

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por José María, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y, dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Cano Lantero.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 17 de Valencia, incoó Procedimiento Abreviado con el número 141 de 2011, contra José Maria, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Cuarta, con fecha 17 de octubre de 2013, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

Hechos probados:

Único: José María, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 1 de septiembre fue contratado como empleado laboral a tiempo completo pero con carácter de interino, para desempeñar las funciones de administrador del Instituto Valenciano de Atención a los Discapacitados y Acción Social (IVADIS), entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia, adscrita a la Consejería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, que dispone de los recursos que le son asignados con cargo a los Presupuestos de la Generalitat Valenciana, de los productos y rentas de su propio patrimonio, de las herencias, legados y donaciones que reciba y de cualesquiera otros recursos públicos que les atribuyan, destinados a desarrollar sus fines de protección y tutela de los discapacitados psíquicos y de los afectados por otras discapacidades, así como de prestación y ejecución de actuaciones en materia de servicios sociales y acción social.

Concretamente, José María tenía encomendadas, entre otras funciones de administración, la dirección del Área de Contabilidad y la autorización de pagos a proveedores y demás titulares de créditos contra la entidad, para lo cual personalmente remitía los ficheros informáticos con las órdenes de pago a las correspondientes entidades bancarias, haciendo constar en estos

documentos informáticos el nombre del proveedor, la suma que se le abonaba y el número de cuenta en el que se debía realizar el ingreso.

Sin embargo, con el propósito de enriquecerse de forma ilícita procedió a manipular los datos contenidos en los ficheros informáticos de transferencias que eran remitidos a las entidades bancarias, de manera que si bien en el fichero constaba que el orden de transferencia era en relación con el pago de una factura a un proveedor del IVADIS, cambiaba la cuenta de destino de la transferencia, consignando cuentas bancarias titularidad del acusado, o de la entidad Servicios Globales de la Tercera Edad S.L., sociedad dirigida de hecho por el acusado y de la que era el titular de la mayor parte del capital.

En otras ocasiones consignaba en el fichero que se trataba de anticipos de nómina, sin indicación del trabajador que supuestamente percibía dicho anticipo, o consignaba identidades de personas que no trabajaban en el IVADIS o de trabajadores del IVADIS, que no habían solicitado ningún anticipo, designando como cuentas para realizar el ingreso cuentas titularidad de su mujer, María del Carmen, quien desconocía los manejos del acusado.

De esta manera, José María, desde noviembre de 2008 hasta diciembre de 2010 consiguió desviar de las cuentas del IVADIS e incorporar a su patrimonio las siguientes cantidades:

- 30.609,42 E que ingresó indebidamente en la cuenta ... , titularidad de Servicios Globales de la Tercera Edad SL.

- 9.126,76E que ingresó indebidamente en la cuenta ..., titularidad de Servicios Globales de la Tercera Edad SL.

- 2.600 E que ingresó indebidamente en la cuenta ..., titularidad de Maria del Carmen.

- 2.202 E que ingresó indebidamente en la cuenta ..., titularidad de María del Carmen.

- 31.556,22 E que ingresó indebidamente en la cuenta ..., titularidad personal del acusado.

- 66.801,95 € que ingresó indebidamente en la cuenta ..., titularidad personal del acusado.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO: Condenar a José María, como autor criminalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos, a la pena de cinco años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años, más el abono de las costas procesales.

Igualmente se le condena a que pague a IVADIS la suma de 142.896'35 euros, con los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC, y a que pague subsidiariamente, como propietario y legal representante de la entidad Servicios Globales de la Tercera Edad DL, la suma de 39.736'18 euros, también con los citados intereses.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone, abonamos al/os acusado/s todo el tiempo que ha/n estado privado/s de libertad por esta causa si no lo tuviere/n absorbido por otras.

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

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos de casación.

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim., concretamente el contemplado en el art. 24.2 CE.

Segundo.- Al amparo del art. 851 LECrim. por no resolverse todas las cuestiones planteadas.

Tercero.- Al amparo del art. 849 LECrim. por indebida apreciación de la continuidad delictiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintitrés de septiembre de dos mil catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ, y art. 852 LECrim, concretamente el art. 24.2 CE, en cuanto al derecho a la presunción de inocencia, y a la vulneración del principio de Juez predeterminado por la Ley.

