

Roj: **STS 1669/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1669**Id Cendoj: **28079120012017100334**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/05/2017**Nº de Recurso: **1942/2016**Nº de Resolución: **311/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 3 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Jose María**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra sentencia de fecha 10 de febrero de 2016 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. González Rodríguez y la recurrida Mancomunitat Intermunicipal de la Vall del Tenes, representada por el Procurador Sr. Morales Hernández-Sanjuan.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Granollers, bajo el nº 2 de 2013 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 2016, que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<PRIMERO.- Se declara probado, conforme al veredicto emitido por el Jurado que: El acusado Jose María, mayor de edad y carente de antecedentes penales, mediante contrato de trabajo de duración determinada formalizado por escrito y fechado el 17 de enero de 2007 fue contratado por la entidad de derecho público Mancomunidad Intermunicipal de la Vall de Tenes, cuyos fondos son dinero público, para realizar labores de gerente pactándose una jornada laboral 20 horas semanales y un salario según convenio colectivo de alrededor 2300 euros mensuales netos. El acusado en el ejercicio de sus funciones tenía facultad para ordenar pagos desde la cuenta de la Mancomunidad y pleno poder de disposición sobre la cuenta corriente número NUM000 de la que la Mancomunidad era titular en la entidad "Catalunya Caixa". Desde que el acusado fue nombrado en el año 2007 hasta que cesó en su cargo el 31 de octubre de 2011, realizó diversas transferencias por importe de 523.482,20 euros que no correspondían con el pago de su nómina, a cuentas suyas, a cuentas conjuntas con su esposa Eloisa, a cuentas conjuntas con su esposa y con su padre Carmelo, a una cuenta exclusiva de su padre, a una cuenta de la entidad "Odont Mad S.L.", entidad de la que era socio fundador el acusado y desde 2010 administrador único, y a una cuenta de la entidad "Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Mijas -Málaga- comunidad de la que formaba parte el acusado por ser titular de un apartamento en dicha comunidad junto con su padre y su mujer. En concreto: a) El acusado efectuó diversas transferencias desde la cuenta de la Mancomunidad antes referida a la cuenta NUM001 de "Caixa d'Estalvis de Catalunya" de la que es titular junto a su esposa, Eloisa, por un total de 267.056,46 euros. b) El acusado efectuó transferencias desde la cuenta de la mancomunidad a la cuenta NUM002 de la entidad "La Caixa" de la que el acusado es titular junto a su esposa Eloisa por importe de 94.602,69 euros. c) El acusado efectuó una transferencia desde la cuenta de la Mancomunidad a la cuenta corriente número NUM003 de la que era titular juntamente con



su esposa Eloisa por importe de 2.099,29 euros. d) El acusado efectuó transferencias desde la cuenta de la Mancomunidad a la cuenta NUM004 de "Caixa d'Estalvis de Catalunya" titularidad de la entidad "Odont Mad S.L.", por importe de 107.813, 26 euros. e) El acusado efectuó transferencias por importe de 35.015,10 euros desde la cuenta de la Mancomunidad a la cuenta corriente número NUM005 de la entidad "Caja de Ahorros Provincial San Fernando"-que pasó a ser "Caja Cívica"- titularidad del acusado, de su padre Carmelo y de su esposa Eloisa . f) El acusado efectuó transferencias de la cuenta de la Mancomunidad a la cuenta NUM006 de "Caixa d'Estalvis de Terrassa"-que pasó a ser "UNIM"- y de la que es titular el padre del acusado, Carmelo por importe de 16.267,68 euros. g) El acusado en fecha de 29 de julio de 2011 transfirió desde la cuenta de la Mancomunidad la cantidad de 627,72 euros a la cuenta corriente NUM007 de la entidad Banco Sabadell y titularidad de la "Comunidad de Propietarios DIRECCION000 " de Mijas -Málaga- comunidad de la que formaba parte el acusado por ser titular de un apartamento junto con su padre y su mujer en dicha comunidad. Tales transferencias no respondían al pago de ningún salario ni derecho de cobro que el acusado tuviera contra la Mancomunidad sino a una intención de enriquecerse con fondos que el acusado sabía que eran públicos y que no le pertenecían. No se ha acreditado que 193.447,07 euros del total de las cantidades transferidas por el acusado a cuentas suyas, conjuntas su esposa Eloisa , conjuntas con su esposa y con su padre Carmelo , a una cuenta exclusiva de su padre, a una cuenta de la entidad "Odont Mad S.L." y a una de la "Comunidad de Propietarios DIRECCION000 " fueran para pagar gastos de desplazamiento, teléfono, dietas u otros similares o para pagar gastos efectuados por el acusado por cuenta de la Mancomunidad. SEGUNDO.-El acusado el 31 de mayo de 2011 hizo una transferencia de 1470,28 de la cuenta de la Mancomunidad a una cuenta de la entidad Caixa Sabadell de Granollers Congost, titularidad de Carlos Antonio , para pagar una factura correspondiente a los trabajos de pintura que el profesional Carlos Antonio había realizado en su casa sita en la CALLE000 n° NUM008 de Lliça d'Amunt. El acusado cuando ordenó el pago de esta factura sabía que era una factura de una obra hecha en su propio domicilio y no en la Mancomunidad y actuó con intención de que la Mancomunidad pagase una obra en su casa. TERCERO.- El acusado justificó alguna de las transferencias a las que se refiere el párrafo primero de los hechos probados aportando a la Mancomunidad facturas a nombre de la empresa "Odont Mad S.L." en las que se hacía constar que correspondían a trabajos por horas de consultoría efectuadas por él que en realidad no se habían efectuado. En algunas otras transferencias hizo constar como concepto de la transferencia bancaria que se correspondían con el pago de facturas a proveedores de la Mancomunidad tales como "Águilas Instalaciones" "Pedro Pintado", "Sabadell Neteja" y "Maderas Coll Viader S.L."; sabiendo que no era cierto. El acusado alteró la contabilidad de la Mancomunidad haciendo constar que algunas de las transferencias eran para el pago de facturas que no existían ni correspondían a ninguna operación real, a nombre de la Empresa "Dentiform S.L." ,entidad de la que el acusado era administrador único desde el año 2010, y a nombre de proveedores la Mancomunidad tales como "Águilas Instalaciones" "Pedro Pintado", "Sabadell Neteja" y "Maderas Coll Viader S.L." sabiendo que no era cierto. No se ha probado el acusado elaborase y aportase a la Mancomunidad una factura que no correspondía a ninguna operación real copiando una factura real de la empresa "Barnekoak" por importe de 10.323, 60 euros alterando en tan solo en un céntimo de euro el importe de la factura>>.

