



Roj: **STS 2739/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2739**

Id Cendoj: **28079120012017100527**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2017**

Nº de Recurso: **757/2016**

Nº de Resolución: **558/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 558/2017

Fecha de sentencia: 13/07/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Número del procedimiento: 757/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 01/12/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP Nota:

Resumen - MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. * Concepto de caudales públicos. Problemas que plantea la proliferación de sociedades públicas con forma mercantil, consecuencia del fenómeno de "huida del Derecho administrativo". * La Audiencia atribuye el concepto público de caudales a los fondos de Plaza S.A. por varias razones: a) Por ser superior la participación pública en el órgano societario que la privada b) Las Cajas de Ahorros no eran enteramente privadas, sino que participaban de un componente público. * La jurisprudencia más reciente de esta Sala (SS.T.S. 166/2014 de 28 de febrero, 627/2014 de 7 de octubre y 149/2015 de 11 de marzo) considera que las sociedades anónimas públicas, sólo merecerán la consideración de públicos los caudales, cuando todas sus acciones o accionistas sean públicos. No lo son las Cajas de Ahorros, cuyos caudales proceden de impositores privados y su actividad en el mercado va esencialmente dirigida por el ánimo de lucro y obtención de ganancias. * La sociedad de capital mixto en nuestro caso se considera pública y esa debe ser la naturaleza de sus caudales en contra de la reciente corriente jurisprudencial. Dicho carácter público proviene: a) De lo establecido en la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público [art. 84.1.c) y 111.1.a)], en tanto es mayoritario el porcentaje de participación en la sociedad del sector público. b) Lo resuelto en el Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2017, acorde con el criterio de la Ley citada. * No concurre en los hechos el dolo exigido por el tipo (ánimo de lucro o propósito apropiativo) por lo siguiente: 1) Los pagarés percibidos por Codesport (Sr. Candido) respondían a obras y trabajos realmente efectuados y concluidos sin vicio ni defecto, conforme a lo pactado. 2) La insistente solicitud de pago dirigido a Plaza, S.A. resulta obvia ya que es con tal sociedad con la única que suscribió el contrato de obra, además de contar con la autorización de Plaza para realizar las mejoras solicitadas por Autocity a Codesport. 3) Los pagarés se referían a mejoras o innovaciones solicitadas por Autocity a Codesport en los 7 meses adquiridas por Autocity, con la conformidad de Plaza, S.A. (art. 8 del contrato entre Autocity y Plaza) según el contrato celebrado entre estas empresas, denominado de reserva con entrega de arras de 20-2-2006, que fue resuelto el 21-2-2008,

con pérdida de los 400.000 euros prestados por Autocity como arras. 4) A la vista del concepto por el que se libraban los pagarés, aunque Plaza debía satisfacerlos a Codesport, porque eran obras autorizadas por la primera, dichas cantidades, pendientes de la determinación de la cuantía existente, debían ser soportadas por Autocity, bien percibiéndolas por Plaza, y luego entregar el importe a Codesport, o bien refacturadándolas a Autocity si el pago se había hecho ya a Codesport.

RECURSO CASACION núm.: 757/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 558/2017

Excmos. Sres.

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 13 de julio de 2017. Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por la Acusación Particular Letrado de la Comunidad Autónoma del **GOBIERNO DE ARAGÓN**, y de los recurrentes acusados D. Teodulfo, D. Juan Alberto, D. Candido y del Responsable Civil Subsidiario **CODESPORT, S.A.**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, que condenó a los anteriores acusados por delitos de malversación de caudales públicos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes Acusación Particular Gobierno de Aragón representado por el Letrado de la Comunidad Autónoma; los acusados representados por la Procuradora Sra. Ferrer Barceló respecto del acusado D. Teodulfo; Procurador Sr. Ortega Alcubierre en representación del acusado D. Juan Alberto; Procurador Sr. Bañeres Trueba en representación del acusado D. Candido y del Responsable Civil Subsidiario, y el recurrido Acusación Particular Plataforma Logística Plaza, S.A., representado por la Procuradora Sra. Artazos Herce.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza incoó Procedimiento Abreviado con el nº 25 de 2015 contra D. Teodulfo, D. Juan Alberto, D. Candido, la Sociedad Mercantil CODESPORT, S.A., y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, que con fecha 9 de febrero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: <<PRIMERO.- La empresa pública con forma mercantil "Plataforma Logística de Zaragoza, Plaza S.A." (en adelante Plaza S.A.), fue constituida por tiempo indefinido en Escritura pública autorizada por el Notario de Zaragoza D. Eloy Jiménez Pérez, con fecha 21-11-2000, bajo el número 3.430 de su Protocolo Notarial. En tal constitución de esa empresa pública, participaron, por un lado el Ayuntamiento de esta ciudad de Zaragoza representado por su Alcalde D. Francisco y por otro lado la Diputación General de Aragón, representada por su Consejero de Economía D. Luciano. El capital social de esa sociedad mercantil era de 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121'04 euros). Ese capital social de 1.000.000.000 de pesetas estaba dividido en 10.000 acciones nominativas de 100.000 pesetas cada una (601'01 euros), suscritas en su totalidad y desembolsadas en un 25%. El Capital social restante (el 75%) se desembolsaría en metálico en un plazo máximo de cinco años, cuando así lo acordara el Consejo de Administración de Plaza S.A. La Diputación General de Aragón, suscribió 8.000 acciones (de la nº 1 a la 8.000 ambas inclusive) con un valor nominal todas ellas de 800.000.000 pesetas (4.808.096'84 euros) y desembolsó solamente un 25%, esto es 200.000.000 de pesetas (1.202.024'21 euros). El Ayuntamiento de Zaragoza suscribió 2.000 acciones (de la 8.001 a la 10.000) ambas inclusive con un valor nominal de 200.000.000 pesetas (1.202.024'21 euros) y desembolsó solamente un 25%, o sea 50.000.000 pesetas (300.506'05 euros). Los socios fundadores, mediante sus aludidos representantes



dieron a ese Acto constitutivo, el carácter de Junta General Universal y Extraordinaria de accionistas, cuya celebración decidieron por unanimidad y nombraron miembros del Consejo de Administración de Plaza S.A. a los siguientes señores: 1) D. Luciano . 2) D. Teofilo . 3) D. Pedro Antonio . 4) D. Basilio . 5) D. Eusebio . 6) D. Jesús . Los nombrados Consejeros del Consejo de Administración de Plaza S.A., en esa misma Junta General Extraordinaria y Universal, tomaron por unanimidad el acuerdo de distribuir los cargos del Consejo de Administración de Plaza S.A. de la siguiente forma: 1) Presidente: D. Teofilo . 2) Vicepresidente: D. Basilio . 3) Secretario (no consejero): D. Juan Alberto . 4) Vocales: D. Luciano . D. Pedro Antonio . D. Eusebio . D. Jesús . Todos ellos fueron nombrados por un plazo de cinco años y tomando posesión de sus cargos se comprometieron a servirlos bien y fielmente. El día 24-4-2001 se incorporan como socios Ibercaja y CAI, quedando la composición del Capital social del siguiente modo: - Diputación del Gobierno de Aragón: el 55% del capital social. - Ayuntamiento de Zaragoza: el 10% del capital social. - Ibercaja: el 17'50% del capital social. - CAI: el 17'50% del capital social. El día 13-9-2002 tras la ampliación, del Capital social acordada en la Junta de Accionistas del 15-4-2002 el Capital Social quedó conformado de la siguiente manera: - Diputación General de Aragón: el 51'52% del capital social. - El Ayuntamiento de Zaragoza: el 12'12% del capital social. - Ibercaja el 18'10% del capital social. - CAI: el 18'18% del capital social. En el año 2008 el accionariado de Plaza S.A. estaba compuesto en un 59'23%, por la Corporación Empresarial Pública de Aragón S.L.U.; el 10'19%, por el Ayuntamiento de Zaragoza y el 30'58% por Ibercaja. SEGUNDO.- El objeto social de esta sociedad mercantil "Plataforma Logística de Zaragoza, Plaza S.A.", era el siguiente según sus estatutos: "La sociedad tiene por objeto proyectar, construir, conservar, exportar y promocionar por ella misma o a través de terceras personas La Plataforma Logística de Zaragoza promovida por el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza y, en particular, las infraestructuras y equipamientos comprendidos en la misma, así como los servicios que puedan instalarse o desarrollarse en dichas infraestructuras, y equipamientos, todo ello actuando por encargo del Gobierno de Aragón y según los términos y mandatos de actuación de este, en nombre y por cuenta propia, o en nombre propio y por cuenta ajena. La sociedad, para el ejercicio de las actividades que integran su obra social, podrá firmar y convenir acuerdos con las Administraciones Públicas y particulares, obtener y gestionar la financiación precisa y asimismo, suscribir, administrar y transmitir acciones y participaciones de otras sociedades mercantiles". La Diputación General de Aragón (Gobierno de Aragón) invirtió en la sociedad mercantil "Plataforma Logística de Zaragoza, Plaza S.A." las siguientes cantidades desde el año 2002 hasta el año 2014, de forma sucesiva e ininterrumpida, conforme a las respectivas leyes de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón, correspondiente a los años 2002 hasta el 2014 ambos inclusive. **Explotación Capital Total** TOTAL 2002 108.250.051,00 € 76.821.848,00 € 185.071.899,00 € TOTAL 2003 118.885.908,00 € 798.269,00 € 119.684.167,00 € TOTAL 2004 40.229.385,00 € 56.215.778,00 € 96.445.163,00 € TOTAL 2005 142.856.436,46 € 55.256.019,94 € 198.112.456,40 € TOTAL 2006 125.591.393,48 € 28.429.400,34 € 154.020.793,82 € TOTAL 2007 102.576.922,13 € 54.605.417,87 € 157.182.340,00 € TOTAL 2008 79.733.237,88 € 17.311.835,37 € 97.045.073,25 € TOTAL 2009 73.545.899,86 € 24.020.701,92 € 97.566.601,78 € TOTAL 2010 19.074.517,06 € 25.301.377,49 € 44.375.894,55 € TOTAL 2011 41.804.626,5 € 27.615.665,31 € 69.420.291,81 € TOTAL 2012 27.066.312,09 € 27.835.817,58 € 54.902.129,67 € TOTAL 2013 16.953.150,12 € 0 16.953.150,12 € TOTAL 2014 14.456.486,05 € 0 14.456.486,05 €

TERCERO.- En esta sociedad mercantil denominada "Plataforma Logística de Zaragoza, Plaza S.A.", el acusado Teodulfo , ostentaba el cargo de Director Gerente de la expresada sociedad mercantil desde el año 2.000. La cualificación profesional de Teodulfo era y es la de Ingeniero Industrial Mecánico. El acusado Juan Alberto , ostentaba en la sociedad mercantil Plaza, S.A. el cargo de Secretario -no Consejero desde el día 21-11- 2000, hasta el día 10-12-2002 y el cargo de Consejero-Delegado desde el 10-12-2002, hasta el 26-1-2010, siendo su cualificación profesional la de arqueólogo. El acusado Luis Carlos , ostentaba en la sociedad mercantil PLAZA, S.A. el cargo de Director Técnico siendo su cualificación profesional la de Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos. CUARTO.- Con fecha 2 de marzo de 2005, el Consejo de Administración de la empresa pública Plataforma Logística de Zaragoza Plaza S.A., de la que era Director Gerente el acusado Teodulfo y Consejero Delgado el acusado Juan Alberto , aprobó el Pliego de cláusulas administrativas particulares del llamado contrato de "Elaboración de proyecto y ejecución de obra bajo la modalidad "llave en mano" de edificios modulares del centro de servicios a vehículos y urbanización sitios en las parcelas NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 , NUM004 , NUM005 de la Plataforma Logística de Zaragoza". De este pliego cabe destacar las siguientes cláusulas: - El contrato se adjudicará por el procedimiento abierto por concurso, sin variantes. - El objeto del contrato es la elaboración de proyecto y ejecución de obra bajo la modalidad "llave en mano" de edificios modulares del centro de servicios al vehículo y urbanización, sitios en las parcelas NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 , NUM004 , NUM005 de la Plataforma Logística de Zaragoza. - La presentación de las proposiciones supone por parte del Empresario la aceptación incondicional de las cláusulas de este pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración. - El presupuesto de licitación del contrato era de 440 euros + IVA por metro cuadrado de módulo de nave con su parte proporcional de urbanización

interior y de 70 euros + IVA por metro cuadrado de urbanización general de accesos fijados para las áreas de AS 2, incluyéndose la entreplanta a nivel de acabado de estructura, sin accesos, con una superficie del 20% de la planta baja con sobrecarga para uso de oficinas o almacén de repuestos. El presupuesto líquido del contrato será el ofertado por el licitador que resulte adjudicatario de la obra. Se entenderá que las ofertas de los contratantes comprenden, no sólo el precio de la contrata, sino también el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), de acuerdo con su normativa reguladora, o del impuesto que por la realización de la actividad pudiera corresponder. - El pago de las obras se efectuará en todo caso previa presentación de las facturas debidamente conformadas, certificaciones en caso de entregas parciales y acta de recepción cuando proceda. Las certificaciones deberán ser aprobadas por el Director de las obras y el representante de la propiedad. Los abonos se realizarán mediante pagaré bancario con vencimiento de noventa días siguientes al día 25 del mes siguiente a aquél en que se ha aprobado la certificación (cláusula 2.4.1). - "No procederá la revisión de precios al ser éste un contrato de ejecución de obra bajo la modalidad "llave en mano", por lo que deberá entenderse incluido en los precios ofertados cualquier posible aumento de precio "que no, obedezca a un aumento en las unidades de obra no previstas en el contrato y aceptadas por la propiedad según se establezca en contrato" (cláusula especial de licitación nº 2.4.5). - El contrato se regirá por lo dispuesto en el mismo y sus documentos anexos, y supletoriamente por la Ley de Contratos de las administraciones públicas y sus disposiciones de desarrollo, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.3 de la ley 17/2001, de 29 de octubre sobre la Plataforma Logística de Zaragoza. "La resolución de los problemas de interpretación, modificación, cumplimiento y resolución que puedan surgir en la ejecución del presente contrato corresponderá al Consejo de Administración de PLAZA S.A.". "En defecto de acuerdo, la competencia de estas cuestiones litigiosas corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo" (Cláusula 2.8 del Pliego de cláusulas administrativas). Firmaron este Pliego de Cláusulas el Presidente del Consejo Administrativo de Plaza SA., Teofilo y el Gerente de Plaza S.A., el ahora acusado Teodulfo. A esta licitación fueron presentadas tres ofertas: - La de NECSO por importe de 14.902.974,92 euros. - La de CODESPORT por importe de 14.525.267,40 euros. - La de DRAGADOS por importe de 14.669.676,04 euros. Tras una segunda vuelta, en la que a los tres licitadores se les invitó a realizar una segunda oferta, con fecha 14 de julio de 2005, el Consejo de Administración de Plaza S.A. aprobó por unanimidad de todos sus miembros adjudicar el contrato de redacción y ejecución de la obra a favor de la entidad "CODESPORT S.A.", cuyo legal representante era el acusado Candido, quien ocupaba también el cargo de administrador único de la misma, con los precios incluidos en la propuesta económica presentada por "CODESPORT S.A." en segunda vuelta (folio 67), que fueron 293 euros + IVA por metro cuadrado de techo de nave y 52,30 euros + IVA por metro cuadrado de urbanización. De acuerdo con el pliego de licitación el contrato incluía el desarrollo del proyecto en el que se basaba la oferta, la licencia de obras y la ejecución de las mismas. El contrato entre "Plaza S.A." y "Codesport S.A." se firmó con fecha 29 de julio de 2005, siendo los firmantes Teodulfo como gerente de Plaza S.A. y Candido como administrador único y legal representante de CODESPORT S.A. y la suma total de los importes de los precios contratados aplicados a las superficies de edificación y de urbanización previstas en la oferta ascendía a la cantidad de 14.525.267,40 euros + IVA. En este contrato de fecha 29-7-2005 el contratista Candido, manifestó conocer el pliego de condiciones establecidas por el Consejo de Administración de Plaza S.A., para la ejecución de los trabajos y que habiendo examinado toda la documentación de las mismas aceptaba expresamente la ejecución de la oferta presentada (folio 72 vuelto). Dicha suma coincidía con la oferta realizada por Codesport y el contrato se hizo para un total de 40.000 m2 de techo de nave entre las dos parcelas distribuidas de la siguiente manera: 23.500 en la parcela NUM001 y 16.500 en la NUM003. Téngase en cuenta que en el momento de la adjudicación se habían agrupado las tres parcelas NUM000, NUM001 y NUM002 mediante un expediente de reparcelación, dando lugar a una única parcela denominada NUM001; igualmente ocurrió con las NUM003, NUM004 y NUM005, que se agruparon para constituir la parcela NUM003. Se contemplaba en el pliego incorporado al contrato, además, la construcción de un 20% de superficie de entreplantas (8.000 m2), incluido en el precio de "techo de nave" y la urbanización de las parcelas NUM001 y NUM003 en toda la superficie no ocupada por las naves, ello también conforme a la oferta realizada (52'30 euros por m2 urbanizado) (53.638 m2 para urbanizar a 52'30 € el m2) + IVA. Del citado contrato específico, cabe destacar, además, la siguiente cláusula: Abonos al contratista: "14.1 El pago del trabajo o servicio se efectuará a la realización del mismo, previa presentación de las facturas debidamente conformadas, certificaciones en caso de entregas parciales y de acta de recepción cuando proceda. Las certificaciones deberán ser aprobadas por el Director de las Obras y el representante de la propiedad. Los abonos se realizarán mediante pagaré bancario con vencimiento a noventa días siguientes al 25 del mes siguiente a aquél en que se ha aprobado la certificación (...)" "14.9 El precio de los Proyectos será a tanto alzado. El precio de la construcción y ejecución material de la obra serán por precios unitarios, referidos a unidades de mano de obra, materiales, unidades de tiempo, etc....". Así, Plaza S.A. iría abonando a la empresa constructora los importes de las obras que esta fuera ejecutando. Los pagos se harían conforme se fueran ejecutando las obras y no de forma completa a la finalización de las mismas. Plaza, S.A. como promotora fue abonando a Codesport S.A. los importes de la obra a medida que ésta se fue ejecutando, previa presentación de

