos en la sentencia núm. 714/2016, de 26 de septiembre, que "es frecuente como recuerdan las SSTs. 253/2007 de 26.3, 702/2006 de 3.7 y 1328/2001 de 5.7, que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de **derecho** tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener ( art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de **derecho**. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución **judicial** dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 de 2.2, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique como ha quedado acreditado dicho elemento."

En el mismo sentido, en más reciente sentencia núm. 585/2021, de 1 de julio, explicábamos que "La valoración de la prueba condiciona -predetermina- el fallo. No puede ser de otra forma. Pero no es eso lo que prohíbe el art. 851.1 como ha explicado la jurisprudencia hasta la saciedad. La predeterminación del fallo supone la



utilización de expresiones con un contenido técnico jurídico específico que por ello soslaya una narración de hechos despojada de valoraciones o "sobrentendidos" jurídicos. No significa que los hechos relatados hayan de ser penalmente "neutros". Eso no solo es absurdo sino que además sería incompatible con lo que se pide al Tribunal: un enjuiciamiento penal. No debe anticiparse en los hechos probados la subsunción jurídico-penal con el nomen iuris de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal -contrastando la categoría jurídica con el hecho probado (juicio jurídico)-; y no en el nivel previo de la valoración probatoria (juicio histórico)."

En nuestro caso, basta leer las expresiones utilizadas en la redacción del hecho probado para comprobar que no se emplean en el mismo concepto que para su comprensión se necesitan conocimientos de **derecho** ajenos a una cultura general media. Lejos de ello, las referidas expresiones son las precisas para hacer entendibles e interpretables por cualquier persona las afirmaciones que contienen, sin necesidad de conocimientos específicos. Pertenecen al acervo del lenguaje común y no resultan coincidentes con los elementos del delito. La expresión "encontrándose ya la entidad en el año 2009, en mala situación económica y financiera y con pocas perspectivas de evolución" no es una excepción. Es comprensible para cualquier ciudadano medio, y además no se encuentra presente en los tipos delictivos comprendidos en el Código Penal.

El motivo, consiguientemente, no puede prosperar.

**SEXTO.-** El quinto motivo del recurso se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECrim, por no haber sido resueltos todos los puntos que fueron objeto de defensa.

Indica que no ha sido resuelto por la Audiencia el análisis del proyecto Aceitunas Tatis por la Agencia IDEA, a pesar de haber sido la principal prueba del juicio. Tampoco el argumento de la defensa referida a la documentación del proyecto Aceitunas Tatis obrante en INVERCARIA antes de la firma de la escritura el 19 de junio de 2009, cuyo plan de negocio obraba en INVERCARIA al menos desde el 18 de julio de 2009. Igualmente señala que no ha sido resuelto el documento núm. 26 aportado al inicio del Juicio Oral, consistente en querrela criminal contra Héctor y todos los documentos, como las sentencias de los procedimientos sociales, penales y civiles que se aportaban. Se refiere también a que nada ha dicho la sentencia sobre el ánimo de lucro que ha sido negado por la defensa, así como a que no se había practicado prueba alguna que determinase que en el momento de la concesión del préstamo participativo por parte de INVERCARIA a Aceitunas Tatis, la situación económica financiera de dicha mercantil se encontrara tan deteriorada que la concesión de préstamo participativo descabellada, grotesca, irrazonable y fuera de toda lógica empresarial. Denuncia también que se haya omitido un dato tan relevante para la causa como es que el concurso de acreedores de Aceitunas Tatis, S.L. fue declarado fortuito.

El motivo no puede prosperar. Es reiterada la doctrina de esta Sala que señala los siguientes requisitos que deben concurrir para la constancia de la **efectiva** presencia del vicio denunciado: a) una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamiento sobre algún extremo, cometida por el Juzgador y que no pueda suplirse ni aun acudiendo, incluso con motivo del recurso de casación, al contenido implícito de su resolución; b) que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados, por cualquiera de las partes; y c) que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico ( sentencia núm. 465/2014 de 5 de junio), y 486/2018, de 18 de octubre).

Y en el supuesto de autos, las omisiones que relaciona el recurrente son meras alegaciones sobre aspectos concretos. No fueron verdaderas pretensiones.

En todo caso, la Audiencia se refiere a que el préstamo fue concedido por INVERCARIA sin petición formal expresa, ni análisis técnico financiero y sin adoptar los trámites y estudios previos procedentes, así como a que no ha quedado probado que se hubiese solicitado información a este respecto desde INVERCARIA a la Agencia Idea.

Conforme señalamos en la sentencia núm. 633/2020, de 24 de noviembre, con cita de la sentencia núm. 653/2013, de 15 de julio, el ánimo de lucro "se identifica como en los restantes delitos de apropiación, con el "animus rem sibi habendi", que no exige precisamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá, aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. ( STS 506/2014 de 4 de junio)."



En el presente caso, se ha declarado probado la concesión arbitraria, sin expediente previo, por el recurrente a empresa de la Sra. Olga de un préstamo participativo por importe de 100.000 euros de los que esta se benefició y que no han sido devueltos, no constando tampoco cual fuera su destino o en que fueron empleados.

El motivo, por ello, no puede prosperar.

Recurso formulado por D.<sup>a</sup> Olga

**SÉPTIMO.-** El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 404, 432, 27, 28, 65 y 77 CP, inaplicación indebida de los arts. 20.7, 14.3, 21.1, 21.6 y 66 CP, así como vulneración de preceptos sustantivos correspondientes a normativa estatal o autonómica de diverso rango, que deben ser observados en aplicación de la ley penal, en relación al marco jurídico de la mercantil INVERCARIA.

Señala que su actuación no se desarrolló dentro del ámbito administrativo, sino dentro del **Derecho** Mercantil Privado, sin que conste en autos en qué ha consistido la conducta contraria a **derecho**, ilegal o injusta, teniendo en cuenta, además, que no existe resolución administrativa alguna en la cual fundamentar el delito de prevaricación.

