



Roj: **SAP C 1292/2019 - ECLI: ES:APC:2019:1292**

Id Cendoj: **15078370062019100296**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **76/2017**

Nº de Resolución: **126/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE GOMEZ REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL) A CORUÑA

SENTENCIA: 00126/2019

RÚA VIENA S/N, 4ª PLANTA, SANTIAGO DE COMPOSTELA

Teléfono: 981- 54.04.70

Equipo/usuario: EV Modelo: N85860

N.I.G.: 15065 41 2 2012 0000748

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000076 /2017

Delito/falta: MALVERSACIÓN

Denunciante/querellante: Sandra , ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

Procurador/a: D/Dª MARIA AURORA GOSENDE GOMEZ,

Abogado/a: D/Dª XOSE MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ, ABOGADO DEL ESTADO

Contra: Edmundo , María Inmaculada , Emilio , Adelina

Procurador/a: D/Dª YOLANDA VIDAL VIÑAS, MARIA RITA GOIMIL MARTINEZ , BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ , BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ

Abogado/a: D/Dª RAMON SABIN SABIN, JOSE IGNACIO RODRIGO FERNANDEZ , EVARISTO NOGUEIRA POL , MIGUEL ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ

SENTENCIA nº 126/2019

=====

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. ANGEL PANTIN REIGADA

Magistrados

D. JOSÉ GÓMEZ REY (Ponente)

D. CESAR GONZALEZ CASTRO

=====

En Santiago de Compostela, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 006 de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 0000076 /2017, procedente del Procedimiento ante el Tribunal del Jurado nº 386/2012 del Juzgado de



Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Padrón y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO por el delito de MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS, contra D. Edmundo , con NIF: NUM000 , representado por la Procuradora Dª YOLANDA VIDAL VIÑAS, y defendido por el Abogado D. RAMON SABIN SABIN, Dª María Inmaculada con NIF: NUM001 , representada por la Procuradora Dª MARIA RITA GOIMIL MARTINEZ y defendida por el Abogado D. JOSE IGNACION RODRIGO FERNANDEZ, D. Emilio , con NIF: NUM002 , representado por el Procurador D. BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ y defendido por el Abogado D. EVARISTO NOGUEIRA POL y Dª Adelina , con NIF: NUM003 ,, representada por el Procurador D. BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ y defendida por el Abogado D. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ. Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, y actuando como acusación particular La Administración General del Estado y la Agencia Estatal de la Agencia Tributaria, representados por el Abogado del Estado, así como Dª Sandra , con NIF: NUM004 , representada por la Procuradora Dª MARIA AURORA GOSENDE GOMEZ y defendida por el Letrado D. XOSE MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ, actuando como Ponente el Magistrado D. JOSÉ GÓMEZ REY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se siguió en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Padrón Procedimiento ante el Tribunal del Jurado nº 386/2012 por un delito de malversación de caudales públicos contra los acusados, que dio lugar al Procedimiento ante el Tribunal del Jurado nº 40/2017 de esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, la cual por Auto de fecha 28/09/2017 estimó procedente la declinatoria de jurisdicción planteada por las defensas, declarando la incompetencia del Tribunal del Jurado para conocer de la causa.

SEGUNDO.- En el Auto mencionado en el antecedente de hecho primero se acordó la remisión del testimonio de la causa a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, por ser el órgano competente para el enjuiciamiento, acordando requerir al Juzgado de Instrucción nº2 de Padrón para que remitiera a este Órgano el original íntegro de la causa.

TERCERO.- Remitidos los autos a esta Sección de la Audiencia Provincial, se registraron como Procedimiento Abreviado el 14/12/2017 con el nº 76/2017.

Por Providencia de fecha 29/12/2017 se concedió un plazo común de cinco días a las partes para alegaran si consideraban necesario introducir modificaciones en sus escritos de calificación. Realizadas algunas modificaciones en lo que a la prueba se refiere por parte de las defensas, las acusaciones no modificaron sus escritos de acusación.

Con fecha 01/10/2018 se dictó auto de en el que se declaraba la pertinencia de la prueba propuesta.

CUARTO.- El juicio oral inició sus sesiones el día 01/04/19 y se dió por concluido el 04/04/19.

HECHOS PROBADOS

María Inmaculada , conocida como Berta , era, entre el 30 de noviembre de 2009 y el 30 de julio de 2010, Presidenta de la Fundación "Camilo José Cela". Emilio era, en esas fechas, miembro del Patronato y, por haber sido Conselleiro de Presidencia, tenía relación con los responsables políticos y administrativos de la Xunta de Galicia. Adelina , hija de Emilio , era subdirectora de la fundación. Edmundo era el director Gerente de la Fundación hasta el momento en que se acordó su despido.

El Patronato de la fundación "Camilo José Cela", en la Junta Ordinaria celebrada en Iria Flavia el día 27 de mayo de 2010, acordó por unanimidad proceder al despido objetivo de D. Edmundo , por causas organizativas, indemnizándole conforme a lo dispuesto al efecto en el vigente Estatuto de los Trabajadores.

En fecha 31 de mayo de 2010 se le comunicó al Sr. Edmundo su despido en carta firmada por Adelina en nombre de la fundación, con una indemnización de 98.000 euros, a razón de 20 días de salario por año trabajado con un límite de 12 mensualidades.

En fecha 3 de junio de 2010, en la conciliación celebrada ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), Adelina , actuando en nombre de la fundación, acordó el pago de una indemnización por despido de 150.000 euros.

El abono de esa suma se hizo mediante cheque nominativo firmado por María Inmaculada , de fecha 30 de julio de 2010. En la papeleta de conciliación se había previsto que el pago podría hacerse en diez plazos mensuales entre el 30 de agosto de 2010 y el 30 de mayo de 2011.

La Fundación "Camilo José Cela" nació como una fundación privada, que se financiaba en parte con aportaciones de empresas privadas y de instituciones públicas. En el año 2010, y en el anterior, sus ingresos



provenían mayoritariamente de subvenciones de la Xunta de Galicia. El Consello de la Xunta de Galicia acordó declararla fundación del sector público gallego el 26 de abril de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantearon por la defensa de D^a. María Inmaculada, a lo que se adhirieron las demás defensas, dos cuestiones previas: a) la falta de legitimación del Abogado del Estado para intervenir en éste proceso; b) la nulidad de actuaciones a partir de la entrada y registro en la fundación por la existencia de un hallazgo casual.