las facturas debidamente conformadas y certificaciones de obra hasta alcanzar el importe total de 14.525.267,40 euros + IVA. Pero con fecha 20-2-2006 se firmó un novedoso Contrato de reserva con entrega de arras entre la sociedad mercantil pública Plaza S.A. y la Mercantil "Autocity" con entrega de arras por "Autocity" por importe de 400.000 euros, en virtud del cual se vendía toda la promoción de naves a "Autocity", pactando un aumento de aquellas que pasarían de las 78 iniciales a 119 naves industriales y la ampliación del plazo de ejecución de 10 meses a 24 meses y ello en dos fases sucesivas de 12 meses cada una, la primera para la parcela NUM006 y la segunda para la parcela NUM007. Este contrato supuso de forma directa e inmediata la modificación parcial del contrato de adjudicación de Plaza S.A. a Codesport de fecha 29-7-2005. Las obras de la Parcela NUM006 comenzaron el 14 de Julio de 2006. Este contrato motivado por "Autocity", con la modificación por ampliación de naves, ampliación de urbanización y cambio de plazo de ejecución, fue aceptado expresamente en todos sus términos por Codesport S.A., el día 6-9-2006, mediante el contrato denominado "Documento cero", sobre las dos parcelas NUM006 y NUM007, resultantes de la reparcelación, con arreglo a proyectos y a tramitaciones de licencia separados. También la ejecución de obras, documentación y certificaciones, se hicieron de forma separada. Dicho "Documento cero" fue firmado por Codesport S.A., por Plaza S.A. y por "Autocity", esto es, por sus apoderados Candido, por Teodulfo y por Leopoldo respectivamente. Las modificaciones introducidas por "Autocity" obligaron a Codesport S.A. a construir 51.892,32 m² de techo de nave, en vez de 40.000 m², y a construir 13.188 m² de entreplanta en vez de 8.000 m² de entreplanta (51.892,32 x 293 = 15.204.449,76 € + 16% IVA = 15.204.449,76 + 2.432.711,91 = 17.637.181 €), solo por techo de nave. Por ello, aunque la empresa pública Plaza S.A. como promotora fue abonando a Codesport S.A. los importes de la obra a mediada que ésta se fue ejecutando, previa presentación de facturas debidamente conformadas y certificaciones de obra, finalmente se abonó, no el importe inicial de 14.525.267,40 euros + IVA, sino el de 32.446.547 €. Ello obligó también a Codesport S.A. a urbanizar terrenos para accesos de circulación y para estacionamientos y nuevos Viales, con una extensión de 77.322 m² en vez de los 53.638 metros cuadrados iniciales (77.322 x 53'80 € = 4.043.940'66 € + 16% del IVA = 4.043.940'66 + 647.030'50 = 4.690.970'66 €). Ese contrato firmado entre Plaza S.A. y "Autocity S.A." el día 20-2-2006, justificaba un incremento de los costes hasta la cantidad de 22.328.131 euros, lo cual fue constatándose en las pertinentes certificaciones de obra, emitidas por el Director Técnico de Plaza S.A., D. Luis Carlos. Ese contrato de Reserva con entrega de señal o arras de fecha 20-2-2006 fue firmado por el acusado Teodulfo, en nombre y representación de Plaza S.A. como Gerente y Apoderado de tal sociedad pública por un lado y por otro lado fue firmado por D. Leopoldo en nombre y representación de la sociedad mercantil "Autocity" como administrador único de tal sociedad mercantil. En dicho contrato de Reserva con entrega de señal o Arras, de fecha 20-2- 2006 ninguna de sus cláusulas permitía el incremento del coste por metro cuadrado de techo nave,(293 euros), ni tampoco cláusula alguna permitía incrementar el coste del metro cuadrado urbanizado para viales, estacionamientos y Viales de acceso. Ninguna cláusula de este contrato de 20-2- 2006, autorizaba sobrepuestos ni revisiones de los precios pactados entre Plaza S.A. y Codesport S.A., por metro cuadrado de techo de nave o por metro cuadrado de suelo urbanizado en el contrato de adjudicación de 29-7-2005. Se provocaba un neto incremento del precio total por mero incremento de los metros cuadrados construidos de techo de nave y por mero incremento de suelo urbanizado. Autocity S.A. pagó a Plaza S.A. 20.257.000 euros (IVA incluido) el día 26-10-2007 por las 72 naves industriales que compró, el total de las construidas en la parcela NUM001 de "Plataforma Logística de Zaragoza Plaza S.A.", además de otros 4.695.442'56 euros que pagó previamente "Autocity S.A." a "Plaza S.A.", en concepto de anticipo para el pago de las 72 naves industriales. Igualmente Autocity S.A. le pagó 1.418.813'21 euros a Plaza S.A., el día 10-4-2008 por las modificaciones solicitadas por Autocity S.A. a Codesport S.A. en las 72 naves industriales de la parcela NUM006. Esos 1.418.813'21 euros, Plaza luego se las entregó a Codesport S.A., en pago de esas modificaciones. La parcela NUM007 con sus 47 naves no fueron adquiridas por Autocity S.A., pues el día 21-11-2008 Autocity S.A. resolvió su contrato de opción de compraventa perdiendo las Arras prestadas (400.000 euros). QUINTO.- Con fecha 14 de julio de 2006, se produjo el comienzo de las obras solo de la Parcela NUM006, a través de un Acta de Inicio parcial, puesto que solo afectaba a la parcela NUM006, todo ello dos semanas después del visado del proyecto, redactado por el arquitecto Felicísimo, Proyecto visado por el Colegio de Arquitectos el 29 de junio de 2006. El inicio de las obras tuvo comienzo sin la concesión de la oportuna licencia, que fue otorgada finalmente, el 17 de abril de 2007, cuando precisamente la cláusula 2.5.1 del "Pliego de cláusulas administrativas particulares" para el contrato de Elaboración de Proyecto y ejecución de obras bajo la modalidad "llave en mano" de edificios modulares del Centro de Servicios al vehículo y Urbanización, sitos en las parcelas NUM000, NUM001, NUM002 y NUM007, NUM004 y NUM005 de la Plataforma Logística de Zaragoza, establecía lo siguiente: "El plazo de Ejecución de las obras será de diez meses desde la obtención de la licencia de obras" y "El cómputo de este plazo se iniciará a partir de la autorización dada por PLAZA S.A. para la iniciación de las obras". El contrato suscrito el día 29-7-2005 entre Plaza S.A. y Codesport S.A. especificaba con total precisión el plazo de Ejecución de las obras en su cláusula 9-1 que dice: "El plazo de Ejecución de las obras estará dividido en dos periodos. El primero, necesario para la elaboración del Proyecto Constructivo, será de tres meses desde la firma de este contrato. En su cláusula 9.2 decía "El plazo para la ejecución material de las obras, será de diez meses a contar del

día siguiente a la concesión de la licencia de obras". La autorización para el comienzo de las obras de la Parcela NUM006 se dio pues el día 14-7-2006, pero la licencia de obras no se obtuvo hasta el día 17-4-2007 y a pesar de ello "Codesport S.A." comenzó sin licencia las obras de la parcela NUM006 el 14-7-2006. La primera certificación ordinaria de la obra de la parcela NUM006 se libra, en el mes de agosto de 2006. A continuación le siguen 14 certificaciones más, siendo la última de fecha 30 de octubre de 2007. El importe total de las 15 certificaciones ordinarias de obra emitidas asciende a la cantidad de 12.776.905 euros. En el mes de marzo de 2008 se libran una serie de "certificaciones extraordinarias", por el Director Técnico de Plaza S.A., D. Luis Carlos, que son los llamados Anexos de los trabajos naves NUM006 realizados, por un total de 1.246.582,58 euros. Son cuatro los apartados comprendidos en estas certificaciones extraordinarias: 1º) Modificaciones generales, 490.649,90 euros + IVA (cúpulas, huecos, cerramientos, incremento de V-Elass doble, internas CT y cambios fachada). 2º) Otras modificaciones (aumento superficie forjado nº 59 y 58), 23.467 euros + IVA. 3º) Modificaciones naves (cambio diversos: escaparates, forjados, incremento carga solera...) 199.204,46 euros + IVA. 4º) Modificaciones "ALOSA" (modificación naves 64 y 68, cúpulas, foso, forjados, proyectos, tasas...) 533.260,48 euros + IVA. La licencia de obras para la Parcela NUM007 se obtuvo el día 16-5-2007, otorgada por el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza. La primera certificación de las obras en la Parcela NUM007, se emite en el mes de mayo de 2007, esto es un mes después de la oportuna licencia de obras, con importe de 356.071,10 euros, realizándose 21 certificaciones ordinarias por importe de 9.615.212,90 euros. Igual que en el caso anterior, existe en el mes de abril de 2008, un total de 6 certificaciones extraordinarias de Anexos, incluyendo la liquidación de anexos de diciembre de 2008, por un importe total de 1.160.445,23 euros. Las obras las concluyó Codesport S.A. en Diciembre del 2008 con evidente retraso de seis meses debido a las continuas modificaciones del Proyecto que le fue solicitando Autocity a Codesport S.A., a causa de la personalización de las naves industriales que le pedían a Autocity sus propios compradores. En definitiva, la suma de las cantidades certificadas de forma ordinaria por ambas parcelas ascendió a la cantidad de 22.654.018'06 €, cantidad muy superior a la cantidad de 14.525.267'40 € 4-IVA, que se obtendría de la aplicación de los precios contratados por las superficies pactadas en el contrato inicial de fecha 29-7-2005, firmado por Plaza y Codesport, aunque ajustada tal cantidad de 22.654.018'06 euros respecto a Plaza S.A. a causa de las modificaciones provocadas en el contrato firmado entre Plaza S.A. y Codesport S.A. el día 29-7-2005, por el contrato firmado el 20-2-2006, entre Plaza y Autocity S.L., contrato según el que Autocity S.L. debía pagar todas las alteraciones y mejoras en el Proyecto que le pidiera Autocity a Codesport S.A. y Plaza S.A., debía pagar solo el incremento de las unidades de obra no previstas en el contrato inicial. El día 21-11-2008, Leopoldo, en nombre y representación de la mercantil Autocity S.L., hizo uso del derecho de resolución contractual que tenía reconocido en el Contrato de fecha 20-2-2006. Esa resolución contractual afectó solamente a las 40 naves industriales de la 2ª fase, pues las 78 naves industriales de la 1ª Fase, ya habían sido compradas por Autocity mediante Escritura Pública nº 7.430 de 26-10-2007, ante el Notario de Zaragoza D. Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer. SEXTO.- El día 1 de diciembre de 2008, con posterioridad a la fecha de resolución del contrato suscrito entre Plaza S.A. y Autocity (21 de noviembre de 2008), se emitieron por Codesport, sin existir certificaciones de obra que las apoyaran, cuatro facturas por los siguientes conceptos e importes: 1º) Fra. NUM008 "Modificados" 879.270,62 euros + 16% de IVA = 1.019.953 €. (Factura conformada por Teodulfo). 2º) Fra. NUM009 "Revisión precios NUM006" 1.775.177,16 euros + 16% de IVA = 2.059.205 € (Factura conformada por Teodulfo). 3º) Fra. NUM010 "Revisión precios NUM007" 1.975.589,35 euros + 16% de IVA = 2.291.683 € (Factura conformada por Teodulfo). 4º) Fra. NUM011 "Sobrecostes" 2.904.567,00 euros + 16% de IVA = 3.369.297 € (Factura conformada y firmada por Teodulfo). En total 8.740.140'80 €. El acusado, Candido, llevaba pidiendo insistentemente a Teodulfo y a Juan Alberto, desde el mes de Julio del 2008, que le pagaran esos 8.740.140'80 euros por Sobrecortes, revisiones de precios y por modificaciones de obras, pues Autocity no se las pagaba por haber entrado tal mercantil en una mala situación económica, y de hecho entró en Concurso de acreedores en el año 2010. Teodulfo y Juan Alberto se fueron negando a pagar esa cifra de 8.740.140 euros, pues sabían que ese pago no le correspondía a Plaza S.A., sino a Autocity S.L., ya que conocían, al igual que Candido, el Pliego de Cláusulas Administrativas de fecha 2-3-2005, el contrato de 22006 y el contrato denominado "Documento cero" de 6-9-2006. Pero al final, a finales de Noviembre del 2008, los acusados Teodulfo y Juan Alberto, accedieron a pagarle esos 8.740.140'80 euros a Codesport S.A. aún sabiendo que ese pago no le correspondía hacerlo a Plaza S.A., sino a Autocity S.L. Entonces el acusado Candido presentó las cuatro facturas fechadas el día 1-12-2008, a pesar de que las estaba reclamando desde Julio del 2008. Para el pago de esas cuatro facturas no apoyadas en certificación alguna de quien podía hacerlo, que era el Director Técnico de Plaza S.A., Luis Carlos, se libraron con fecha 15-12-2008, con cargo a Plaza S.A. cuatro pagarés a favor de Codesport, S.A., firmados todos ellos por el Director Gerente de Plaza, Teodulfo y por el Consejero Delegado Juan Alberto, al ser necesarias las firmas de ambos por los siguientes importes y con los siguientes vencimientos: 1º) NUM028, por importe de 1.019.953,92 euros con vencimiento el uno de junio de 2009; 2º) NUM029, por importe de 2.059.205,51 euros con vencimiento el uno de junio de 2010; 3º) NUM030, por importe de 2.291.683,65 euros con vencimiento el uno de junio de 2010; 4º) NUM031, por importe de 3.369.297,72 euros con vencimiento el uno de junio