1º Se sostiene en el motivo que la calificación de las acusaciones tanto del Ministerio Fiscal como de la Generalitat se refiere el art. 432 CP, a través de la remisión que el mismo hace el art. 435, mediante la ampliación de quien puede ser sujeto activo del citado ilícito penal, por lo que conforme a lo dispuesto en el art. 1.2 i) de la Ley del Jurado, la causa debería haberse seguido por los tramites del Tribunal del Jurado, dado que el art. 435 no tipifica delito alguno habiéndose producido vulneración del Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Queja del recurrente que resulta inaceptable.

En efecto como hemos dicho en SSTs. 942/2011 de 21.9, 729/2012 de 25.9, 1053/2013 de 30.9, según constante doctrina de esta Sala de casación y también del Tribunal Constitucional, la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Y dicho derecho no resulta vulnerado cuando se trate de un mero deslinde y amojonamiento de distintos y colindantes ámbitos de actuación en hipótesis polémicas o en situaciones problemáticas, no suponiendo por tanto la ruptura deliberada del esquema competencial (STC 35/2000, 93/1998, ATC 262/1994, de 3 de octubre, STS de 15-3-2003, núm. 370/2003 e igualmente podemos añadir en consonancia con la STS 25.2.2010) que las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho constitucional al juez predeterminado por la Ley.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional las cuestiones de competencia reconducibles al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/1984, de 26 de marzo, 8/1998, de 13 de enero, 93/1998, de 4 de mayo y 35/2000, de 14 de febrero, entre otras).

El derecho al Juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al Órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la Sentencia 35/2000, del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero, recogiendo lo ya expresado en el A.T.C 262/1994, de 3 de octubre.

Este mismo criterio lo mantiene el Tribunal Constitucional en multitud de resoluciones, de las que es exponente la STC nº 157/2007, de 2 de julio y esta misma Sala del Tribunal Supremo lo ratifica entre otras, en SS.T.S. de 14 de noviembre de 2.006, 28 de febrero de 2.007, 18 de noviembre de 2.008, 21 de noviembre de 2.008, 1 de julio de 2.009, 25 de febrero de 2.010.

Y en el caso presente no puede sostenerse de ninguna manera que la atribución de la competencia a la Audiencia Provincial haya sido precipitada, infundada y, mucho menos, arbitraria.

En efecto la competencia de la Audiencia Provincial se deriva de que en el Capítulo VII del Título XIX, delitos contra la Administración Pública, junto con la malversación propia en la que el sujeto activo es autoridad o funcionario público, art. 432 a 434, se regula la malversación impropia, art. 435, que parte de la función de asimilar al funcionario público al encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas (apartado 1º), al particular designado como depositario de caudales o efectos públicos (apartado 2); y al administrado o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, asimilando aquellos bienes a las caudales públicos (apartado 3).

Pues bien la LOTJ limita su competencia a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, art. 1.1.b) y en concreto al delito de malversación de caudales públicos -arts.- 432 a 434, art. 1.2.i- sin incluir los supuestos de malversación impropia del art. 435.

Las acusaciones en sus escritos de calificación -no olvidemos que son los hechos y calificación jurídica de las acusaciones lo que debe servir de base para la determinación de la competencia objetiva -no consideraron al acusado funcionario público y basaron su acusación en el art. 435 que extiende los tipos de malversación a los particulares encargados por cualquier concepto del manejo de caudales públicos, y la sentencia impugnada- lo que no es cuestionado en el recurso- parte de esa no consideración de funcionario público del acusado, atendiendo " a la inexorable prueba del contrato laboral confesado por el acusado, su carácter interino además,

sin ningún vínculo estatutario o administrativo, y sujeto inexcusablemente a las reglas del convenio laboral, que a la postre ha sido el determinante del uso de la jurisdicción social para dirimir las controversias derivadas de la baja voluntaria y sus circunstancias, fuera por completo de la casuística interpretativa del art. 24.2 del CP, ya que el acusado no consiguió su trabajo por una disposición inmediata de la Ley, ni por elección, ni por nombramiento de autoridad competente y mucho menos a los efectos de participar en el ejercicio de funciones públicas, su misión era la de administrador de la entidad”.