Las dos cuestiones fueron resueltas verbalmente en el acto del juicio, estimando la primera y rechazando la segunda. Es conveniente dejar constancia expresa en la sentencia de las razones de por las que adoptamos esas decisiones.

A) La falta de legitimación del Abogado del Estado.

Las defensas alegaron la falta de legitimación del Abogado del Estado al no acusar por delitos relativos a la Hacienda Pública y no mencionar hechos de los que resulten perjuicios para la Administración General del Estado, ni para la Agencia Tributaria.

El Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Acusación popular sostuvieron la existencia de la legitimación cuestionada con similares argumentos. Afirmaron que el interés del Estado es consecuencia de ser ofendido por el delito, más que titular del patrimonio dañado, por dos razones: a) la Administración del Estado realizó aportaciones relevantes de fondos, mediante subvenciones a la Fundación Camilo José Cela y tiene interés en que los fondos sean reintegrados y en defender su correcta asignación; y b) en consideración a las repercusiones tributarias de la indemnización por despido pagada al Sr. Edmundo, por las que no se ha acusado al no haber llegado a la cuota mínima de 150.000 euros pero que se pueden reclamar y guardan relación en especial con la falta de retención por parte de la Fundación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 551 dice: "

1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo..."

El Auto del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018 recuerda, con remisión a la doctrina de esa sala contenida en la sentencia 41/1997, de 10 de marzo y en el auto de 17/1/13, Rollo 691/2012 que "la acusación particular debe ser una persona ofendida o perjudicada por el delito. Tal condición es la que le permite actuar en el proceso penal, de modo que una vez constatada la existencia de tal interés afectado por el hecho delictivo se le reconoce la condición de acusación" y que "una vez cumplido el presupuesto que le legitima para actuar, puede hacerlo con toda amplitud, en las mismas condiciones que la acusación pública". Precizando conceptos generales añade que "la condición de ofendido o perjudicado es relevante para ser reconocida como acusación"; que "el art. 109 de la LEcrim. otorga la posibilidad - legitimación - para ser parte como acusador particular al ofendido por el delito. Es decir, la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil" (SSTS 754/2015, de 17 de noviembre, y 797/2015, de 24 de noviembre); y que "el ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art. 113 CP)".

El Estado, o la Administración del Estado, estará legitimado para ejercer la acusación particular en éste proceso, y el Abogado del Estado podrá asumir su representación y defensa en esta causa, siempre que tenga la condición de perjudicado u ofendido. Consideramos que no tiene tal condición por las siguientes razones:

1.- La lectura de los escritos de acusación hace patente que la Administración del Estado no es perjudicada. Nadie reclama en su favor ninguna responsabilidad civil ex delicto. El Ministerio Fiscal pide que se indemnice a la Xunta de Galicia. El Abogado del Estado no formula ninguna pretensión sobre la responsabilidad civil.

La existencia de posibles irregularidades tributarias que no sean constitutivas de delito no confiere legitimación a la Administración del Estado, o a la Agencia Tributaria, para ejercer la acusación particular. Si considera que las hubo y no están prescritas tiene en su mano los mecanismos para investigar las infracciones tributarias de índole formal, exigir los tributos no pagados si es el caso, e imponer las sanciones pecuniarias que procedan.



En numerosos delitos se producen transacciones económicas que son fiscalmente irregulares y no por ello está legitimada la Administración del Estado para ejercer la acusación particular. En cualquier caso, la tesis de las acusaciones, también la que se mantiene por la Abogacía del Estado, es que el pago de la indemnización no debió de tener lugar. Si se acepta esta tesis lo que procede es el reintegro de la cantidad a la Xunta de Galicia, reponiendo las cosas al estado anterior al pago indebido. Reposición incompatible con el devengo de tributos por un pago que según las acusaciones no fue tal y no debió de producirse.

2.- El ofendido en el delito de malversación, por el que se acusó, es siempre la Administración Pública, ya sea estatal, autonómica, local o, incluso institucional. En cada caso la administración titular del patrimonio público, de los efectos o caudales públicos malversados.

La STS 400/07, 17-5, afirma que: "El delito de malversación de caudales públicos tiene una doble naturaleza: por un lado es un delito contra la Administración Pública, razón por la cual forma parte del Título XIX del Libro II del CP, y por otro en relación con su contenido y a su propia dinámica de comisión, es un delito contra el patrimonio". La STS 211/06, 2-3 reitera que el bien jurídico protegido no es sólo la indemnidad del patrimonio público, sino sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios (SSTS 1237/97, 14-10 y 1237/03, 27-10). Pero debe aclararse que el patrimonio protegido es el patrimonio público, no el privado, de ahí que pueda decirse que el bien jurídico protegido en la malversación es la correcta gestión de fondos públicos o del patrimonio público para el correcto desempeño de la función pública. (STS 696/13, 26-9).

Las acusaciones coinciden en que los caudales públicos que dicen malversados son de la administración autonómica, de la Xunta de Galicia. Es el patrimonio de la Xunta el que se dice malversado y es esa Administración, con personalidad jurídica propia, con sus propias instituciones de defensa y representación en juicio, la que puede ver alterado el correcto funcionamiento de su actividad patrimonial. Es, pues, la titular del bien jurídico protegido y la que tiene la condición de sujeto pasivo del delito por el que se acusa. En esa condición se le hizo el ofrecimiento de acciones a lo largo del proceso y decidió no personarse, no ejercer acciones civiles y penales por estos hechos. No puede hacerlo en su lugar una administración distinta, la del Estado, cuyo patrimonio no ha sufrido merma o menoscabo por los hechos objeto de acusación.

