



Roj: **STS 1295/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1295**

Id Cendoj: **28079120012021100271**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2021**

Nº de Recurso: **1657/2019**

Nº de Resolución: **302/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1657/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 302/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de abril de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº **1657/2019** interpuestos por **Hernan** representado por el procurador Sr. D. Pablo Domínguez Maestro y bajo la dirección letrada de D. José Vicente Gómez Tejedor y **Indalecio**, representado por la procuradora Sra. D.^a Carmen García Rubio, bajo la dirección letrada de D. José María Calatayud Barona contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en causa seguida contra los recurrentes por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación administrativa y falsedad en documento mercantil y oficial cometida por funcionario público. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 12 de Valencia instruyó PA 344/2016, contra Hernan y Indalecio. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Segunda) que con fecha 20 de febrero de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<I. EL Consorcio de Museos de la Generalitat Valenciana se constituyó mediante acuerdo de 5 de marzo de 1996 del Consell, de las diputaciones provinciales de Alicante, Castellón y Valencia y de los Ayuntamientos de Alicante, Castellón y Valencia como una entidad con personalidad jurídica propia, independiente y con plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines y así, el artículo 3 de los Estatutos establece que como entidad pública se encuentra sometida en materia de contratación a la Ley 13/1995, de 18 de mayo



de Contratos de las Administraciones Públicas y en materia presupuestaria por la normativa de las Haciendas Locales.

Durante los ejercicios 2007 a 2011 el Responsable del Consorcio de Museos, dada su condición de Secretario Autonómico, era Laureano, persona encargada de autorizar los pagos. Durante el citado periodo el interventor del Consorcio era el acusado Indalecio, cuya función queda determinada en el art. 213 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, entre otras, el control interno financiero y de eficacia y la fiscalización de las facturas que se recibían por el consorcio, ejerciendo por tanto el control financiero y económico de la entidad.

El acusado Indalecio controlaba "de facto" la entidad Asesores Económicos Públicos S.L. Consta como apoderado desde el 2 de abril de 2007 para la completa gestión real y efectiva de la sociedad.

II. -El acusado Hernan durante el periodo comprendido entre el año 2007 a 2010 ostentaba el cargo de Secretario del Ayuntamiento de Canet de Berenguer y gestionaba y dirigía las siguientes entidades: ACADEMIA VALENCIANA DE JURISTAS, con NIF G97088934, organización empresarial sin ánimo de lucro inscrita en el DOGV núm. 3940 de 15 de febrero de 2001 con domicilio social en la CALLE000 nº NUM013 el mismo que el del acusado y razón social en la CALLE001 NUM014, ambos de la localidad de Valencia.

MILLENA III MILENIO S.L. con NIF B97484877 consta como razón social de la mercantil la misma que la anterior en la CALLE001 núm. NUM015, figurando como administrador único Porfirio y como autorizado de las cuentas de la sociedad el acusado Hernan.

ASESORES PROFESIONALES con NIF G970063598, Asociación inscrita en la Conselleria de Hacienda con fecha fundacional el 24 de noviembre de 2000, sin fines especulativos ni lucrativos, con el mismo domicilio social que las dos sociedades anteriores en la CALLE000, núm. NUM013 de Valencia, fijando el acusado Hernan su domicilio en la CALLE001 núm. NUM015 de Valencia. Entre sus miembros figura el acusado Indalecio.

Los acusados Hernan y Indalecio con la intención de obtener un lucro económico y puestos de común acuerdo idearon un sistema para obtener de forma continuada el dinero público proveniente del Consorcio de Museos, valiéndose para ello de las entidades anteriormente reseñadas, sobre las cuales ejercían el control y la gestión y, cuya finalidad era eludir las exigencias derivadas de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en la medida que ambos acusados eran funcionarios públicos del sector público, controladas por ellos, y cuyo destino del dinero era el propio patrimonio de los acusados.

III.- Así en el año 2007, el Consorcio de Museos abona a la entidad ASESORES PROFESIONALES la cantidad de 31.900 euros por trabajos no efectuados, respondiendo su contratación al plan ideado por los acusados para incorporar dinero público a su patrimonio sin respetar, de forma interesada, el procedimiento administrativo de contratación al no constar el objeto o servicios que se incluye la facturación, ni aparecer detallado en la factura ni constar documentación acreditativa de la prestación de dichos servicios. Las facturas obrantes, que a continuación se detallan, fueron confeccionadas para aparentar un trabajo no realizado sin responder a una verdadera prestación de servicios. Los meses de enero a abril de 2007 (facturas núms. NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003) consta como concepto genérico el de asistencia técnico jurídica en la elaboración de las cuentas anuales y demás trabajos de tenedurías de libros y otros afines; en las facturas de mayo a noviembre (facturas numeradas como NUM004, NUM005, NUM006 la cual es de fecha 1 de agosto de 2007 presentándose por registro de entrada el 20 de julio de 2007, esto es antes de la finalización del periodo de la factura, NUM007, NUM008 y NUM009) se recoge el concepto de trabajos relativos a la asistencia técnica de la justificación de la subvención de la Generalitat Valenciana y demás trabajos de tenedurías y otros afines. En el mes de diciembre consta un documento contable de pago relativo a una factura NUM010 de fecha 3 de diciembre de 2007 referido a una subvención de la Generalitat Valenciana y Diputación.

La contratación efectuada por el Consorcio de Museos no siguió la normativa reglamentaria habiéndose omitido los requisitos que rigen la contratación pública sin haberse sometido a la normativa vigente en el periodo de los hechos enjuiciados sobre contratación pública, RDL 2/2000 TRLCAP y Ley 30/2007 CSP. Lo anterior fue posible porque el acusado Indalecio en su condición de interventor del Consorcio de Museos, actuó al margen de la Ley 13/1995, y en la fecha de la facturación que es objeto de este procedimiento, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, preparando todos los documentos para que pudiera hacerse efectivo dichos pagos a la sociedad ASESORES PROFESIONALES controlada por el acusado Hernan, funcionario público con cargo de Secretario en el Ayuntamiento de Canet de Berenguer.