Afirma que no existió arbitrariedad en la concesión del préstamo participativo por parte de D. Ambrosio porque a través de la información que Aceitunas Tatis S.L le había entregado consideró que se trataba de un proyecto interesante para la economía andaluza, y porque la Agencia IDEA había respaldado a la mercantil Aceitunas Tatis mediante la concesión de un aval por importe de 80.000 euros para que obtuviese un préstamo de 100.000 euros a través de cualquier operador financiero que operaba en el mercado del crédito. Indica, en los mismos términos que el anterior recurrente, que ella en nada pudo influir para que se aprobara ni el aval de la Agencia IDEA ni el préstamo participativo de INVERCARIA, limitándose a formular una solicitud y a entregar la documentación que a tal efecto le fue requerida por ambas entidades, sin que se haya acreditado ni probado ninguna influencia a lo largo de todo el procedimiento. No conocía al Sr. Ambrosio antes de junio de 2009 y ninguna relación tenía con él. Mantiene que presentó una solicitud del préstamo. Acompañada de D.<sup>a</sup> Caridad se reunió con D. Ambrosio, D. Gervasio y D. Héctor, y transmitió al primero su interés en solicitar un préstamo a INVERCARIA, acreditando que le habían concedido un aval de la Agencia IDEA que no pudo hacer efectivo en entidades bancarias. Se trataba de una reunión previamente concertada. Se refiere a la carta por la que la Agencia IDEA le comunicó la concesión del aval. Continúa exponiendo que la gestión del proyecto fue encomendada al Sr. Héctor, lo que han confirmado D. Gervasio y D.<sup>a</sup> Caridad, como a su juicio lo demuestra el correo electrónico de fecha 24 de junio de 2009, remitido por el Sr. Héctor a D.<sup>a</sup> Marta, Directora General de INVERCARIA, cinco días después de la formalización del préstamo, siendo el asunto del correo Aceitunas Tatis. También señala que aportó la oportuna documentación antes de la concesión del préstamo, lo que ha tratado de acreditar con el correo electrónico de fecha 18 de junio de 2009 que remitió, en nombre de Aceitunas Tatis, S.L. a la Secretaria del Presidente de INVERCARIA, D.<sup>a</sup> Josefa, adjuntando el Plan de Negocios de Aceitunas Tatis, S.L. Incluso el mismo acredita a su juicio que hubo contactos previos entre ella e INVERCARIA al hilo de la concesión del crédito participativo. Explica que la documentación solicitada fue la imprescindible debido a que el análisis y estudio de viabilidad se había llevado a cabo por parte de los técnicos de la Agencia IDEA y con motivo de la previa concesión de un aval de 80.000 euros para la obtención de un préstamo de 100.000 euros. Se trataba de un verdadero Plan de Negocios y no de un catálogo de aceitunas como lo denominó el Sr. Héctor, y, además para la redacción de la minuta notarial del préstamo participativo, INVERCARIA, necesariamente tuvo que disponer, con anterioridad a la firma del mismo, de la escritura de constitución de la mercantil Aceitunas Tatis S.L., de los D.N.I de los socios y la administradora, y la vigencia del cargo de administradora. Entiende por todo ello que basándose la sentencia en la falta de aportación de la oportuna documentación antes de la concesión del préstamo para afirmar su intencionalidad, es evidente que con ello incurre en error. Defiende también que la documentación que consta en expediente de concesión del préstamo que fue aportado por INVERCARIA a la autoridad **judicial** no fue añadida al expediente después de la decisión de concesión del préstamo. La documentación que se aportó con posterioridad fue con motivo de la segunda solicitud de préstamo por importe de 350.000 euros. Insiste en que el expediente ya había sido estudiado, contrastado y aprobado por la Agencia IDEA para la concesión de aval de 80.000 euros para un crédito máximo de 100.000 euros, por lo que era lógico y razonable pensar que INVERCARIA hiciera suyo y estimara suficiente dicho análisis para la aprobación del préstamo y además tratándose de la cantidad máxima de préstamo que indicaba el aval, constando en la causa la documentación que acredita el estudio realizado por la Agencia IDEA. Razona que incluso la operación de préstamo participativo podría considerarse como la lógica monetización del aval emitido por la Agencia IDEA, socio único y dueño de INVERCARIA; que no hubo solicitud formal porque no existía ningún procedimiento específico para solicitar un préstamo a INVERCARIA; y se concedieron 100.000 euros, porque era el importe máximo que permitía el aval concedido por la Agencia IDEA. Y precisamente mediante la concesión del préstamo en base al aval otorgado por la Agencia IDEA, se



elimina cualquier atisbo de arbitrariedad y, por tanto, que la acción pueda ser calificable de prevaricación. Reitera que la cadena de correos, valorada erróneamente por la Audiencia, acredita la aportación de la oportuna documentación antes de la concesión del préstamo. Además afirma que las características del proyecto de Aceitunas Tatis, para el que se concedió el préstamo participativo, reunía las características de innovador, al pretender crear una nueva gama de productos y acceder a mercados internacionales, y se incluía dentro de un sector estratégico en la Comunidad Autónoma de Andalucía, como es el sector agroalimentario (el olivo y sus derivados). Concluye por todo ello que la concesión del préstamo no fue una resolución arbitraria.

Niega también la concurrencia del elemento subjetivo del tipo. En este apartado invoca, al igual que el anterior recurrente, el informe del catedrático Sr. Constancio que concluye que INVERCARIA está desprovista ex lege de cualquier potestad administrativa y, por tanto, ningún procedimiento administrativo debe observar. Ni sus actos podían ser calificados como actos administrativos, ni por tanto su actividad debía ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia. Además, su actuación no se sometía a las distintas órdenes de incentivos de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. Y el Plan Director, sólo vigente para los ejercicios 2005 a 2008, no es más que un documento del plan estratégico de la sociedad cuya virtualidad jurídica se limita a una serie de directrices de contenido interno, inserto en el ámbito de la autorregulación del Consejo de Administración de una sociedad mercantil, que ni siquiera podría equipararse a un Reglamento del Consejo de Administración. Concluye que INVERCARIA es una sociedad que opera con instrumentos financieros propios de capital riesgo, con fondos públicos pero sometida al **derecho** privado en su actividad. Además la recurrente era ajena a la normativa y procedimientos internos de INVERCARIA. Solicitó el préstamo en base a que le había sido concedido un aval por parte de la Agencia IDEA, siendo ésta la dueña de INVERCARIA y aportó toda la documentación que le fue solicitada.

Considera que en todo caso actuó con error de tipo. Presentó documentación previa, destacando la aportación de un riguroso plan de negocios antes de la firma del préstamo participativo, más toda la documentación necesaria para redactar la minuta notarial, además de toda la documentación previa que se le requirió para la concesión del aval por parte de la Agencia IDEA, siendo el expediente tramitado la base para la toma de decisión de INVERCARIA, única propietaria de INVERCARIA, sin que en ningún momento tuviera la más mínima sospecha de poder estar contraviniendo la Ley, o estar actuando de forma injusta. Siempre actuó de forma correcta y siguiendo las instrucciones de ambas entidades. Ni ella ni el Sr. Ambrosio tenían conciencia de que su conducta pudiera generar un peligro concreto jurídicamente desaprobado, que sería encuadrable en el concepto de dolo eventual. Alega además que en todo caso el delito únicamente puede cometerse por dolo directo.

Niega también haber influido en la toma de decisión por parte de INVERCARIA respecto a la decisión de si invertía o no en Aceitunas Tatis S.L. Se trataba de un préstamo previsto por la norma. Expone que la existencia o no de análisis técnico, la tramitación del expediente, que esté más o menos completo o que no se pidiera a la Agencia IDEA la documentación relativa a la concesión del aval, queda fuera de su ámbito de actuación y conocimiento, por lo que no puede existir el delito. Continúa razonando que, si no existen pruebas de que conociera previamente al Sr. Ambrosio, no puede llegarse a ninguna conclusión sobre la su supuesta influencia en la decisión adoptada por aquel, influencia que además carece del más mínimo soporte probatorio. De hecho, el segundo préstamo por importe de 350.000 euros no se concedió pese a estar también dentro de las competencias del Sr. Ambrosio. Su única finalidad era trabajar para sacar adelante su negocio, llegando incluso a hipotecar su propia vivienda familiar para cubrir las necesidades financieras de su empresa, lo que ha llevado finalmente a la ejecución hipotecaria sobre ella. Concluye señalando que el juicio inferencial realizado por el Tribunal de Instancia para concluir como evidente su intencionalidad en la comisión del delito responde a una interpretación infundada y gratuita sobre su actuación.