Siendo así nos encontramos ante un supuesto de malversación impropia no incluíble entre los delitos competencia del Tribunal de Jurado.

La queja del recurrente resulta, por ello, infundada.

SEGUNDO.- En segundo lugar se argumenta que no se ha acreditado que el acusado dispusiera de caudales públicos, al no tener esa condición las sumas administradas por el mismo, faltando el elemento objetivo del tipo aplicado.

Ciertamente no existe un concepto legal de “fondos, caudales o efectos públicos, a diferencia de otros ordenamientos como el francés singularmente (derniers publics).

La progresiva ampliación del sector público con la aparición en su seno de entidades que vienen a prestar servicios de responsabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, ni uno y otro caso en régimen de Derecho privado, acrecienta la dificultad.

Con carácter general son efectos públicos los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas (STS. 874/2006 de 18.9). Y cuando los entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenece al ente público matriz, los fondos de aquella son fondos públicos.

En este sentido la reciente STS. 166/2014 de 28.2, recuerda: La naturaleza jurídica de los caudales de las empresas públicas es materia controvertida. Su claro e indisimulable componente mercantil convive con el control que sobre ellas ejerce la Administración, en este caso autonómica. Se impone un esfuerzo de diferenciación entre la variada tipología de empresas públicas para alcanzar una conclusión sobre la condición de caudales públicos o no de sus fondos y patrimonio. Como es sabido en el horizonte actual proliferan en virtud del

fenómeno ya aludido plásticamente bautizado como "huida del derecho administrativo": se busca la agilidad y operatividad del derecho privado y mercantil escapando de la rigidez y esquemas burocratizados de la actividad administrativa. El intervencionismo del Estado en la economía mediante actividades de esa naturaleza se realiza a través de organismos autónomos o de empresas públicas que también asumen funciones propias del órgano público. Las empresas públicas a su vez pueden ser sociedades de exclusivo capital público o sociedades de economía mixta en las que la Administración solo tiene una participación.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, señala

"1.- En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de Empresas públicas, [...] tendrán aquella consideración:

a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos Autónomos.

b) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado".

Concurren al diseño jurídico otras normas: el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre que define el Sector público estatal, o la disposición adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la administración General del Estado, modificada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tal disposición introduce unas peculiaridades en el régimen de las sociedades mercantiles estatales.

Al estar ante una empresa surgida en el ámbito autonómico esas referencias estatales tienen solo un valor relativo. Es el ordenamiento autonómico el que debe ser escrutado para decidir la cuestión debatida que no está condicionada en absoluto por el hecho de que las empresas públicas se rijan por normas de derecho privado, actuando en el tráfico mercantil y las normas de derecho administrativo resulten inoperantes para el cumplimiento de sus fines. La pureza conceptual de otras ramas del ordenamiento se diluye en el derecho penal en función de los intereses tutelados.

Las empresas públicas mercantiles son parte del sector público como se sostiene el art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y, en su ámbito, el art. 2 de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre. Si las cuentas de las empresas públicas pueden ser fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas al estar aquellas, inequívocamente incluidas en el sector público, también les alcanzará la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran sus administradores.

Los argumentos relativos al control de las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, son predicables respecto de las sociedades mercantiles públicas. Jurídicamente la distinción se relativiza: ambas son conceptuadas como empresas públicas.

Sin embargo existen diferencias de relevancia entre unas y otras que para algunos implican la imposibilidad de asimilación. 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.

Respecto de estas sociedades, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, negó en algún lejano precedente el carácter público de su capital, bienes y mercancías, argumentando que la naturaleza de la sociedad es esencialmente mercantil y persigue una finalidad lucrativa, por lo que "no hay razón alguna para hablar de caudales públicos" (STS de 13 de marzo de 1992): "[Se trata de] una sociedad mercantil concesionaria de un monopolio, con un fin lucrativo, gestionada mercantilmente y obtiene unos beneficios de los que tiene que abonar al Estado, a cambio de la concesión exclusiva, una parte y en sus órganos rectores hay una representación del Estado para velar por el cumplimiento del contrato y supervisar los resultados económicos. Y eso es todo y no es suficiente para atribuir a sus bienes, géneros comerciales, capital e ingresos el carácter de caudales públicos. Los pagos que se le hacen 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".