Una vez obtenido el dinero en las cuentas de ASESORES PROFESIONALES S.L. , el dinero era ingresado en la cuenta de ASESORES ECONOMICOS PÚBLICOS S.L. entidad controlada y gestionada por el acusado Indalecio , después de descontar la correspondiente comisión que se llevaba el acusado, transfiriendo de ese modo desde el 28 de febrero de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2007 la cantidad de 24.365,17 euros, en cantidades mensuales de 2.441,17 euros la primera y 2.436 euros las siguientes mensualidades.

IV.- En el año 2008, siguiendo la misma dinámica comisiva y aprovechando que el acusado Indalecio era interventor del Consorcio de Museos, la sociedad MILLENA III MILENIO, controlada por el acusado Hernan crea la factura NUM011 de fecha 10 de septiembre de 2008 por importe de 3.100 euros más 496 euros en concepto de IVA por el concepto de trabajos relativos a la asistencia técnica en la confección de servicios de asesoramiento y gestión, prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido. La citada factura es abonada por la propia intervención del acusado Indalecio , quien obviando sus funciones de fiscalización y control del gasto permitió que la misma se satisficiera.

V.- Durante el año 2009, de igual forma y en las mismas condiciones de inexistencia de los requisitos requeridos por la Ley 13/1995 se confeccionan por la ACADEMIA VALENCIANA DE JURISTAS las siguientes facturas:

- Fact. NUM012 de fecha 31 de enero de 2009 por importe de 2.900 euros, por el concepto de servicios de asesoramiento y colaboración con el servicio de intervención en la redacción de los modelos de expedientes de acuerdo con la normativa jurídica expresada en la nueva estructura de la instrucción de contabilidad Orden EHA 4641/2004", aportándose para su justificación la liquidación del presupuesto de 2008 elaborado y firmado por el interventor del Consorcio, el acusado Indalecio en fecha 25 de febrero de 2009, esto es, 25 días después de emitirse la factura analizada. Además se aporta, a los efectos de justificar la facturación, una resolución de Presidencia de fecha 24 de febrero de 2009 con el membrete del Consorcio de Museos de fecha igualmente posterior a la fecha de la factura, esto 24 días después de emitirse la factura de la Academia Valenciana de Juristas y otros documentos firmados por personas vinculadas al Consorcio de Museos indicando la Presidenta del Consejo General del Consorcio en resolución de 36 (sic) de febrero de 2009 que la liquidación de presupuesto ha sido formulada por la propia intervención.

- Fact. 206/2009 de fecha 9 de junio de 2009 por importe de 2.900 euros, por "serviciode asesoramiento y colaboración con el departamento de intervención en la redacción de modelos de expedientes de acuerdo con la normativa jurídica expresada en la Ley General de estabilidad presupuestaria adaptada a las entidades locales, a través del RD 1463/2007 aportándose para su justificación, un informe sobre el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria del presupuesto de 2010 elaborado y firmado por el acusado Indalecio en fecha 28 de febrero de 2011, esto es, un año y ocho meses después de emitirse la factura analizada; Asimismo, se adjunta un informe de intervención sobre el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria del presupuesto general firmado por el acusado Indalecio en fecha 17 de diciembre de 2009, es decir, 6 meses después de emitirse la factura, sin que en ambos trabajos conste alusión alguna al asesoramiento y colaboración prestada por la Academia Valenciana de Juristas, sino que dichos documentos aparecen en papel con membrete del propio Consorcio de Museos.

-Fact. 207/2009 de fecha 8 de octubre de 2009 por importe de 2.900 euros en concepto de "servicios de asesoramiento y colaboración con el departamento de intervención en la formulación de los modelos de expedientes relativos a la nueva estructura presupuestaria según orden de economía y hacienda 3565/08" cuando la citada Orden 3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura presupuestaria, cuya entrada en vigor se produjo al día siguiente a su publicación en el BOE, resultando de aplicación a los presupuestos correspondientes al ejercicio 2010 y siguientes y no al periodo 2009 facturado. Se aporta además para su justificación, documentación de varios expedientes de modificación de créditos del presupuesto del ejercicio 2009 aportada por el acusado Indalecio , la cual difícilmente puede justificar la realización de un trabajo en base a una normativa que en el ejercicio 2009 no le afectaba.

-Fact. 110/2010 de fecha 7 de octubre de 2010, por importe de 8.260 euros en concepto de "la elaboración de los nuevos estatutos jurídicos del Consorcio", aportando como justificación un Proyecto de modificación de los estatutos del Consorcio de Museos que adolece de la información necesaria o dato alguno que constate que el mismo documento fue confeccionado efectivamente por la Academia Valenciana de Juristas, así como el sello de registro de entrada, por ejemplo, o cualquier otro medio a través del cual se hubiera podido verificar su entrega. Los nuevos estatutos no fueron aprobados ni llegaron a entrar en vigor.

El abono de las citadas facturas ha supuesto un quebranto económico a los fondos públicos por importe de 8.700 euros por las tres primeras y de 8.260 euros por la última, ascendiendo la suma total por dicho periodo a la cantidad de 16.960 euros".

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



<< **FALLAMOS:** En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25, 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 70, 73 y 74 110 a 115 y 127 del Código Penal, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, **Ha decidido:**

PRIMERO.- CONDENAR al acusado **Hernan** como criminalmente responsable en concepto de cooperador necesario del delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 C.P y 74.1 CP; en concepto de autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los arts. 390. 1 y 3 en relación con el art. 392 y 74.1 del C.P en concurso medial como cooperador necesario del delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 en su redacción vigente introducida por la reforma de la L.O 1/2015 y 74.1 del C. P en relación con el art. 77.3 del citado texto Código penal.

SEGUNDO.- CONDENAR al acusado **Indalecio** como criminalmente responsable en concepto de autor del delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 y 74.1 del Código Penal; En concepto de autor del delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público tipificado en los arts. 390. 1. 3º y 4º en relación al art. 74.1 del Código Penal; en concepto de autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los arts. 390. 1 y 3 en relación con el art. 392, y art. 74.1 CP, ambos en concurso medial del delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 en su redacción vigente introducida por la reforma de la L.O 1/2015 y 74.1 del C. P en relación con el art. 77.3 del citado texto Código penal.