de 2010. En total 8.740.140'80 euros los cuatro Pagarés, que fueron cobrados inmediatamente mediante su descuento bancario por Codesport S.A. y en su nombre por su administrador único Candido , que así cobró y se benefició con ese importe a cargo y en perjuicio de Plaza,SA. En definitiva, el total de lo pagado por Plaza S.A. a Codesport S.A. ascendió a un total de 32.446.547'40 euros, cuando las cantidades finalmente acordadas entre Plaza S.A. y Codesport, ascendían a 22.654.018'06 euros. El exceso indebidamente pagado, por Teodulfo y Juan Alberto a Codesport S.A. desde 22.654.018'06 euros hasta 32.446.547'40 euros, respondía obras de mejoras, modificaciones y alteraciones de las obras, realmente ejecutadas por Codesport S.A. sobre el Proyecto original y ello por las múltiples peticiones de Autocity a Codesport S.A. desde el contrato de fecha 6-9-2006 (documento cero) hasta el día 21-11-2008, en el que Autocity hizo uso de su derecho a resolver su contrato de Reserva con entrega de arras de 20-22006, perdiendo Autocity S.L. los 400.000 euros de las Arras. Aparte están los 1.418.813'21 euros de refacturación de Plaza a Autocity S.L. el 10-4-2008 y luego entregados a Codesport. Lo mismo ocurre con la cantidad de 1.446.035 euros refacturados por Plaza S.A. a Autocity, luego entregada a Codesport en Marzo del 2008>>.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: <<FALLAMOS: A).- Que debemos de absolver y libremente absolvemos al acusado Luis Carlos , tanto de la Acusación de autoría del delito continuado de Malversación de Caudales públicos, que sostuvieron contra él en el Acto del juicio oral el Ministerio Fiscal, las Acusaciones particulares y la Acusación popular, en sus Conclusiones Definitivas de forma principal, como también lo absolvemos de todas las demás acusaciones formulada contra el mismo en el Acto del juicio oral, de forma principal o de forma alternativa tanto por el Fiscal, como por las Acusaciones particulares del Gobierno de Aragón, de la Sociedad Mercantil Plataforma Logística Zaragoza S.A. y de la Acusación popular ejercitada por Unión, Progreso y Democracia (U.P y D.). Declaramos de oficio la cuarta parte de las costas del juicio, incluso la cuarta parte de las costas de las Acusaciones particulares y de la Acusación popular. B).- Debemos de absolver y libremente absolvemos a los acusados Teodulfo , Juan Alberto y Candido , de las acusaciones formuladas contra los mismos en el Acto del juicio oral, ya de forma principal o de forma alternativa, en sus Conclusiones Definitivas, tanto por el Ministerio Fiscal como por las Acusaciones particulares del Gobierno de Aragón y de la Sociedad Mercantil Plaza S.A., como por la Acusación Popular ejercitada por el Partido Político UP y D, a excepción de la acusación de Malversación de Caudales públicos que contra todos ellos sostuvieron en sus Conclusiones Definitivas, tanto el Ministerio Fiscal como las dos acusaciones particulares antecitadas y la Acusación popular. C).- Que debemos de condenar y condenamos a los acusados Teodulfo , Juan Alberto y Candido , como coautores de un delito de Malversación de caudales públicos, tipificado en los artículos 432-1 ° y 2 °, y 435-1° del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, sin la concurrencia en ellos de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a las penas de cuatro años de prisión para cada uno de ellos e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de sus respectivas condenas privativas de libertad. También condenamos a los acusados Teodulfo , Juan Alberto y Candido , a la pena de inhabilitación absoluta por plazo de diez años, para cada uno de ellos. Igualmente, condenamos a los acusados Teodulfo , Juan Alberto y Candido a que de forma conjunta y solidaria indemnicen a la Sociedad Mercantil Plaza S.A. con la cantidad de 8740,140'80 euros, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito por ellos cometido conjuntamente. Tal cantidad de 8.740.140'80 euros devengará los intereses legales establecidos en el artículo 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil . Finalmente debemos condenar y condenamos a la Sociedad Mercantil Codesport S.A., a que, como responsable civil subsidiaria, indemnice a la Mercantil "Plataforma Logística Zaragoza Plaza S.A." con la citada cantidad de 8.740.140'80 euros más los intereses legales, en caso de insolvencia de los acusados y responsables civiles principales Teodulfo , Juan Alberto y Candido . Condenamos a los acusados Teodulfo , Juan Alberto y Candido al pago de la parte proporcional que les corresponda de las 3/4 partes de las costas del juicio, con inclusión de la parte proporcional de las costas de las dos Acusaciones particulares, y declaramos de oficio la parte proporcional que les corresponda de esas 3/4 partes de las costas del juicio. Notifíquese esta Sentencia a todas las partes personadas, con remisión a todas ellas de una copia de la misma. Lévese esta Sentencia original al Libro de Sentencias y únase un testimonio de la misma al presente Rollo. Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación, tanto por infracción de Ley y/o de doctrina legal, como por quebrantamiento de forma, solicitando a este Tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de esta Sentencia, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, un testimonio de esta Sentencia, manifestando la clase o clases de Recursos que trate de utilizar>>.

La citada sentencia contiene un Voto Particular y por Auto de 18 de marzo de 2016 se aclaró la anterior sentencia, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva: LA SALA ACUERDA: <<Incluir como colofón y en la parte final del Encabezamiento de nuestra Sentencia nº 23/2016 de fecha 9-2-2016, recaída en el presente Rollo de Sala nº 22/2015 , la siguiente frase: "Es Ponente de esta Sentencia el Ilustrísimo Sr. D. CARLOS LASALA ALBASINI, Magistrado de esta Sección Sexta, quien expone de forma motivada la meditada decisión del Tribunal". Contra este Auto no cabe Recurso alguno, sin perjuicio de los Recursos que procedan contra la Sentencia nº 23/2016 de fecha 9-2-2016, dictada en el presente Rollo de Sala nº 22/2015 a la que este Auto



complementa. Notifíquese este Auto a todas las partes personadas, con remisión de una copia del mismo a todas ellas. Llévase este Auto original al Libro de Autos y únase un testimonio del mismo al presente Rollo>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del **Gobierno de Aragón**, de los acusados D. Teodulfo, D. Juan Alberto, D. Candido y **Codesport, S.A.**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **GOBIERNO DE ARAGÓN**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Por infracción de ley por error de hecho en la valoración de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr. e infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado recurrente **D. Teodulfo**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de preceptos constitucionales, todos ellos por vía del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., al haberse infringido preceptos de carácter sustantivo, u otras normas del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal. Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otras pruebas, designando como particulares que demuestran el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el art. 855 L.E.Cr.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado recurrente **Juan Alberto**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por quebrantamiento de forma, inciso segundo, del nº 1º del art. 851 L.E.Cr., y concretamente por el motivo de resultar manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados. Segundo.- Se desiste de este motivo. Tercero.- Por quebrantamiento de forma, del nº 3º del art. 851 L.E.Cr., al no haber resuelto la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa. Cuarto.- Por vulneración de precepto constitucional del art. 24.2 C.E., derecho a la presunción de inocencia, con sede procesal en el art. 852 L.E.Cr. y art. 5.4 L.O.P.J. Quinto.- Se desiste de este motivo. Sexto.- Se desiste de este motivo. Séptimo.- Por infracción de la exigencia contenida en los arts. 120.3 y 24.1 de la C.E., con base a lo dispuesto en el art. 852 L.E.Cr., que autoriza a fundamentar el recurso de casación en la infracción de dicho precepto constitucional, por falta de suficiente motivación. Octavo.- Por infracción de ley del nº 2 del art. 849 L.E.Cr. La sentencia objeto de recurso cometer error en la apreciación de la prueba, dicho sea con todos los respetos a la Sala, ya que existen documentos que obran en autos que no han sido contradichos por otros elementos probatorios, que demuestran dicho error. Noveno.- Por infracción de ley que previene y autoriza el nº 1º del art. 849 L.E.Cr., al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 y 2 del C. Penal vigente a la fecha de los hechos, y en relación con el art. 24.2 del C. Penal. Décimo.- Por infracción de ley que previene y autoriza el nº 1º del art. 849 L.E.Cr., al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho (por la no aplicación), por infracción de los arts. 131 y 132.2 del C. Penal, que regulan el instituto de la prescripción, referidos a la última reforma en su redacción de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Candido** y del Responsable Civil Subsidiario **CODESPORT, S.A.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., por incurrir la sentencia impugnada en error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios y que demuestran la equivocación de la Sala en la condena de mi defendido. Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la C.E., en lo que se refiere a la prueba sobre la coautoría como inductor de mi representado, fundamentando la sentencia el relato de hechos probados en una argumentación irracional, ilógica, incongruente y arbitraria, que debe conllevar a la absolución de mi representado. Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 432.1º y 2º y 435.1, ambos del C. Penal vigente al tiempo de los hechos. Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación, por lo que a mi representado respecta, del art. 28 a) del C. Penal. Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 109 y ss. y 116 del C. Penal, al exigirse una responsabilidad civil que no resulta procedente ni justificada. Con carácter subsidiario, y para el más que improbable supuesto de que se confirmase la declaración de responsabilidad penal de mi representado, no surgiría en este caso responsabilidad civil alguna. Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 120.4º C. Penal, en relación con los arts. 109 y ss. y 116 del C. Penal. Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de los arts. 130.6º, 131.1, en relación con el art. 132.1 y art. 295 todos ellos del C. Penal vigente al tiempo de los hechos. Subsidiariamente, por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851 L.E.Cr., por no resolverse en



la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la acusación y defensa. Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida inaplicación de la pena atenuada, prevista en el actual art. 65.3ª del C. Penal. Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 109 y ss. y 116 del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida adhiriéndose al recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón e impugnando los recursos de los demás recurrentes acusados, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 1 de diciembre de 2016, con la asistencia de los Letrados D. José Luis Gay Martí en defensa del Gobierno de Aragón que se ratifica en su escrito de formalización del recurso solicitando la admisión del mismo; D. José María Gimeno del Busto en defensa de D. Teodulfo que se opone al recurso del Gobierno de Aragón y da por reproducido su escrito; D. Juan Carlos Monclús Fraga, en defensa de D. Juan Alberto que se opone al recurso del Gobierno de Aragón y da por reproducido su escrito; del letrado D. Miguel Angel Alemán López en defensa de D. Candido y Codesport, S.A. que solicita la desestimación del Gobierno de Aragón; el Ministerio Fiscal representado por la Sra. Abad, se ratifica en su escrito y el Letrado D. Jaime González Gugel, en defensa de la parte recurrida Plataforma Logística de Zaragoza, S.A. que se remite a sus escritos.

Por Auto de 8 de marzo de 2017, se acordó prorrogar el plazo para dictar sentencia, hasta la celebración de Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda.

Por resolución de 11 de mayo de 2017 se convocó Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el día 25 de mayo de 2017, constituyéndose en la fecha indicada los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo expresados bajo la Presidencia del primero de los indicados, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

PRIMERO .- Por renuncia del segundo motivo, limita su recurso al primero en el que incluye dos submotivos: a) Error de hecho en la valoración de la prueba (artículo 849. 2º L.E.Cr.). b) Infracción de ley sustantiva (artículo 849. 1º L.E.Cr.). **1.** En cuanto al error facti, presupuesto de una conclusión que afectaría a la aplicación de ley sustantiva, -ya que en suma las dos censuras tienen por objeto incrementar la condena por responsabilidad civil a la cifra de 13.060.143,59 €- no se ajusta a los criterios interpretativos de esta Sala, doctrina consolidada, que ha ido fijando el alcance y límites de dicha pretensión casacional. Es preceptiva la citación de los documentos y sus particulares con capacidad de alterar los términos del factum. El recurrente menciona los siguientes: a) El pliego de condiciones y cláusulas administrativas del llamado contrato de "Elaboración de Proyecto y ejecución de obra" bajo la modalidad «llave en mano» aprobado por la empresa pública Plaza, S.A. el 2 de marzo de 2005, que por cierto figura citado y se trae a colación en el hecho probado 4º. En el mismo hecho 4º del factum también se cita y se trae a colación el contrato de reserva de 20 de febrero de 2006, con entrega de arras entre Plaza, S.A. y Autocity, así como el denominado "documento cero". b) Los correos electrónicos que la sentencia cita en el fundamento jurídico 1º y 2º rechazando la cuestión previa planteada por las defensas sobre su nulidad. c) Pericial del arquitecto don Juan Antonio, aportada por Plaza, S.A., como documento adjunto a la denuncia. Resulta de interés reseñar que lo que invoca como documentos son elementos probatorios a los que el juzgador de instancia no da la relevancia que a juicio del recurrente merecían. En base a todos ellos pretende alcanzar una conclusión o variación en la nueva sentencia que se dicte, según la cual el resultado es que el segundo contrato celebrado con Autocity no modifica el primero. **2.** Antes de dar respuesta al motivo resulta indispensable recordar una vez más la doctrina inconcusa y reiterada de esta Sala sobre los límites casacionales de este motivo. En efecto, las condiciones o requisitos exigidos por este motivo son: A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos. B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma. C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia. D) Que el supuesto



error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr. E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia. F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio). G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr. - esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre). **3** . En primer término se evidencia una objeción, en cuanto los considerados documentos no lo son a efectos casacionales. Los dictámenes periciales y los contratos referidos han sido relacionados en el factum y han sido considerados y valorados repetitivamente en la fundamentación jurídica de la sentencia. Los correos electrónicos son pruebas de carácter personal (testifical) documentada, ya que su fuerza probatoria para imponerse depende de la garantía del testimonio del testigo a valorar por el Tribunal. Tampoco los dictámenes periciales tienen el carácter de documento "literosuficiente" o "autárquico", toda vez que los peritos intervinieron en juicio para ratificarlos y pudieron ser sometidos sus dictámenes a contradicción, (prueba personal). Además fueron valorados en el fundamento jurídico número 4º. Cosa distinta es que la Audiencia les haya dado una eficacia probatoria determinada. Pero no sólo faltaría esta nota esencial, sino que el recurrente no ha concretado la parte del factum que debía ser alterada, suprimiendo o añadiendo los asertos o manifestaciones pretendidos. Tampoco se han designado con precisión las declaraciones o contenido del pretendido documento que contradice o se opone al relato fáctico de la resolución recurrida (artículo 884. 6 L.E.Cr.). Así pues, las pruebas supuestamente documentales que el recurrente aduce, están sometidas como el resto del material probatorio a la directa valoración del Tribunal de Instancia, único que ha dispuesto de inmediación y a quien la ley atribuye de forma exclusiva y excluyente esa facultad valorativa. (117. 3 C.P. y 741 L.E.Cr.). El motivo se desestima. **4**. Dentro del mismo motivo, la entidad recurrente formula un segundo reparo por corriente infracción de ley (849.1º L.E.Cr.), estimando infringidos por inaplicados los preceptos de la Ley de contratos de las Administraciones públicas de 1995, la Ley de Plaza (*sic*) y los artículos 109 y siguientes del Código Penal, además del 24. 2 de la Constitución Española . A) Con tal alegato se pretende poner de relieve que los pliegos de la licitación no fueron respetados en el contrato celebrado entre Plaza, S.A. y Autocity en fecha 20 febrero 2006, calificando de nulo este segundo contrato, excluyendo cualquier afirmación o interpretación que permitiera considerarlo una novación o un complemento del ya celebrado entre Plaza, S.A. y Codesport, S.A. en fecha 29 julio 2005. B) Se desconoce a que ley quiere referirse cuando menciona la "Ley de Plaza", que parece obedecer a un error. En segundo lugar el artículo 849. 1º L.E.Cr. exige que la ley infringida sea una ley sustantiva penal, u otra también sustantiva que deba ser aplicada o sirva para integrar a la ley penal (se suele entender que son leyes materiales integradoras de tipos delictivos en blanco) y realmente la invocada preferente es una ley administrativa, y la mención a los artículos 109 y siguientes del Código Penal es genérica, ya que lo único que afirman es que la comisión de un delito obliga a reparar los daños causados por el mismo, que es lo que ha hecho el Tribunal, acudiendo a los dictámenes periciales que a su juicio le merecen más garantías. Consecuentemente al no prosperar el motivo por error facti, dirigido a alterar el factum por el cauce procesal elegido, debe aceptar y acomodarse a los términos del hecho probado que deben respetarse en todo su contenido, orden y significación (artículo 884. 3 L.E.Cr.). De ahí que la cuantía indemnizatoria deba permanecer inalterada. El submotivo ha de rechazarse.