La aportación de fondos a la fundación "Camilo José Cela" mediante la concesión de subvenciones tampoco es razón para considerar que la Administración del Estado es ofendida por el delito que se imputa a los acusados. Los hechos calificados como delito por las acusaciones se refieren a unos concretos fondos de la Xunta de Galicia, no a la totalidad de los recursos de la fundación. La Administración del Estado, al igual que otras muchas administraciones, autonómicas y locales, y que muchas empresa privadas, aportaron fondos a la fundación. Lo que no hace que todas esas entidades puedan considerarse ofendidas por el delito. Esos fondos pasaron a formar parte del patrimonio de una fundación, con personalidad jurídica propia, que fue quien los administró. Si la administración genérica del patrimonio fue irregular quien puede ostentar la condición de ofendida o perjudicada es la propia Fundación, no cada una de las persona que realizaron aportaciones para su funcionamiento y el desarrollo de sus actividades. Se hizo ofrecimiento de acciones a la Fundación "Camilo José Cela" y declinó la posibilidad de ejercitar acciones civiles o penales por estos hechos.

La conclusión es que quienes podían ejercer la acusación particular decidieron no hacerlo y quien quiso ocupar esa posición no estaba legitimada para ello.

B) Entrada y registro y "hallazgo casual".

La entrada y registro que tuvo lugar en la Fundación "Camilo José Cela" el 24 de julio de 2012 estaba autorizada en el Auto dictado el día anterior por el Juzgado de Primera instancia e Instrucción Nº 2 de Padrón (folios 35 y siguientes). En ese auto se autorizaba la ocupación de la documentación, tanto en soporte papel como informático, que pudiera guardar relación con los hechos investigados, entre los que se incluía, entre otros, la contratación de algún personal. El examen de la documentación incautada reveló la existencia de documentos de los que el Ministerio Fiscal y el juzgado de instrucción infirieron la existencia de indicios de delito en el despido del acusado Edmundo . Lo que puede calificarse como "hallazgo casual".

La defensa sostiene que la prueba practicada a partir del Auto de 23 de julio de 2012 sobre los hechos averiguados como consecuencia de ese hallazgo no previsto, relativo a hechos que inicialmente no habían sido objeto de denuncia, es nula y no puede ser valorada. Se refiere, en concreto a los correos electrónicos de los acusados.

Las SSTS de 13 y 26 de marzo de 2019 recuerdan que "En la STS nº 400/2017, de 1 de junio, se examinaba con detalle esta cuestión, admitiendo la validez de la utilización de los datos obtenidos casualmente sobre un nuevo delito en curso de la investigación realizada sobre otros hechos delictivos. Se decía así lo siguiente: "



2.4.1. Tomando como referencia la jurisprudencia más reciente de la Sala de Casación sobre los hallazgos o descubrimientos casuales (SSTS 717 o 991/2016), explica la segunda tomando como referencia la anterior y otros precedentes de esta propia Sala y del Tribunal Constitucional que: "ha afirmado el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/1998, de 24 de febrero, lo siguiente: "... el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de Policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención.. ". Como dijo la STC 41/1998, de 24 de febrero, "la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales". La STS 777/2012, de 17 de octubre dice lo siguiente: "Esta Sala Casacional ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino que también puede producirse hacia el pasado, como cuando en el curso de un registro domiciliario aparecen evidencias de otros ilícitos, o cuando las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados, siempre que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad y justifique su necesidad y proporcionalidad". En ese sentido, la STS 768/2007, de 1 de octubre, declara que "la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo".

Con cita de esas y otras sentencias las SSTS de 13 y 26 de marzo de 2019 concluyen que "nada impide utilizar en la investigación de un nuevo delito los elementos indiciarios o probatorios obtenidos casualmente en una investigación sobre otro delito distinto. En la actualidad esta posibilidad está contemplada legalmente en los artículos 588 bis i, en relación con el artículo 579 bis ambos de la LECrim". Lo que tiene pleno sentido en éste proceso, en el que el hallazgo casual es consecuencia de una entrada y registro legalmente autorizada y en el que no se ha producido con posterioridad ninguna nueva injerencia en los derechos fundamentales que precisase de la correspondiente autorización. El "hallazgo casual" se incorporó al proceso, cuyo objeto se amplió, sin que ello determine la nulidad de las posteriores actuaciones de investigación, que no requirieron de nuevas inmisiones en los derechos fundamentales de los acusados.

SEGUNDO.- El Presidente del Tribunal, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preguntó a las acusaciones si su tesis era que el delito por el que acusan existe porque todo era una simulación, con independencia de si concurrían o no las causas del despido objetivo y de que el importe pagado fuese superior al que correspondería en aplicación estricta de la ley en el caso del despido objetivo. Las acusaciones, en coherencia con los términos de sus escritos de acusación y con lo informado tras la práctica de la prueba, respondieron afirmativamente señalando que el pago de una indemnización superior a la prevista en la ley podría determinar la medida del enriquecimiento injusto del acusado D. Edmundo, pero no era penalmente relevante puesto que el delito existiría igualmente, aunque la indemnización pagada hubiese sido menor, por cuanto el pago era consecuencia de un despido inexistente, en cuanto simulado.

La tesis de las acusaciones se basa en que D. Edmundo quiere irse voluntariamente, cesar en su puesto como Director Gerente de la Fundación. Y en que para conseguir un beneficio económico se puso de acuerdo con los otros acusados para conseguir, engañando al Patronato y aparentando un despido que no era tal, que se le pagasen 150.000 euros como indemnización. Dinero que se obtendría de la Xunta de Galicia.

Las acusaciones consideran que los hechos objeto de acusación están probados mediante la inferencia que cabe realizar de la prueba documental aportada, entre la que cobran especial relieve las actas del Patronato de la Fundación, los correos electrónicos intercambiados por los acusados, que indican su connivencia, las cartas de despido y el acuerdo en el SMAC sin previa negociación, el pago de una cantidad superior a la prevista por el Patronato, y la realización del pago mediante cheque con posterioridad a recibir los fondos de la Xunta de Galicia.



Las defensas, apoyándose en las declaraciones de los coacusados, y en las de los testigos y el perito D. Alfonso , consideran que la interpretación de los documentos que hacen las acusaciones es sesgada y contraria a lo realmente acontecido, un despido motivado por la mala situación económica de la Fundación que provocó la intervención de la Xunta de Galicia para evitar su desaparición o el traslado a otro lugar.