TERCERO.- ABSOLVER al acusado **Hernan** del delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público del art. 390.1,3º y 4º del que venía siendo acusado.

CUARTO.- Imponer a **Hernan** por el delito continuado de Prevaricación Administrativa y por el delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con el delito continuado de malversación de caudales públicos, la pena de prisión de SEIS AÑOS, inhabilitación absoluta por tiempo de SEIS AÑOS para desarrollar cualquier cargo o función pública, así como inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de DIEZ MESES con una cuota diaria de treinta euros día, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

QUINTO.- Imponer a **Indalecio** por el delito continuado de Prevaricación Administrativa, y por los delitos continuados de falsedad de documento oficial cometido por funcionario público y el delito continuado de falsedad en documento mercantil, ambos, en concurso medial con el delito continuado de malversación de caudales públicos, la pena de prisión de SEIS AÑOS, inhabilitación absoluta por tiempo de SEIS AÑOS para desarrollar cualquier cargo o función pública, así como inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de DIEZ MESES con una cuota diaria de treinta euros día, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

SEXTO.-En concepto de **responsabilidad civil**, deberán indemnizar conjunta y solidariamente al CONSORCIO DE MUSEOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA en la cantidad de 31.900 euros declarando responsable civil subsidiario a la mercantil ASESORES PROFESIONALES S.L. y ASESORES ECONÓMICOS PÚBLICOS S.L.

Por el mismo concepto, **Hernan** deberá indemnizar al CONSORCIO DE MUSEOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA en la cantidad de 3.596 euros, declarando responsable civil subsidiario a la entidad MILLENA III MILENIO y en la cantidad de 16.960 euros, declarando sobre éste último importe como responsable civil subsidiario a la ACADEMIA VALENCIANA DE JURISTAS.

Todas las cantidades reseñadas devengarán el interés legal del dinero.

SÉPTIMO.- Imponer a **Hernan** Y **Indalecio** el pago de las costas procesales proporcionalmente devengadas.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo a preparar ante esta Sección en el término de diez días a contar desde su notificación >>.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los condenados, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de **Hernan** .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850. 2 LECrim., vulnerando al mismo tiempo el art. 24.1º CE (tutela judicial efectiva e indefensión). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley (arts. 849 y 852: derecho a la doble instancia. **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts.



850.1º y 852 LECrim., por infracción de derecho constitucional y derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa y a la tutela judicial efectiva, artículos 24. 1º y 2º CE. **Motivo cuarto.**- Por infracción de ley al amparo del artículo 849. 2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba por falta de racionalidad en la motivación fáctica, e infracción de derecho constitucional (artículo 5. 4º LOPJ) (tutela judicial efectiva y presunción de inocencia art. 24. 1º y 2º CE). **Motivo quinto.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850. 3º, 4º y 851. 3 (vulneración del derecho de defensa art. 24 2º CE y a la tutela judicial efectiva, art. 24. 1º CE). **Motivo sexto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849. 1º LECrim., por vulneración de la tutela judicial efectiva y demás derechos tutelados por el artículo 24. CE.

Motivos aducidos en nombre de Indalecio .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 LOPJ y 852 LECrim., (presunción de inocencia) . **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., (derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE). **Motivo tercero.**- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba basado en documentos que acreditan la equivocación del juzgador. **Motivo cuarto.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim., por contradicción de los hechos probados. **Motivo quinto.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECrim., por incongruencia omisiva. **Motivo sexto.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849. 1º LECrim., por indebida aplicación del art. 404 CP. **Motivo séptimo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del artículo 432 CP. **Motivo octavo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849. 1º LECrim., por indebida aplicación del art. 390.1 y 3 en relación con el art. 392 del CP, art. 390. 1, 2, 3 y 4 CP.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos impugnándolos. La Sala admitió a trámite los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para **Vista** se celebró la misma el día **16 de febrero de 2021** con asistencia de los letrados recurrentes D. José Vicente Gómez Tejedor en defensa de Hernan que informó sobre los motivos de su recurso solicitando la nulidad de todo lo actuado posterior al señalamiento para el juicio oral, y D. José María Calatayud Barona en defensa de Indalecio que solicitó la absolución de su defendido. El Ministerio Fiscal informó solicitando la confirmación de la Sentencia.

SEXTO.- Con fecha 2 de marzo de 2021 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por treinta días más teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones planteadas y la necesidad de examinar la voluminosa documentación. .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Indalecio .

PRIMERO.- El primer motivo de este recurrente invoca el derecho a la presunción de inocencia. Discurre a través de varias líneas paralelas de razonamiento:

a) Descalificación del testimonio de Guillermo basándose en la animadversión que le profesa y en el dato de que en un primer momento apareciese entre los sujetos pasivos de la investigación lo que le sitúa en una posición procesalmente incómoda y ambigua: su testimonio no es el de un tercero desimplicado, sino de alguien que fue relacionado con los hechos que dieron lugar a la investigación. No sería, por lo demás, creíble que desarrollase esos trabajos, intensos según se deduce de los mismos y del tiempo invertido (superior a los 3 o 4 meses que reconoce) solo como favor y por amistad recibiendo como única compensación unos exiguos mil euros. Su declaración vendría en buena parte condicionada por la irregularidad de solapar esa actividad a su condición de funcionario.

b) Los testimonios de Izquierdo y Bujeda militarían en favor de su inocencia. El Tribunal, explica el recurso, los orilla y minusvalora por entender que solo dieron cuenta de referencias del propio recurrente. El recurso trata de mostrar que no es así, que relataron hechos que presenciaron directamente como era la asiduidad de Guillermo y su trabajo en el Consorcio de Museos. Desmenuza el recurso esos testimonios: Guillermo realizaba asistencias técnicas por las tardes durante buena parte del año 2007 y algunos meses del 2008; era habitual verlo por la oficina.

La tesis del recurso es que los trabajos prestados por Guillermo en el Consorcio constituían lo abonado a través de las facturas giradas por Asesores Profesionales.