En relación al delito de malversación señala que ni ha existido voluntad de apropiarse ni se ha dado un destino al dinero distinto para el que fue concedido. Se trataba de un préstamo participativo incluido dentro de la modalidad de capital riesgo por lo que la pérdida del capital invertido por INVERCARIA no se puede considerar un ataque a un bien jurídico como es el dinero público, y mucho menos considerarse apropiación indebida al haber instado concurso de acreedores un año y medio después de recibir el préstamo participativo y ante la imposibilidad de atender los pagos comprometidos. Además, entiende que no puede existir perjuicio patrimonial al consistir la actividad mercantil de INVERCARIA en una actividad de riesgo financiero, por lo que lo ocurrido debe entrar dentro del riesgo empresarial que asume cualquier empresario.

Niega también que tuviera el convencimiento de que no iba a poder devolver el préstamo. Aceitunas Tatis SL, al tiempo de la concesión del préstamo era una empresa viable, no pudiendo inferirse que estuviera abocada de forma irremediable al cierre o al fracaso. Actuó en el convencimiento de que su empresa iba a triunfar con los nuevos productos creados y el acceso a nuevos mercados, hasta el punto de que tan solo tres meses antes de la concesión del préstamo participativo por INVERCARIA, hipotecó su propia vivienda para conseguir





capital para seguir llevando a cabo su plan de desarrollo empresarial. El que no pudiera obtener crédito con otras entidades financieras con el aval prestado por IDEA fue debido únicamente a que éstas carecían en esos momentos de liquidez para monetizar un aval a primer requerimiento. Añade que Aceitunas Tatis SL fue declarada en concurso voluntario un año y medio después de la concesión del préstamo, situación que no era previsible al tiempo de la concesión. Indica también que la sentencia señala que no ha acreditado a que fines fue aplicado el préstamo, cuando correspondía a la Acusación probar que el dinero del préstamo participativo se destinó a fines distintos a lo que se estimaba en la escritura de préstamo, cosa que no ha sucedido. En todo caso considera que sí ha sido acreditado el destino del dinero. En atención a lo dispuesto en el art. 164 de la Ley 22 /2003, de 9 de julio, estima que, habiendo sido declarado el concurso por auto de 16 de diciembre de 2010, y su posterior calificación de fortuito, ha quedado acreditado que al menos dos años antes, entre el 16 de diciembre de 2008 y el 16 de diciembre de 2010 no salieron bienes fraudulentamente del patrimonio de Aceitunas Tatis S.L., de forma que recibiendo 100.000 euros de INVERCARIA el 19 de junio de 2009, dicho importe no ha salido fraudulentamente de Aceitunas Tatis, S.L. Igualmente, conforme a lo dispuesto en el art. 165 de la citada ley, cuando en junio de 2.009 recibió los 100.000 euros de INVERCARIA, Aceitunas Tatis S.L. no estaba en situación de insolvencia y, por tanto, no tenía necesidad de presentar concurso de acreedores, ni mucho menos estaba impedida para recibir la concesión de un crédito participativo.

A su entender, que el dinero se destinase al pago de deudas no implica que no se le diera el destino pactado, cuando, según la escritura del préstamo "La parte prestataria queda expresamente obligada a destinar, dentro del plazo de doce meses, el importe de este préstamo exclusivamente a la financiación de las actuaciones de la empresa Aceitunas Tatis, S.L.". Destaca que el dinero del préstamo fue destinado en su gran mayoría a la internacionalización de la empresa, mejoras en los procesos de producción y creación de nuevas líneas de productos, según recoge la pericial de TAXO, y tan sólo una mínima parte del préstamo se aplicó al pago de deudas, que se desprendían de inversiones previas realizadas y motivada por la obtención del aval y con el objetivo de financiar el crecimiento de la empresa. Explica que el pago a acreedores y proveedores es parte de la actividad de una sociedad mercantil, pues sin el cumplimiento de los compromisos de pago la situación se tornaría insostenible para la empresa, y ello también forma parte de la financiación de las actuaciones de la empresa, de su circulante y, todo ello se recoge en los términos de la póliza firmada ante notario. Ni un solo céntimo de euro del dinero recibido por INVERCARIA fue destinado a intereses ajenos a la mercantil Aceitunas Tatis, S.L., por lo que no se le puede atribuir un delito de malversación de caudales públicos. Indica asimismo que en la carta dirigida al Sr. Héctor el 29 de octubre de 2009, por importe de 350.000 euros, se justificaba el destino del dinero, pues en ella se detallaba de forma pormenorizada las inversiones acometidas y los proyectos de internalización llevados a cabo por la empresa. Además su contenido pone de manifiesto que ella consideraba que IDEA e INVERCARIA eran la misma entidad, y, por tanto, que estaba convencida de que había aportado la documentación previa a la concesión del préstamo y que el proyecto había sido analizado.

Respecto al concurso de acreedores de Aceitunas Tatis, denuncia que el hecho probado omite que el concurso fue declarado fortuito. Tal declaración pone de manifiesto su actuación diligente al frente de la empresa. Considera que la declaración que efectúa el Tribunal en el sentido de que la empresa se encontraba "(...) en mala situación económica y financiera y con pocas perspectivas de evolución" es contraria a la declaración fortuita del concurso. Se trataba de una empresa viable con dificultades coyunturales. Además, el crédito fue calificado como subordinado por el Juez mercantil. Razona que ello acredita que contabilizó de inmediato el crédito participativo de INVERCARIA, lo que no hubiera hecho si su intención era no devolverlo. Insiste que el dinero se destinó a actuaciones de la empresa. Igualmente, continúa exponiendo, si Aceitunas Tatis, al momento del préstamo se hubiera encontrado en "quiebra técnica", se hubiera calificado el concurso hubiera sido declarado culpable.

Entiende por ello que la calificación como fortuito del concurso excluye el tipo de malversación, y acredita que su actuación fue diligente y que la empresa, al momento de la concesión del préstamo, estaba operativa y era viable y en modo alguno estaba indispuesta para recibir un préstamo participativo.

Como consecuencia de no ser los hechos constitutivos de delitos de prevaricación y malversación, estima que no procede hablar de concurso medial y por ello se ha producido la indebida aplicación del art. 77.1.3 CP.

1. Las cuestiones suscitadas por la recurrente coinciden en esencia con las desarrolladas por el anterior recurrente en los dos primeros motivos de su recurso y ya han obtenido contestación en los fundamentos de **derecho** segundo y tercero de la presente resolución a los que expresamente, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, expresamente nos remitimos.

A lo ya expresado en los citados fundamentos cabe ahora añadir que la carta de fecha 19 de enero de 2009, por la que se comunica la concesión del aval a la promotora, contiene un inciso final en el que se le hace saber que "deberá iniciar las gestiones oportunas en aras a la formalización del citado aval". Ya hemos señalado cómo el Tribunal en todo caso no ha podido examinar dicho aval por no haber sido aportado a las actuaciones,



no constando indicio ni elemento de prueba alguno del que resulte que INVERCARIA analizara dato alguno sobre la empresa Aceitunas Tatis SL antes de la concesión, ni siquiera que solicitara a la Agencia IDEA alguna información al respecto, ni la documentación relativa al aval o al hipotético estudio de la empresa o sus proyectos que hubiera servido supuestamente de fundamento a la Agencia IDEA para tal aval. Tampoco el Tribunal ha podido encontrar constancia alguna de que tal supuesto documento de concesión de aval fuera en algún momento aportado o exhibido a INVERCARIA para su comprobación.