TERCERO.- La STS 835/2010, de 6 de octubre recuerda "que la prueba indiciaria no es prueba subsidiaria, ni más débil o insegura que la prueba directa. Es la única prueba disponible –prueba necesaria– para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa y probablemente más por el plus de motivación que exige...que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo....".

En relación con la prueba indiciaria, ha de recordarse que, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2015, que "a falta de prueba directa de cargo -se dice en las SSTs. 714/2014 de 12.11 y TC. 133/2011 de 18.7, la prueba indiciaria es válida para enervar el derecho a la presunción de inocencia siempre que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (por todas SSTs. 1/2009 de 12.1, 108/2009 de 11.5 y 25/2011 de 14.3). La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, en segundo lugar, se explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común (por todas STs. 25/2011 de 14.3). Ahora bien tiene afirmado el Tribunal Constitucional -entre otras SS. 111/2008 de 22.9, 111/2011 de 4.7 -, que el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa).

CUARTO.- Delimitado el objeto del debate y precisado el valor genérico de la prueba indiciaria tenemos que examinar los concretos indicios invocados por las acusaciones para valorar si, uno por uno o en su conjunto, permiten inferir, con el grado de certeza necesario en el proceso penal, que los hechos objeto de acusación son ciertos. O si, por el contrario, no lo permiten o dan lugar a otras alternativas igualmente plausibles.

1.- La Acusación Popular dijo que la contratación de Adelina como subdirectora de la Fundación tenía como finalidad que "asumiera las responsabilidades de gestión de personal y las labores administrativas, bajo la supervisión del Sr. Director Gerente y con el propósito de ir preparando desde la propia Fundación a una persona capacitada para sustituir en su momento al actual Director General" (acta de la Junta del Patronato de 4 de diciembre de 2007, copia al folio 600 entre otros). De donde pretende inferir que ya entonces se pensaba en la marcha voluntaria del Sr. Edmundo .

La inferencia no está justificada. De una parte lo dicho en su declaración por el Edmundo es que se restringió la formación de Adelina a la asunción de las funciones de gestión, destacando que él mantenía incólume su faceta más relevante que era la de director cultural. Por lo que no era incompatible la coexistencia de los dos en la Fundación, como ocurrió durante esos años. De otra parte, formar a alguien para la asunción futura de un cargo no implica que la persona que ocupa ese cargo vaya a abandonarlo voluntariamente. Esa medida puede adoptarse para cubrir contingencias de índole muy variada, como la enfermedad, el fallecimiento, el cese voluntario o un despido para reducir costes.

2.- El Ministerio Fiscal y la Acusación popular destacaron que Edmundo manifestó al Patronato de la Fundación su voluntad de abandonar el cargo en la reunión celebrada el día

30 de noviembre de 2009. De ahí infieren que su voluntad era marcharse, cesar en el desempeño de sus funciones de forma voluntaria y unilateral. La interpretación de lo anunciado por Edmundo en esa reunión se convierte así en un indicio esencial, por sí mismo y por servir de pauta interpretativa de los correos y de otras actuaciones posteriores.

Es cierto que Edmundo explicó al Patronato las razones por la que consideraba cumplida su función, su compromiso personal con el fundador, y solicitó su marcha. Pero lo hizo de forma condicionada, precisando que la solicitaba "en las mismas condiciones que, el pasado mes de abril, rechazaron los empleados a quienes se les propusieron" (folio 626). A esos empleados se les había ofrecido por su despido indemnizaciones



superiores a las legalmente previstas y, en el caso del único despido consumado, se pactó una indemnización de 33 días de salario por año de servicio. Edmundo no dijo que quería irse voluntariamente sin más, algo que podía hacer sin necesidad de que el Patronato lo autorizara. Dijo que su marcha era posible, incluso conveniente, siempre que le pagaran una indemnización por despido en los mismos términos que a otros trabajadores. Lo que es tanto como decir que estaba de acuerdo con ser despedido, que lo consideraría razonable. En esa época la Fundación ya estaba en una mala situación económica, tenía un programa de reducción de plantilla y buscaba soluciones a través de la integración en Caixanova (Acta de la Junta del Patronato de 30 de noviembre de 2009, folios 619 a 627). En ese contexto el salario del Sr. Edmundo, del orden de los 100.000 euros anuales, era una carga para la Fundación.

3.- Las acusaciones dieron especial importancia a los correos electrónicos cruzados por los acusados, de los que infieren la connivencia para simular un despido inexistente.

3.1 Entre esos correos cabe destacar, en primer lugar, el remitido por Adelina a Berta, a Emilio y al Secretario de la Fundación (Folio 861). El correo es de fecha 4 de mayo de 2010, casi un mes antes de la aprobación del despido por el Patronato. En él Adelina comunica que tuvo una reunión con Edmundo en la que le comunicó que se había puesto en contacto con ellos "para solicitar con quien negociar las condiciones de su cese" y no había obtenido respuesta. En ese correo Adelina hace comentarios sobre el importe de la indemnización negociada por cese/despido y condiciones de pago, contenido de la carta de cese/despido, conveniencia de acudir al SMAC y la conveniencia de tener autorización de la Xunta.

Por sí solo este correo no permite inferencias cerradas. Del uso indistinto de las palabras cese y despido no cabe extraer ninguna conclusión sobre cómo va a terminar la relación laboral. Comentar el importe de la indemnización y otras cuestiones formales es normal si el despido se va a producir. La decisión sobre el despido corresponde adoptarla al Patronato pero, como es usual, las cuestiones que se incorporan al orden del día de la Junta del Patronato han de ser previamente preparadas por los órganos administrativos de naturaleza ejecutiva, entre los que están la Presidenta y el Secretario. La conveniencia de contar con la autorización de la Xunta era razonable en un momento en que estaban avanzadas las negociaciones para que la Xunta se hiciese cargo de la Fundación, lo que supondría la aportación de fondos para la reestructuración de la plantilla y la reducción de costes salariales, entre los que destacaba el salario que percibía el Director Gerente.

3.2. Se ha dado mucha importancia al correo que, en contestación al anterior, envió Berta a Adelina el 5 de mayo de 2010 (folio 862). En él dice que "como Presidenta le he dicho que él mismo arbitrará la fórmula de su despido. No habrá acuerdo con nadie, puesto que se le despide bajo mi Presidencia y dispongo que se haga según él y yo decidamos. Los servicios que ha prestado a la Fundación durante tantos años le hacen merecedor de una ilimitada generosidad".