RECURSO DE *Candido* Y CODESPORT, S.A.

SEGUNDO.- El primer motivo lo articula por error facti (artículo 849. 2 L.E.Cr.). **1**. Los documentos que se van a mencionar - nos dice- tienen relevancia para perfilar el sentido del fallo y virtualidad para justificar la eliminación de una parte del factum o la complementación o alteración del mismo, ya que rectificándolo crean una premisa distinta a la establecida para posibilitar una subsunción diferente a la realizada en la sentencia combatida. Los documentos invocados son los siguientes: a) Documento "0", obrante en la pieza separada documental número 2 (folios 31 a 90) b) Contrato de reserva con entrega de señal o arras suscrito entre Plaza, S.A. y Autocity, S.L. de 20 de febrero de 2006 (pieza documental, anexo 103). c) Acuerdo de resolución de contrato de reserva suscrito entre Plaza, S.A. y Autocity, S.L. de 21 de noviembre de 2008 (pieza documental, anexo 112). d) CD aportado por Plaza, S.A., tras requerimiento efectuado por la Sección sexta de la audiencia Provincial de Zaragoza, junto al



escrito de fecha 14 julio 2015 (archivo "a petición del Sr. Juan Alberto ", punto 3, Reparto de dividendos). e) Las actas de los Consejos de Administración de Plaza de fechas: 21 de diciembre de 2005, 21 de marzo de 2006, 10 de noviembre de 2006 y 16 de diciembre de 2008. f) Correo electrónico incorporado, anexo 7, al informe de Codesport de 26 febrero 2014 (pieza separada documental número 2) g) Correo electrónico de 14 de noviembre de 2008 (folio 1831). h) Facturas NUM012 y NUM013 , correspondientes a la revisión de precios y modificaciones de NUM006 , ambas de 2 de mayo de 2008 (anexo 14 al informe de Codesport de 26 de febrero de 2014. Pieza separada documental número 2) i) Facturas de fecha 1 de diciembre de 2008 (Tomo I, folios 83 y siguientes).

2. Las modificaciones factuales pretendidas por el recurrente son abundantes. Analicémoslas:

a) De los documentos invocados se desprende claramente que Plaza, S.A. en algunos ejercicios, sin que el factum haga referencia a ello, a pesar de constituir un dato relevante, pues se compagina mal con el carácter público de los caudales de una sociedad de naturaleza pública, solicita que el factum se complete con la siguiente frase: "la sociedad Plaza, S.A. , repartió dividendos entre sus socios, en el ejercicio 2006 por importe de 1.905.469,45 € y en el ejercicio de 2007 por importe 1.785.756,56 €" b) Se queja el recurrente de que no se haga mención en el relato fáctico sentencial de que el objeto de las naves comerciales e industriales NUM006 y NUM007 era su posterior comercialización y venta por parte de Plaza, S.A.. Tal extremo lo acredita de forma indubitada: - El contrato de reserva con entrega de señal o arras suscrito entre Plaza, S.A. y Autocity, S.A. de 20 febrero 2006 por la que la primera vende a la segunda la totalidad de las **naves** de las parcelas NUM006 y NUM007 , aunque solo se consolidara las de la parcela NUM006 . - El acta del consejo de administración de Plaza de 21 marzo 2006, que en el apartado 5 "análisis del contrato de la zona NUM006 " se informa a sus miembros de la **venta de las parcelas** de esa zona. - En la cláusula 5. 3 del Acuerdo de resolución de 21 noviembre 2008 se establece expresamente: "A partir de la firma del presente documento Plaza queda plenamente legitimada para comercializar y promover **la venta** y realizar las disposiciones que considere oportunas sobre **las naves** disponibles de las construidas en la parcela NUM007 ". - En el acta del Consejo de Administración de Plaza de fecha 16 diciembre 2008 se hace constar: "... las partes, como consecuencia del desistimiento de la empresa compradora, han formalizado el acuerdo de resolución del citado contrato en relación a las 56 **naves** de la parcela NUM003 " En la misma acta se dice: "Para la posterior venta de las **citadas naves** , se propone al Consejo la aprobación de una tipología de precios en función de su localización: - **naves** tipo A: 870 €/m2; **naves** tipo B: 880 euros/m2 y **naves** tipo C: 770 euros/m2. Consecuentes con todo ello a juicio del recurrente el hecho probado debiera completarse con la siguiente afirmación: "El objeto de Plaza, S.A., con relación a las naves construidas por Codesport en las parcelas NUM006 y NUM007 era su promoción, comercialización y posterior venta a terceros". Es relevante la adición por cuanto ello nos indica que los fines sociales o públicos que debe perseguir una entidad de esta naturaleza se compaginan mal con la actividad negocial de construcción y venta de naves con ánimo de lucro. c) Rechaza la frase incorporada en el hecho probado 4º de la sentencia que establece: "... este contrato motivado por Autocity, con la modificación por la ampliación de las naves, ampliación de urbanización y cambios de plazo de ejecución fue aceptado en todos sus términos por Codesport, S.A., el día 6 de septiembre de 2006 mediante el contrato denominado "documento cero". Considera que el "documento cero" no es ningún contrato, sino un documento de carácter técnico, firmado por Plaza, Autocity y Codesport, con partidas a realizar y con el planning de la obra todo ello a raíz de la entrada de Autocity. Por él no se aceptan todos los términos del contrato entre Plaza y Autocity, porque Codesport no fue parte en él. Como se sugiere en el voto particular de la sentencia impugnada debiera ser sustituido por lo siguiente: "en relación con las modificaciones de superficies, número y tipología de naves se establece en este contrato por Codesport, Plaza y Autocity, que se firmó en fecha 6 de septiembre de 2006, la última página del que denominaron «documento 0», encabezada por la frase manuscrita «sólo válido para NUM006 » en el cual se enuncian y desarrollaban tales modificaciones, así como sus respectivos importes". d) En el hecho probado 4º (página 13) el recurrente pretende añadir dos complementos factuales que aparecen en el contrato de reserva con entrega de arras. En el se dice " ... con fecha 20 febrero 2006 se firmó un novedoso contrato de reserva con entrega de arras entre la sociedad mercantil pública PLAZA, S.A. y la Mercantil "Autocity" con entrega de arras por "Autocity" por importe de 400.000 euros, en virtud del cual se vendía toda la promoción de naves a "Autocity" pactando un aumento de aquellas que pasarían de las 78 iniciales a 119 naves industriales y la ampliación del plazo de ejecución de 10 meses a 24 meses y ello en dos fases sucesivas de 12 meses cada una, la primera para las parcelas NUM006 y la segunda para la parcela NUM007 . Este contrato supuso de forma directa e inmediata la modificación parcial del contrato de adjudicación de PLAZA, S.A. a CODESPORT de fecha 29-7-2005". La adición que pretende el impugnante estaría integrada por la cláusula 7ª del contrato, cuyo tenor literal es: "En el supuesto de que la parte compradora (Autocity) desistiera de su intención de adquirir las naves, tanto si se trata de la primera fase como de los de la segunda fase, se allanará a perder la cantidad entregada como señal en este acto". Debiera también acceder al factum, según el recurrente, la última parte de lo expresado en la página 33 de la sentencia recurrida (fundamento jurídico 7º), en donde se afirma "... que prueba de que el contrato original de fecha 29 julio 2005 estaba novado... es la cláusula expositiva IV, del contrato suscrito entre Plaza, S.A. y Autocity de fecha 20 febrero 2006 que dice "...al referirse este acuerdo a la compraventa de naves llave en mano , PLAZA asume en su integridad los costes de la construcción de



las naves que se ha contratado con CODESPORT S.A., y la construcción de altillos y escaparates se soportarán por mitad por las partes". Lo subrayado debería incorporarse al factum. e) Pretende también el censurante incorporar al relato histórico sentencial lo relatado por el Tribunal de instancia, en la página 35 de la recurrida, concretamente las referencias: 4-9º y 5-2º del acuerdo de resolución del contrato de reserva con entrega de arras de 20 febrero 2006, firmado por Plaza, S.A. y Autocity. La cláusula 4-9º señala literalmente: "Plaza también asume la totalidad de los compromisos frente a la empresa constructora con relación a las mejoras que hayan podido introducirse en las naves de la parcela NUM003". La cláusula 5.2 del citado documento es del siguiente tenor literal: "En relación con la parcela NUM001, la empresa constructora reclama diversos trabajos que, a juicio de la misma, se encontrarían pendientes de liquidación, por lo que cada una de las partes designará a un interlocutor para que en el plazo de tres meses desde la firma del presente Acuerdo y con arreglo a parámetros objetivos y a las obligaciones asumidas por las partes en el mencionado Contrato de reserva con entrega de señal o arras, pacten la procedencia y, en su caso, los términos de tal liquidación". Estos extremos según el recurrente no han sido declarados probados, aunque sí lo recoge el magistrado discrepante en su voto particular, resultando relevantes y de indudable influencia en el fallo, pues en el documento referido de 21 de noviembre de 2008 Plaza asumió, no sólo el pago de todas las mejoras de las naves NUM007 que dejó de adquirir Autocity, sino también la negociación y el pago de todas las liquidaciones pendientes con Codesport. f) Pretende el recurrente completar el hecho probado cuarto (página 14) en base a la cláusula 5.3 del acuerdo de resolución contractual de 21 de noviembre de 2008, según el cual, a partir de la firma del documento Plaza queda legitimada para disponer de las naves construidas en la parcela NUM007. Dicha cláusula tiene en cuenta que: 1) Plaza procederá a comercializar las no adquiridas por Autocity, es decir, las de la parcela NUM007. 2) Quedaban cantidades pendientes de liquidar con la empresa constructora. 3) Además Plaza asumiría todas las mejoras de las naves NUM007. 4) Por ello no resulta razonable afirmar que Plaza nada deba a Codesport por las naves NUM007, ni tampoco que el recurrente tuviera perfecto conocimiento de que el pago de las cuatro últimas facturas no correspondía a Plaza, cuando ésta era: -La entidad promotora -Cuando Codesport sólo mantenía relación contractual con Plaza -Cuando además ésta había abonado todas las facturas y certificaciones que había emitido Codesport por la contratación de las referidas naves. En base a todo ello el factum debería completarse del siguiente modo: "Tras la resolución del contrato suscrito con Autocity en fecha 21 noviembre 2008, Plaza adquirió nuevamente la titularidad de las naves de la parcela NUM007, pudiendo desde aquel instante comercializar y vender las mismas". g) En el hecho probado cuarto la sentencia no incluye un aserto que podría tener repercusión en el fallo y que se deriva del texto indiscutible del acta del Consejo de Administración de Plaza de 16 de diciembre de 2008. En el acuerdo resolutorio en cuestión (21 de noviembre de 2008) Plaza no sólo asume todas las mejoras de las naves de la parcela NUM007, sino que reconoce que existe una cantidad pendiente de liquidar a la entidad constructora Codesport, que se corresponde, dicho sea de paso, con el importe de las últimas cuatro facturas que se venían negociando desde mayo de 2008. A juicio del recurrente el relato fáctico debería completarse con lo siguiente: "La resolución contractual acordada entre Plaza y Autocity en fecha 21 noviembre 2008 fue conocida y aprobada por el Consejo de Administración de Plaza en reunión de fecha 16 de diciembre de 2008". h) Por último en el hecho probado sexto se hace una manifestación que debía rechazarse, o matizarse. Así en las páginas 16 y 17 de la sentencia se declara: "El día 1 de diciembre de 2008, con posterioridad a la fecha de resolución del contrato suscrito entre PLAZA, S.A. y AUTOCITY (21 de noviembre de 2008) se emitieron por CODESPORT, sin existir certificaciones de obra que las apoyaran, cuatro facturas por los siguientes conceptos e importes...", añadiéndose que "Entonces el acusado Candido presentó las cuatro facturas fechadas el día 1-12-2008, a pesar de que las estaba reclamando desde julio de 2008". Con relación a dicha facturación debieron añadirse tres extremos fundamentales: 1) Con base en el correo electrónico incorporado como anexo 7 al informe de Codesport de 26 febrero 2014, debe consignarse en el relato fáctico lo siguiente: "Autocity informó a Codesport que facturasen a Plaza y Plaza a Autocity". 2) Las cuatro facturas de fecha 1 de diciembre de 2008, fueron negociadas con anterioridad a su emisión, rebajándose finalmente en 1.930.785 €. (Téngase presente que la no coincidencia del importe total de las facturas con la cifra de 7.527.174 €, es debido a que no se incorpora el IVA). Ello se acredita con el correo electrónico remitido por Teodulfo a la secretaria del señor Juan Alberto el 14 de noviembre de 2008. La pretensión del recurrente es que dicha aseveración debe ser eliminada del factum. 3) Tampoco puede afirmarse ni declararse probado que las cuatro facturas de 1 de diciembre de 2008 no se apoyaron en certificación alguna. Demuestra lo contrario: -La página 26 de la sentencia que señala expresamente que "junto con esas cuatro facturas va la justificación de las revisiones de precios y los sobrecostos..." -En la página 27 de la sentencia se dice "... y esas cuatro facturas aportaban una memoria de noviembre de 2008 en las que se justificaban..." -En documentación anexa a las citadas facturas Codesport aportó una memoria e informes de modificaciones de proyectos justificativos de las referidas facturas. En base a todo ello debe suprimirse la afirmación sentencial de que las facturas en cuestión no contaban con certificación alguna. 3. Vista esta amplia argumentación para alterar el factum debemos manifestar que los documentos invocados, que lo son especialmente los contratos y las actas del Consejo de administración solo ofrecen datos que permiten llegar al recurrente a conclusiones alternativas, pero olvida que existen



otras cláusulas contractuales y otros elementos probatorios que han permitido obtener a la Audiencia otras conclusiones, y aunque las propuestas son razonables, no debe obviarse que los documentos en que se apoya deben armonizarse y conjugarse, no sólo con otras cláusulas de esos documentos sino con otros documentos y pruebas que hay que tener en cuenta para obtener la pertinente convicción. Por otro lado es indudable que el material probatorio documental permite llegar a las conclusiones modificativas del *factum*, después de una interpretación del mismo. Lo que resulta incontestable es que de tales documentos no se deduce inexorablemente que se obtengan las conclusiones pretendidas sino que se completan con una interpretación o valoración personal. De ahí que sin perjuicio de considerar que los alegatos puedan producir algún efecto en otros motivos (v.g. presunción de inocencia), no tienen cabida dentro del cauce del error *facti*, a la vista de las exigencias jurisprudenciales establecidas por esta Sala y ya reseñadas en el motivo articulado por el Gobierno de Aragón. El motivo se desestima.