Es más, como indica el Tribunal, la propia recurrente reconoció que no tenía ningún documento que acreditara la presentación de documentación a INVERCARIA. Igualmente señala el Tribunal que en la primera reunión entre la Sra. Olga y el Sr. Ambrosio, conforme señalaron tanto aquella como la Sra. Caridad, no se aportó documentación, lo que también ha sido confirmado por el testigo Sr. Héctor.

El correo remitido por la recurrente a la Sra. Josefa el día 18 de junio de 2009 fue remitido a las 13:42 horas y en él se expresaba "Estimada Auxi, Según quedamos, te adjunto presentación de nuestra empresa. Un cordial saludo." No hace referencia a un plan de negocios sino a una presentación en formato power point. Además fue enviado a la secretaria del Sr. Ambrosio a última hora de la mañana del día anterior (18 de junio) a aquel en que se firmó la escritura de préstamo en la Notaría (19 de junio), por lo que el encargo al Notario y la redacción del borrador de la escritura ya se habían realizado, y lógicamente el préstamo ya había sido autorizado.

No consta que llegase informe alguno de IDEA a INVERCARIA. Tampoco constaba en el expediente de concesión del préstamo al que se refiere el apartado de hechos probados cuarto de la sentencia dictada por la Audiencia.

La única constancia que ha encontrado el Tribunal es la denominada "resolución aval idea no formalizado", que no se corresponde con la auténtica resolución, sino que se trata de una comunicación de la concesión, pero sin que exista tampoco ningún documento relativo al análisis y valoración que se hubiese podido efectuar por la Agencia IDEA con relación a esta empresa y para la concesión del aval.

Todo ello evidencia sin duda alguna la conclusión del Tribunal, esto es, que la decisión del Sr. Ambrosio se adoptó sin tener a la vista el documento remitido a su secretaria y sin llevar a cabo ningún análisis técnico.

Igualmente razonada, coherente y racional es la conclusión alcanzada por el Tribunal sobre la delicada situación económica que atravesaba Aceitunas Tatis SL y la falta de acreditación de la aplicación del dinero recibido a los fines para los que fue prestado.

Ya se ha expresado, al examinar el recurso formulado por el Sr. Ambrosio, que la declaración de concurso de Aceitunas Tatis SL, aunque fuera finalmente declarado fortuito, lo único que confirma es la delicada situación económica en que se encontraba la compañía. Se trata además de una resolución **judicial** dictada en un procedimiento concursal cuyo alcance en otros procedimientos también ha sido expuesto. En todo caso, junto a tal declaración de concurso, el Tribunal ha analizado el informe realizado por la policía en el que se afirma que la situación de la empresa era particularmente comprometida desde el punto de vista económico. En el mismo se indica que, desde su constitución, Aceitunas Tatis S.L. presenta hasta once créditos, entre el 14 de diciembre de 2004 y el 29 de abril de 2008, por un importe total de 650.000 euros, al que hay que sumar el préstamo hipotecario sobre su vivienda al que se refiere la recurrente.

El citado informe también expresa que las cuentas anuales de la empresa Aceitunas Tatis S.L. correspondientes a los ejercicios 2006, 2007, 2008 y 2009 no pudieron ser analizados hasta el mes de mayo siguiente, porque no consta que se hubiesen aportado con anterioridad los estados financieros de la empresa. Esta circunstancia pone también de manifiesto la falta de control posterior por parte de INVERCARIA sobre el destino de los fondos prestados.

Conforme pudo comprobar el Tribunal, y así se expresa en la sentencia, tales informes describen también una situación de quiebra técnica de la empresa, la que tuvo unos resultados económicos muy deficientes desde el inicio de su actividad, siendo un proyecto que en cifras económicas puede calificarse como fracasado, con un patrimonio neto negativo muy superior respecto a la cifra del capital social, circunstancia que no fue tomada en consideración, ya que, por la ausencia de documentación aportada, el proyecto no tuvo ningún tipo de evaluación y análisis en el departamento correspondiente.

La única constancia que encuentra el Tribunal es la denominada "resolución aval idea no formalizado", que no se corresponde con la auténtica resolución, sino que se trata de una comunicación de la concesión, pero sin que exista tampoco ningún documento relativo al análisis y valoración que se hubiese podido efectuar por la Agencia IDEA con relación a esta empresa y para la concesión del aval.

Junto a la documental, el Tribunal ha valorado la testifical de D. Héctor, D. Diego, director de inversiones de Agencia IDEA; D. Eladio, Secretario General de Agencia IDEA y Consejero de INVERCARIA; y D. Emilio, Director



General de Agencia IDEA y Consejero de INVERCARIA, en los términos ya expresados en el fundamento de **derecho** segundo de la presente resolución.

En su extenso análisis el Tribunal también ha examinado y valorado los correos cursados el día 24 de junio de 2009. Con base a ellos ofrece contestación a la defensa sobre la interpretación que ésta realiza sobre la frase "actualizar el proyecto" la cual por sí sola es insuficiente para afirmar la existencia del proyecto.

Finalmente, también concluye el Tribunal en la falta de acreditación de la aplicación del dinero recibido a los fines para los que fue prestado. La recurrente se ha limitado a señalar que el dinero fue destinado al pago de deudas, circunstancia desde luego no aclarada y en todo caso contraria al fin para el que fue concedido y ajena totalmente al destino propio de una inversión de capital riesgo de una sociedad pública.

En este sentido señala respecto al destino del dinero prestado que no consta "cual fue el destino que dio a ese dinero, de cuya suerte no hay la más mínima información, sin que exista factura o declaración de tercero alguna, que avale que los fondos se dedicaron a enjugar deudas de la empresa. No consta, así, qué fue de esos 100.000 € que, repetimos, no sabemos en qué se emplearon, si se emplearon en la propia Aceitunas Tatis ni nadie ha sido capaz de aportar el menor indicio probatorio sobre ello.

La acusada sostiene que los 100.000 € no eran suficientes ni para salvar la estabilidad de su empresa, ni para acometer el proyecto, afirmando que requería una mayor inversión de capital para poder hacer frente a los proyectos que pretendía.

De ser ello cierto, debió llevar a cabo una petición mayor, y global de la cantidad que previsiblemente hubiese sido necesaria en el caso de existir una planificación **efectiva** sobre ello, de existir realmente un proyecto a desarrollar como se dijo.

No se hizo así, se pidió sencillamente un préstamo en la cantidad que consideró oportuno, en este caso de 100.000 €, y se decidió exclusivamente su concesión por quien podía hacerlo sin rendir cuentas a nadie sobre la cantidad que entregaba."

Presenta la recurrente como justificación del destino dado al dinero del préstamo la carta que como gerente de Aceitunas Tatis remitió a D. Héctor, de fecha 29 de octubre de 2009. Sin embargo, basta observar el contenido de la carta para concluir que nada evidencia. En la misma se hacen una serie de manifestaciones genéricas por parte de la acusada sin ningún tipo de justificación. Ni siquiera se expresa cantidades específicas aplicadas a negocios o inversiones concretos, limitándose a señalar de manera genérica que habían ampliado su gama de productos, captado nuevos distribuidores, adecuado su imagen corporativa al mercado gourmet, intervenido en diversas ferias y creado un consorcio de exportación con contratación de un gerente.