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

<<FALLAMOS: Que, de acuerdo con el veredicto formulado por el Jurado, DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado, Jose María , en concepto de autor criminalmente responsable DE UN DELITO CONTINUADO DE MALVERSACION DE CAUDALES PÚBLICOS EN CONCURSO MEDIAL CON UN DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO, precedentemente definidos, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, y DIEZ AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA, si como al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento, con inclusión de las devengadas por la Acusación Particular. Asimismo, y, en concepto de responsabilidad civil dicho acusado, deberá indemnizar a la MANCOMUNIDAD INTERMUNICIPAL DE LA VAL DE TENES en 523.482, 20 euros con los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.Civil . Una vez firme entréguese a la Mancomunidad la cantidad consignada por el acusado el 7 de noviembre de 2014. Notifíquese esta resolución a todas las partes comparecidas en el proceso y a los perjudicados por el delito, con la expresa advertencia de que no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de diez días desde la última notificación>>.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado D. Jose María dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 21 de julio de 2016 , cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

<<La SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido: 1. DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por la representación de D. Jose María contra la sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2016, en el Procedimiento de Jurado núm. 22/2015, derivado de la Causa de Jurado núm. 2/2013 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Granollers , seguido contra el recurrente por un delito continuado



de malversación de caudales públicos y otro también continuado de falsedad documental. 2. CONFIRMAMOS y MANTENEMOS en su integridad la sentencia recurrida y 3. DECLARAMOS de oficio las costas de esta alzada, sin condena a ninguna de las partes. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 LECrim >>.

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

**CUARTO.**- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose María** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de derechos constitucionales ex artículo 5.4 L.O.P.J . en relación con el art. 24.2 C.E . (derecho a la presunción de inocencia) que determina la indebida aplicación de los arts. 432 C.P . (malversación caudales públicos) y el art. 390.1.4 C.P . (falsedad documental), ambos en régimen de continuidad delictiva del art. 74 C.P .

Segundo.- Por infracción de ley, del art. 849.2º L.E.Cr ., por haber existido error en la apreciación de la prueba, con significación suficiente para modificar el sentido del fallo y sin que su eficacia probatoria haya sido desvirtuada o desmentida por otros medios de prueba, designándose a los efectos dispuestos en el párrafo 2º del art. 855 L.E.Cr ., los documentos literosuficientes que aparecen en el anexo documental III, en concreto, en los folios 524 a 874 consistentes en los expedientes de examen, censura y aprobación de las cuentas generales de la Mancomunidad de la Vall del Tenes presentados a la Sindicatura de Camptes de Catalunya correspondientes a los años que mi representado fue Gerente (2007 a 2011).

Tercero.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1.1º por verificarse manifiesta contradicción en los hechos probados.

Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr ., por indebida aplicación de los arts. 432 C.P . (malversación caudales públicos) y el art. 390.1.4 C.P . (falsedad documental), ambos en régimen de continuidad delictiva del art. 74 C.P .

Quinto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr ., por la indebida inaplicación del art. 66.4º C.P. de 1995 , en relación con el art. 21.5ª del mismo cuerpo legal , por haber mi representado reparado parcialmente el daño causado a la Mancomunidad de la Vall del Tenes con anterioridad a la celebración del juicio oral.