Los temas de ponderación de testimonios, en principio, son ajenos a la casación. No podemos sustituir la valoración realizada por la Audiencia Provincial, si es racional y lógica, por la nuestra. No es la casación



instrumento propicio para una revaloración de declaraciones personales para lo que además es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014: la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia).

Ahora bien, en el presente caso la condena no se construye en rigor sobre prueba directa, sino sobre elementos indiciarios, entre los que se manejan, entre otros, algunos datos aportados por la testifical. Desde ese plano sí podemos realizar una fiscalización de las características que deben rodear un cuadro indiciario para destruir válidamente, desde una perspectiva constitucional, la presunción de inocencia.

No se pueden descalificar sin más las declaraciones de ese testigo como pretende el recurso. Ciertamente, empero, han de evaluarse posibles motivos de enemistad o animadversión, así como el propio interés exculpatario. En tanto su testimonio es un indicio más (no prueba directa) puede ser observado con mirada crítica.

De cualquier forma, antes de penetrar a fondo en el tema de la presunción de inocencia suscitado en este primer motivo desde una perspectiva muy fragmentaria (atiende solo a los trabajos de Guillermo), conviene repasar, para realizar el abordaje conjunto, otros motivos que, planteados por vías casacionales distintas y de dudosa viabilidad, recogen, sin embargo, argumentos reconducibles a la fiscalización desde la presunción de inocencia; singularmente en un escenario en que es prueba indiciaria (aunque, como se dijo, algunos indicios accedan de la mano de testificales) la que sustenta la condena. El Tribunal a partir de una pluralidad de indicios ha llegado a la conclusión de que las salidas de fondos del organismo, documentadas con facturas, no obedecían a contraprestación alguna; constituían un puro y desnudo desvío de los fondos públicos a fines particulares.

Se tratará de comprobar si esa red de indicios es concluyente hasta el punto de que la única hipótesis racionalmente plausible sea la señalada; o si, por el contrario, la tesis de la defensa (los pagos se correspondían con trabajos reales) es igualmente posible o, al menos, goza de un grado de probabilidad suficientemente significativo como para no poder situarla por debajo de la inculpatoria sin merma de la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- El segundo motivo de este recurrente, construido desde la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, ataca el peso conferido por la sentencia a la prueba pericial. Se critica que se ha obviado que el informe se realizó cuando no se contaba con la documentación obrante a los tomos y XII que acreditan la realización de los trabajos que el informe pericial niega.

Se insiste en que la mención a una subvención en singular es lógica pues solo se recibía una subvención. Resultarían por ello inconsistentes las especulaciones que se hacen desde ese punto de partida arguyéndose que no aparece especificada la subvención específica a que se refiere cada uno de los trabajos de justificación.

Son argumentos que inciden también en la solidez de alguno de los indicios manejados por el Tribunal, en este caso, una prueba pericial.

El discurso impugnatorio no es definitivo. Pasa por alto que se preguntó en el juicio oral a los peritos sobre el contenido de esos tomos. Manifestaron expresamente que los habían examinado y que no variaban las conclusiones de su informe.

Pero acompaña cierta razón al recurrente en la medida en que el informe versa más sobre formalidades e irregularidades que sobre la materialidad. Se expresan los déficits en la documentación y plasmación de la actividad (facturas insuficientemente detalladas, no constancia de la subvención -punto sobre el que en efecto puede acogerse la puntualización del recurso-, expresión de trabajos específicos que determinaban la periodicidad mensual, desajustes en las fechas...). Esos elementos pueden ser indicio de la falta de prestación de los trabajos; pero por sí mismos no lo acreditan. Solo permiten constatar su deficiente documentación, dato del que no necesariamente ha de derivarse la falta de prestación de servicios.

La pericial desde ese punto de vista no es concluyente: expresa la falta de constancia fehaciente de los trabajos, pero no que estos no se hubiesen podido llevar a cabo. Por eso carece de sentido entretenerse discutiendo sobre la regularidad formal de las facturas (alguna de las deficiencias que se apuntan, además, resultan poco consistentes: estamos pensando en la imprecisión que se achaca a la referencia a la subvención, cuando, según quedó explicado, era perfectamente identificable por ser la única de que disfrutaba el organismo). Podrían estar perfectamente formalizadas y no haberse efectuado los trabajos; y podrían ser irregulares o contener defectos de fuste y, al mismo tiempo, haberse prestado los trabajos que se dicen remunerados a través de ellas. Desorden, irregularidades, inexactitudes cronológicas, documentación no rigurosa (datos todos de que el informe da sobrada cuenta), no conducen de forma inexorable a la inexistencia de las prestaciones que, en todo caso, se habrían acordado y desarrollado sin ajustarse a la ortodoxia en el manejo de fondos públicos y contratación por un organismo público. Lo de menos, precisamente por



eso, es que las facturas estuviesen bien confeccionadas o no. Lo que interesa es dilucidar si se producían contraprestaciones reales justificativas de esas salidas de fondos.

Bujeda, presidente de la comisión de contratación, sostiene que sí. No está acusado de delito alguno. Declaró que comprobaba en cada caso la realización de los trabajos que se abonaban. Es más, asume haber encargado él personalmente uno de ellos: el Borrador de Estatutos.

Igualmente puede admitirse en relación a la factura NUM012 que el informe pericial no conduce a la conclusión de la Sala, de que los trabajos a que se dice responder no fueron efectuados. Antes bien al contrario.

Es de advertir como en diversos pasajes la Audiencia no llega a afirmar apodícticamente que determinados trabajos a los que se asignan las diferentes facturas analizadas, no se llevaron a cabo. Emplea en su motivación fáctica fórmulas más ambiguas ("no se consideran justificados" "no se han acreditado") que en rigor no podrían servir para una condena, pues no acaban de descartar de forma rotunda la hipótesis contraria.

De igual forma, la *autocontratación* -encomendarse desde el organismo público al propio funcionario que decide la contratación de unos concretos trabajos remunerables- es una irregularidad patente, inconciliable con elementales normas administrativas y, en ciertas condiciones, con otras de naturaleza penal (que, al parecer, se excluyeron por razones de prescripción). Ahora bien, no con la malversación si los trabajos se han prestado y lo abonado es una remuneración razonable.