El tono retórico del correo hace difícil extraer de su contenido inferencias concretas. D^a. Berta sabe que el despido debe ser acordado por el Patronato, lo que excluye que se haga sin más como ella y Edmundo decidan. La "ilimitada generosidad" se traduce finalmente en una cifra concreta y limitada, 150.000 euros, que es aproximadamente la que correspondería a una indemnización de 33 días de salario por año trabajado. Por otra parte, en el correo se habla de despido, no de que Edmundo cese o se marche voluntariamente. El contexto del correo eran las negociaciones con la Xunta para que se hiciese cargo de la Fundación. La Xunta, por razones de gestión y por imposibilidad de asumir formal y expresamente un sueldo como el del Sr. Edmundo, estaba interesada en su marcha. Sobre ello volveremos más adelante, al valorar la prueba testifical.

3.3. Otros correos destacados son los cruzados por Edmundo y Emilio. En uno de fecha 29 de abril de 2010 (folio 2528) tras recordar la petición formulada al Patronato el 30/11/2009, relatar su últimas gestiones, justificar su alto salario y sus discrepancias con la Xunta de Galicia, dice que "todo ello me lleva a asumir el cese como inevitable" y recuerda que "conforme a lo estipulado en el artículo 31 de los estatutos de la fundación para el cese del Director Gerente se requiere la misma mayoría con la que se adoptó el nombramiento, que en su caso particular lo fue por unanimidad.

En su respuesta de fecha 5 de mayo de 2010 Emilio (folio 2531 y siguientes) dice sobre el cese que no debe presentar la forma de dimisión encubierta, ya que ello haría imposible la indemnización, que debe presentarse como despido objetivo, que la indemnización se pagará con dinero público, mediante un crédito cuyos intereses pagará la Xunta, lo que exige cumplimiento de las formalidades, y que está de acuerdo con la cuantía de 150.000 euros, con la que también está conforme el Secretario Xeral de Cultura, no el de Presidencia. En cuanto al pago dice que se espera que se haga después de que sea realidad la concesión de la subvención al cerrarse el acuerdo en el SMAC.

A su vez Edmundo contestó en correo de 6 de mayo de 2010 (folios 2536 y siguientes) en el que, tras consideraciones sobre el devenir de la Fundación y sus reticencias a participar en el futuro reitera que "en caso de que decidieran cesarme (suspender o acabar según el diccionario) aceptaría las condiciones que se



ofrecieron al resto de los empleados". Para acto seguido añadir "No se trata de una dimisión, sino de una predisposición a negociar un despido que, por otra parte, a la Xunta le interesa, ya que no parecen razonables salarios de mi nivel y difícilmente lo podrían justificar cuando se convierta en pública (algo que, de hecho, ya sucede). Sí, efectivamente 150.000 euros equivalen al salario que cobraría de aquí a febrero de 2012, cuando cumpliré 65 años, pero nadie me podría obligar a dejarlo por una simple razón de edad y se precisaría el voto unánime del patronato". Sigue más adelante "Un despido ordinario de 45 días por año trabajado equivaldría a cerca de 220.000 euros y un despido mínimo, de 20 días por año, a 100.000, por lo que me parece razonable aceptar una oferta intermedia". Para finalizar diciendo que lo hablaría con su abogado, que confía en resolverlo amigablemente como siempre y que comprende los motivos de su despido.

Éste cruce de correos electrónicos culmina con una descripción expresa por parte de Edmundo de cuál es su posición en la Fundación y de su conformidad con que se ponga fin a la relación laboral con el pago de una indemnización de 150.000 euros. En su último correo precisa que se trata de un despido, que según él necesita el voto unánime del patronato, y que está conforme y lo comprende, que no se opondrá, si se paga la indemnización que menciona. En éste último correo se precisa que por el cese inevitable es un despido, no una dimisión. Las consideraciones realizadas por Emilio sobre la forma de presentar el cese, como despido, no como indemnización, tampoco permiten inferir con claridad un concierto para simular un despido. No son afirmaciones correspondidas por Edmundo, que califica claramente de despido su cese en la contestación. La forma de presentar una situación no indica necesariamente que lo que se presente no se corresponda con la realidad. También puede interpretarse como una prevención para hacer coincidir una y otra evitando problemas, de modo que no se hable de dimisión sino de despido cuando la decisión del Patronato va a ser la de prescindir de los servicios del Director Gerente pagando una indemnización. Presentar la situación en ese contexto, puede referirse perfectamente a vestirla jurídicamente de la forma adecuada con el fin de evitar posteriores conflictos. Otras expresiones del correo de Emilio en su mensaje pueden y deben interpretarse conforme al uso común del lenguaje. Cuando se refiere a que el pago se va a hacer con dinero público se refiere a que el dinero va a proceder, de una u otra forma, de la Xunta de Galicia. Sin que ello suponga precisión sobre el carácter público o privado del dinero en el momento de la entrega. Nótese que califica el dinero como público en el momento en que se habla de pagarlo con un préstamo hipotecario, dinero proveniente de una entidad privada, asumiendo la Xunta el pago de los intereses a la entidad bancaria. Tampoco cabe presumir concierto, que en ese caso comprendería las autoridades correspondientes de la Xunta de Galicia, que no son acusadas, por el hecho de que se hable con ellas para que "autoricen" el despido y el pago de la indemnización. En esa fase de publicación de la Fundación, cuando la Xunta va a asumir su gestión y está negociando un Plan de ajuste económico-financiero de la Fundación (folios 1631 a 1642), con una posterior Addenda para financiar los gastos de personal de la Fundación durante el ejercicio de 2010 (folios 1643 a 1645), es normal que en el curso de unas negociaciones que se tienen que haber prolongado durante un tiempo antes de su formalización se proporcione información a la Xunta, también de manera verbal y casual, en éste caso a través Emilio persona que, según sus propias palabras, actuaba como "interlocutor o comunicador". El despido o cese del Director Gerente y el coste que podría suponer era un dato relevante para la Xunta de Galicia dada su intención de asumir el control de la Fundación y de que se procediese antes a una reestructuración del gasto, reduciendo los corrientes, especialmente los del personal.

