

Roj: **STS 1919/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1919**Id Cendoj: **28079120012013100314**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/03/2013**Nº de Recurso: **11045/2012**Nº de Resolución: **228/2013**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SS 96/2012,**  
**STS 1919/2013,**  
**AATS 3665/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil trece.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Marcos Benjamin , y Tomasa Elisa , Como acusación particular la **DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA Y JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA** , representada por la Procuradora Sra. Arostegui Lafont. La **acusación pública** ha sido ejercida por el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Javier Larraya, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de malversación de caudales públicos, prevaricación, blanqueo de capitales y alzamiento de bienes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la Acusación Particular en representación de Juntas Generales de Guipúzcoa y Diputación Foral de Guipúzcoa, representados por la Procuradora Sra. Martín Echagüe, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Melchor de Oruña y Tejada Marcelino respectivamente.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 2 de Irún, incoó Procedimiento Abreviado con el número 22 de 2010, contra Marcos Benjamin , y Tomasa Elisa , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, cuya Sección Primera, con fecha 23 de julio de 2012, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- El acusado Marcos Benjamin (en adelante, el Sr. Marcos Benjamin ) es funcionario de carrera de la Diputación Foral de Gipuzkoa, ha desempeñado los siguientes cargos en el Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Guipúzcoa:*

*a) Desde el 22 de mayo de 1990, por acuerdo del Consejo de Diputados de la misma fecha, en asignación de funciones de superior categoría, Agente Ejecutivo de Recaudación, grupo B, nivel 18, puesto que ocupó hasta el 2 de agosto de 2000.*

*b) Desde el 3 de agosto de 2000, por Orden Foral de la misma fecha, en funciones de superior categoría, Jefe de la Agencia Ejecutiva de Irún, grupo B, nivel 19, puesto ejercido hasta el 6 de noviembre de 2003.*

*c) Desde el 7 de noviembre de 2003, por Orden Foral de la misma fecha, en asignación de funciones de superior categoría, Técnico Medio de la Oficina de Irún, grupo de clasificación B, nivel complemento de destino 22, puesto ejercido hasta el 31 de marzo de 2004.*



d) Desde el 1 de abril de 2004, por Orden Foral de la misma fecha, en comisión de servicio en la realización de las funciones propias de Agente Tributario en la oficina Tributaria de Irún, grupo C, nivel 12, funciones ejercidas hasta el 30 de abril de 2004.

e) Desde el 1 de mayo de 2004, por resolución de la Directora General de Función Pública y de Servicio de fecha 21 de abril de 2004, en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

SEGUNDO.- El Sr. Marcos Benjamin , escudándose en las atribuciones asignadas a los cargos desempeñados en el Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Gipuzkoa y, prevaleciendo de las funciones públicas ejercidas en la Oficina Tributaria de Irún, sita en la calle Estación número 7 de la referida localidad, cometió los siguientes hechos:

1.- En fecha sin determinar, a inicios de los años 90, la empresa "Gure Lanak S.A." tenía una deuda con Hacienda por una cantidad aproximada de 15.000.000 pesetas (90.151,82 euros). Por ese motivo D<sup>a</sup> Ariadna Felicísima , socia y administradora de la referida Sociedad, se puso en contacto con el Sr. Marcos Benjamin en su condición de agente ejecutivo de recaudación de la Hacienda Foral de Gipuzkoa. En el curso de las conversaciones, el Sr. Marcos Benjamin trasladó a la Sra. Ariadna Felicísima que, teniendo en cuenta el número de trabajadores de la empresa "Gure Lanak S.A." y para evitar la pérdida de empleo de los mismos, le propuso una reducción de la deuda tributaria a 9.500.000 pesetas (57.096,15 euros), de forma que pagando dicha cantidad quedaría liberada de la deuda con Hacienda, todo ello sabiendo el acusado que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. Tras aceptar dicha propuesta, la Sra. Ariadna Felicísima , en fecha sin determinar de los años 1990 a 1992, pagó al acusado Marcos Benjamin , en metálico, en el despacho de éste de la oficina de Irún, la cantidad de 9.500.000 pesetas (57.096,15 euros) en 5 ó 6 plazos, uno de ellos en fecha 1 de junio de 1992 por importe de 600.000 pesetas (3.606,07 euros). Tras el último pago, el acusado, pese a conocer que la deuda era superior a 9.500.000 pesetas (57.096,15 euros), le transmitió a la Sra. Ariadna Felicísima que quedaba saldada la misma.

El Sr. Marcos Benjamin , del efectivo recibido de 9.500.000 pesetas (57.096,15 euros), ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral las siguientes cantidades:

\* 2.747.593 pesetas (16.513,37 euros) en fecha 26 de octubre de 1990.

\* 274.139 pesetas (1.647,61 euros) en fecha 30 de septiembre de 1991.

\* 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros) en fecha 15 de enero de 1992.

\* 1306.120 pesetas (1.839,82 euros) en fecha 21 de febrero de 1992.

\* 600.000 pesetas (3606,07 euros) en fecha 3 de junio de 1992.

\* 57.562 pesetas (345,95 euros) en fecha 14 de diciembre de 1992.

Con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí el resto de la cantidad recibida, 2.514.586 pesetas (15.112,97 euros), sin ingresarla en las cuentas de la Hacienda Foral.