TERCERO.- El motivo segundo de este recurrente lo residencia procesalmente en los artículos 5. 4 de la L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., alegando vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24. 2 de la Constitución Española, al considerarle coautor (inductor), conforme a una valoración probatoria que puede calificarse -según el recurrente- de irracional, ilógica, incongruente y arbitraria. 1. Dentro de los limitados cauces cognitivos de esta Sala de casación ante un motivo por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia a este Tribunal le compete llevar a cabo las siguientes comprobaciones: 1) Si existió prueba suficiente que permita justificar y soportar una sentencia de condena, entre la que por supuesto puede incluirse la prueba indiciaria o indirecta 2) Si la prueba de que se valió el Tribunal sentenciador fue obtenida con plena regularidad constitucional y procesal 3) Si se practicó en el juicio oral con respeto a los principios que lo rigen de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación. Excepcionalmente pueden en el plenario reproducirse o darse lectura a prueba, que por razones de fuerza mayor no han podido practicarse en el juicio oral (véanse artículos 726 y 730 L.E.Cr.) 4) Si el arsenal probatorio fue objeto de una valoración acorde a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Pues bien, el recurrente en el presente motivo se apoya en la última de las exigencias para descartar algunas de las probanzas y de las conclusiones obtenidas de las mismas por insostenibles a la luz de los principios de la lógica, la ciencia y la experiencia. Dentro de este aspecto enumera gran cantidad de afirmaciones del hecho probado que han tenido su apoyo en pruebas endeble o defectuosamente interpretadas o valoradas sin rigor y racionalidad. Entre éstas hacemos referencia a las siguientes: 1) No puede aceptarse por no haber sido debidamente acreditada la afirmación de que Codesport **aceptó** los términos del contrato de reserva con entrega de arras o señal suscrito entre Plaza, S.A. y Autocity S.L. El aserto lo fundaba la sentencia en la suscripción del denominado "documento 0". El recurrente discrepa de tal valoración, ya que no se pueden aceptar, convalidar o ratificar los términos de un contrato en el que no se ha sido parte. Lo único que se dice -según el recurrente- en dicho contrato es que la entidad contratista se pondría de acuerdo con Autocity para la modificación de la tipología de las naves que se comprometía a adquirir esta última, **modificaciones que, en todo caso, debían ser autorizadas por Plaza**, (cláusula 80 del contrato). Basta analizar los términos del "documento 0" para advertir que ninguna de las cláusulas del contrato de 20 de febrero de 2006 acepta Codesport. Por todo ello resulta obvio que el "documento 0" en nada modifica el **régimen de facturación** del contratista por los trabajos realizados con la construcción de las naves, como tampoco se establece ninguna cláusula por la que deba Autocity abonar lo que le corresponde conforme a dicho contrato **directamente** a Codesport. Eso si Codesport se obligaba a realizar las mejoras y modificaciones solicitadas por Autocity, previa conformidad de Plaza, S.A. 2) No considera debidamente acreditada el recurrente señor Candido la afirmación sentencial (hecho probado 4º y fundamentos de derecho 3º, 4º, 7º y 8º) que fue él quien el 6 septiembre 2006 firmó el "documento 0" en nombre y representación de Codesport. Para sostener esta tesis el recurrente se apoya no solo en la propia manifestación, sino que el firmante fue Franco, como se desprende de la simple comparación de dichas firmas. El propio señor Franco reconoció su firma. Sin embargo, aunque se tratara de un simple error, los argumentos de la sentencia, por ese solo hecho, no resultarían desvirtuados, ya que el señor Franco es jefe de obra de Codesport y firmó en representación de tal sociedad. 3) No tiene soporte probatorio que en base al contrato de reserva de 20 febrero 2006, entre Plaza, S.A. y Autocity S.L., la primera sólo debía pagar el incremento de la unidades de obra no previstas en el contrato inicial, como proclama el hecho probado 5º (página 16 de la sentencia). Conforme a la cláusula 8ª del contrato en cuestión dice: a) Por un lado, Autocity lo que asume desde la firma del documento es el pago de las diferencias de precio que por tales modificaciones pudieran producirse, que además requería la autorización expresa de Plaza, S.A. b) Por otro lado, Plaza también asumió en virtud de dicho contrato los gastos que en la construcción de la **primera y segunda fase** puedan originarse por la construcción de altillos y escaparates, que serían pagados por mitad entre Plaza y Autocity. En el expositivo de dicho contrato también se establece que "Plaza asume en su integridad los costes de la construcción de las naves que se ha concertado con Codesport, excepto la construcción de altillos y escaparates, que se soportarán por mitad" entre Plaza y Autocity. 4) Entiende que es absolutamente insuficiente la prueba que acredita que el recurrente reclamara insistentemente o presionara



a los otros acusados para que pagara a Codesport las últimas cuatro facturas por importe de 8.740.140 €. Se apoya en que ni existieron las reuniones que se pretende con los otros dos acusados, y que los correos electrónicos nunca iban dirigidos a él, esto es, no era destinatario de los mismos. Concluye que ninguna prueba existe que permita mínimamente justificar que Codesport facturaba a Plaza por la mala situación económica de Autocity, cuando es lo cierto y así quedó aclarado que: -Codesport siempre facturó a Plaza - Plaza siempre pagó a Codesport -Codesport nunca facturó a Autocity -Autocity nunca pagó nada a Codesport - Todo ello sin perjuicio de las refacturaciones a algunas de las cuales hace referencia el factum. 5) Carece de racionalidad y lógica, en ausencia de cualquier sustento probatorio, afirmar que el recurrente actuó con ánimo de lucro ilícito. La circunstancia no probada constituye un elemento subjetivo del injusto, por lo que su análisis y resolución se adaptaría mejor a un motivo por corriente infracción de ley (motivo 3º), planteándose realmente una cuestión relativa al juicio de subsunción. Sólo cabría anticipar en este momento, la afirmación hecha por el Magistrado discrepante en el voto particular. En él se dice: *"y en cuanto al acusado Candido , la improcedencia de su condena es todavía más evidente, si cabe. Lo único que este acusado pretendió en todo momento fue cobrar lo que le correspondía por la obra que había ejecutado la empresa de la que era administrador único. Esta empresa, Codesport SA, cobró las cantidades que le correspondían por la obra que le había adjudicado, así como las que procedían por subsiguientes modificaciones del proyecto inicial"*. 6) Rechaza que Autocity abonara cantidad alguna a Codesport por la construcción de las naves. El recurrente alega que en toda la causa no existe reclamación o pago alguno entre Codesport y Autocity, sin perjuicio de las refacturaciones de las que existen abundantes referencias en hechos probados y en general en la sentencia, todas ellas con el correspondiente soporte documental. También del libro de IVA de Autocity correspondiente a los ejercicios de 2006 a 2010, se desprende que no existieron facturas emitidas entre Codesport y Autocity. Sí existieron entre Plaza SA y Autocity. A ello se unen las declaraciones de Teodulfo , gerente de Plaza, Leopoldo , administrador único de Autocity y el propio recurrente, que ratifican este extremo. El señor Leopoldo dijo abiertamente que las modificaciones en las obras ellos las pagaban a Plaza tal como lo estipulaba el contrato y se imagina que éste lo pagaría a Codesport. Con ello quiere acreditar el recurrente que la reclamación a Plaza de las cuatro facturas tenían justificación, ya que con Autocity no le liga ningún contrato. De ello también quiere inferir el recurrente en contra de la apreciación sentencial, según él infundada de la Audiencia Provincial, que la reclamación de Plaza no se hizo porque Autocity no le abonara las facturas por la mala situación económica que atravesaba. 7) Resulta insostenible manifestar que al suscribir el recurrente el "documento 0" se asumió el plazo de 24 meses para la ejecución del proyecto. Así lo expresa el fundamento 7º de la sentencia (página 34). Luis Miguel , del documento nº "0" se constata el planning y en ningún caso se asumió ese plazo, ya que dicho plazo fue de 13 meses, por lo que es evidente que **dicha demora existió**, y lo fue por causas no imputables a Codesport, como expresamente declara la Sala de instancia. 8) Tampoco responde a los criterios de racionalidad y lógica afirmar que las facturas emitidas por Codesport el 1 de diciembre de 2008 se presentaron sin apoyo en certificación de obra alguna. Con esa fecha el recurrente presentó las facturas a pesar de que se estaban reclamando desde julio. Sin embargo a la vista de lo declarado en la propia sentencia (página 26 y 27), y en base a la documentación adjunta a las facturas de 1 de diciembre de 2008, a los anexos a las facturas del 2 de mayo de 2008 y a los informes aportados junto al escrito del 26 de febrero de 2014 (pieza separada documental número 2) no resulta lógico ni razonable mantener dicha afirmación de la Sala. 9) Tampoco acepta la tesis de la sentencia el recurrente contenida en la afirmación de que las facturas de 1 de diciembre de 2008 se emitieron cuando el acusado supo que finalmente se las iba a pagar Teodulfo y Juan Alberto . Así se expresa en el fundamento de derecho tercero (página 27 de la sentencia). Sin embargo existen razones para no entenderlo así: - La propia sentencia reconoce que desde julio se venía negociando la liquidación pendiente de abonar a Codesport por modificaciones, sobrecostes y revisiones de precios, liquidación que después de conseguir una reducción de lo inicialmente reclamado por Codesport, quedó fijada en el importe de las cuatro últimas facturas. - El recurrente -conforme a la prueba practicada- no ha tenido, fuera del contrato inicial con Plaza de 29 de julio de 2005, otra intervención durante el desarrollo de la obra y ninguna conversación mantuvo con los otros dos acusados ni con nadie de Plaza ni Autocity. 10) Con gran amplitud y detalle, desarrolla el recurrente este apartado, ya que en él se contienen las razones más importantes de su condena. La Sala, considera -a juicio del acusado- incorrecta la afirmación, por carecer de lógica, de que Candido sabía perfectamente que Plaza no debía pagarle dicha cantidad porque debía hacerlo Autocity. En la fundamentación jurídica se insiste en este extremo, cuando en el recurso se sostiene que concurrían pruebas sólidas que acreditaban lo contrario que agrupa en cuatro apartados: A) Es un hecho acreditado que Codesport no mantuvo relación contractual alguna con Autocity, sino con Plaza. Ésta era la entidad promotora, la que le adjudicó la construcción de las naves y Codesport la entidad contratista. Así, en el hecho probado 4º se declara que "el Consejo de administración de Plaza, S.A. aprobó por unanimidad de todos sus miembros adjudicar el contrato de redacción y ejecución de la obra a favor de la entidad Codesport SA. El contrato entre Plaza, S.A. y Codesport S.L. se firmó con fecha 29 julio 2005. En la propia sentencia se declara, en relación al contrato del 20 de febrero de 2006 de reserva con entrega de arras que dicho contrato, "no fue suscrito ni firmado por Codesport, siendo un tercero ajeno al mismo". Como tampoco firmó el Acuerdo



de resolución del contrato de arras entre Plaza y Autocity de 21 de noviembre de 2008. Por lo demás en el "documento 0" firmado entre Codesport, Plaza y Autocity no se contiene ninguna obligación de pago de Autocity para con Codesport, ni que ésta última sociedad tenga que facturar a Autocity por los trabajos o modificaciones ejecutados a su instancia. B) En el contrato de reserva con entrega de señal no existe ninguna cláusula por la que se acuerde que Codesport facturase dichos trabajos a Autocity ni tampoco que Autocity se obligara a pagarlos *directamente* a Codesport. En la cláusula 4ª de referido contrato de 20 de febrero de 2006 Plaza, realmente asume en su integridad los costes de la construcción de las naves que se han contratado con Codesport, excepto la construcción de altillos y escaparates, que se pagarán por mitad. Pero una cosa es que Autocity se comprometa a pagar la mitad de altillos y escaparates y otra bien distinta es que dichos pagos tuviesen que efectuarse *directamente* a Codesport. C) En el Acuerdo de resolución del contrato de reserva de 21 de noviembre de 2008 suscrito entre Plaza y Autocity, en las cláusulas 5. 2 y 4. 9, citadas en el fundamento precedente, Plaza asumía todos los pagos a efectuar a Codesport por la construcción de las naves NUM007 , así como a negociar y pagar a Codesport todas las liquidaciones pendientes de la NUM001 . D) Rechaza igualmente el recurrente la afirmación sentencial (fundamento jurídico 4, página 31) de que Candido (Codesport) podía reclamar vía civil las cuatro facturas a Autocity, por cuanto hemos de reparar que Codesport no tenía relación contractual alguna con Autocity, sino con Plaza y que había sido Plaza quien le había abonado siempre todas las facturas, como entidad promotora de las parcelas. En efecto, no existe cláusula alguna por la que Autocity tuviera que abonar *directamente* a Codesport los trabajos asumidos y concertados con Plaza. E) En correo electrónico enviado el 11 de julio de 2007 por D. Marcos (representante de Autocity) a don Franco (Codesport) le dice que " Leopoldo (se entiende Leopoldo , máximo responsable de Autocity) le sugirió por teléfono que Codesport facturase a Plaza y Plaza a Autocity", que es lo que finalmente sucedió. Por tanto se concluye: 1) Si la relación contractual de Codesport lo era únicamente con Plaza. 2) Si Codesport nunca fue parte en los contratos suscritos entre Plaza y Autocity. 3) Si Codesport siempre había facturado a Plaza y después Plaza refacturaba a Autocity (hecho probado 4º, in fine). 4) Si Codesport siempre había cobrado de Plaza. 5) Si Autocity habría resuelto el contrato de arras con Plaza en lo que respecta a las naves de NUM007 . 6) Si Plaza había asumido el pago de las mejoras relativas a la construcción de las naves de la parcela NUM007 y de todas las liquidaciones pendientes de la primera fase. y 7) Si por parte de Autocity se indicó a Codesport que facturase a Plaza y Plaza facturase a Autocity carece de sustento probatorio la afirmación de que el acusado recurrente sabía perfectamente que Plaza no le debía la suma de 8.740.140 ,80 € sino que era Autocity quien se los debía. Ello no empece que, como tenemos dicho, en último término quien debía satisfacer y soportar los mayores gastos por las dos facturas de la 1ª fase de las cuatro presentadas, en tanto constituían modificaciones y mejoras, interesadas por Autocity, fuera la propia Autocity, a la que deberían repercutirse, toda vez, que las correspondientes a la segunda fase al no adquirirlas, eran de cuenta de Plaza, S.A., ya que Autocity se desligó del contrato perdiendo las arras. Esta conclusión es la misma que refleja el voto particular de la recurrida. Éste señala de forma textual que: *"Esta empresa Codesport SA, cobró las cantidades que le correspondían por la obra que le habían adjudicado, así como las que procedían por subsiguientes modificaciones del proyecto inicial. Es cierto que quien debió pagar todo lo que correspondía por las obras de la primera fase de construcción de edificios modulares de PLAZA era AUTOCITY, pues así se había pactado entre esta empresa y PLAZA...pero si se tiene cuenta que PLAZA, S.A. había autorizado dichas modificaciones, de las que traían causa los subsiguientes pagos complementarios, así como que fue igualmente PLAZA, S.A. la sociedad que le había adjudicado la obra, era legítimo para dicho acusado pensar que los pagos que recibió lo eran en base a obligaciones asumidas por PLAZA o a acuerdos a los que pudieran haber llegado PLAZA y AUTOCITY, sin que haya motivos justificados que permitan deducir que dicho acusado se concertara con el Sr. Teodulfo para disponer ilícitamente de fondos de PLAZA..."* 2. Examinados todos estos alegatos, hemos de afirmar que en el fondo se está haciendo por el recurrente una valoración de la prueba, alternativa a la realizada por la Audiencia Provincial, única a la que de forma exclusiva y excluyente le compete realizar tal valoración (artículo 741 L.E.Cr .). Ciertamente algunos de los aspectos aducidos por el recurrente, ante la contundente prueba que lo respalda, constituían razonables inferencias, con similar capacidad convictiva que las valoraciones de la Audiencia, sin embargo, aunque alguna de ellas por la fuerza argumentativa pudiera imponerse, no puede aisladamente servir para alcanzar la conclusión de que no existió prueba de cargo, para apoyar la conclusión condenatoria del Tribunal, ya que fueron muchos los actos y contratos habidos y abundantes las incidencias en su ejecución. Ahora bien, lo que debe ponderarse es si lo que determina la condena del recurrente es reclamar lo que le era debido a Plaza, S.A., en lugar de hacerlo a Autocity, y si ello supone un apoderamiento o apropiación de los caudales de la primera sociedad o facilita el apoderamiento por un tercero con el consiguiente empobrecimiento de PLAZA, S.A., por el hecho de requerir recalcitrantemente a los dos representantes de Plaza (coacusados) el pago, lo que a juicio del recurrente le era legítimamente debido. Esta cuestión habría que dilucidarla en un motivo por corriente infracción de ley, es decir, nos hallaríamos ante un problema relativo al juicio de subsunción, que ha de ser examinado en el motivo siguiente. El presente no debe prosperar.