**QUINTO.**- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, impugnándolos subsidiariamente, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida Mancomunitat Intermunicipal de la Vall del Tenes, y quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para vista y fallo para el día 20 de abril de 2017, celebrándose la misma con la asistencia del Letrado recurrente D. Fermín Morales Prat en defensa del acusado Jose María , que informó sobre los motivos; del Letrado recurrido D. Bartolomé Martínez García en defensa de la Mancomunidad de la Vall del Tenes que se ratificó en su informe y del Ministerio Fiscal que también se ratificó en su informe, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Con sede procesal en el art. 5.4 L.O.P.J . el recurrente entiende vulnerado, en el primer motivo, el derecho a la presunción de inocencia, regulado en el art. 24.2 C.E., en relación al 432 y 390.1.4º C. Penal .

1. El impugnante ataca la sentencia que le condena por considerar que la prueba habida en la causa no colma los cánones de suficiencia para soportar y justificar la sentencia dictada, y ello por dos razones: no haberse tenido en cuenta los numerosos contraindicios o pruebas de descargo, así como la ausencia de razonabilidad de las inferencias realizadas.

Considera improcedente que los jurados rechazasen las horas de consultoría que realizaba para la Comunidad en virtud de un contrato verbal con el presidente de la Comunidad Fidel , el cual le permitió realizar horas al margen del contrato escrito a razón de 30'17 euros la hora, hasta justificar 332.129'15 euros por horas extraordinarias por encima de las pactadas y 193.447,07 euros para gastos.

Asimismo el Tribunal sentenciador consideró que para encubrir o justificar la inexistencia de tales créditos a su favor falsificó diversos documentos.



También rechazó el Tribunal las transferencias bancarias que correspondían al pago de facturas a proveedores de la empresa del recurrente "Odont Mad S.L.", que justificaban horas de consultoría, o bien por las facturas de empresas proveedoras de la Mancomunidad como "Águilas Instalaciones", "Pedro Pintado", "Sabadell Neteja" y "Maderas Coll Viader S.L."

A continuación el recurrente divide en seis apartados los contraindicios de descargo, que sintéticamente están integrados por las siguientes alegaciones impugnatorias:

1) Los trabajos realizados por el recurrente se produjeron en un periodo de notable crecimiento de la Mancomunidad, que llevó aparejado también el aumento del presupuesto del organismo. La plantilla no se aumentó y el recurrente tuvo que realizar una actividad complementaria que facturaba como autónomo. Hasta 35 proyectos fueron realizados con un personal de 81 trabajadores, que se mantuvo durante los 4 ó 5 años en que desempeñó la gerencia. Los cuatro Ayuntamientos que integraban la Mancomunidad levantaron acta de la Junta que aprobaba el presupuesto, firmada por el presidente, además de los órganos fiscalizadores que también ejercían el control, uno interno y otro externo.

2) Los trabajos que el acusado realizó como gerente y que motivaron los cobros considerados fraudulentos constan debidamente documentados en facturas expedidas en tiempo y forma con la consiguiente tributación a la Hacienda Pública.

El perito de la defensa constató que los 332.129'55 euros no pueden incluirse en la cantidad malversada por falta de documentación. El recurrente afirma que existió cobertura documental y tributó oportunamente. El perito judicial tuvo una limitación y es que en su visita a la Mancomunidad no se le facilitaron las facturas y otra documentación que sustentaban las partidas o pagos supuestamente malversados. La Mancomunidad afirmó que carecía de una documentación por lo que no tuvieron acceso los peritos judiciales. El listado de facturas emitidas por el acusado se remitió a la causa el 5 de julio de 2012, a pesar de ello el recurrente niega que referidas facturas fueran creadas "ad hoc".

Por otro lado ninguno de los peritos judiciales contactó con el acusado para la realización de los informes y pedirle documentación tributaria o del desarrollo de los proyectos.

Respecto a las facturas de "Odont Mad S.L." fueron conocidas y fiscalizadas por la "Comisión Especial de Control de Cuentas" de la Mancomunidad.

3) La contabilidad de la mancomunidad no era realizada por el acusado sino que los asientos contables eran introducidos por el personal de Fornells Consultores, ya que el recurrente carecía de formación jurídico-contable. Así pues, las cuentas anuales de la Mancomunidad eran elaboradas por Fornells Consultores, según manifestó Luis Berlanga en su calidad de representante de dicha entidad.

4) La "Comisión Especial de Cuentas" es el órgano de control encargado del examen, estudio e informe de las cuentas anuales de la Mancomunidad". Este ente certifica la aprobación de las cuentas de la Mancomunidad. Así, una vez realizado el control ordinario de fiscalización por parte de tal Comisión, se elaboraba el expediente de examen, censura y aprobación de la cuenta general de la Mancomunidad, actuación que se realizó sin contratiempo en los años 2007, 2008, 2009 y 2010.

Por otro lado el recurrente no podía desarrollar las funciones de Interventor-Secretario de la Mancomunidad, por carecer de la habilitación funcional y formación académica adecuadas. En 2011 la "Sindicatura de Comptes", requiere a la Mancomunidad para que establezca por escrito las funciones del gerente y su cualificación profesional.

5) La "Sindicatura de Cuentas" de Cataluña, por su parte, analizó el expediente de examen, censura y aprobación de la Junta General de la Mancomunidad, sin incidencia alguna.