3.4 Los demás correos electrónicos intervenidos tampoco permiten inferir otra cosa. La sorpresa de Adelina al conocer la indemnización que pretende cobrar Edmundo no supone que esta sea injustificada ni, menos aún, que no se corresponda con un despido real. La palabra "argumentario" que usa en el correo cuya copia obra al folio 868 se refiere a la contratación y despido de otro trabajador que estaba en Madrid.

La conclusión es que los correos no permiten inferir por sí solos la simulación de un despido.

4.- También destacan las acusaciones como indicios de simulación: a) la defectuosa redacción de las cartas de despido, la fijación del importe de la indemnización sin una previa negociación y estudio, sin analizar si cabía el cese del Director Gerente como alto directivo, estableciéndola en la cantidad inicialmente solicitada por Edmundo; b) la posibilidad de haber pagado la indemnización por despido por causas objetivas, que fue lo acordado por el Patronato, y la ausencia de mención del coste del despido en la reunión del Patronato, unida a la confusión de intereses y a la mención de la Presidenta a la ilimitada generosidad con la que debía de ser tratado Edmundo; c) el pago por Adelina de una cantidad superior a la habilitada por el Patronato mediante un cheque, firmado por ella y por la Presidenta, que se entrega después de recibir los fondos de la Xunta que se entrega, y la ocultación de la indemnización a la Xunta en el Plan de viabilidad.

Cabe hacer al respecto, de forma sumaria, las siguientes consideraciones:

4.1. La redacción de las cartas de despido es ciertamente defectuosa y está precedida de un cruce de correspondencia o modelos con Edmundo, que inicialmente hablaba de despido disciplinario. Pero de ello no cabe inferir una simulación del despido. El error ya se había cometido antes, al tramitar el despido de



otros trabajadores. El despido por causa objetivas en condiciones legales exigía la puesta a disposición del trabajador, de forma simultánea al acto de comunicación del despido, de una indemnización por importe igual a veinte días de salario por año de servicio (artículo 53 b) del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente en la fecha de los hechos), indemnización que la Fundación no estaba en condiciones de ofrecer en ese momento.

Parece haber existido un estudio previo mínimo sobre el importe de la indemnización. Así lo declararon los testigos Irene y Silvio , abogados laboristas que dijeron haber asesorado a la Fundación y al Sr. Edmundo respectivamente. En los correos electrónicos se hace mención a su intervención. Es cierto que no constan, como es habitual, cálculos numéricos precisos. Pero esto no parece esencial cuando se llega a una transacción o acuerdo sobre la indemnización que se fija, según el Sr. Edmundo , en un importe medio entre el mínimo que cabía pagar y el máximo que podía obtener.

La posibilidad de considerar a Edmundo como alto directivo a los efectos de su cese o despido, insinuada por el Ministerio Fiscal, fue rotundamente descartada por el Catedrático de Derecho del Trabajo Alfonso , que declaró como perito. Contestando al Ministerio Fiscal dijo que no estábamos ante un contrato de alta dirección porque el Sr. Edmundo no tenía poderes omnímodos y no era el alter ego de la empresa. Era un directivo ordinario, muy cualificado, pero no sujeto a la relación especial de Alta dirección. Criterio que coincide con lo que al respecto dice la jurisprudencia al interpretar la definición normativa del personal de alta dirección, referida a " aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad" (artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección). En cualquier caso no haberse planteado es posibilidad, aunque existiese, no sería indico de simulación. Tampoco lo hizo el Patronato que acordó el despido, integrado por personas relevantes con amplia experiencia en el ámbito de la función pública y de la empresa privada.

4.2. La posibilidad de haber pagado la indemnización correspondiente al despido por causas objetivas, que fue lo inicialmente previsto por el Patronato, era dudosa. Se habían acordado cinco despidos con anterioridad y solo en un caso peculiar, el trabajador que desempeñaba sus labores en Madrid, se pagó esa indemnización. Con otro trabajador se llegó a acuerdo en el SMAC, fijando la indemnización en 33 días de salario por año trabajado. En los otros tres despidos no hubo acuerdo y dos de ellos fueron declarados nulos por violación de derechos fundamentales y el otro nulo por ofrecimiento de indemnización inferior a la legal, con las consiguientes repercusiones económicas negativas para la Fundación.

El Patronato acordó el despido por causas objetivas, remitiéndose a las disposiciones legales, pero nada objetó cuando conoció el importe de la indemnización pagada. La generosidad de la Fundación no fue ilimitada: el pago fue de 150.000 euros.

4.3. Adelina tenía poderes amplios, que le permitían negociar una indemnización superior a la prevista en el acuerdo del Patronato donde se decidió el despido con remisión a las normas del Estatuto de los trabajadores para fijar la indemnización. Su actuación fue tácitamente ratificada por el Patronato, que conoció el importe de la indemnización y no dijo nada en contra.

El pago mediante cheque era un modo normal de hacer pagos en la Fundación, cheques que en ese momento firmaban Berta como Presidenta y Adelina que desempeñaba las funciones de dirección. La realización del pago de esta forma habitual no indica nada.

Tampoco indica nada la entrega del cheque y su cobró después de la percepción de la ayuda de la Xunta a raíz de la firma de la Addenda. Antes el pago no podía hacerse por carecer de fondos la Fundación. En previsión a posibles retrasos se había pactado un pago aplazado, que se dejó sin efecto por el interés en despejar incertidumbres.

No se ocultó la indemnización a la Xunta de Galicia. En la certificación remitida para justificar los gastos en noviembre de 2010 (folio 1646) se incluye esa partida, la más elevada, como la primera de la lista. La Administración revisó el gasto y lo consideró conforme con la finalidad de las ayudas.

5.- Después de examinar los principales indicios mencionados por las acusaciones es conveniente, para dotarlos de un contexto, hacer unas referencias a la negociación y a la posición en que estaban las partes valorando también otras de las pruebas practicadas.