CUARTO.- Con base procesal en el artículo 849. 1º L.E.Cr., en el motivo tercero, se alega indebida aplicación del artículo 432. 1º y 2º y 435.1º del Código Penal. 1. El tipo de malversación de caudales públicos está integrado por los siguientes elementos configuradores de tal figura delictiva, conforme a la doctrina de esta Sala (véase, por todas STS nº 1051/2013, de 26 septiembre) y que pueden resumirse en los siguientes: a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el C.P, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) Una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) Sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo. Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales. e) Ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo. Resulta de interés analizar el elemento consignado en los apartados c), d) y e), que a juicio del recurrente no concurren. El señalado en el apartado e), ánimo de lucro no lo refiere expresamente el precepto (artículo 432 del Código Penal) después de la reforma operada por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, al remitirse a los preceptos de la apropiación indebida y administración desleal.

2. Los caudales que se suponen sustraídos no poseen en opinión del recurrente la naturaleza de públicos, esto es, los fondos de la sociedad Plaza, S.A. tienen una naturaleza netamente privada, por las siguientes razones: A) PLAZA es una entidad que adoptó desde su constitución la forma mercantil, concretamente la de sociedad anónima (PLAZA, S.A.), hecho éste que es indiscutible y que carece de controversia alguna en la presente causa. B) Si bien es cierto que al tiempo de su constitución, concretamente en el año 2000, participaron en su capital social el Ayuntamiento de Zaragoza y la Diputación General de Aragón, no es menos cierto que en el año 2001 se incorporaron como socios de PLAZA las entidades IBERCAJA y CAI, siendo ambas titulares respectivamente del 17,50% del capital social de PLAZA. Es decir, que entre IBERCAJA y CAI eran titulares de un 35% del capital social de PLAZA, según se hace constar como hecho probado en la página nº 10 de la Sentencia impugnada. En el año 2002, tras una ampliación de capital, IBERCAJA y CAI pasaron a ostentar entre ambas el 36,28% del capital social de PLAZA. C) Por último, en el año 2008, es decir, al tiempo de los hechos que son objeto de enjuiciamiento, el accionariado de PLAZA, S.A. estaba integrado de la siguiente manera: - Corporación Empresarial Pública de Aragón: 59,23% - Ayuntamiento de Zaragoza: 10,19% - IBERCAJA: 30,58% Es decir, que en el año 2008, y según los propios hechos probados de la Sentencia, la sociedad PLAZA, S.A. estaba participada por capital público en un porcentaje del 69,42% y por capital privado en un 30,58%, siendo así una empresa de capital mixto, público y privado.

3. Frente a tal argumentación impugnativa la sentencia llega a la conclusión diametralmente opuesta, esto es, el capital y los bienes de la sociedad Plaza, S.A., tienen la condición de públicos, apoyándose en la siguiente argumentación: En el presente supuesto, PLAZA es una sociedad mercantil autonómica o empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón constituida en su inicio exclusivamente con capital público, Diputación General de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza. Si bien posteriormente accedieron las Cajas de Ahorros IberCaja y Cai con un 30% del capital social antes de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre. Ambas entidades tenían un marcado carácter público e intervenidas por parte de las diversas administraciones públicas, incorporándose representantes gubernamentales y locales a sus consejos de administración en una proporción que fijaba cada gobierno autonómico, participación, en todo caso de dichas Cajas, minoritaria al final en el accionariado de Plaza, S.A. Dicha sociedad desempeñaba funciones públicas, declarándose de utilidad pública e interés social y sometida a la normativa general de contratación administrativa. Por tanto, cabe concluir que el capital y bienes de la citada sociedad pública tienen la condición de fondos públicos.

4. Pese a que la Sala de instancia reconoce y declara probado que en Plaza, S.A. participaban Ibercaja y Cai con un capital del 30% y ya en 2008 con un 30,58% pero a pesar de esa participación de estas cajas de ahorro, la consideración de los fondos o caudales de la sociedad Plaza, S.A. seguían siendo públicos por las siguientes razones: 1) Por un lado, por las millonarias inversiones efectuadas por la Diputación General de Aragón a través de las Leyes de Presupuestos de las Cortes de Aragón en las anualidades indicadas en la sentencia. 2) Por otro lado, en que si bien es cierto que las entidades de crédito IBERCAJA y CAI también eran titulares del capital social de PLAZA, sin embargo, tienen una participación minoritaria en comparación con el capital de titularidad pública y además dichas entidades financieras ostentan un marcado carácter público y estaban intervenidas por parte de diversas administraciones públicas. Tales argumentos son rechazados abiertamente por la recurrente, el cual aduce que más allá de las inversiones anuales que haya podido efectuar durante los períodos indicados el accionista mayoritario de Plaza, S.A., como es la corporación Empresarial Pública de Aragón, lo trascendental a estos efectos no es tanto la inversión de cada socio, sino la composición del capital social, pues habrá que atender a éste para determinar si los fondos de la sociedad mercantil pública se consideran públicos o de naturaleza privada a los efectos del delito de malversación de caudales públicos. Además si las inversiones sociales de Plaza, S.A. en la empresa fueron importantes, más importantes fueron los beneficios, cuando



existía reparto de dividendos, a pesar de que no incluía la existencia de ganancias en el negocio. Es un hecho no controvertido que PLAZA, S.A. está participada mayoritariamente por capital público, pero también por capital privado, como lo acredita el porcentaje participativo de las referidas entidades financieras en la citada sociedad, con lo que puede afirmarse que la misma tiene la consideración de empresa mercantil pública de capital mixto, aunque mayoritariamente público. Siendo esto así, resulta un tanto anómalo que conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial de nuestra Sala Segunda del Tribunal Supremo, los fondos de estas sociedades públicas de capital mixto no tendrían la naturaleza de fondos públicos, sino de fondos de naturaleza privada, como proclama esta Sala en recientes sentencias. 5. Como acabamos de indicar la STS 627/2014 de 7 de octubre, entre otras cosas declara expresamente " *En las sociedades mercantiles, el Derecho privado despliega una mayor influencia bajo la forma societaria anónima. Ese influjo opera de manera distinta según la participación pública en el capital de la sociedad sea exclusiva o simplemente mayoritaria. Esto arrastrará consecuencias en la determinación de la naturaleza de sus fondos* ". " *Los pagos que se hacen a estas sociedades (sociedades públicas con forma mercantil de capital mixto) no se ingresan directamente en el Tesoro, ni los pagos que ella hace salen de las arcas públicas, sino de su tesorería comercial como cualquier otra empresa mercantil. Sus géneros no están en un inventario público* ". Entre otras cosas también se dice que " *dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos (SSTS de 13 de marzo y 15 de diciembre de 1992)* ". - " *En la sociedad anónima patrimonio y capital son conceptos diferenciados... y el hecho de que el capital sea público no implica que su patrimonio también lo sea... El Estado puede tener la condición de socio y con ello, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos. Pero los fondos de la sociedad no son del Estado o Administración* ". - " *En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con los de las entidades de derecho público* ". - Así pues, " *dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos* ". En la misma línea las SS.T.S 166/2014 de 28 de febrero y la 149/2015 de 11 de marzo, en un exhaustivo análisis de la cuestión, alcanzan las mismas conclusiones. Entre sus afirmaciones más relevantes podemos entresacar las siguientes: "... *Eso conduce a convertir en difícilmente admisible que los fondos de las sociedades de economía mixta controladas por el Estado -aunque sea empresas públicas- puedan considerarse públicos. Hay participación privada* ". "... *La naturaleza jurídica del capital, que su origen determina, no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad, o dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que su patrimonio también lo sea. El Estado puede tener la condición de socio y con ello, independientemente de que sea o no socio mayoritario, determinados derechos. Pero los fondos de la sociedad no son del Estado o Administración* ". Así pues, dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública, mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos, párrafo coincidente con la otra sentencia referenciada. 6. Por lo expuesto, si atendiéramos al criterio fijado por la jurisprudencia más reciente de esta Sala debería llegarse necesariamente a la conclusión de que los fondos de la mercantil Plaza, S.A. no ostentan el carácter de públicos a los efectos del delito de malversación de caudales públicos, sino de fondos de naturaleza privada. El hecho de que el porcentaje de capital privado en Plaza, S.A. sea minoritario respecto al capital público, según esta línea jurisprudencial no tendría relevancia alguna a los efectos de este elemento objetivo del tipo, como declara la jurisprudencia: las razones son dos: a) No se trata de una aportación privada **simbólica**, sino que alcanzaba al tiempo de la ejecución de los hechos un porcentaje del 30,58%, de capital social de Plaza, S.A. b) La doctrina referida del Tribunal Supremo (Sala 2ª) se aplicaría sea cual fuere el porcentaje del capital privado en la sociedad pública mercantil, diferenciándose únicamente entre sociedades con exclusiva participación pública y sociedades no participadas exclusivamente con capital público; estableciendo respecto a estas últimas que sus fondos o caudales no tienen la consideración de caudales públicos. Por su parte la Audiencia de origen mantiene y justifica el carácter público de los caudales o fondos de Plaza, S.A. afirmando que "ambas entidades (Ibercaja y CAI) tienen un marcado carácter público y están intervenidas por parte de diversas administraciones públicas, incorporándose representantes gubernamentales y locales a sus Consejos de administración en una proporción que fijaba cada gobierno autonómico". El argumento en principio no es aceptable por varios motivos, según apunta el recurrente: A) No se señala cuál es el porcentaje de participación de los supuestos representantes gubernamentales y locales. B) El hecho de que puedan intervenir en las Cajas de Ahorro representantes de entidades públicas, los fondos de las cajas se nutren de los fondos privados de los impositores, no de fondos de naturaleza pública. Por otra parte el artículo 2 de la Ley 31/1985 reguladora en aquel momento (de la ejecución del hecho) establecía la composición de la Asamblea General de las Cajas por grupos de diversa índole. Éstos grupos son los siguientes: - Corporaciones locales - Impositores de la Caja de Ahorros - Personas o entidades fundadoras de



la Caja - Empleados de la Caja de Ahorros - Entidades representativas de entes colectivos El nº 3 del artículo 2 de la meritada Ley 31/1985, señalaba; "no podrá superar en su conjunto el 40 % del total de los derechos de voto en cada uno de tales órganos, teniendo que estar representadas todas las entidades y corporaciones". Ese 40% reservado a administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público, realmente constituye una minoría respecto al resto de grupos de la Asamblea que no se consideran administración pública. Otro tanto cabe decir respecto a los Consejos de Administración, que en número no inferior a 13 ni superior a 17, lo integran representantes de corporaciones municipales, impositores, personas o entidades fundadoras y personal de la caja de ahorros. c) En tercer y último lugar hemos de tener presente el concepto y finalidad de las Cajas de Ahorro, según el artículo 2 de la Ley vigente 26/2013 de 27 diciembre que nos dice: "Las Cajas de Ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas". Consecuentes con lo que venimos afirmando el capital de las Cajas de Ahorro está constituido por los fondos de particulares. Así pues no se puede equiparar una corporación pública o una administración local con una entidad de crédito como lo es en nuestro caso Ibercaja y la CAI (Caja de Ahorros de la Inmaculada). En ningún caso se ha condenado al director o cajero de una Caja de Ahorros que sustrae cantidades de la entidad como autor de un delito de malversación de caudales públicos. Conforme al hecho probado segundo de la recurrida (página número 10) se afirma que el objeto social de Plaza es proyectar, construir, conservar, exportar (quiso decir explotar) y promocionar la Plataforma Logística de Zaragoza. En concreto en el caso que nos ocupa el objeto era **comercializar** (compra, venta y alquiler) las naves industriales o comerciales construidas por Codesport. Por otro lado constituye un hecho acreditado de singular importancia que la sociedad Plaza, S.A. ha repartido dividendos entre los socios, en los ejercicios 2006 y 2007. Es más, Plaza SA actuaba con un claro ánimo de lucro, como de hecho obtuvo beneficios, finalidad ésta más propia de una empresa o entidad mercantil que de una empresa pública. En base a tal afirmación el recurrente concluye que la actividad o función llevada a cabo por la sociedad Plaza, S.A., con la promoción de estas parcelas construidas por Codesport y que ha vendido a terceros obteniendo un lícito beneficio, no puede considerarse una **actividad pública ni de servicio público**, sino más bien una actividad típicamente privada, que hace que sus fondos o gastos efectuados o aplicados a la realización y efectividad de dicha actividad no puedan tener la consideración de públicos a los efectos del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal . **7.** A pesar de las razones aportadas por el recurrente en el presente caso se da la circunstancia de que esa corriente jurisprudencial última (SS.T.S. 166/2014 de 28 de febrero, 627/2014 de 7 de octubre y 149/2015 de 11 de marzo), la integran criterios que se dictaron antes de la promulgación de la importante Ley nº 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo articulado se establecen los parámetros para calificar de sociedad pública a una sociedad mercantil de patrimonio mixto como la concernida (art. 84.1.c y 111.1.a), en donde se proclama el criterio general (prescindiendo de particularizaciones que no afectan a la solución de la cuestión, que: - Serán sociedades mercantiles estatales aquellas mixtas en las que la participación del Estado u otras administraciones o entidades públicas es mayoritaria (superior al 50%). - Las sociedades en las que la participación del Estado u otras administraciones o entidades públicas es minoritaria (igual o inferior al 50%), se considerarán privadas. Sobre esa base es perfectamente inferible que los caudales o efectos pertenecientes a estas sociedades calificadas de públicas sean públicos. Con esos datos, a los que se debe unir el Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de fecha 25 de mayo de 2017, es patente que nos hallamos ante caudales de naturaleza pública, si bien tal conclusión ni afectará a la comisión del delito si la conducta enjuiciada no describe un acto apropiativo o de administración desleal ("apropiación indebida: art. 253 o administración desleal : art. 252 C.P. "), circunstancia que no resulta acreditada por lo que explicaremos a continuación. **8.** Dentro del juicio de subsunción procede analizar conjuntamente la conducta material apropiativa o favorecedora de la apropiación por un tercero, y sus consecuencias que es la concurrencia o ausencia del ánimo de lucro. Ningún acto o conducta relativa a un desapoderamiento injusto de los fondos de titularidad pública sin propósito de reintegrar aflora en las actuaciones. Plaza, S.A. pagó las cuatro facturas, referidas a ampliaciones y sobrecostes ocasionados por las peticiones de mejoras o complementos constructivos solicitados por Autocity del Constructor (Codesport) y que éste, previa la conformidad de Plaza, debía ejecutar, por así asumirlo, en el "Documento 0" firmado por Plaza, Autocity y Codesport el 6-9-2006. Si los pagos de las cuatro facturas hechas por Teodulfo fueron cobrados consecuencia de obras efectivamente realizadas por Codesport, no podemos hablar de conducta apropiativa, en tanto se ha procedido de conformidad a las cláusulas contractuales existentes entre las partes. La conducta es atípica. Consecuentemente queda, por ello, excluido cualquier ánimo de lucro ilícito propio o de tercero. **9.** Sobre este particular la sentencia excluye de forma nítida el propósito de obtener un lucro, o beneficio económico ilícito, ya que la Audiencia Provincial en ningún momento declara que las cantidades reclamadas no debieran ser percibidas por Codesport, más bien todo lo contrario. Una vez y otra afirma la Sala de instancia que la cantidad facturada por Codesport se corresponde con trabajos efectuados por la empresa contratista y que está legitimada para cobrarlos. Los hipotéticos defectos o deficiencias que quisieron verse en las obras (hasta