6) El contrato laboral suscrito, constituía un modelo estereotipado que solo representaba cuatro horas al día de trabajo (media jornada), sin que sus funciones se concretaran hasta el 1 de agosto de 2011.

Por la actividad añadida que realizaba el acusado pasó a facturar como autónomo en funciones de consultor una cantidad a 30'17 euros la hora.

2. El recurrente en su escrito impugnativo, parece denotar un interés desmedido por intentar que esta Sala de casación lleve a cabo una nueva valoración de la prueba, convirtiendo este recurso en una tercera instancia, y ello es así porque la mayor discrepancia se pondría en el relato probatorio, cuando el Tribunal Supremo tiene unas limitaciones que hacen que el control casacional recaiga únicamente sobre la licitud de la prueba, la suficiencia de la misma y la razonabilidad de las inferencias realizadas, más concretamente se debe ceñir su revisión a la estructura racional del juicio valorativo, en tanto tal función debe acomodarse a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.



Prueba evidente es que este primer motivo, coincidente con el articulado en primer lugar ante el Tribunal Superior, es que en su formulación se planteó incluyendo argumentos propios de la presunción de inocencia, pero también del error facti, en un intento de alterar los hechos probados, pero tampoco se reunían los requisitos exigidos jurisprudencialmente para estimar el error, a lo que haremos referencia en el 2º motivo articulado ante esta Sala, en el que un mayor ajuste a la ortodoxia casacional, obligaría a separar ambos motivos, reservando el segundo lugar al error en la valoración de la prueba.

Partiendo de que las pruebas de que se ha valido la Audiencia, se han obtenido lícitamente y practicado en el plenario con respeto a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, resta ahora justificar la racionalidad del proceso valorativo, y ello lo ha hecho con certeros argumentos el Tribunal Superior, justificando la suficiencia de la "sucinta explicación de los jurados" conforme al art. 61.1 a) L.O.T.J., que resultó plenamente satisfactoria.

Así, según el Tribunal de Jurado el acusado transfirió 523.482'20 euros a la cuenta que éste tenía, por sí, compartida con su esposa y/o su padre o entidades en que ostentaba una posición prevalente, y que no correspondía a ningún salario ni a cualquier otro derecho de cobro.

Igualmente transfirió 1.470'28 euros a la cuenta de Carlos Antonio para abono de obras efectuadas en su propia casa.

Para justificar tales transferencias aportaba a la Mancomunidad facturas a nombre de la empresa "Odont Mad S.L.", de la que era administrador único, por trabajos de consultoría que no se habían prestado. En otros casos aportando facturas de proveedores como "Águilas Instalaciones", "Pedro Pintado", "Sabadell Neteja" y "Maderas Coll Viader", aparentando servicios que nunca había tenido lugar.

3. El núcleo de tal convicción, tuvo suficiente apoyo probatorio:

A) Las transferencias bancarias y sus respectivos montos económicos, fueron extraídos y aceptados por unanimidad del Jurado de la abundante prueba documental (Tomo I de la pieza separada), que incluso y con gran rigor, llegaron a precisar que la cuantía total, habría que reducirla mínimamente.

La defensa no opone objeción alguna a esos elementos probatorios.

Sí cuestiona la afirmación de los jurados -también por unanimidad- sobre la desconexión que establecen de esas transferencias con los **servicios de consultoría**, que el acusado decía haber **pactado verbalmente** con los representantes de la mancomunidad, para su reconocimiento y retribución añadida a los emolumentos que le correspondían por el contrato laboral firmado el 17 de enero de 2007, para desempeñar labores de gerente durante 20 horas semanales (media jornada) con un salario de 2.300 euros mensuales netos.

B) En estos aspectos últimos controvertidos el jurado se apoyó en el testimonio claro y contundente de los tres presidentes de la mancomunidad habidos en ese periodo temporal (2007 a 2011).

También negaron dichos testigos cualquier relación o justificación de servicios en favor de entidades como "Odont Mad S.L." y "Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Mijas", o que algunas de esas partidas pudieran corresponderse con gastos de desplazamientos, teléfono, dietas u otros gastos similares. También negaron que la partida de obras realizadas en su propia casa por Carlos Antonio, respondiera a otra finalidad distinta a la que evidenciaba la factura. El testimonio del propio beneficiario, despejó cualquier duda.

También tuvo en cuenta el Tribunal de Jurado que la totalidad de las facturas emitidas para dar cobertura aparente a las transferencias realizadas fueran elaboradas con posterioridad a las transferencias respectivas.

Del mismo modo el número de horas facturadas y el precio que se asigna a cada hora arroja siempre valores que no coinciden o se desvían a pesar de pretender la correspondencia, lo que se concilia mal con prácticas contables elementales.

C) Acerca de los servicios prestados inexistentes y sus facturas, fue confirmado por los testigos responsables de esas sociedades ("Águilas Instalaciones", "Pedro Pintado", "Sabadell Neteja" y "Maderas Coll Viader S.L.").