En la negociación Edmundo estaba en una posición de ventaja. Sin entrar a examinar si era necesaria la unanimidad para despedirlo, como él sostiene a partir de una concreta interpretación del artículo 31 de los Estatutos, todos conocían que la Fundación, a pesar de contar con un importante patrimonio, estaba en una



situación económica muy mala y que su control iba a ser asumida por la Xunta de Galicia. Los dos altos cargos de la Xunta de Galicia que declararon en el juicio, Secretarios Generales de las Consellerías que asumieron las competencias de cultura en aquellos tiempos, Abilio y Alejandro, declararon que se tenían que adoptar medidas de ajuste de personal antes de que la Xunta se hiciese cargo de la Fundación, medidas entre las que se incluía el despido del Director Gerente. Un salario como el del Sr. Edmundo, de 100.000 euros al año, superior al del Presidente y Conselleiros de la Xunta de Galicia, no era asumible cuando la Xunta se hiciese cargo de la Fundación, algo que estaba previsto que ocurriese en breve. Su situación y la de otros trabajadores tenía que resolverse con anterioridad a la toma de control por parte de la Xunta. A esas razones económicas se unían otras de distinta índole, derivadas de las previas desavenencias ente el Sr. Edmundo y la Xunta sobre el destino de la Fundación y de su patrimonio. El Sr. Candido destacó que la Fundación y la Xunta necesitaban tener certezas y que otros despidos previos se habían declarado nulos. Para afrontar los problemas y preparar la futura asunción por la Xunta del control de la Fundación ambas firmaron un acuerdo por el que establecieron el Plan de Ajuste Económico- Financiero de la Fundación (folios 1631 y siguientes, entre otros) en el que estaba previsto que la Fundación llevase a cabo un plan de ajuste de sus gastos de funcionamiento con objeto de reducir sus gastos corrientes. Plan que se complementó con una Addenda al convenio de colaboración de fecha 25 de marzo de 2010, de fecha 27 de julio de 2010 (folios 1643 y siguientes), por la que se incrementó en 225.000 euros la aportación de la Consellería de Educación y Turismo, pactando que las ayudas deberían de destinarse a financiar gastos de personal y demás accesorios generados como consecuencia de la aplicación del plan de viabilidad, donde la reducción de los gastos corrientes era un objetivo prioritario. Estas ayudas se destinaron, entre otras cosas, a pagar la indemnización de Edmundo acordada formalmente en el SMAC. El gasto se justificó ante la Xunta de Galicia en noviembre de 2010 y fue revisado sin reparos.

Según los abogados laboristas que declararon como testigos y el Catedrático Alfonso, que lo hizo como perito, el pago de una indemnización de 150.000 euros en un caso como éste no se puede considerar excesivo. Es equivalente a 29,50 días de salario por año de servicio, inferior al pactado con otro trabajador en el año 2009. Suprime los riesgos de una eventual declaración de improcedencia o nulidad del despido, riesgo real a la vista de los antecedentes de despidos previos por parte de la Fundación. Incluso afirman que no haber intentado llegar a una transacción en la conciliación sería una conducta temeraria e irresponsable.

6. La conclusión que se extrae de lo expuesto es que los indicios invocados por las acusaciones no son suficientes para inferir con certeza, más allá de toda duda razonable, que el despido de Edmundo fue una simulación. Esto es, que tal despido no existió, que todo fue consecuencia de un acuerdo o connivencia entre los acusados para dar a Edmundo un dinero sin que hubiese razón para ello, puesto que tenía la intención de marcharse voluntariamente de la Fundación.

Hemos explicado en los apartados precedentes las razones por las que los indicios aportados no permiten aceptar la inferencia que hacen las acusaciones, que tiene como piedra basilar una manifestación que Edmundo nunca hizo al Patronato: la de que pensaba cesar voluntariamente en su cargo. Lo que dijo en todo momento es que se iría sin problemas en las mismas condiciones que otros trabajadores, previa indemnización. Cese o suspensión que él mismo calificó como despido y que como tal fue acordado por el Patronato, formado por personas con conocimientos. A ello se une la situación de ventaja que le proporcionaba el contexto, la futura intervención de la Xunta, en la negociación.

La interpretación conjunta de los indicios, en el contexto señalado, no permite considerar que la única inferencia posible sea la existencia de un despido simulado. Al contrario esa interpretación hace plausible una alternativa, un despido real con pago de una indemnización de 150.000 euros con la que estuvieron conformes el Patronato y la Xunta. Para absolver a los acusados no es necesario afirmar que Edmundo nunca tuvo intención de irse y fue despedido contra su voluntad. Basta con que esa alternativa exista y sea plausible, que lo es, al menos tanto como la de las acusaciones. Como también lo son otras intermedias, por ejemplo una según la cual la intención de Edmundo de cesar voluntariamente en el desempeño de sus funciones cambió al conocer la posible y pronta asunción del control por parte de un tercero, finalmente de la Xunta de Galicia, y atisbar la posibilidad de cobrar una indemnización por un despido que consideraba inminente e inevitable por la entidad de su salario. También en esta hipótesis, y en otras que no es necesario enunciar, el despido con indemnización de 150.000 euros sería un despido real, no una simulación.

La tesis de la simulación que mantienen las acusaciones es una entre las varias que cabe inferir de los indicios y del resultado de la prueba. Ni siquiera es la más plausible. Por eso no se pueden declarar probada la existencia de la simulación, hecho nuclear del que las acusaciones hacían depender la existencia del delito. En consecuencia los acusados deben ser absueltos del delito por el que fueron acusados.

QUINTO.- Lo dicho es suficiente para fundamentar un pronunciamiento absolutorio. Pero la eventualidad de un recurso hace conveniente que nos pronunciemos sobre dos cuestiones jurídicas tratadas a lo largo del juicio,



relevantes para la calificación jurídica de los hechos en el caso de que se llegasen a considerar ciertos aquellos por los que se formuló acusación.

El delito de malversación por el que se acusa tiene por objeto el patrimonio público, los caudales o efectos públicos (artículo 392 del Código Penal). En relación con ese elemento objetivo se ha discutido si la Fundación "Camilo José Cela" era, en la fecha de los hechos, una fundación pública o privada. Vinculado a lo anterior también se ha planteado que los fondos con los que se pagó la indemnización a Edmundo son fondos públicos aunque la fundación fuese una persona jurídico privada.