Conforme a lo expuesto, es evidente que Tribunal de instancia ha constatado la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditado que la acusada participó de forma consciente, activa, eficaz y decisiva en la actividad por la que ha sido condenada; pruebas que además han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

2. La Sra. Olga ha sido condenada como inductora de los delitos de prevaricación y malversación.

Es pacífico en doctrina y jurisprudencia que cabe perfectamente la participación en el delito especial de aquella persona que, conforme al art. 28 CP, contribuya de manera esencial a la ejecución de una acción propia de funcionario, interviniendo de este modo y con él en un único y el mismo delito, de forma que la actuación de uno y otro queda cubierta por el mismo título de imputación.

Ahora bien, la participación del extraneus, al no ser el destinatario directo del reproche penal, no infringe frontalmente la norma, sino colabora con sus actos a la infracción, de ahí que el art. 65. 3º CP admita la posibilidad de que le sea impuesta una pena menor que la del autor material del hecho.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 646/2021, de 16 de julio, "el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario (SSTS 501/2000, de 21-3; 76/2002, de 25-1; 627/2006, de 8-6; 222/2010, de 4-3; 303/2013, de 26-3; y 773/2014, de 28 de octubre).

El reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro. El partícipe ha de actuar dolosamente, por lo que su aportación al delito requiere sea realizada con conocimiento de que su aportación presta la ayuda necesaria al autor para la realización



del hecho delictivo. Es por ello que doctrinalmente se ha considerado la exigencia de un "doble dolo" en el partícipe, dirigido a favorecer el hecho y que va dirigida a ayudar a la realización del hecho por el autor."

En nuestro caso, la sentencia de instancia declara probado que "Al no obtener financiación en otras entidades de crédito, pese al aval que alegaba tener, Olga acudió a la entidad INVERCARIA a fin de solicitar crédito en la misma, siéndole conocida la existencia de dicha entidad por personas de su localidad, La Carolina (Jaén), entre las que no se ha acreditado que estuviera el coacusado, no estando acreditado si se conocían en fecha anterior a junio de 2009.

Sin que conste la existencia de cita formalmente concertada, Olga, en una fecha no concretada y anterior al 19 de junio de 2009, efectuó una visita a dicha entidad, para informarse sobre la posibilidad de financiación y hacer llegar sus posibles peticiones.

Así entró en contacto con INVERCARIA S.A.U. (Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, S.A.U.) y con Ambrosio, Presidente y Consejero Delegado de la citada entidad.

Se desconoce si ambos eran conocidos o no con anterioridad.

La fecha de esta primera toma de contacto no ha quedado concretada, aunque consta, que encontrándose en una reunión de trabajo el citado Consejero Delegado y dos de sus directivos, Gervasio y Héctor, la referida Olga personada en las dependencias de Invercaria, entró en la sala donde se celebraba la reunión, habló con los allí reunidos y transmitió al presidente su interés en solicitar la ayuda económica que fuera posible.

Dicha primera toma de contacto fue informal, sin estar prevista una convocatoria a reunión expresa alguna, y en ella la administradora de Aceitunas Tatis SL estuvo acompañada por una empleada de la misma, Caridad.

Olga en esa primera toma de contacto, no entregó documentación alguna, sólo hizo referencia a la comunicación de concesión de un Aval de 80.000 € durante 6 meses, por parte de la Agencia IDEA, adscrita a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

Tras ello le fue concedido, por decisión del Presidente y Consejero Delegado de Invercaria SAU la suma de 100.000 €, sin petición formal expresa ni análisis técnico-financiero, y sin adoptar los trámites y estudios previos procedentes.

Tal decisión, exclusiva del acusado, se materializó, con la firma de un préstamo participativo otorgado el 19 de junio de 2009, suscrito por Gervasio, que actuaba en calidad de apoderado de Invercaria SAU y Olga en representación de la sociedad Aceitunas Tatis S.L., en calidad de administradora única de la misma.

En el documento firmado ese día se indica, que la prestataria destinará la totalidad del préstamo exclusivamente a la financiación de las operaciones propias del negocio de la sociedad, en un plazo de 12 meses; se establece que la amortización del préstamo tendrá un año de carencia.

El expediente de concesión del préstamo participativo antes referido, carece de documentación relativa a la empresa Aceitunas Tatis SL, de fecha anterior al 19 de junio de 2009 solicitada por INVERCARIA o reclamada a la Agencia IDEA u otra entidad.

Consta únicamente en el mismo:

- una referencia a ficha de entrada al sistema, fechado en Junio de 2009, sin concretar el día.
- Presentación en formato digital Power Point de un escueto Plan de Negocios Aceitunas Tatis, presentado en fecha 24 de junio de 2009.
- Anexo I al plan de negocios que contiene poca información más detallada que el anterior.
- Anexo II, plan de negocios con proyecciones financieras.
- Copias de DNI y NIF de la entidad y sus socios.

Ninguno de estos documentos se presentó con anterioridad al 19 de junio de 2009.

El préstamo no fue solventado, ni en principal ni en sus intereses.

No consta el empleo dado por la acusada a los 100.000 € recibidos."

Tales afirmaciones no resultan ni ilógicas ni arbitrarias. Lejos de ello reflejan las conclusiones a que ha llegado el Tribunal tras el análisis y valoración racional de la prueba obtenida regularmente en el acto del juicio oral.

Junto a lo ya expresado en el fundamento de **derecho** segundo de la presente resolución, el Tribunal efectúa un extenso razonamiento en relación a la concreta participación de la recurrente en los hechos enjuiciados.





Comienza poniendo de manifiesto que, Aceitunas Tatis SL, previamente a acudir a INVERCARIA, encontrándose además en una situación financiera sumamente delicada, había intentado con resultado negativo, en numerosas y diferentes entidades bancarias, la obtención de crédito. El préstamo se obtuvo sin aportación de documentación relevante. Para alcanzar tal conclusión, el Tribunal ha constatado la falta de documento acreditativo de dicha aportación a las actuaciones, destacando que tampoco haya sido aportado por quien tenía facilidad para ello, esto es, la Sra. Olga, quien objetó que los había aportado al procedimiento concursal y haber sido objeto de robo en sus instalaciones. Constata además que tal documentación tampoco ha sido aportada por INVERCARIA. El correo remitido por el Sr. Héctor a la Sra. Josefa el día 24 de junio únicamente indica que va a quedar con la promotora para que me actualice. Y el documento anexo acompañado en el correo remitido por D.ª Olga el día 18 de junio de 2009 a la Secretaria del Sr. Ambrosio, Sra. Josefa, es una presentación de la empresa en un power point, más cercano a esa especie de folleto que la recurrente pone en boca del Sr. Héctor, o, como ella expresa en el correo, "presentación de nuestra empresa", que un verdadero y serio plan de negocio de Aceitunas Tatis SL, suficiente para llevar a cabo el análisis oportuno previo a la concesión del préstamo. No se hace referencia alguna a ninguna otra documentación ni a ninguna solicitud formal del préstamo. Tal correo también fue examinado y valorado por el Tribunal en los términos que han sido expresados más arriba.

Igualmente, los documentos que la recurrente afirma que acompañó a la Notaria para la preparación de la escritura pública (escritura de constitución de la mercantil Aceitunas Tatis S.L., de los D.N.I de los socios y la administradora, y la vigencia del cargo de administradora) ninguna relación guardan con la necesaria documentación para el análisis y estudio de la viabilidad del préstamo.