D) Respecto a la pretendida contabilidad de la mancomunidad llevada a efecto por "Fornells Consultores", la testifical de la trabajadora Victoria relató la mecánica acerca de la consignación de asientos, siempre por indicación del recurrente, y las facturas que les presentaba, incluso sin facturas (se presentaban situaciones contables sin justificante) se consultaba al acusado telefónicamente o a través de e-mails, para seguir las indicaciones que de él recibiera.

Con todo ese material probatorio el Jurado, pudo justificar, conforme al art. 61.1d) L.O.T.J., el tenor de los hechos probados y la convicción alcanzada.



4. Por último descendiendo a los puntos concretos de discrepancia del recurrente debemos hacer las siguientes afirmaciones frente a los contraindicios:

1) Acerca del notable crecimiento de la actividad de la Mancomunidad los años 2007 a 2011, con el consiguiente aumento del presupuesto y el desarrollo de un mayor trabajo por su parte, hemos de partir de que la retribución asignada no era desdeñable ( **2.300 euros mensuales netos** ), por media jornada. Pero ese crecimiento de la actividad y el presupuesto no tenía por qué repercutir en la labor del acusado, esto es, ello por sí mismo no implica mayor dedicación del Sr. Jose María , ni mucho menos que estuviese legitimado para facturar "horas de consultoría". Los tres presidentes de la mancomunidad explicaron que si la jornada del recurrente, a tiempo parcial hubiera resultado insuficiente hubieran ampliado el contrato laboral a jornada completa.

En los 35 proyectos desarrollados, supuestamente impulsados por el Sr. Jose María , su cometido era el de simple coordinación, ya que era el personal técnico el que desarrollada el trabajo real, de ahí que no se consideren justificadas 9.455'5 horas de consultoría. Prueba de que no pudo concretarse el trabajo desarrollado por éste, es que los 17 testigos, por él citados a juicio (asesores, técnicos y trabajadores de la mancomunidad) que hubieran justificado su actuación fueron renunciados por el recurrente el día anterior al que estaba acordada su comparecencia a juicio.

Por lo demás, el cumplimiento del horario por parte del recurrente era harto flexible, gozando de un alto grado de autonomía ya que se le permitía viajar al extranjero regularmente (y no consta que el viaje estuviera directamente relacionado con el trabajo), lo que difícilmente casa con la facturación de horas extras por trabajos de consultoría.

2) Acerca de que los trabajos que motivaron cobros reputados fraudulentos constan documentados, hemos de afirmar lo siguiente.

Se sostiene por el recurrente que tributaron a Hacienda, pero cabría hacer las siguientes precisiones, como apunta la parte recurrida:

a) Las facturas emitidas por el Sr. Jose María por 332.129'55 euros unidas a la pericial de la defensa, junto a los 193.497'07 euros aportados por la empresa dentro de su círculo de control "Odont Mad S.L.", fueron aportados por primera vez a la causa como Anexo a la pericial de la defensa el 18 de diciembre de 2015. Hasta ese momento no constaban en la causa ni en la contabilidad de la Mancomunidad, pues a pesar de la dilatada instrucción, solo tuvieron presencia en la causa a escasos días del inicio de las sesiones del juicio.

b) Ninguna de las facturas coincide con el concepto que se hace constar en las mismas. Si al precio de la hora extra de 30'17 euros se añade el 16% del IVA, a la sazón vigente, nos da en todas las facturas un importe distinto al que se refleja en las mismas.

c) Los propios peritos de la defensa, relacionan algunas facturas con transferencias que fueron efectuadas con antelación a la emisión de la propia factura.

Con todo ello se pone de manifiesto que las facturas muy probablemente han sido elaboradas "ex post" para sostener la versión del imputado y justificar las transferencias realizadas a su favor, lo que haría difícil sostener el haber cumplido en el momento oportuno con la Agencia Tributaria. De haber tributado lo hubieran sido en el modelo 347, circunstancia que no consta acreditada.

Pero aunque hubiera hipotéticamente satisfecho todos los impuestos ello no autoriza a facturar estos supuestos servicios y efectuar las transferencias a sus cuentas.

Respecto a los 193.447'07 euros, no se hallan justificados por documental alguna. Manifiestan los peritos que intervinieron en juicio a instancias de la defensa, que se corresponden a **hojas de gastos , pero sin soporte documental** . No es fácil entender que el acusado estuviera autorizado a cargar "hojas de gastos" por casi 200.000 euros en cuatro años y medio.

3) La contabilidad no era realizada por el Sr. Jose María sino que la hacía "Fornells Consultores", que también era el que presentaba las declaraciones tributarias de la mancomunidad. Sobre este extremo ya aludimos al testimonio de la empleada de la gestoría Victoria en el que afirmó que el Sr. Jose María se encargaba personalmente de la gestión económica, ya que era él quien tenía en su poder las facturas, quien las llevaba a la gestoría para la contabilidad y a quien se las devolvían. Cuando tenían dudas o faltaban facturas o justificantes, pedían aclaraciones al acusado, y seguían sus indicaciones, por lo que en realidad era el recurrente quien se encargaba de la gestión económica y contabilidad de la Mancomunidad.

4) Existían -según el recurrente- controles estatutarios internos de la mancomunidad.