1.- La naturaleza pública o privada de la Fundación .

Las acusaciones sostuvieron que la Fundación "Camilo José Cela" era en mayo de 2010, cuando se acordó el despido, una fundación pública.

Esta tesis se apoya en la dicción literal del artículo 58.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, que al regular las fundaciones del sector público de Galicia da de ellas el siguiente concepto: "Se entiende por fundaciones del sector público de Galicia aquellas fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos públicos y demás entidades empresas del sector público autonómico o aquellas cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la comunidad autónoma, siempre que en este último caso la comunidad autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección".

Esa interpretación, que a modo de posibilidad y a los fines de la continuación del procedimiento también fue acogida por esta Sección en su Auto de 3 de junio de 2016, se basa en la literalidad del precepto. Según ella la Fundación formaba parte del sector público de Galicia por provenir sus ingresos mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma durante ese año 2010 y por estar entre los miembros del patronato, aunque fuese en minoría, la Comunidad Autónoma.

Si se mira más despacio la conclusión debe ser otra. El artículo 59 de la misma Ley, decía en su número 1 que "la creación y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, así como la modificación de sus estatutos, deberán ser autorizadas por acuerdo del Consello de la Xunta, que determinará las condiciones generales que han de cumplir todos estos actos y designará a la persona que deba actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, su representante o representantes en el patronato". En ese precepto se exige un acto formal, un acuerdo del Consello de la Xunta, para la creación, extinción o modificación de las fundaciones del sector público.

Esa previsión debe extenderse a los casos de transformación de una fundación privada en una fundación pública, que son equiparables a los de creación de una fundación pública que antes no existía como tal. Es una previsión razonable. Una cosa es la existencia de los requisitos materiales para la creación de la fundación pública, que hacen surgir la facultad o el deber de crearla por la Administración. Otra la necesidad de un acto formal en el que se constate la existencia de esos requisitos y se ejerza la facultad o se cumpla el deber legal. La existencia de este acto formal es una garantía de seguridad jurídica que no puede soslayarse. La naturaleza pública o privada de la fundación influye en su modo de actuar en el tráfico jurídico y debe de ser conocida por los terceros. Por otra parte, la naturaleza pública o privada no puede variar dependiendo de circunstancias aleatorias y coyunturales. No es razonable que una fundación sea pública un año, por proceder sus ingresos mayoritariamente de subvenciones en ese ejercicio, y privado al siguiente, por haber disminuido las subvenciones o haberse incrementado los ingresos privados.

En éste sentido la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, con regulación más clara, dispone que son fundaciones del sector público gallego aquellas en las que concurra la siguiente circunstancia: Que sus ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección (artículo 113.1 c)). Pero sigue añadiendo que "La constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma, los actos que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico, o la adquisición de tal carácter por una fundación preexistente, deberán ser autorizados por acuerdo del Consejo de la Xunta, que determinará el contenido de los estatutos y designará a la persona o personas que deban actuar en el acto de constitución, así como los miembros que, en representación de la Xunta de Galicia, formen parte del patronato" (artículo 114.1).

Los actos de la Administración Autonómica se acomodaron a esa interpretación, que es la razonable. La Fundación "Camilo José Cela", era de naturaleza privada cuando se creó por su fundador y con esa naturaleza siguió hasta que el Consello de la Xunta adoptó la decisión de incorporarla como entidad pública el 26 de abril de 2012.



2.- El carácter público o privado de los fondos entregados en concepto de indemnización.

Si la fundación fuese pública no cabe duda de que la misma consideración tendrían los fondos que manejaba.

El Ministerio Fiscal dijo en su informe que los fondos son originariamente públicos y que no pierden ese carácter por ir a una sociedad o empresa. Para el Ministerio Fiscal eran fondos públicos cuando entraron en la fundación y lo seguían siendo cuando salieron. En apoyo de su argumentación invocó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017.

Lo entregado a la Xunta por la Fundación como consecuencia de la Addenda al convenio de colaboración fue una ayuda o subvención. La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones ofrece una definición de subvención en su art. 2, caracterizada por las notas de tratarse de una atribución patrimonial realizada "sin contraprestación directa de los beneficiarios", dirigida al "fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública" y "sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales o formales que se hubieran establecido". En este concepto tienen cabida las ayudas para financiar gastos de personal de la Fundación.

Los caudales de la subvención dejan de ser caudales públicos desde el momento en que ingresan en el patrimonio del particular. Se incorporan al patrimonio del beneficiario, adscritos al cumplimiento del fin. Como consecuencia de esa incorporación si del patrimonio pertenece a una persona jurídica privada dejan de ser fondos públicos y pasan a ser privados, aunque sigan adscritos al fin para el que fueron concedidos. Por eso se prevé de forma específica en el artículo 308.2 del Código Penal el delito de fraude de subvenciones, con el que se protege "el interés de la Administración en el cumplimiento del plan, proyecto o fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones" o ayudas públicas.

El Acuerdo de 25 de mayo de 2017 no presta soporte a otra conclusión. Dice que "Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurren" las circunstancias que enumera. Todas ellas se refieren a sociedades participadas por personas públicas o a sociedades públicas. No era el caso de la Fundación Camilo José Cela, una fundación privada con patrimonio fundacional privado en las fechas en que recibió la subvención.

3. La conclusión es que los fondos con los que se pagó la indemnización a Edmundo, públicos en su origen, se integraron en el patrimonio de la Fundación y eran privados en el momento en que se entregaron, por lo que no podían ser objeto del delito de malversación.

En otro caso, ante las complejidades de la cuestión, estaríamos ante un error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción criminal que excluiría la responsabilidad criminal (artículo 14.1 del Código Penal).

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las costas de éste procedimiento se declaran de oficio.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución en nombre de S.M. El Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español.

FALLO

Absolvemos a D^a. María Inmaculada, D. Emilio, D^a. Adelina y D. Edmundo del delito de malversación de caudales públicos por el que fueron acusados, declarando de oficio las costas del proceso.

Notifíquese esta sentencia al acusado personalmente, y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de su razón, incluyéndose el original en el Libro de sentencias, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.