El Tribunal pone asimismo de relieve las condiciones personales de la Sra. Olga, empresaria y administradora general de Aceitunas Tatis, quien como tal y como cualquier empresario con su trayectoria de gestión y petición de préstamos, debía conocer la imposibilidad de obtención de un préstamo en las condiciones en el que fue efectuado el que ha sido objeto de análisis en el presente procedimiento.

De esta forma señala el Tribunal que "resulta poco creíble que asumiera como normal obtener un préstamo de una entidad que gestiona dinero público sin formular siquiera una petición expresa al respecto, sin presentar documentación previa sobre la situación económica de la empresa, sobre su proyecto de inversión, sin documentación alguna que sustente esta decisión en definitiva.

Entendemos que en un caso como éste no cabe hablar de que existiera una mera sospecha sobre lo irregular de la concesión obtenida, sino que resulta la arbitrariedad de la misma, y por ello lo injustificado e injusto de su concesión.

Es una actuación la de la acusada, que resulta relevante pues da inicio a la concesión y la materializa en la forma descrita.

Todo ello sin voluntad ni posibilidad de devolución del capital recibido, pues la acusada mejor que nadie sabía y conocía la crítica situación de su empresa y las nulas posibilidades de restituir lo que se estaba recibiendo con tal condición.

Todo lo cual corrobora las bases de su responsabilidad por estos hechos."

Igualmente, el Tribunal expone los elementos que le llevan de forma racional a afirmar la actuación inductora de la acusada en la concesión del préstamo.

Comienza afirmando que fue la acusada quien creó el dolo en el autor principal, mediante un influjo psíquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de la acción delictiva expresada en el apartado de hechos probados. Resultaría absurdo estimar que el Sr. Ambrosio, por iniciativa propia, realizase una ilegalidad en beneficio exclusivo de la Sra. Olga, sin influjo psíquico eficiente por parte de ésta.

A continuación relaciona los elementos de corroboración de esa inducción:

1º).- El lucro o beneficio obtenido por la acusada con tal conducta es evidente y la determinación y facilitación del libramiento de fondos queda puesta de manifiesto en que sin procedimiento alguno y tras un encuentro en el curso de una reunión interna de la entidad INVERCARIA, a la que la acusada no fue convocada. Tras ello se libran a su favor, sin más, 100.000 €.

La iniciativa de la petición es de la acusada, cosa que todos reconocen, y la competencia para la concesión lo era del acusado en exclusiva.

Ignoramos los argumentos empleados por la acusada o las ventajas pactadas, pero lo cierto es que se consigue sin procedimiento alguno y para un proyecto inexistente o inasumible la cantidad de 100.000 €.



2º).- Cuando la acusada pretende conseguir 350.000 € más, alcanzando así la cuantía límite de la potestad de decisión exclusiva del otro acusado, es ella la que proporciona el pretexto para ese futuro libramiento y se aduce un proyecto "línea erótica" en las aceitunas y encurtidos, que pretende hacerse pasar por una innovación tecnológica o comercial en el sector que promocionaría la industria agroalimentaria andaluza; proyecto inconsistente, a cuya implementación se atribuyen igualmente los 100.000 € de cuya malversación se conoce en estos autos, en su beneficio exclusivo y sin acreditación de su aplicación, ni a este proyecto ni a ninguno otro.

En definitiva, resulta obvio que Olga, con su solicitud informal a Ambrosio, la cual tuvo que existir porque es inconcebible que éste concediera el préstamo motu proprio; fue la que creó el dolo en el acusado, que era el autor de la malversación al autorizar por su sola autoridad el libramiento de los fondos públicos implicados en cuantía de 100.000 €. Como ya se resolvió en un caso muy similar en STS 657/2013 de 15 de julio, "existió, pues, una inducción directa y terminante, esto es, referida y concretada a una persona determinada y con la finalidad de decidirla a realizar un delito preciso, estando presente el influjo psíquico del inductor de forma clara e inequívoca. El dolo del inductor abarcaba el conocimiento de los elementos concretos que conforman el delito de malversación que quería inducir a (...) a realizar, ya que tenía pleno conocimiento de que el inducido iba a autorizar la entrega de caudales públicos, que se trataba de un funcionario público y que tenía sobre los mismos poder de decisión y disposición." Por lo demás, no se sabe, como hemos dicho, a qué se dedicaron esos 100.000 €, si hubo más beneficiarios de esa cantidad y no se acredita en lo más mínimo que el destino de tales fondos fuera la actividad empresarial de la acusada."

Finalmente, aun cuando el Tribunal no ha llegado a conocer si existía relación previa y de qué clase entre ambos acusados, conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que la Audiencia se hace eco, no es preciso, dado el carácter clandestino e íntimo que reviste la inducción, que quede determinada la forma concreta en cómo se indujo o el momento exacto en que se hizo. Basta que existan indicios bastantes de esa determinación al delito de modo que el hecho no pueda explicarse de otra manera.

De esta manera, la sentencia atribuye a la acusada la iniciativa en la petición del préstamo, acudiendo por decisión propia y sin cita previa a la sede de INVERCARIA donde, ello no obstante, fue recibida inmediatamente por su presidente. Consiguió que, sin procedimiento alguno, le fuera concedido un préstamo de 100.000 euros para un proyecto inexistente o inasumible, apareciendo de esta forma su conducta como participación por cooperación necesaria en el hecho del autor, ya que su aportación revela un dominio del hecho y supone una aportación causal, además de integrar el núcleo de la realización de la conducta típica. Como expresa el Tribunal, no cabe otra hipótesis factible que la que fue Olga, con su solicitud informal a Ambrosio cuya condición de Presidente y Consejero Delegado de la empresa pública INVERCARIA conocía, la que incidió sobre el proceso de convicción de éste, de forma eficaz y suficiente, consiguiendo que autorizara a favor de Aceitunas Tatis SL la concesión de un préstamo participativo que le beneficiaba directamente, sin solicitud formal previa, sin presentarse los documentos necesarios para el análisis de la operación, y sin cumplir los trámites necesarios para verificar el estudio previo de la inversión en aras a determinar su procedencia. Resulta así incuestionable que coadyuvó consciente y deliberadamente en la actuación delictiva del otro acusado, lo que justifica su condena.

**OCTAVO.-** En el primer motivo de su recurso, la representación de D.<sup>a</sup> Olga considera también indebidamente aplicados el art. 77.1.3 CP y el art. 65.3 CP por cuanto que sostiene que los delitos por los que ha sido condenada son inexistentes. En todo caso, subsidiariamente, solicita que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 65.3 CP, le sea impuesta la pena mínima de un año y seis meses de prisión, invocando el principio de proporcionalidad. Igualmente considera que concurre en su actuar la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de actuar en el ejercicio legítimo de un **derecho**, oficio o cargo del art. 20.7 CP, así como la circunstancia de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 CP.

1. Dos de las cuestiones a que se refiere esta parte del motivo, indebida aplicación de los arts. 20.7 y 21.6 CP, no fueron planteados ante el Tribunal de instancia, donde la defensa de la recurrente se limitó a solicitar su libre absolución.