No se ha hecho el más mínimo esfuerzo por acreditar, ni en esta ni en ninguna de las otras salidas, que se estableciesen sobrepagos. La sentencia parte de que eran salidas de fondos sin causa. Pero no analiza la hipótesis, no descartable, de que se efectuase cada uno de los trabajos (los encomendados a Guillermo ; la realización de esos modelos; la redacción de unos Estatutos, las asistencias técnicas...) y que se abonase por ellos un precio por encima del razonable como método para apoderarse de fondos públicos. Esa alternativa intermedia no es ahora planteable, pues no ha sido explorada. O, mejor, cuando ha sido ponderada mínimamente (vid folios 185 a 187 del Tomo VIII) los peritos fijan un valor de los trabajos que se dicen elaborados superior al efectivamente abonado.

El cuadro indiciario y probatorio manejado nos obliga a decantarnos por una de las dos alternativas un tanto maniqueas:

a) O no se realizó ninguno de los trabajos aducidos, que fueron una pura excusa para distraer fondos públicos. Es la tesis maximalista de la sentencia.

b) O es posible que se llevasen a cabo los trabajos. Por tanto, lo abonado por ellos sería una contraprestación procedente.

Admitida como posible esta segunda hipótesis no hay elemento en la sentencia, ni parece que se haya investigado, que permita valorar y, en su caso, comprobar si lo abonado eran cantidades infladas artificialmente o no. Solo en el primer caso cabría hablar de malversación.

La debilidad en algunos puntos de la línea argumental de la sentencia basada fundamentalmente en la pericial queda puesta de manifiesto en este motivo, aunque no llega a privar de toda base a la certeza proclamada por la Audiencia respecto a esos particulares.

La autocontratación desde un organismo público resulta método no solo irregular, sino altamente sospechoso, cuando se efectúa sin control alguno y al margen de todo procedimiento administrativo (facturas 206/2009 y 207/2009). Pero tampoco se revela como elemento totalmente concluyente cuando se explican los trabajos realizados y se justifica que no se encontraban entre las funciones que debía realizar por su puesto en el organismo y que era inevitable la contratación externa.

Pero, antes de proseguir con el discurso principal, sigamos recogiendo los argumentos del recurrente relacionados con cuestiones probatorias.

TERCERO.- Por la vía del art. 849.2º LECrim y con designación de documentos, se pretende en el tercer motivo poner de manifiesto que puede considerarse acreditada la realización de los trabajos facturados. Es otro marco argumental que enlaza con la presunción de inocencia, aunque difícilmente podría prosperar a través del art. 849.2º LECrim en la medida en que ese cauce casacional está revestido de una disciplina muy estricta (litosuficiencia de los documentos; inexistencia de prueba contradictoria). Desde el momento en que esos argumentos pueden ser rescatados para evaluar si se ha respetado la presunción de inocencia, devendrá innecesario un examen desde la angosta vía del art. 849.2º.

En efecto, algunos documentos acreditan la efectiva realización de las cuentas; es decir que algunos de los trabajos que se dicen abonados con esos fondos documentados con facturas formalmente irregulares, fueron llevados a cabo. Es claro que buena parte de esa documentación (Tomos y XII) muestra la realidad de



algunas de esas tareas de contabilidad y ordenación documental (documento de 3 de mayo de 2007 remitido al Síndico de Cuentas con documentación adjunta consistente en las cuentas anuales, relación de justificaciones, facturas y documentos contables remitidos debidamente preparados para justificar la subvención...).

Esa abundante documentación cuarteja la insistente afirmación de los hechos probados de la sentencia que repite en cada ocasión que se trataba de aparentar trabajos no realizados o que no se consideran justificados algunos trabajos. No es fácilmente conciliable esa tajante, apodíctica y reiterada afirmación con algunas evidencias que muestran trabajos efectivos que, de una u otra forma, se relacionan con las facturas emitidas, por más que los procedimientos administrativos y las técnicas de pago a través de entidades intermedias fuesen groseramente irregulares para disimular y encubrir, no necesariamente una apropiación de fondos públicos; sí, probablemente, unas formas de asignar contratos y trabajos de espaldas a la regulación administrativa y beneficiando intereses particulares u ocultando incompatibilidades.

CUARTO.- Examinado íntegramente y entrelazado el argumentario de naturaleza probatoria de este primer recurso aglutinando sus tres primeros motivos, hay que vincular a la suerte de estos los motivos séptimo y octavo que, formulados al amparo del art. 849.1º, pretenden extraer las consecuencias sustantivas de la estimación de los primeros. Si los fondos abonados respondían a trabajos realizados efectivamente, no habría malversación de caudales públicos (motivo séptimo); y si la falsedad pivota sobre la constancia en las facturas de trabajos no realizados, también decaería la condena por falsedad (motivo octavo) que no podría fundarse exclusivamente -ni la sentencia la basa en ello- en otras irregularidades o en hacer figurar como prestadoras del servicio a quienes podrían considerarse como tales aunque los realizaran a través de terceros.

Veamos si desde el punto de vista de la presunción de inocencia son prosperables los tres primeros motivos.

La respuesta ha de ser afirmativa. Los indicios manejados por la Audiencia (declaraciones de quien estuvo inculcado minimizando su colaboración; irregularidades en las facturas; vulneración de normativa administrativa; claros intereses particulares implicados; alambicadas fórmulas de realizar y documentar los pagos a través de sociedades intermedias gestionadas por alguno de los acusados...) pueden hacer pensar en apropiación de fondos públicos mediante el procedimiento de simular prestaciones de servicios. Pero esa hipótesis no es la única posible; ni siquiera es la más probable a partir de otros elementos probatorios, algunos inequívocos, que la Audiencia ha ignorado, y que no cuadran nada con la alternativa maximalista que la sentencia considera probada: realización efectiva de muchos de los trabajos según ha quedado documentado; controles llevados a cabo por el Presidente de la mesa de contratación; largas horas de trabajo durante varios meses de uno de los testigos según acreditan otros en quienes no se atisban razones para ser mendaces. El cuadro probatorio inculpatario es frágil; demasiado abierto; le falta carácter concluyente.