Entre éstos figura la Junta de Gobierno y la "Comisión Especial de Cuentas", las cuales no se percataron de ninguna irregularidad en la contabilidad.

Bien es cierto -como puntualiza la entidad recurrida- que los miembros de la Junta o Comisión no eran especialistas en economía y contabilidad, sino políticos que representaban a los Ayuntamientos. Tampoco eran capaces de interpretar conceptos genéricos como "Pago factura", como figura en la mayoría de los justificantes de transferencia.

En cualquier caso el recurrente gozaba de una relación de confianza, que hacía que no se sospechara que fuera a hacer alteraciones defraudatorias. Y desde luego aunque se superase el control interno, no supone más que el cuidado que el Sr. Jose María tomaba en dar apariencia de regularidad y verosimilitud a las cuentas fraudulentas presentadas.

5) Junto al control interno figuraba un control externo a cargo de la "Sindicatura de Comptes", que constituía un elemento más que confirmaría la bondad de su gestión.

Sin embargo hemos de tener en cuenta que este organismo no revisa a fondo todas y cada una de las cuentas que le remiten los organismos públicos, sino que se limita a recibirlas, publicarlas y a revisar alguna de ellas aleatoriamente, si abrigan sospechas de fraude, pero en ningún caso eso supone un control real y efectivo sobre la gestión del ente público.

En el propio recurso se dice que los expedientes de examen, censura y aprobación de las cuentas fueron **remitidos** a la Sindicatura de Comptes, lo que no implica la aprobación o el control de los mismos.

6) En la relación laboral no figuraban documentadas las funciones del gerente.

Ciertamente que tales funciones no se recogieron por escrito hasta el año 2011, pero aunque no se desarrollaron con minuciosidad, la designación tenía por objeto la gestión económica de un ente público.

En este punto haciendo balance de los apartados anteriores, para exonerarse de responsabilidad criminal, en realidad lo que hace el recurrente es valorar e interpretar la prueba, tratando de crear una duda razonable.

La realidad probatoria es que el incremento de 9.455'5 horas adicionales a su jornada laboral resultantes de sumar. 7.551 horas extras o de consultoría y las restantes hasta aquella suma facturada a través de la empresa "Odont Mad S.L.", de control del acusado, suponían más de 300.000 euros añadidos, amén de casi 200.000 euros que corresponden a hojas de gastos, sin conservar justificante alguno, no se halla dentro de una interpretación razonable.

Téngase presente que las 9.455 horas añadidas suponen distribuidas en 4 años y medio, en los días laborales pertinentes un incremento diario de 9 horas aproximadamente, que unido a las cuatro de jornada ordinaria sumarían 13 horas, y ello sin descontar el tiempo invertido en viajes.

La argumentación no entra dentro de los cánones de la lógica y la experiencia.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

**SEGUNDO.-** En el correlativo ordinal el recurrente en base al art. 849.2º L.E.Cr ., alega error de hecho en la apreciación de la prueba, resultando de documentos de constancia en la causa, con repercusión en la aplicación de los arts. 432.1 y 390.1 º y 4º, así como el 392 C.P .

1. Dichos documentos tendrían la virtualidad de modificar el sentido del fallo, sin que su eficacia probatoria haya sido desvirtuada por otros medios de prueba.

Los documentos que cita como literosuficientes están constituidos por los de control interno y externo de la entidad, concretamente los contenidos en el Anexo documental III, obrantes a los folios 524 a 874, consistentes en los expedientes de examen, censura y aprobación de las cuentas generales de la Mancomunidad, realizada por la "Comisión especial de cuentas" presentadas a la "Sindicatura de Comptes de Catalunya" correspondiente a los años 2007 a 2011.

A través de tales controles los presupuestos fueron aprobados extendiéndose tal aprobación -según el recurrente- a la gestión económico-contable del recurrente.

En el desarrollo del motivo el impugnante analiza y valora las pruebas que, a su juicio, poseen virtualidad exculpatoria, repitiendo argumentos ya aludidos en el motivo 1º.

2. El motivo no puede prosperar por razones materiales y formales.

Por las primeras no es aceptable la afirmación que por el hecho de que se aprobaran las cuentas (lógicamente maquilladas) de la Mancomunidad por la "Comisión especial de cuentas" y se presentaran ante la "Sindicatura



de Comptes" de la Generalitat de Cataluña, ello pueda amparar y justificar los delitos que con ocasión de esas cuentas hayan podido cometerse.

En el motivo anterior ya dijimos que las falsificaciones ajustadas debidamente a cuadrar las cuentas que encubrían fraudes internos existentes y el hecho de no haberse podido detectar con sus medios propios los órganos de control esas deficiencias no empece a que las fuerzas policiales hayan podido descubrir después de la aprobación de esas cuentas "las irregularidades, bien cubiertas documentalmente, que existían". No es concebible que porque arbitrariamente en opinión del acusado se haya producido un aumento de actividad y de presupuesto (seguramente agravado por las improcedentes cargos del acusado) que no supuso mayor trabajo para el recurrente (aunque sí para los funcionarios del ente), dicho recurrente por propia iniciativa, se aumente una cantidad de horas de trabajo que con las ordinarias señaladas en el contrato alcanzarían a 13 diarias, y se señale por el acusado el importe por hora que tenga por conveniente y sin modificar el contrato ni comunicar el hecho a la dirección del ente, y sin el conocimiento y aprobación del mismo crear facturas o simular gastos inexistentes para añadir a sus emolumentos ordinarios una cantidad monetaria, equivalente a la que aproximadamente gana un alto funcionario de la administración. Serían más de 300.000 euros por facturas y casi 200.000 euros por gastos a distribuir en 4 años y 6 meses. Ello se apartaría radicalmente de la más elemental lógica y de las normas de la experiencia.