Pero en la doctrina se manejan otros parámetros. Unos de tipo funcional. Otros de realidad jurídica subyacente. Lo que podría privar del carácter público a los caudales de la sociedad no es tanto la naturaleza mercantil de la sociedad sino su condición específica de sociedad anónima que comporta una diferenciación de personalidad jurídica. Eso conduce a convertir en difícilmente admisible que los fondos de las sociedades de economía mixta controladas por el Estado -aunque sean empresa pública- puedan considerarse públicos. Hay participación privada. La sociedad anónima es una sociedad siempre capitalista en la que apenas interesan las condiciones personales de los socios sino su participación en el capital social. En la sociedad anónima patrimonio y capital son conceptos diferenciados: Aquél es el conjunto de derechos y

obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social, no a los socios. El capital social es la suma escriturada de los valores nominales de las acciones. Sólo coincide necesariamente con el patrimonio en el momento fundacional. La sociedad anónima es una persona jurídica independiente de los socios. Por ello, la naturaleza jurídica del capital, que su origen determina, no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea. El Estado puede tener la condición de socio y, con ella, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos. Pero los fondos de la Sociedad no son del Estado o Administración.

Ahora bien cuando las Administraciones públicas utilizan la forma de la sociedad anónima de exclusivo capital público para la gestión de determinadas funciones y servicios cambia sustancialmente la perspectiva y el argumento aducido sería artificioso. El hecho de que el capital de la sociedad esté íntegramente desembolsado por el Estado, modifica ontológicamente la situación descrita respecto de las sociedades de economía mixta con capital público, mayoritario o no. De este modo si podría considerarse irrelevante para establecer la naturaleza de los caudales el que la participación pública sea mayoritaria o minoritaria, que se trate de una sociedad con exclusivo capital público sí resulta decisivo.

Se produce una identidad entre patrimonio social y patrimonio del socio.

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.

Aunque formalmente los patrimonios no se confunden, resulta imposible mantener la naturaleza privada de los fondos de la sociedad, dado que, a diferencia de las sociedades mayoritariamente participadas por el Estado, el destino de todos sus caudales es el Erario público, con lo que ha de sostenerse que, la naturaleza de dichos fondos es pública.

Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente 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. (SSTS de 13 de marzo o 15 de diciembre de 1992) Ahora bien en relación a sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionista, es decir la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación.

La jurisprudencia en algún caso ha alentado esa visión, no en relación a sociedades estatales con capital exclusivamente público, pero sí en el ámbito local. La STS de 5 de febrero de 1993, considera públicos a efectos penales los fondos de las sociedades municipales o provinciales, aunque es justo reconocer que lo hace en atención, no solamente a que su capital sea exclusivamente público, sino a que los órganos de la sociedad vienen determinados por las normas de Derecho Administrativo y no por las de Derecho Privado y porque, además, desarrollan funciones públicas. Al hilo de la argumentación se contiene una interesante afirmación: "si estos entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenezca al ente público matriz, los fondos de aquélla son fondos públicos".

En el caso presente en el factum se considera probado que el Instituto Valenciano de Atención a los Discapacitados y Acción Social (IVADIS) -en el que el acusado desempeñaba funciones de administrador contratado como empleado laboral a tiempo completo con carácter de interino- es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica, adscrita a la Conserjería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, que dispone de los recursos que le son asignados con cargo a los Presupuestos de la Generalitat, de los productos y rentas de su propio patrimonio, de las herencias, legados y donaciones que recibía y de cualquiera otros recursos públicos que les atribuyan destinados a sus fines de protección y tutela de los discapacitados psíquicos y de los afectados por otras discapacidades, así como de prestación y ejecución de actuaciones en materia de servicios sociales y acción social.

Carácter de entidad de Derecho público de IVADIS que la Sala de instancia considera acreditado por la documental de su constitución, y el objeto social público por el reconocimiento del propio acusado y la testifical practicada en el plenario, así como por el hecho de que la entidad encargada de auditar y fiscalizar sus cuentas fuese pública. La sindicatura de Contes- sin que el hecho de que la materialización de la auditoría se llevara a cabo por una empresa privada en virtud de una delegación, pueda alterar su condición de entidad pública.