La fiscalización de una sentencia condenatoria basada en prueba indiciaria desde la perspectiva de la presunción de inocencia ha dado lugar a unos protocolos pergeñados en el ámbito constitucional y trasplantados a esta jurisdicción que vienen inspirados en buena parte en el art. 386 LEC (y en el precepto que constituye su inmediato antecedente insertado en el Código Civil y que fue derogado en la reforma de 2000: art. 1253 CCiv).

La STC 133/2014, de 22 de julio, -luego citada en la STC 146/2014, de 22 de septiembre- constituye un buen punto de referencia para recordar la teoría general sobre esa fórmula probatoria y sus relaciones con la presunción de inocencia. A falta de prueba directa de cargo, se dice, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: **a)** el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; **b)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; **c)** para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, **d)** este razonamiento ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "*una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes*" (- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-)).

Leemos en la reseñada sentencia:

"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 cohesión (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)**, si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediatez, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.



Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23)".

"Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011, FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre, y 145/2005, de 6 de junio."

"Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio, "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra **verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo** (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2)".

Frente a ello **han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional.** Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. **Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término.** Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse **un examen general y contextualizado** de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)". (énfasis añadido).

La convicción de la sentencia de instancia no soporta su contraste con esos parámetros como referencia.

Contaba el Tribunal con una pluralidad de indicios. La conclusión que deriva de ellos es racional, en el sentido de que no es contraria a la lógica. También es coherente el razonamiento de la Audiencia.

Pero ni es concluyente ni, singularmente, se preocupa la sentencia de analizar, para descartar su incidencia en su conclusión, los elementos de descargo que podrían sugerir o sustentar hipótesis distintas a la inculpatória. Como afirma la sentencia constitucional que se ha transcrito parcialmente, ambas perspectivas son de examen obligatorio para convalidar una condena que se apoya en prueba indiciaria. **La sentencia de instancia, no se esfuerza por ofrecer o ensayar alguna explicación para la pléyade de circunstancias, algunas plenamente acreditadas, que no encajan con la tesis que asume como cierta.**

En esas condiciones la prueba indiciaria no tiene potencialidad para derrotar la presunción de inocencia al no alcanzar las cotas de suficiencia de su carácter concluyente que reclama una sentencia condenatoria.



La deducción de la Audiencia es compatible con el cuadro indiciario con que se cuenta. Pero no es la única compatible. Son imaginables otras hipótesis quizás incluso con mayor grado de probabilidad y que, además, permiten explicar determinadas circunstancias de las que la Sala prescinde por no encajar con su tesis.

Por tanto la sentencia deberá ser casada en los particulares relativos a la malversación de caudales públicos y falsedad continuada.

QUINTO.- Se denuncia a continuación contradicción al amparo del art. 851.1 LECrim -quebrantamiento de forma-. Dice la Sentencia que se habla de que no se detallan en las facturas su objeto o servicios, aunque luego se especifica que ese objeto era asistencia técnica para la elaboración de las cuentas anuales y teneduría de libros y asistencia técnica de la justificación de la subvención.

Puestas en su contexto no son afirmaciones contradictorias, sino complementarias; sin que pueda tildarse de decisiva la cuestión a efectos de la subsunción realizada. El problema no estriba en el mayor grado de detalle del objeto de las facturas, sino en decidir si respondían a trabajos efectivos y reales o constituían un subterfugio para distraer fondos, que es lo que ya hemos resuelto al analizar motivos anteriores por lo que éste, que además es puramente *pro forma*, pierde toda relevancia.

SEXTO.- La serie de impugnaciones prosigue con otro motivo por quebrantamiento de forma, esta vez al abrigo del art. 851.3º: incongruencia omisiva. Se alude a que la sentencia elude la argumentación dirigida a mostrar que se trataba de contratos menores y no contratos de servicios.

No era necesaria una respuesta específica: es claro que la sentencia estima que estamos ante contratos de servicios únicos y no una pluralidad de contratos menores. En cualquier caso, ese argumento solo afecta a algunos de los contratos; no a todos según viene a admitir el recurrente lo que evidencia su nula practicidad. Está la cuestión solventada de hecho por la Audiencia. A mayores, la arbitrariedad de la contratación no se deriva solo de esa cuestión: hay otras patentes irregularidades presentes en esos contratos.

Item más, el recurrente ha prescindido del expediente de complemento (art. 267.5 LOPJ y 161 LECrim) de sentencia que esta Sala viene exigiendo como presupuesto de un motivo por incongruencia omisiva.

SÉPTIMO.- A través del art. 849.1º se cuestiona la tipicidad por prevaricación (art. 404 CP) (motivo sexto).

De nuevo se da vueltas al tema de los contratos menores y la no necesidad de expediente. Pero, aunque se admitiese eso respecto de algunas facturas, subsistirían otras contrataciones realizadas al margen del procedimiento exigible lo que sería suficiente para mantener la condena por el delito continuado de prevaricación. No vale como excusa aducir urgencia o un supuesto estado de necesidad no reconocido para saltarse la legalidad en materia de contratación pública de forma burda y grosera como hizo el recurrente. Confluyen además otras múltiples irregularidades (como la autocontratación) que permiten incardinar los hechos en el art. 404 CP.

Dirá el otro recurrente, en argumento que afecta a éste, que quien finalmente ordenaba los pagos era el Presidente, no acusado. Es así. Pero la inculpabilidad de éste lleva a un supuesto de autoría mediata.

b) Recurso de Hernan .

OCTAVO.- Este recurso se aparta notoriamente de lo que es una elemental disciplina formal en la casación. Comienza con un apretado elenco de cuestiones preliminares que pretenden contextualizar el recurso y el enjuiciamiento, pero que están fuera de lugar en un recurso de casación que necesariamente ha de articularse en motivos con pretensiones concretas argumentadas, sin que sea viable esa genérica exposición inicial donde se amontonan desordenadamente temas probatorios, discrepancias procedimentales, valoraciones globales... sin vincularlas a las concretas impugnaciones casacionales que vendrán a continuación. Serán tomadas en consideración esas apreciaciones preliminares solo en cuanto puedan reforzar algún motivo de casación. Pero no pueden contestarse específica y genéricamente.