No hay que pasar por alto el hecho de que los delitos se cometieron antes de los controles ejercidos por los órganos administrativos.

2. Pero desde el punto de vista formal o procesal el motivo no puede prosperar porque se ha utilizado para argumentar fuera de los límites que legalmente establece el precepto según una reiterada y consolidada doctrina de esta Sala, que es necesario repetir una vez más.

Así, para la prosperabilidad del motivo se exige por esta Sala conjuntamente los siguientes requisitos:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.

C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr .

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo ( STS. 765/04 de 14 de junio ).

G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr .- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso ( STS 3-4-02 ) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal ( STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre ).

3. A la vista de tal doctrina observamos que en el presente motivo se ha desbordado el concepto de "error facti", entendiéndolo equivocadamente que el precepto hace referencia a la valoración de la prueba hecha por el Tribunal, cuando tal aspecto solo puede corregirse por infracción de la tutela judicial efectiva o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, si aquélla se revela como irracional, absurda o arbitraria.



En nuestra hipótesis, no se señalan particulares de los documentos que se enuncian de modo genérico, haciendo mención a 350 folios de la causa, ni se concretan los hechos probados que deben ser suprimidos, complementados o modificados por esos documentos ni tampoco la redacción alternativa que se propone. A su vez, existe prueba contradictoria que acredita otra cosa distinta a la propuesta en el motivo. La inadvertencia de los delitos cometidos por el acusado por parte de los organismos de control no valida ni justifica la conducta delictiva del recurrente. Por otro lado el juicio de subsunción de los arts. 432.1 y 390.1.4º en relación al 392 C .E., lo remite el recurrente al motivo 4º del recurso.

El presente ha de decaer.

**TERCERO.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º L.E.Cr ., denuncia contradicción en hechos probados.

1. Como argumento aduce que nos hallamos ante la existencia de un relato de hechos probados diametralmente opuesto a la realidad documentada del anexo documental III, en concreto, los expedientes de examen, control y aprobación de las cuentas generales de la Mancomunidad.

Se remite a los argumentos del 1º y 2º motivo. Nos dice que si las horas de trabajo documentadas por "el acuerdo" han merecido la aprobación por los órganos de control y fiscalización es porque eran correctas.

Para reforzar la justificación vuelve a hacer referencia al incremento de actividad del ente con la existencia de 35 proyectos nuevos, con el consiguiente aumento de trabajo, la facturación de dichos servicios y pago de impuestos; su aprobación por la "Comisión Especial de Cuentas" de la Junta y por la Sindicatura de cuentas.

2. Como apunta el propio recurrente, los requisitos para la prosperabilidad de un motivo de esta clase los viene estableciendo esta Sala en los siguientes:

a) Que la contradicción sea manifiesta en el sentido de insubsanable.

2 Que sea **interna** , esto es, que resulte de los propios términos del hecho probado, produciendo un vacío en ellos.

3) Que sea causal respecto al fallo.

En nuestra hipótesis existe una quiebra flagrante de la doctrina jurisprudencial, pues la contradicción **no es interna** , esto es, entre las propias frases o contenido del factum o relato probatorio. El recurrente por el contrario enfrenta como contradictorias el factum y la documentación contenida en el Anexo III de la causa.

Además el hecho de que se pasasen de forma temporal los controles existentes no es más que la consecuencia de la labor de ocultación y manipulación efectuada por el acusado en la contabilidad para encubrir su conducta delictiva, lo que no significa que estuviere autorizado al cobro de cantidad alguna adicional a su salario.

El motivo ha de claudicar.

**CUARTO.**- Con amparo procesal en el art. 849.1º L.E.Cr . considera indebidamente aplicados en el correlativo ordinal el 432 C.P. y 390.1º.4º y 392 C.P., ya que en el veredicto de culpabilidad no se ha valorado documentación obrante en la causa, acreditativa del incremento del trabajo del recurrente y la pertinente fiscalización interna y externa de la actividad del mismo.

1. Faltarían según el impugnante los elementos objetivos del delito de malversación de caudales públicos y de falsedad documental, así como el tipo subjetivo de ambas infracciones, a la vista del incremento de trabajo de la entidad, así como del presupuesto y la fiscalización efectivamente ejercida por los miembros de la "Comisión Especial de Cuentas" y la "Sindicatura de cuentas de Cataluña".