Por tanto, resultando incuestionable que IVADIS no persigue una finalidad comercial sino que realiza una función pública como es la protección y tutela de discapacitados, sus fondos son caudales públicos y forma parte del sector público autonómico.

TERCERO.- El motivo segundo por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECrim, por no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

1º Plantea, en primer lugar, que en el momento inicial de la Vista, la defensa planteo la nulidad de las actuaciones al haberse seguido tramite distinto del que viene predeterminado por el delito por el que se actuaba como era el del Tribunal del Jurado, y de la lectura de la sentencia se echa la falta de resolución sobre este punto, desde el momento en que el Presidente del Tribunal en el momento del planteamiento, después de escuchar al resto de las partes, se limitó a indicar que la vista seguiría adelante y en la sentencia se resolverían tales extremos, lo que no se ha producido.

Respecto a la incongruencia omisiva, arts. 851-3 LECr, la jurisprudencia, por todas STS 1290/2009, de 23-12, tiene dicho que este vacío denominado "incongruencia omisiva", SS 721/2010 de 15-10, 1029/2010, de 1-12, 1100/2011 de 27-10, o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia.

"Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96, 18.12.96, 29.9.99, 14.2.2000, 27.11.2000, 22.3.2001, 27.6.2003, 12.5.2004, 22.2.2006, 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC 15.4.96).

b) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97).

3) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).

Situación que sería la contemplada en el caso presente, en el que tal como se ha analizado en el motivo precedente, la parte ha planteado por infracción de precepto constitucional la vulneración del principio de Juez predeterminado por la Ley y ha merecido ya respuesta de esta Sala, y en todo caso la sentencia de instancia, al negar al acusado la condición de funcionario público, implícitamente está afirmando la falta de competencia del Tribunal del Jurado.

2º En segundo lugar cuestiona que la sentencia tampoco resuelva el tema de la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa Servicios Globales de la Tercera Edad SL, al no haber acusado a los órganos de dirección de esa mercantil y declararla luego responsable civil subsidiaria sin hacer mención en la sentencia de cuál es el nexo causal que permite esa derivación.

Con independencia de que la sentencia, fundamento jurídico 6º sí razona sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la referida empresa, al basar la misma en que "el acusado es el propietario y titular de la misma y operaba utilizando su nombre, hecho que forma parte de la acusación conocida por él", lo que puede subsumirse en el art. 120.4 CP.; la doctrina de esta Sala -por todas STS. 643/2007 de 3.7- ha precisado que el procesado no se haya legitimado para impugnar cuestiones relativas a la responsabilidad civil subsidiaria, cuyo alcance le ha de ser indiferente. Es parte pasiva a la causa, al atribuirsele la comisión de un delito y derivadamente unas responsabilidades civiles, no pudiendo pues ejercitar una pretensión civil tendente a la declaración de determinada responsabilidad civil subsidiaria".

Así relacionado con lo anterior es doctrina reiterada de esta Sala, por todas SSTs. 987/2011 de 5.10 y 84/2010 de 18.2, y del Tribunal Constitucional SS. 13.5.88, 6.4.89, y 181/92 de 3.2, que la casación se concibe únicamente para defender y ejercitar derechos propios pero no ajenos.

Tal conclusión encuentra su fundamento en que el derecho a impugnar la sentencia de instancia, es un derecho individual e intransferible, no pudiendo ser asumido por terceros, ni siquiera bajo el pretexto del beneficio indirecto que le reportaría la estimación de su responsabilidad o la falta de la misma.

En esta dirección la STS 1920/92 de 22-9 recordó que aquí se trata de defender derechos ajenos y los recursos se conciben y trazan para la defensa de los derechos propios y personalísimos (STS 20-12-90).