Tampoco es muy ortodoxa la práctica de ilustrar el recurso con técnicas de fotocomposición para introducir documentos al hilo del desarrollo de algunos motivos. Es de agradecer cuando se trata de documentos obrantes en las actuaciones y con ello solo se quiere facilitar las tareas de localización en una causa del volumen de la que se maneja. Pero no puede utilizarse esa fórmula para encubrir un intento de valoración de pruebas no admitidas o no obrantes en los autos.

NOVENO.- Se queja ese recurrente en el primero de sus motivos por la falta de citación de una de las entidades declarada responsabilidad civil subsidiaria. Carece de legitimación para protestar por tal cuestión. No está llamado a hacer valer derechos de terceros, máxime cuando viene sosteniendo su total ajenidad respecto de tal entidad.



Por lo demás, la condena como responsable civil no exige declaración en calidad de imputada que sí reclamaría la condena penal de una persona jurídica, que aquí ni se ha producido, ni podía producirse por tratarse de hechos anteriores a la introducción en nuestro derecho penal de tal sistema.

Y, por fin, puede anticiparse que se van a dejar sin efecto las responsabilidades civiles como consecuencia de la absolución por el delito de malversación de caudales públicas que ya ha de intuirse a partir de los razonamientos con que hemos ido dando contestación al otro recurso.

DÉCIMO.- El motivo segundo reclama un recurso de apelación con una singular interpretación de la disposición transitoria de la reforma de 2015 y de la fecha a tomar en consideración.

Es esa cuestión impropia de un recurso de casación: tendría que haberse planteado al articular la impugnación frente a la sentencia para dejarla zanjada previamente.

En cualquier caso, carece de toda razón el recurrente: la fecha es la de la incoación de la causa, y no la de las distintas piezas separadas que pueden haberse formado conforme a la legislación procesal. No le es aplicable a este supuesto la reforma de 2015 que arbitró una previa apelación para los asuntos penales resueltos en primera instancia por las Audiencias Provinciales pero solo para los procedimientos incoados después de su entrada en vigor.

UNDÉCIMO.- El tercer motivo protesta por la denegación de determinadas pruebas: se invoca tanto el art. 850.1 LECrim como el art. 24 CE.

Se propuso a determinados peritos que fueron admitidos como tales. Sin embargo al presentarse al inicio del juicio sus informes, fueron rechazados

Al desarrollar el motivo se expone lo que se quería acreditar mediante esos informes:

a) Que la cuenta bancaria de Asesores Profesionales en 2007, así como la de la Academia Valenciana de Juristas en 2009, solo podían ser manejadas por el presidente Maximino, sin que existiesen operaciones vinculadas entre esas entidades ni en relación a Millena III, Milenio SL.

b) Que los trabajos referidos a la factura cobrada por Milena III Milenio SL por importe de 3.596 euros fueron realizados por Hernan y Guillermo; así como los relativos a los nuevos Estatutos por el propio recurrente (por encargo de ¡Bujeda!)

c) Que las facturas no estaban firmadas por el recurrente.

d) Que hubo una avería eléctrica que afectó a los ordenadores.

En lo que son datos externos todos esos elementos están aceptados por la Audiencia. O, al menos, no están contradichos, salvo lo relativo a la avería de los ordenadores que se pone en duda.

Realmente resultó excesivamente rígido el rechazo y probablemente huérfano de una justificación homologable en casación. Pero no eran pruebas absolutamente determinantes. Y, desde luego, su alcance queda ceñido al delito de malversación lo que invita también a sortear la cuestión. No tiene sentido anular una sentencia por la denegación de unas pruebas que pretendían alentar un pronunciamiento absolutorio que se puede obtener sin ellas.

Tan solo podrá tener cierta virtualidad en cuanto al delito de prevaricación el protagonismo que se quiere descargar en Maximino. Pero es que no se duda de que él fuese formalmente el Presidente de las entidades señaladas, ni de que firmase personalmente las facturas. La implicación de este recurrente en esos contratos y facturas se basa en otros elementos probatorios; fundamentalmente las declaraciones del citado Maximino y del coacusado.

DUODÉCIMO.- Aunque se aferra este motivo al art. 849.2º, en realidad lo que discute el recurrente es la primacía dada por la Sala a alguna testificales (particularmente la de Maximino) sobre lo que se desprendería de los documentos invocados. Tal testigo afirma que firmaba las facturas a instancia del acusado. Eso es lo que acepta la sentencia y eso es lo que no aparece desvirtuado por los documentos, cuyo tenor literal no está contradicho por la Audiencia Provincial. La declaración del testigo además se ve reforzada por las manifestaciones del coacusado que afirma que él se entendía con este recurrente.

Por lo demás de otros documentos invocados no resulta nada de real trascendencia. Ni son datos relevantes para la subsunción; ni están contradichos por la sentencia: compatibilidad del acusado para el ejercicio de la abogacía, presidencia de la Academia Valenciana de Juristas, contratos de asistencia jurídica de tal Asociación con algún Ayuntamiento, acreditación de que no se han reclamado los importes de la subvención.



DÉCIMO TERCERO.- Se combaten a continuación de forma desordenada y en un mismo marco casacional los tres delitos objeto de condena.

a) Respecto a la prevaricación se dice que solo Laureano como Presidente del Consorcio podía ser autor pues únicamente él estaba en condiciones de ordenar los pagos.

No es así. No se puede regatear la condición de *intraneus* al coacusado ni soslayar su autoría mediata.