Nos dice el recurrente que el motivo es tributario de los dos precedentes. Hace un somero análisis de los elementos típicos de estas dos infracciones punitivas y sosteniendo que "ha justificado el destino del dinero público", a través de las facturas de sus horas trabajadas en los diversos proyectos por él impulsados. El presupuesto en cuatro años y medio casi se duplicó y ello determinó el complemento retributivo del recurrente, confirmado por los controles oficiales.

Ante esta justificación no cabe hablar de la existencia típica de esas dos figuras delictivas (malversación y falsificación).

2. En un motivo por corriente infracción de ley el recurrente está obligado a un estricto y riguroso sometimiento al relato de hechos probados y ahí se describen de forma clara las dos figuras delictivas ( art. 884.3 L.E.Cr .).

El recurrente parte de la no aceptación de los hechos probados reputando legítimas las facturas y gastos unilateralmente reclamados, sin base real, a la Mancomunidad para la que trabajaba.



El acusado a pesar de la inexistencia de autorización para el cobro de las cuantías adicionales a su salario y la inexistencia de otros trabajos realizados por el mismo más allá de los derivados del puesto de gerente, eran unas facturas representativas de trabajos inexistentes y se originaron unos gastos ficticios, ambos conceptos en cantidades exorbitantes y las pasa a cargo de la entidad que administraba.

De ello era consciente el recurrente, y el dolo deriva directamente del sentido de esos actos que los realiza para lucrarse ilícitamente, sabiendo que era el encargado de administrar los fondos que por vía fraudulenta percibió de la mancomunidad.

El conocimiento y voluntad de obtener ese lucro ilícito, también se deriva de actos y situaciones plenamente elocuentes. Es significativo el hecho de efectuarse las transferencias hasta en seis números de cuentas distintas. El acusado hace constar conceptos que no se corresponden con la factura a la que supuestamente se atribuía el pago, o se utilizaban conceptos genéricos, como pago factura o conceptos inusuales como "obras fra. O 101-08", "pago factura 114 obras", "fra. obras 09-110", "fra. mant.", "165 factura mant", "fra 130 mant.", etc.

El destinatario de las percepciones lo designaba con iniciales, tales con María Consuelo ., Evangelina . o Sacramento . (supuestamente su esposa Eloisa ) o Hernan . (referido a su padre Carmelo ). Esta forma de actuar demuestra que el Sr. Jose María intentaba ocultar tanto al destinatario de las percepciones como el objeto de las mismas.

Resulta lógico y habitual que los honorarios, salarios o percepciones que una persona cobra de una empresa pública o privada de forma regular se abonen siempre en el mismo número de cuenta. Abonados a seis números diferentes hace pensar, desde criterios de lógica y experiencia, que el acusado quiere crear una "cortina de humo" que de paso utilizaba también para burlar los controles a los que hace referencia.

Consecuentes con todo ello el motivo ha de decaer.

**QUINTO.-** En base al art. 849.1º L.E.Cr ., alega en el último motivo (5º) inaplicación del art. 21.5º del C.P. en relación al 66.4º del mismo cuerpo legal , al no haber apreciado el jurado la atenuante de reparación del daño.

1. Nos dice el recurrente que en fecha 7 de noviembre de 2014 depositó en la cuenta de **consignaciones judiciales** el importe de 1.470'28 euros, correspondientes a la factura 1.040 de las presentes actuaciones, y no se aplicó la atenuante de reparación parcial del daño ( art. 21.5º C.P .).

Argumenta el recurrente que la atenuante en la nueva configuración del Código de 1995 no exige ningún factor subjetivo de arrepentimiento o similar, ya que se halla justificada en factores objetivos de política criminal. En el caso concurría el elemento cronológico (reparar antes de la celebración del juicio) y material (cualquier forma de reparación del daño o disminución de sus efectos), y el dinero fue **consignado** .

Aduce, recogiendo jurisprudencia de esta Sala que la reparación o indemnización debe ser suficientemente significativa y relevante, sin que proceda conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias o insignificantes que pretendan buscar la aminoración de la respuesta punitiva, sin contribuir de forma eficiente a la efectiva reparación del daño ocasionado.

Estima que la reparación no es simbólica, sino real y pretende la plena indemnización de Carlos Antonio .

2. El motivo no puede merecer acogida por distintas razones. A saber:

a) En primer término porque no fue solicitada ni en la instancia ni en apelación, revelándose como una cuestión nueva privando a la contraparte de dos instancias para replicar.

b) En segundo término el recurrente afirma que consignó judicialmente, que no es lo mismo depositar el dinero en el juzgado para la inmediata entrega al perjudicado, que consignarlo de modo general a resultados de las responsabilidades civiles que pudieran derivarse de la causa.

c) Porque la cantidad consignada es mínima y reducida, comparada con el monto total a que ascienden las responsabilidades civiles, que alcanzan a 523.482'20 euros.

El motivo, por tanto, ha de rechazarse.

**SEXTO.-** La desestimación de los motivos hace que las costas se impongan al recurrente de conformidad al art. 901. L.E.Cr .

## FALLO

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



**DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** , interpuesto por la representación del acusado **D. Jose María** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 21 de julio de 2016 , en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por el anterior acusado contra sentencia de fecha 10 de febrero de 2016 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