En este punto, en relación a las sentencias dictadas en juicio único por las Audiencias Provinciales, y recurridas directamente en apelación a tenor de la legislación anterior de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante Ley 41/2015, de 5 de octubre, expresábamos en la sentencia núm. 496/2018, de 23 de octubre, que "es constante la doctrina de esta Sala (sentencias núm. 320/2018, de 29 de junio, 176/2018, de 12 de abril, 445/2010, de 13 de mayo, 344/2005, de 18 de marzo, y 707/2002, de 26 de abril) que parte del principio general de que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este trámite casacional. Ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario y que, por tanto, no aparecen expresamente razonados y



resueltos en la sentencia de instancia o sometidos a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir suscitar cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes en el momento procesal oportuno.

Ello no obstante, la doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo, la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa."

Partiendo de esta doctrina, el motivo alegado por la recurrente, recordemos, ha sido articulado por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 20.7 y 21.6 CP. Conforme a lo expuesto, procede examinar ambas cuestiones ateniéndonos exclusivamente a los hechos declarados probados.

1.1. En relación a la pretendida eximente de ejercicio legítimo de un **derecho**, las alegaciones en que se apoya el motivo no guardan la debida congruencia con la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida,

Sustenta la recurrente su pretensión sobre la base de que, "ante una dificultad económica coyuntural, al buen empresario se le exige que realice todos aquellos actos necesarios, y, por supuesto, legales, que le permitan la continuidad de la actividad empresarial y el mantenimiento de los puestos de trabajo existente en la misma", lo que a su juicio está en íntima conexión con un error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

No existe en la resultancia fáctica de la sentencia ningún hecho que permita llegar a la conclusión de que la Sra. Olga actuó como una buena empresaria realizando una actividad lícita o que creía conforme a **derecho**. Lejos de ello, lo que declara el hecho probado es que aquélla, se personó en las dependencias de INVERCARIA sin cita previa, entrevistándose con el S. Ambrosio y sin petición formal, ni análisis técnico-financiero, y sin adoptar los trámites y estudios previos procedentes Ambrosio que aquel autorizara a su favor un préstamo participativo por importe de cien mil euros. No consta el empleo que la acusada dio al dinero recibido. Tampoco fue devuelto a INVERCARIA. Todo ello compagina mal con la actividad conforme a **derecho** llevada a cabo por una diligente empresaria.

1.2. Por lo que se refiere a la atenuante de dilaciones indebidas, expresábamos en la sentencia núm. 454/2020, de 17 septiembre, con cita de la sentencia núm. 169/2019, de 28 de marzo, que "este Tribunal viene señalando (sentencias núms. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una **efectiva** lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: 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; e) la actuación del órgano **judicial** que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, el **derecho** fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el **derecho** al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los **Derechos** Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al **derecho** de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de



2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

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

1.3. En el caso de autos, conforme se expresa en el recurso, la causa matriz de la que deriva el presente procedimiento se inició el día 3 de marzo de 2012. El día 17 de marzo de 2017 se incoó la presente pieza separada Aceitunas Tatis S.L. El día 26 abril de 2017 la recurrente declaró por primera vez como investigada ante el Juez instructor. Con fecha 9 de junio de 2017 se dictó auto por el que se acordó continuar las actuaciones por el trámite de Procedimiento Abreviado. Por auto de fecha 19 de octubre de 2018, se acordó el señalamiento de juicio por la Audiencia, fijándose como fecha de inicio de las sesiones el día 16 de septiembre 2019. El juicio se inició en la fecha señalada y finalizó el día 29 de octubre de 2019. La sentencia se dictó el día 17 de febrero de 2020.

Atendiendo a tales hitos temporales no puede apreciarse que la causa haya sufrido una dilación extraordinaria. Transcurrieron algo menos de tres años desde que la Sra. Olga prestara declaración como investigada hasta la celebración del Juicio Oral y el dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial. No se detecta ninguna paralización importante. Como la propia recurrente expone la instrucción de esta pieza separada no se llegó a los tres meses. Señala que desde el dictado del auto de procedimiento abreviado, el 9 de junio de 2017, hasta la celebración del juicio en septiembre del 2019 transcurrieron más de dos años, obviando los trámites que son necesarios para llegar a la celebración del juicio tras la acomodación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado. Para ello necesariamente tuvo que darse traslado a las acusaciones para que formalizaran acusación, dictarse el auto de apertura de juicio oral, dar traslado a la representación de los acusados para formular sus escritos de defensa, remitir la causa a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento, y finalmente señalar y celebrar el juicio al que tuvieron que ser citados multitud de testigos y peritos.

También indica que desde la firma del préstamo participativo concedido a Aceitunas Tatis, S.L., de fecha 19 de junio de 2009, hasta que prestó declaración, el día 26 de abril de 2017, transcurren poco menos de ocho años. Sin embargo, conforme a doctrina consolidada de esta Sala (SSTS núm. 1051/2006, de 30 de octubre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 553/2008, de 18 de septiembre; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 1288/2006, de 11 de diciembre 440/2012, de 29 de mayo; y 277/2018, de 8 de junio), "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el **derecho** de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el **derecho** de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante la autoridad **judicial**, sino aquella fecha en la que el denunciado/querellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "...el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos."

No se describen otros espacios que deban ser calificados como injustificados o que determinan el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración. Igualmente elude cualquier referencia a las consecuencias gravosas de la dilación para ella, lo que nos lleva al rechazo de su reclamación con arreglo a los parámetros jurisprudenciales anteriormente expuestos.

2. Siendo el único razonamiento para estimar indebidamente aplicado el art. 77.1.3 CP que no procede hablar de concurso medial de delitos inexistentes, y resultando la Sra. Nieves responsable de los delitos de prevaricación y malversación, procede también el rechazo de esta pretensión.

3. Por último estima también que el art. 65.3 CP ha sido indebidamente aplicado, solicitando que le sea impuesta la pena mínima de un año y seis meses de prisión, invocando para ello el principio de proporcionalidad.

3.1. Como explicábamos en la sentencia núm. 230/2022, de 11 de marzo, "El apartado 3 del art. 65 del Código Penal, contempla una rebaja facultativa para los supuestos de participación de determinados extraneos (no





aparece el cómplice, v. STS 627/2016, de 13 de julio), en los delitos especiales propios, que como dice el Fiscal, vio la luz normativa merced a la doctrina jurisprudencial de esta Sala que reclamaba una aminoración de la pena acudiendo a la atenuante analógica del entonces art. 21.6º CP (vid. SSTS 1493/1999, de 21 de diciembre, 20/2001, de 28 de marzo y 1336/2002, de 15 de julio).

Con nuestra STS 146/2022, de 17 de febrero, hemos de declarar que, aun siendo cierto que la rebaja en un grado es facultativa, existen precedentes de esta Sala -STS 494/2014, de 18 de junio-, que consideran que esta reducción de la pena debe aplicarse cuando el juez no motiva la razón por la que no la ha tomado en consideración, como ha sucedido en el presente supuesto.

Ciertamente el art. 65.3 prevé una atenuación de carácter facultativo para aquellos extranei partícipes en delitos especiales propios. El fundamento de la atenuación aparece íntimamente ligado al principio de proporcionalidad. En la medida en que el contenido y la intensidad del injusto en la acción del extraneus que interviene en un delito de esta naturaleza es, por definición, menor que el predicable de la acción del intraneus. El legislador toma en consideración el hecho incuestionable de que el extraneus no infringe -no puede infringir- el deber jurídico especial que pesa sobre el intraneus ( STS 693/2019, de 29 de abril).