once vicios constructivos se alegaron) todos ellos, uno por uno, con contundentes pruebas periciales fueron descartados y rechazados, como desarrolla con amplitud y precisión el fundamento jurídico noveno de la recurrida. Los trabajos a los que respondían las cuatro facturas en cuestión se hicieron y se hicieron bien y con plena corrección. Sobre la legitimidad de su percepción resulta obligado hacer una abundante referencia a los aspectos de la sentencia que así lo proclaman. Veámoslos: 1) *"En el Hecho Probado Quinto declara la Sala (página nº 16 de la Sentencia) que "las obras las concluyó CODESPORT en diciembre de 2008 con evidente retraso de seis meses debido a las continuas modificaciones del Proyecto que le fue solicitando Autocity a CODESPORT, S.A., a causa de la personalización de las naves industriales que le pedían a Autocity sus propios compradores " 2) En el Hecho Probado Sexto (página nº 17 de la Sentencia) se afirma expresamente que "El exceso indebidamente pagado por Teodulfo y Juan Alberto a CODESPORT, S.A. desde 22.654.018,06 euros hasta 32.446.547,40 euros, respondía a obras de mejoras, modificaciones y alteraciones de las obras, realmente ejecutadas por CODESPORT, S.A. sobre el Proyecto original y ello por las múltiples peticiones de Autocity a CODESPORT, S.A...." 3) En el Fundamento de Derecho Cuarto se afirma por la Sala (páginas nº 29 y 30 de la Sentencia) que " Es bien cierto y probado que la sociedad mercantil "Autocity, S.L. solicitó continuas modificaciones de las naves, para personalizarlas a las exigencias de sus compradores (como por ejemplo ALOSA) por lo cual precisó de continuas suspensiones de las obras para continuas modificaciones de los Proyectos por los Ingenieros de CODESPORT, S.A. Tales suspensiones no eran imputables a CODESPORT, S.A. 4) Se añade por la Sala (página nº 25 de la Sentencia): "En cuanto a la acusación por delito continuado de falsificación...cabe decir que no puede aceptarse tal calificación, ya que las cuatro facturas de fecha 1-12-2008, no son falsas pues responden a trabajos realmente realizados por CODESPORT, S.A.". 5) En el Fundamento de Derecho Tercero se indica por la Sala que "Reconoció expresamente el acusado Juan Alberto, en el acto del juicio oral, que el acusado, Teodulfo le exhibió el día 1-12-2008 las cuatro facturas de Codesport, S.A., en las que se incluían las modificaciones y las revisiones de precios y que esas cuatro facturas aportaban una Memoria de Noviembre de 2008, en la que se justificaban las cuatro facturas que CODESPORT, S.A. pretendía cobrarle a PLAZA, S.A. 6) En el fundamento jurídico 7º se dice "A esta Sala la suma pagada por Plaza, S.A., a Codesport le sale que asciende a 32.446.545 euros, sin contar las dos certificaciones de marzo y abril de 2008 respectivamente" y añade "Esta Sala admite que el exceso sobre los 22.654.018 euros pactado está **construido efectivamente** por Codesport" 7) En el mismo Fundamento de Derecho séptim o señala la Sala (página número 32) este perito D. Luis Miguel, sostiene que lo cobrado por CODESPORT, S.A. fueron 32.446.567,40 euros y que por lo realizado CODESPORT, S.A. tenía derecho a cobrar un mínimo de 31.849.459 euros y un máximo de 36.839.502 euros, en lo cual esta Sala no discrepa, pero sí discrepa en que ese exceso de 8.740.000 euros los pagara PLAZA, S.A.". Añade que la cuantificación que hace tal perito D. Luis Miguel no la discute esta Sala, pues el total de lo pagado por PLAZA, S.A. a CODESPORT, S.A. ascendió a un total de 32.446.547,40 euros". 8) En definitiva, puede tener razón el perito D. Luis Miguel y los demás peritos aportados por la Defensa del acusado Candido de que las obras realizadas por CODESPORT, S.A. valían los 32.446.547,40 euros que finalmente pagó PLAZA a CODESPORT..." 9) Igualmente, la Sala reproduce lo manifestado por el testigo D. Blas en el acto del juicio oral, concretamente en la página nº 35 de la Sentencia, señalando que "el testigo D. Blas, Ingeniero Industrial al servicio de Escalona (debe entenderse Escaleno), manifestó en el acto del juicio oral que él personalmente dirigió la construcción de las 118 naves industriales y que lo cobrado (32.000.000 de euros) corresponde a lo certificado. De dichas consideraciones y afirmaciones efectuadas por la Sala se desprende que la misma admite y reconoce los siguientes extremos: - Que las facturas emitidas por CODESPORT se corresponden con trabajos efectivamente realizados o ejecutados y que CODESPORT debía legítimamente cobrar. - Que el importe o cuantía facturadas a PLAZA y cobrada por CODESPORT se corresponde con los trabajos efectuados. - Que las cuatro últimas facturas tenían el oportuno soporte documental acreditativo de la realidad de los trabajos y partidas facturadas. En definitiva y como bien apunta el recurrente la Sala no dice en ningún momento que Codesport no tuviera derecho a cobrar el importe facturado, sino todo lo contrario. En lo único que discrepa es que, según la Sala, era AUTOCITY y no PLAZA quien debía sufragar dicho importe, pero admite, reconoce y declara que CODESPORT tenía derecho a cobrar el importe facturado, por lo que es evidente que ningún propósito apropiativo concurría en la actuación del Sr. Candido. Como ya se ha argumentado precedentemente si atendemos a la relación contractual de PLAZA y CODESPORT y a cómo y a quién se habían ido facturando por CODESPORT todos los trabajos relativos a la construcción de las naves, era legítimo para CODESPORT pensar que las últimas cuatro facturas debían de emitirse también a PLAZA, y ello sin perjuicio de las refacturaciones o reclamaciones que pudieren producirse entre PLAZA y AUTOCITY en función de los pactos privados existentes entre ellos. Siendo esto así, difícilmente se puede pensar que CODESPORT facturase a PLAZA a sabiendas o con perfecto conocimiento de que no debía hacerlo, cuando es lo cierto que AUTOCITY nunca pagó cantidad alguna a CODESPORT por ningún concepto. El propio Magistrado de la Sala de instancia discrepante afirmó que lo único que el acusado pretendió en todo momento fue cobrar lo que le correspondía por la obra ejecutada. A la vista de todo lo expuesto es evidente que en la conducta enjuiciada no han concurrido los elementos esenciales para configurar el tipo del delito de malversación de caudales ante la ausencia de tipicidad de la conducta enjuiciada,*



con exclusión de cualquier propósito apropiativo ilícito. El acusado **recibió en pago de quien debía pagar la cantidad que le era adeudada**. Resulta absolutamente insólito que se condene al constructor recurrente como "inductor" por haber exigido a Plaza S.A. que le abonara una deuda que le era debida, porque la Audiencia entienda (dando por supuesto la resolución de esa cuestión civil) que la deudora fuera otra sociedad.

QUINTO.- Estimado que ha sido el precedente motivo por corriente infracción de ley, al no ser subsumibles los hechos enjuiciados en el artículo 432. 1 del Código Penal, huelga analizar todos los restantes motivos que parten de la existencia de delito (autoría por inducción: motivo 4º) responsabilidad civil de los artículos 109 y 116 del Código Penal, motivo 5º; responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120. 4, motivo 6º; aplicación indebida del artículo 65. 3 del Código Penal, previsto para el "extraneus" en delito propio: motivo 8º; intereses legales: artículo 109 y 116 en relación al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: motivo 9º. **1.** Sin embargo alguna atención, aunque sólo tenga consecuencias teóricas o simplemente retóricas, habría que hacer acerca de la posibilidad alternativa de condenar por delito societario o administración desleal del artículo 295 del Código Penal, para el supuesto hipotético de que los hechos no constituyan el delito de malversación de caudales públicos. La Audiencia ya dejó sentado la inaplicabilidad del precepto, que había sido derogado en la reforma del Código Penal producida por L.O. 1/2015 de 30 de marzo. Pero también a efectos de prescripción se parte de una calificación incorrecta de las acusaciones, que consideran delito continuado el libramiento por la misma persona de tres pagarés de una misma fecha, y una entrega en un solo acto y respondiendo a facturas de la misma data, lo que no permite atribuir autonomía, reputando a cada pagaré como un delito independiente, cuando realmente no lo era. La penalidad a tener en cuenta a efectos de prescripción es aquella por la que se califican los hechos en sentencia definitiva. Véase acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de octubre de 2010. Además, el delito por el que se condena de malversación de caudales no se considera continuado. **2.** Desde el punto de vista formal, no cabría reconsiderar ningún otro tipo delictivo. En efecto aparte de la malversación de caudales por la que se condena, la Audiencia en el fundamento tercero analiza uno por uno todos los tipos penales por los que se acusaba, incluso, aunque la imputación tuviera carácter alternativo o subsidiario. Así, en el fundamento jurídico segundo se excluye la aplicación del delito de fraude (artículo 436 del Código Penal), epígrafe 3º (páginas 23 y 24 de la sentencia); también del delito continuado de estafa (248, 249, 251 y 74 del Código Penal) en el epígrafe 4º; del mismo modo se niega la tipicidad del delito de administración desleal (artículo 295 del Código Penal) en el epígrafe 5º; y por fin se desestima la posibilidad de calificarlo como delito de apropiación indebida (artículo 253, 250. 1 y 74), en el epígrafe 6º, y en ese mismo apartado se excluye la posibilidad de considerar los hechos como un delito continuado de falsedad en documento mercantil (392, 390, 1º y 4º) en concurso con una estafa agravada (artículo 250. 1º, 5º). Pero además, después de haberse pronunciado la Audiencia sobre todos y cada uno de los delitos imputados, principal o alternativamente, en el fallo se **absuelve libremente** a los tres recurrentes de todos los delitos formulados por las distintas acusaciones, a excepción del delito de malversación de caudales públicos, por el que se condena. Ninguna de las acusaciones ha atacado tales absoluciones, aquietándose a las mismas. Por tanto, la absolución que procede decretar sólo permite reservar las pertinentes acciones civiles y del mismo modo que en el acuerdo de resolución del contrato del 20 de febrero de 2006 de reserva con entrega de señal o arras, que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2008 entre Plaza, S.A. y Autocity se establecía en la cláusula 5. 2 "en relación con la parcela NUM001, la empresa constructora reclama diversos trabajos que, a juicio de la misma, se encontrarían pendientes de liquidación, por lo que cada una de las partes designará a un interlocutor para que, en el plazo de tres meses desde la firma del presente Acuerdo y con arreglo a parámetros objetivos y a las obligaciones asumidas por las partes en el mencionado contrato de reserva con entrega de señal o arras, pacten la procedencia y, en su caso, los términos de tal liquidación". Lógicamente si se actuó así, pero las partes dejaron entrever que podrían hallarse ambas firmantes obligadas a soportar parte de la reclamación hecha por el constructor por obras realizadas a satisfacción y cuyo importe tenía derecho a cobrar y todavía no había percibido, es obvia que la reclamación a Plaza era procedente. Por lo expuesto procede estimar el motivo tercero dictando otra sentencia en la que se le absuelva, declarando de oficio las costas, conforme al artículo 901 L.E.Cr.

RECURSO DE Teodulfo

SEXTO.- 1. La resolución del recurso de Candido (constructor) y Codesport, evita analizar la mayor parte de argumentos y motivos por quebrantamiento de forma y vulneración de derechos fundamentales, por efecto de la aplicación del artículo 903 L.E.Cr., que con carácter analógico debe alcanzar a los otros acusados. Ciertamente que el precepto lo refiere a acusados condenados en la instancia no recurrentes. Pero cuando son recurrentes y aducen además los mismos motivos que el otro y se hallan en la misma situación jurídica, a ellos debe extenderse la decisión de la Sala, por los argumentos que los mismos alegan no alejados de los afirmados por los otros a los que se estimó el motivo. Debe darse por resuelta la queja relativa a la condición de los caudales supuestamente apropiados. Solo cabe añadir que la pretendida omisión achacada al recurrente, gerente de Plaza, de no comunicar al Consejo de Administración de la sociedad pública la resolución del



contrato de reserva con garantía de arras de 20 de febrero de 2006, que tuvo lugar en 2008, no es tal, ya que consta que el Consejo de Administración de 26 de junio de ese año tuvo noticia y autorizó la resolución del referido contrato de reserva. Véase Tomo I, anexo-Actas-contratos- y actas Consejo de Administración 2008. El Consejo de Administración acuerda "que se resuelva el contrato" y por unanimidad decide aprobar la propuesta formulada sobre la resolución del mismo con Autocity, S.L., así como el resto de las medidas propuestas sobre esta cuestión. No debe pasarse por alto que la suscripción de los pagarés, consecuencia de las facturas referidas a créditos devengados por Codesport, a consecuencia del contrato (entre Plaza y Autocity) de 20 de febrero de 2006, eran conocidos y asumidos por el señor Juan Alberto, Consejero Delegado del Consejo de Administración, que actuaba a modo de enlace entre Plaza S.L. y Codesport. 2. Respecto al propósito apropiativo propio o de tercero es evidente que si **quien** recibió el dinero de los cuatro pagarés, Candido (Codesport), constructor de las obras, le correspondía en toda su integridad percibir el importe de las que realizó sin ningún defecto y a satisfacción, es obvio que no aflora ánimo alguno de apropiarse de lo ajeno, o dicho de otro modo, si la sentencia declara debidas y procedentes las cantidades reclamadas (sólo cuestiona la Audiencia de origen que el acreedor pasara las facturas a cargo de Plaza y no de Autocity que a su juicio, es la verdadera deudora), los pagos realizados son legítimos. Sin embargo, en el recurso del ahora censurante Candido, se acreditó que estaba más que justificado que éste se dirigiera a Plaza para percibir lo debido y no a Autocity, pues sólo con el primero tenía relaciones jurídicas que le obligaban. En hechos probados se evidencian refacturaciones, para en última instancia pagar Autocity. Por otro lado constituye un dato importante que el comprador de las parcelas (Autocity) fuera introducido en las operaciones de compra exclusivamente por Plaza, ya que esta entidad era la interesada en que se vendieran las parcelas construidas. Resulta por ello lógico que al resolver el contrato de arras, con el pago de los 400.000 euros, las obligaciones de Autocity las asumiera Plaza ya que Codesport realizó las modificaciones de obra y amplió los plazos de ejecución, etc., por haberlo impuesto Plaza, (documento "0" firmado por Plaza, Autocity y Codesport) a la vez que también a Codesport le interesaba realizar más obras, si le eran satisfechos los gastos y trabajos invertidos. Tampoco podemos olvidar que las ampliaciones de obra o mejoras solicitadas por Intercity tenían que ser autorizadas por Plaza, para que Codesport las llevara a cabo (art. 80 del Contrato de reserva con entrega de arras). 3. Resulta de especial relevancia recordar la cláusula 5.2 del contrato de 21-noviembre-2008 por el que se resolvía el de "reserva con entrega de arras" de 20-2-2006, cuyo tenor literal es el siguiente: "En relación con la parcela NUM001, la empresa constructora reclama diversos trabajos que, a juicio de la misma, se encontrarían pendientes de liquidación, por lo que cada una de las partes designará a unos interlocutores para que en el plazo de tres meses desde la firma del presente Acuerdo y con arreglo a parámetros objetivos y a las obligaciones asumidas por las partes en el mencionado contrato de reserva con entrega de señal o arras, pacten la procedencia y, en su caso, los términos de tal liquidación. No cabe la menor duda que se está refiriendo a las obras de la primera fase en las que Autocity adquirió las 72 naves industriales, como refiere al apartado 4, pág. 14, in fine, de la sentencia (Hechos Probados), y a ellas se referían dos de las cuatro facturas reclamadas en esta causa, a juicio de la Audiencia, indebidamente pagadas. Pues bien, si además de quedar pendiente de dilucidar la determinación de los gastos que por mitad debían soportar Plaza o Autocity relativos a "altos y escaparates", existían imprecisiones, inconcreciones o incertidumbres sobre la delimitación de las cantidades en las que indirectamente reconoce Plaza que alguna responsabilidad de pago le alcanzara y se conciertan para concretar estos aspectos para dentro de tres meses, si antes de transcurrir se realiza el pago, sin cumplir con el compromiso aplazado de determinación de qué apartado de lo satisfecho a Codesport debía pagar Plaza o Autocity, faltaría la conciencia de malbaratar bienes públicos por parte del gerente, ya que no se había determinado lo que debía pagar uno y otro, no pudiéndose afirmar que la cantidad pagada fuera correcta o incorrecta. Por lo expuesto procede estimar el motivo 2º apartado 1º sobre inexistencia de dolo o voluntad apropiativa, en tanto se autorizaron pagos legítimos a Codesport.