Pero desde luego es verdad que el acusado, siendo cooperador, resulta un *extraneus*, lo que permitiría aplicarle el art. 65.3 CP. No ha entrado a examinar la Sala de Instancia improcedentemente esta cuestión.

b) En cuanto a la falsedad se trata de derivar la responsabilidad al firmante, eludiendo que el hecho probado dice que Maximino firmó siguiendo las instrucciones de este recurrente e ignorando que se trataba de facturas simuladas. En todo caso, como hemos visto, el delito de falsedad se ha caído de la condena.

c) En lo atinente a la malversación, descartada de nuevo por iguales razones el intento de derivar las responsabilidades a Maximino, sí subsiste la referencia a la condición de *extraneus* del recurrente y consiguiente posibilidad de menguar su responsabilidad. Pero si ya hemos concluido que era insuficiente la prueba para condenar por tal delito al coacusado, respecto de este la conclusión será idéntica. Buena parte del razonamiento ha de ser común en cuanto muchas de las disposiciones de fondos afectan a ambos. La insistencia en este recurso en la realización de cada uno de los trabajos contradiciendo la estimación de la Sala de instancia viene a reforzar y enriquecer el argumentario ya ofrecido.

Puede subrayarse ahora en particular lo relativo a la redacción de un Proyecto de Estatutos. Existe y obra en la causa. Y un testigo, quien estaba autorizado para ello, ha manifestado que los encargó y que de hecho el precio abonado era inferior al que había indagado con otros eventuales adjudicatarios. El hecho de que finalmente no se aprobasen, no legitima para entender que fue un trabajo no realizado utilizado otra vez como excusa para extraer fondos de la entidad a cambio de nada. Y, desde luego, queda sin explicar por qué ese testigo pese a haber convalidado el gasto no es también responsable; o, en su caso, por qué ahora su versión viene a coincidir con la del acusado. El Borrador de Estatutos está aportado. Que carezca de alguna formalidad indicativa de su origen, no permite arribar a la conclusión absurda por no ser alegada por nadie, de que fue elaborado por otras personas, o, sencillamente, de que no está cuando sí está.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo quinto es vicario de los anteriores: se protesta por las preguntas que no pudo hacer a los peritos por haberse rechazado la pericial. No añade nada diferente y, al margen de algunas cuestiones formales que podrían hacer descarrilar el motivo, basta con remitirse al fundamento de derecho undécimo para convenir que también este motivo ha perdido toda virtualidad autónoma.

A la par se razona por incongruencia omisiva, pero con un planteamiento deformado: no se dice que no se haya contestado a determinadas tesis defensivas, sino más bien que no han sido acogidas. Eso no es incongruencia omisiva. Si lo fuese sería muy difícil encontrar una sentencia que no sea de conformidad a la que no cupiera achacar ese defecto casacional

DÉCIMO QUINTO. El motivo sexto y último se ampara en los arts. 849-1º LECrim y 24.1 CE (tutela judicial efectiva) en una mescolanza de alegaciones poco ortodoxa procesalmente, y con una técnica casacional tosca. Se reiteran argumentos ya desarrollados y se mezclan cuestiones probatorias con otras de fondo sin orden claro.

Lanza la tesis de que la construcción jurídica de la sentencia obedece a la necesidad de evitar la prescripción. Pero no consigue refutar las razones por las que la Audiencia le liga con las diferentes entidades implicadas.

La estimación de motivos anteriores permite orillar todos los argumentos que se vierten en torno a la falsedad (entre otras, que no fue el recurrente el firmante de muchas de las facturas) y la malversación.

En cuanto a la prevaricación su objeción (no hay *intraneus* condenado) ya ha quedado respondida. Sí que debe acogerse la queja implícita relativa a la no ponderación del art. 65.3 dada su obvia condición de *extraneus*.

DÉCIMO SEXTO- La estimación de los recursos debe dar lugar a la declaración de oficio de las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Hernan** contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en causa seguida contra los recurrentes por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación administrativa y falsedad en documento mercantil y oficial cometida por funcionario



público, **por estimación parcial del motivo quinto de su recurso**; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia de Instancia con declaración de las costas de oficio.

2.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Indalecio contra la Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, **por estimación de los motivos primero a tercero de su recurso**, con declaración de oficio de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1657/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de abril de 2021.

Esta sala ha visto la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Valencia, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Segunda), y que fue seguida por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación administrativa y falsedad en documento mercantil y oficial cometida por funcionario público contra Hernan y Indalecio en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de Instancia aunque suprimiendo de éstos, según se ha argumentado, todas las referencias a la falta de realización de los trabajos y añadiendo como colofón la siguiente aseveración: "Los trabajos abonados fueron realizados, al menos en parte, sin que conste que el precio estuviese ficticiamente engordado"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los hechos, conforme se razonó en la sentencia de casación, no integran los delitos de falsedad ni malversación de caudales públicos. La prueba es insuficiente para sustentar tales tipicidades. Ello no impide que pudiera existir alguna responsabilidad contable que correspondería esclarecer ante la jurisdicción correspondiente si así lo entiende necesario el Ministerio Fiscal o la Administración legitimada.

En cuanto al delito de prevaricación la condición de *extraneus* de uno de los condenados empuja -era la regla general, aunque no obligada- a rebajar la pena en un grado conforme dispone el art. 65.3 CP.

La pena en la fecha de los hechos era de siete a diez años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Al ser delito continuado podría facultativamente incrementarse hasta la mitad inferior de la pena



superior en grado. Se impondría duraciones mínimo a la vista del largo tiempo transcurrido desde los hechos cercanas al mínimo.

FALLO

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

1.-Condenar a Hernan y Indalecio por un delito continuado de prevaricación de los arts. 404 y 74 CP a las penas de cuatro años y seis meses y nueve años respectivamente de inhabilitación especial para el ejercicio de todo cargo o función pública que comporten manejo de fondos públicos o decisiones o intervención en contratación.

2.-Absolvemos a Hernan y Indalecio de los delitos de malversación de caudales públicos y falsedad por los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables.

3.- Se dejan sin efecto las indemnizaciones acordadas, así como la declaración de terceros como responsables civiles.

4.- Cada uno de los acusados deberá abonar 1/3 de las costas procesales

En lo demás y en cuanto sean compatibles con el presente se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia y en particular lo relativo a la condena por el delito de prevaricación con la variación que se ha hecho en esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García