Por ello, la incorporación a nuestro Código del párrafo 3º del art. 65 CP, permite responsabilizar a aquellas personas que por ausencia de las condiciones necesarias para ser sujeto activo, llevan a cabo actuaciones de inducción o cooperación necesaria en concierto con un sujeto activo típico, esto es, el que reúne las condiciones o exigencias previstas en la Ley ( STS 446/2017, de 21 de junio).

Sobre la naturaleza facultativa de la degradación de la pena prevista en el art. 65.3 CP, ya se ha pronunciado esta Sala. El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena, hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán", es bien expresivo de que la diferente posición del particular en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe ( SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25-11; 693/2019, de 29-4; 332/2020, de 18-6).

Es decir, su participación como coautor por cooperación necesaria se ha venido reconociendo repetidamente por la jurisprudencia, cuando se trata de personas que, de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos **derechos** de los acreedores, de suerte que sin este concurso no hubiera podido llevarse a efecto la acción fraudulenta ( STS 1962/2002, de 21-11). Por ello esta Sala ha resuelto que el partícipe de un delito con elementos especiales de autoría como es el alzamiento de bienes, al no reunir en su conducta todos los elementos de la tipicidad, en este caso la condición de deudor, puede ser reducida la penalidad en un grado conforme el art. 65.3 CP, pues la condición de deudor que exige el tipo no es atribuible al partícipe, necesario o no ( SSTS 652/2006, de 15-6; 792/2016, de 20-10) ..."

3.2. En el caso de autos, el Tribunal ha hecho uso de la facultad que le confiere el art. 65.3 CP y ha rebajado en un grado las penas que corresponden a la infracción más grave (delito de malversación) imponiendo a la Sra. Olga las penas de prisión de dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de tres años y seis meses, razonándolo debidamente en la sentencia.

Ello no obstante, para determinar las penas a imponer, ha partido de las penas señaladas por el art. 432 CP, en su redacción al tiempo de los hechos (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 77 CP en su redacción actual (LO 1/2015, de 30 de marzo).

Con ello se ha infringido la norma contenida en la Disposición transitoria primera. Legislación aplicable, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de la cual:

"1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

3. En todo caso, será oído el reo."



De ello resulta que las penas impuestas son inferiores a las que corresponderían con las dos legislaciones, ya que conforme a la ley vigente en el momento de los hechos las penas deberían ser impuestas en extensión de dos años y tres meses a cuatro años y seis meses la pena de prisión y de cuatro años y un día a ocho años la pena de inhabilitación absoluta. Y conforme a la actual regulación las penas deberían imponerse en extensión de dos años y dos días a cuatro años la pena de prisión, y de cinco años y dos días a diez años la pena de inhabilitación absoluta.

Procede en consecuencia la desestimación del motivo.

**NOVENO.-** El segundo motivo se formula por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos.

La primera parte de este motivo coincide prácticamente con el tercer motivo del recurso formulado por el Sr. Ambrosio .

Junto a ello invoca error en la apreciación de la prueba indiciaria. Considera que no ha existido una inferencia lógica, racional y razonable, por parte del Tribunal no ha existido una inferencia lógica, racional y razonable, por parte del Tribunal sentenciador, que permita sostener su condena a partir de los hechos probados.

Reitera que la mera solicitud de un préstamo, no puede servir de mecanismo corruptor o instigador para la comisión de supuestos delitos de prevaricación y malversación, no tenía conciencia, por no ser cierto, que Aceitunas Tatis, S.L. estuviera obteniendo un préstamo, sin presentar documentación previa sobre la situación económica de su empresa o sobre su proyecto de inversión por cuanto acreditó a INVERCARIA la previa concesión de un aval de la Agencia IDEA, que implicaba un exhaustivo análisis del proyecto empresarial (que consta en autos), y además aportó la documentación que le fue requerida por INVERCARIA con anterioridad a la concesión del préstamo. Rechaza también que al firmar el préstamo participativo con INVERCARIA supiera de antemano que no iba a devolverlo porque la empresa ya estaba en una situación de quiebra técnica. Ello es contradictorio con la declaración de concurso efectuada por el Juzgado Mercantil.

Ambas cuestiones han obtenido contestación al dar respuesta al motivo tercero del recurso formulado por el Sr. Ambrosio , así como al primer motivo del recurso de la Sra. Olga , a los que se ha ofrecido respuesta, respectivamente, en los fundamentos de **derecho** cuarto y séptimo de la presente resolución. A ellos nos remitimos para fundar su desestimación.

**DÉCIMO.-** El tercer motivo se deduce por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim, por no expresarse de forma clara y terminante cuales son los hechos que se consideren probados en relación ella, por contradicción en los hechos probados y por predeterminación de fallo.

Al igual que en el anterior motivo, la recurrente reproduce literalmente el motivo cuarto del recurso formulado por el Sr. Ambrosio .

Añade existe la clara insuficiencia descriptiva en relación con el empleo que dio a los 100.000 euros recibidos de INVERCARIA. Señala que la sentencia se limita a señalar que "No consta el empleo dado por la acusada a los 100.000 € recibidos". Le reprocha que el Tribunal no exprese que la prueba de tal hecho corresponde a la parte acusadora. Reitera una vez más que ningún importe del préstamo fue destinado a intereses ajenos a la propia empresa ACEITUNAS TATIS, S.L. existiendo pruebas que así lo acreditan, como la carta que dirigió el día 29 de octubre de 2009 al Sr. Héctor , el informe elaborado por Taxo, la comunicación del crédito en sede concursal, la calificación del crédito como subordinado y la no existencia de incidente concursal en sede de concurso de acreedores de Aceitunas Tatis S.L, como consecuencia de las alegaciones formuladas por Invercaria en el mismo.

El cuarto motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECrim, por no haber sido resueltos todos los puntos que fueron objeto de defensa. En su desarrollo se limita a remitirse a los argumentos expuestos en el tercer motivo.

Los motivos deben ser desestimados por las mismas razones ya expuestas al desestimar los motivos cuarto y quinto del anterior recurrente y el primero de los formulados por la Sra. Olga .

Únicamente cabe añadir que la valoración probatoria realizada por el Tribunal en base a la cual declara probados determinados extremos corresponde explicitarla, no en el hecho probado, sino en la fundamentación jurídica de la sentencia, en la que ha quedado constancia de la respuesta ofrecida por la Audiencia sobre los extremos que nuevamente cuestionan a través del presente motivo y que ya han obtenido contestación en el fundamento de **derecho** séptimo de esta sentencia.

**UNDÉCIMO.-** El quinto motivo del recurso se deduce por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ.



Su desarrollo coincide con el planteado como primer motivo por el Sr. Ambrosio . Por consiguiente, es patente que el motivo no puede prosperar, debiendo darse por reproducido lo argumentado en los fundamentos segundo y séptimo de esta sentencia.

El motivo se desestima.

**DUODÉCIMO.-** La desestimación de los recursos formulados por D. Ambrosio y D.<sup>a</sup> Olga conlleva la imposición a los mismos de las costas de sus recursos. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

## FALLO

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

1) **Desestimar** los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de D. Ambrosio y D.<sup>a</sup> Olga , contra la sentencia núm. 82/2020, dictada el 17 de febrero, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Sala núm. 10486/2017, en la causa seguida por delito un delito de prevaricación en concurso ideal medial con un delito de malversación de caudales públicos, prevaricación y tráfico de influencias.

2) **Imponer** a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.