Más recientemente el Tribunal Constitucional en sentencia 123/2004 de 19.4, señaló que: "...este tribunal ha reiterado que el recurso de amparo tiene por objeto la defensa de derechos fundamentales propios y no ajenos (por todas STC. 132/97 de 15.7), por lo que, merced a la necesidad de una interpretación integradora del art. 46.1 b LOTC. con el art. 162.1 b, CE el requisito de haber sido parte en el proceso judicial previo no es siempre suficiente para poder determinar con carácter general la existencia de legitimación".

En definitiva no hay posibilidad de admitir la defensa de derechos ajenos cuya titularidad corresponde a personas cuya representación no se ostenta. Por tanto, cuando se interpone un recurso tiene que ser la condición y limitación impuesta por la ley "ab initio". Otra solución impondría una invasión de facultades reservadas a otras partes, defendiendo derechos que no lo son propios, ni personales, ni representados por él a lo largo del mismo.

No otra cosa acaece en el supuesto analizado en que el acusado carece de legitimación para denunciar la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad Servicios Globales de la Tercera Edad SL, que si fue solicitada por la acusación pública.

CUARTO.- El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849 LECrim, considera que se ha quebrantado de forma grave lo dispuesto en el art. 74 CP, respecto de la continuidad delictiva, al darse la homogeneidad y unidad de acción que determinaría la existencia de un único delito.

Para el debido esclarecimiento de la cuestión planteada debemos efectuar las siguientes consideraciones, conforme la STS. 228/2013 de 22.3:

1) El delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes pero que desde una perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria, pero no es una figura destinada a resolver en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva (SSTS. 190/2000 de 7.2, 461/2006 de 17.4, 1018/2007 de 5.12, 563/2008 de 24.9, 1075/2009 de 9.10).

En cuanto a sus requisitos, se destacan por la jurisprudencia:

a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de "hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión", por ello "esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos", ya que "en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único".

b) Una cierta "conexidad temporal" dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

c) El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en qué consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de "una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos"; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace "caer" al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

d) Homogeneidad del "modus operandi" en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

e) El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas", aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (SSTS. 97/2010 de 20.2, 89/2010 de 10.2, 860/2008 de 17.12, 554/2008 de 24.9, 11/2007 de 16.1, 309/2006 de 16.3).

2) Esta Sala Segunda ha tratado de señalar pautas que ayuden a diferenciar el delito continuado frente a la unidad natural de acción o hecho único. Así en SSTS. 213/2008 de 5.5 y 1394/2009 de 25.1.2010 se señaló que el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad.

Por tanto, según un sector doctrinal hay una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espaciotemporal.

Para otro sector, debe acudir a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho. En ocasiones, -dice la STS. 885/2003 de 13.6-, la Ley prevé la existencia de varios actos para integrar el tipo penal.

Hay unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de violación) careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos

delictivos (SSTS. 867/2002 de 29.7, 885/2003 de 23.5, 413/2006 de 7.4, 671/2006 de 21.6, 213/2008 de 5.5, 1394/2009 de 21.5).

Por tanto, para afirmar la unidad de acción se requiere:

a) Desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva.

b) Como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única.

c) Y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

Siendo así, cuando se produce una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En este supuesto no hay unidad natural de la acción, sino diferentes actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado.

Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, (STS. 867/2002 de 29.7), para cuya apreciación, como ya hemos señalado, es necesario que exista una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del artículo 74 del Código Penal, vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión (SSTS. 885/2003 de 13.6, 760/2003 de 23.3).

Esta es la situación contemplada *ene. factum* que detalla sucesivas apropiaciones por parte del acusado, en un número de seis, que ingresó en distintas cuentas, bien titularidad de la sociedad Servicios Globales de la Tercera Edad, SL, dirigida de hecho por el acusado y de la que era titular de la mayor parte del capital, bien de su esposa M^a Carmen, o del propio acusado, durante un periodo temporal comprendido entre noviembre 2008 y diciembre 2010. Por

tanto, la conducta delictiva se prolongó en el tiempo -más de dos años- pudiendo haberla interrumpido en cualquier momento, al no hacerlo así, dominó la acción e incurrió en continuidad delictiva durante un dilatado periodo temporal.

QUINTO.- Desestimándose el recurso se imponen las costas al recurrente, art. 901 LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por José María, contra sentencia de 17 de octubre de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julián Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Ana María Ferrer García.- Perfecto Andrés Ibáñez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.