RECURSO DE Juan Alberto

SÉPTIMO.- 1. También respecto a este recurrente se da por reproducida y resuelta toda la argumentación referida a la cuestión del carácter público o privado de los caudales, en tanto utiliza similares argumentos a los del primer recurrente, debiendo concretar la impugnación a los apartados 3º y 4º del motivo 9, que dedica a motivos por infracción de ley. Deben darse por rechazados aquéllos que nieguen la condición de públicos a los caudales. 2. Respecto al elemento del dolo integrado por el ánimo apropiativo propio o de tercero se hace necesario acreditar que el sujeto activo tuvo conocimiento y prestó asentimiento a la acción que pudo reportarle a él o a un tercero un beneficio económico incluso no patrimonial. Los cuatro pagarés por cuya firma aparece condenado el recurrente Juan Alberto, venían emitidos por el Director financiero de Plaza, don Santos y firmados previamente por el Director gerente de Plaza, Teodulfo, estampando su firma Juan Alberto por ser necesaria la firma mancomunada, con el Consejero Delegado o con el Presidente del Consejo de Administración. En definitiva, si quien recibió el dinero, Codesport (Sr. Candido) había realizado las obras en su integridad, sin deficiencia ni defecto alguno (ver fundamento jurídico 9º de la sentencia) y la cantidad reclamada era correcta y le era debida, no puede afirmarse de este legítimo acreedor que se lucrara



ilícitamente cuando reclama lo suyo, esto es, lo que le pertenecía. En suma, si quien percibió el dinero no se lucró, mucho menos quien facilitó que lo cobrase. No puede entenderse de otro modo la expresión "forzar a la percepción de un crédito", que en última instancia correspondía pagar en todo o en parte a Autocity, pero que la relación jurídica entre promotor y constructor se estableció entre Codesport y Plaza, sin que el primero tuviera ningún nexo jurídico con Autocity. Plaza, en su propio beneficio fue la que introdujo en un contrato entre dos a Autocity, ella fue la que le exigió la exigua garantía (arras) para desligarse del contrato que le obligaba a adquirir las naves o locales, por lo que los aumentos de costes y modificaciones que de buena fe realizó Codesport, le deben ser abonados, en principio por Plaza en cuyo poder quedan finalmente los locales con las mejoras incorporadas, sin perjuicio de las posteriores refacturaciones a Autocity. En el contrato de resolución Plaza exigía que se designaran expertos o representantes por las partes para la determinación de los costes que debía asumir una u otra sociedad (Plaza o Autocity), y en ese punto se quedó el conflicto, si bien el acreedor legítimo reclamó del único que jurídicamente podía reclamar y por fin se le pagó lo adeudado. **3.** Como conclusión y justificación de la ausencia de delito de malversación de caudales públicos, el recurrente en seis apartados resume el conflicto y resolución del problema que esta Sala en lo fundamental acepta. Así pues y como colofón: A) La sentencia impugnada considera producida la sustracción con ánimo de lucro de fondos públicos por el libramiento y entrega de 4 pagarés con fecha 1/12/2008 a favor de Codesport. A esa calificación se llega no porque las facturas se refieran a trabajos no realizados o por importes indebidos; antes bien, en la sentencia se afirma que las facturas "no son falsas pues responden a trabajos realmente realizados por Codesport" (FD 2.6). La sustracción derivaría del hecho de que el pago de esas facturas correspondería legalmente a Autocity y no a Plaza, de manera que los acusados habrían realizado el pago "sabedores de que no debían pagar las 4 facturas que de forma tan insistente les reclamaba Codesport" (FD 3). B) Para la Sala de la Audiencia Provincial es pues la patente ilegalidad del pago de esas 4 facturas por parte de Plaza lo que determina la conducta típica en la que habrían incurrido los acusados. Los fundamentos de esa calificación jurídica se identifican por la sentencia en el original pliego de cláusulas administrativas de 02/03/2005, que prohibía los sobrecostes y las revisiones de precios y atribuía al Consejo de administración de Plaza resolver los problemas de interpretación, cumplimiento y resolución del mismo contrato. C) La situación, sin embargo, es más compleja de lo planteado en la sentencia recurrida: a) para empezar, el pliego de cláusulas de 02/03/2005, que regía el contrato inicial entre Plaza y Codesport de 29/07/2005, ciertamente comenzaba excluyendo expresamente la revisión de precios "al ser éste un contrato de ejecución de obra bajo la modalidad de llave en mano" (cláusula 2.4.5), pero el mismo pliego admitía a renglón seguido la revisión de precios en caso de "aumento en las unidades de obra no previstas en el contrato y aceptadas por la propiedad" (también cláusula 2.4.5), y eso es justamente lo que sucedió en nuestro caso; b) en efecto, como no puede menos de admitir el tribunal a quo (FD 4), el contrato original entre Plaza y Codesport de 29/07/2005 fue objeto de **novación modificativa**, primero, por el contrato suscrito entre Plaza y Autocity con fecha 20/02/2006, en el que reiteradamente se adoptan contenidos que corresponde asumir a Codesport, pese a no ser parte del contrato, y finalmente en el llamado Documento 0 de 06/09/2006 suscrito por Plaza, Codesport y Autocity. D) El contrato entre Plaza y Autocity de 20/02/2006 determinó cambios significativos en el número, superficie y tipología de las naves, así como en la correspondiente urbanización; es decir, contuvo estipulaciones afectantes a un tercero (Codesport), cuya eficacia depende de la aceptación por éste (Código civil: art. 1257.2º). En nuestro caso, parece no existir duda de la aceptación, al menos tácita, de tales contenidos contractuales por Codesport, como reflejarían la suscripción del Documento nº 0, la misma realización de las obras con las modificaciones y, por supuesto, la correspondiente pretensión de pago efectivamente satisfecha. E) La duda surge en lo relativo al pago de las modificaciones, que, según el contrato entre Plaza y Autocity de 20/02/2006, tenía que haberse compartido por ambas en función de los diversos supuestos allí contemplados. La circunstancia de que todo lo terminara pagando Plaza puede explicarse por el hecho de que en ese mismo contrato se habilitara a Autocity simultáneamente: a) para introducir modificaciones sin tasa en las obras de las naves, y b) para no ejercer la opción de compra de las naves. Ambos pactos colisionaban entre sí desde el momento en que Autocity optara por no adquirir, total o parcialmente, las naves, ya que si en tal caso se mantenía el pacto sobre reparto del coste de las modificaciones, se produciría un enriquecimiento injusto por parte de Plaza al mantener la titularidad de unas naves con unos elementos de mejora pagados por Autocity. Y sin embargo, el contrato sólo preveía, en caso de no ejercicio de la reserva de compraventa por Autocity, la pérdida de las arras pactadas por importe de 400.000.- €. En virtud pues de esa contradicción en las cláusulas del contrato entre Plaza y Autocity, cabe comprender que Plaza se hiciera cargo del pago a Codesport de todas las modificaciones. F) El Consejo de Administración de Plaza intervino en los dos contratos relevantes conforme a sus atribuciones: a) en relación con el contrato de construcción de las naves, aprobó los pliegos, intervino en el procedimiento de licitación y lo adjudicó a Codesport; y b) con respecto al contrato de reserva de compraventa de las naves con Autocity, que legitimaba a ésta para introducir cambios en el contrato anterior entre Plaza y Codesport, el Consejo de Administración de Plaza, tras haber acordado antes la venta a Autocity (sesión de 21 de diciembre de 2005), aprobó el citado contrato de reserva de compraventa o, si se prefiere, lo convalidó (sesión de 21 de marzo de 2006), conoció sin oposición del plan financiero que explicaba su incidencia en el anterior contrato



con Codesport (sesión de 27 de abril de 2006), aprobó el "estado del contrato" y otros extremos tras la venta de la 1ª fase de las naves y la resolución del contrato de opción de compra (sesión de 16 de diciembre de 2008), informó en dicha fecha del Plan de Negocio de Plaza, cuyas fichas fueron remitidas a los Consejeros para su estudio, en las que constaba la revisión de precios y sobrecostes de las Naves AS, siendo aprobado dicho Plan de Negocio en sesión del Consejo de 24 de febrero de 2009 y finalmente adoptó determinadas medidas a la vista de la lentitud con que se producía la venta de las naves de la 2ª fase (sesión de 29 de junio de 2009). **3.** A todo lo manifestado hasta el momento sobre este recurrente deben añadirse, para decretar su absolución, los argumentos del voto particular que esta Sala en lo esencial hace propio. En efecto, interpretando el alcance de sus funciones dentro del organigrama de Plaza, S.A., no podemos considerar que su cometido alcanzara al control de la legalidad o regularidad de los actos de administración o disposición (operaciones) que realizara la sociedad, pues para ello estaba el gerente y el Consejo de Administración, así como los servicios jurídicos o técnicos adscritos a esa gerencia. Este acusado desde luego no tenía atribuidas labores de gestión que le permitieran vincular fondos públicos pertenecientes a Plaza al pago de trabajos realizados a la obra adjudicada a Codesport, ni tampoco se ha acreditado que conociera o pudiera conocer la supuesta ilegalidad de los pagos, ni mucho menos se ha probado que tuviera intención de beneficiar ilícitamente a un tercero. El acusado en realidad solo tenía la misión de actuar como órgano de enlace entre Plaza S.A. y su Consejo de Administración, informando a este último del desarrollo de la obra adjudicada, sin emitir opinión alguna sobre esa información. Por todo ello procede estimar los motivos aducidos por ausencia de tipicidad y por ausencia de dolo.

OCTAVO.- Conforme a todo lo expuesto procede estimar parcialmente el motivo tercero de Candido y Codesport; el motivo 2, apartado 1, de Teodulfo ; y el motivo 9 apartado 4 de Juan Alberto , todos ellos por no ser los hechos típicos y en particular, por no concurrir el propósito apropiativo en los mismos, lo que hace que se declaren de oficio las costas de este recurso. Se imponen expresamente al gobierno de Aragón por su desestimación, todo ello conforme el artículo 901 L.E.Cr .

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de ley, al reputar atípica la conducta y no concurrir ánimo de lucro (motivo 3º), interpuesto por la representación del recurrente acusado D. Candido y del Responsable Civil Subsidiario **Codesport, S.A.** , desestimando el resto de sus motivos; estimación del motivo segundo, apartado 1º, del recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Teodulfo** por las mismas causas, sin entrar a analizar sus restantes motivos por ser innecesario y estimación del motivo noveno, apartado 4º del recurso interpuesto por la representación del acusado D. Juan Alberto por iguales razones desestimando el resto de sus motivos; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de fecha 9 de febrero de 2016 , en causa seguida contra los anteriores acusados por delitos de malversación de caudales públicos y otros. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la Acusación Particular **Letrado de la Comunidad Autónoma del Gobierno de Aragón** contra indicada sentencia, condenándola al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso, con pérdida del depósito si lo hubiere constituido. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Andrés Palomo Del Arco Perfecto Andrés Ibáñez

Juan Saavedra Ruiz

RECURSO CASACION núm.: 757/2016 Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. D. José Ramón Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca D. Andrés Palomo Del Arco D. Perfecto Andrés Ibáñez D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 13 de julio de 2017. Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 22 de 2015, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 25/2015, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza, seguido por delitos de malversación de caudales públicos contra los acusados Teodulfo , nacido en Calatayud (Zaragoza) el día NUM014 -1952, cuyo estado civil no consta, con instrucción, de profesión Ingeniero Industrial Mecánico, con D.N.I. nº NUM015 , sin antecedentes penales, con domicilio en esta ciudad de Zaragoza en la CALLE000 nº NUM016 , Casa NUM017 , cuya solvencia no consta y en situación personal de libertad incondicional por esta causa, libertad de la que nunca estuvo privado, ni tampoco la tuvo restringida; Juan Alberto , nacido en Huesca el día NUM018 -1955, hijo de Sixto y de Filomena , con D.N.I. nº NUM019 , cuyo estado civil y solvencia no constan, con instrucción, de profesión arqueólogo, sin antecedentes penales, y en situación personal de libertad incondicional por esta causa, libertad de la que nunca estuvo privado, ni tampoco la tuvo restringida y con domicilio en Nueno (Huesca), en la URBANIZACIÓN000 nº NUM020 -Casa; Luis Carlos , con D.N.I. nº NUM021 , nacido en Madrid el NUM022 -1971, cuyo estado civil y solvencia no constan, sin antecedentes penales, con instrucción, de profesión Ingeniero Caminos, Canales y Puertos y en situación personal de libertad incondicional por esta causa, libertad de la que nunca estuvo privado, ni tampoco la tuvo restringida, con domicilio en esta ciudad de Zaragoza, en la CALLE001 nº NUM023 , piso NUM024 y contra Candido , nacido en Navaleño (Soria) el día NUM025 -1963, con D.N.I. nº NUM026 , cuyo estado civil y solvencia no constan, de profesión empresario, con instrucción, sin antecedentes penales, con domicilio en la CALLE002 nº NUM023 , casa NUM027 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) y en situación personal de libertad incondicional por esta causa, libertad de la que nunca estuvo privado, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados, hace constar lo siguiente: Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- Que conforme hemos argumentado en la sentencia rescindente, los hechos probados no constituyen el delito que se les imputa a D. Candido , a D. Teodulfo y a D. Juan Alberto , por no concurrir todos los elementos que configuran el delito imputado de malversación de caudales públicos, así que procede decretar su libre absolución con todas las consecuencias favorables. Respecto a los demás delitos por los que se acusó, fueron objeto de un análisis autónomo e individualizado en la recurrida para descartar su existencia; y no sólo eso, sino que en el fallo de forma específica se absuelve de todos ellos a los acusados, a salvo lógicamente del delito de malversación de caudales por el que se condenaba. Ante tal pronunciamiento se aquietaron las partes acusadoras, causando estado tal decisión absolutoria. Ninguno de ellos, a prevención, recurrió la sentencia de la Audiencia. De ahí que sólo quepa reservar a las partes las acciones que puedan corresponderles de cualquier orden, salvo el penal, para que diluciden sus controversias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que con estimación de los motivos ya referidos en la sentencia recurrida debemos absolver y absolvemos libremente a los tres acusados, D. Candido , D. Teodulfo y D. Juan Alberto , del delito de malversación de caudales públicos por el que fueron condenados por la Audiencia Provincial con todas las consecuencias favorables, declarando de oficio las costas procesales impuestas en la instancia. Alcense cuantas trabas y embargos pudieran haberse constituido, así como las demás medidas preventivas o cautelares, que se hubieren acordado con respecto a tales acusados o respecto a las sociedades cuya responsabilidad subsidiaria se exigía.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco Perfecto Andrés Ibáñez



Juan Saavedra Ruiz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