2- A finales del año 1989, tras una inspección del IVA, la Hacienda Foral de Gipuzkoa reclamó a D<sup>a</sup> Purificación Lucia , propietaria y administradora única de Transportes "Saratrans S.L." y "Maycal S.A.", el pago de una deuda por importe de 12.000.000 pesetas (72.121,45 euros) aproximadamente. En la referida inspección intervino, por designación de la Sra. Purificación Lucia , D. Florentino Leonardo , gerente de la Asesoría fiscal, contable y administrativa "Garo". Años después, en fecha sin determinar del año 1992, el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Hacienda Foral, se puso en contacto con el Sr. Florentino Leonardo y le propuso pagar la deuda de las empresas mentadas anteriormente en tres plazos, con una rebaja del 15% de la deuda, sabiendo el acusado que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. La Sra. Purificación Lucia aceptó pagar la deuda en la medida en que se generaran recursos en su empresa para hacer frente a dichos abonos. Así, previa entrega del dinero o pagarés por parte de la Sra. Purificación Lucia a la Gestoría Garo, bien el gerente Sr. Florentino Leonardo o bien empleados de la gestoría, efectuaron los siguientes pagos al Sr. Marcos Benjamin en su despacho de la oficina de Hacienda de Irún:

\* En fecha 31 de agosto de 1992 un pago en metálico de 534.000 pesetas (3.209,40 euros) y otro pago en metálico de 700.000 pesetas (4.207,08 euros).

\* En fecha 5 de octubre de 1992 un pago en metálico de 885.000 pesetas (5.318,96 euros).

\* En fecha 7 de diciembre de 1992 un pago en metálico de 186.000 pesetas (1.117,88 euros) y otro pago en metálico de 700.000 pesetas (4.207,08 euros).

\* En fecha 11 de marzo de 1993 un pago en metálico de 350.000 pesetas (2.103,54 euros).



*\*En fecha 23 de julio de 1993 un pago en metálico de 350.000 pesetas (2.103,54 euros).*

*\*En fecha 6 de abril de 1994 un pago en metálico de 350.000 pesetas (2.103,54 euros).*

*\*En fecha 29 de junio de 1994 un pago en metálico de 350.000 pesetas (2.103,54 euros).*

*\*En fecha 21 de septiembre de 1994 un pago en metálico de 350.000 pesetas (2.103,54 euros).*

*\*En fecha 15 de febrero de 1995 un pago en metálico de 300.000 pesetas (1.803,04 euros).*

*\*En fecha 9 de junio de 1995 un pago en metálico de 600.000 pesetas (3.606,07 euros).*

*\*En fecha 27 de noviembre de 1995 un pago en metálico de 1.503.290 pesetas (9.034,95 euros).*

*\*En fecha 30 de noviembre de 1995 un pago mediante cheque de 1.879.112 pesetas (11.293,69 euros).*

*\*En fecha 29 de diciembre de 1995 un pago mediante cheque de 1.879.112 pesetas (11.293,69 euros).*

*En todos los casos, el Sr. Marcos Benjamin emitió justificantes de embargo en metálico. No obstante ello, el pago cuyo justificante de embargo es de fecha 30 de noviembre de 1995 se realizó finalmente, tras librarse inicialmente un pagaré, mediante cheque número NUM049 de fecha 23 de noviembre de 1995 cargado en la cuenta 0182 5467 83 0000099549 de "Transportes Maykal S.A." de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Este cheque fue cobrado inicialmente en fecha 23 de noviembre de 1995 por la Asesoría Garo en la cuenta número 0112 8126 0019949 de la citada Asesoría en el Banco Urquijo, y, posteriormente, la asesoría Garo efectuó el pago al Sr. Marcos Benjamin mediante el cheque número NUM050 por el mismo importe de 1.879.112 pesetas (11.293,69 euros) librado contra la cuenta anteriormente referida del Banco Urquijo S.A. Asimismo, el pago cuyo justificante de embargo es de fecha 29 de diciembre de 1995 se realizó mediante el cheque número NUM051 de fecha 1 de diciembre de 1995 con cargo a la cuenta 0182 5467 83 0000099549 de "Transportes Maykal S.A." en la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, cheque que fue cobrado inicialmente en fecha 1 de diciembre de 1995 por la asesoría Garo en la cuenta precitada del Banco Urquijo. Posteriormente la asesoría Garo efectuó el pago al Sr. Marcos Benjamin mediante el cheque número NUM052 de fecha 29 de diciembre de 1995, por el mismo importe de 1.879.112 pesetas (11.293,69 euros) librado contra la cuenta de continua referencia en el Banco Urquijo.*

*El Sr. Marcos Benjamin de las cantidades recibidas ingresó en las Arcas Forales las siguientes:*

*350.000 pesetas (2.103,54 euros) en fecha 12 de marzo de 1993.*

*350.000 pesetas (2.103,54 euros) en fecha 26 de julio de 1993.*

*350.000 pesetas (2.103,54 euros) en fecha 8 de julio de 1994.*

*350.000 pesetas (2.103,54 euros) en fecha 22 de septiembre de 1994.*

*300.000 pesetas (1.803,04 euros) en fecha 16 de febrero de 1995.*

*600.000 pesetas (3.606,07 euros) en fecha 12 de junio de 1995.*

*655.186 pesetas (3.937,75 euros) en fecha 29 de noviembre de 1995.*

*El resto de las cantidades recibidas, 7.961.328 pesetas (47.848,54 euros), el Sr. Marcos Benjamin no las aplicó al pago de la deuda tributaria de dichas empresas sino que, con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se las quedó para sí y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Gipuzkoa. Así, respecto de los cheques recibidos números NUM050 y NUM052, por importe cada uno de ellos de 1.879.112 pesetas (11.293,69 euros), los ingresó, en fechas 5 de diciembre de 1995 y 10 de enero de 1996 respectivamente, en la cuenta de la entidad Kutxa número NUM053 de la que era titular junto con su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa.*

*En fecha 8 de junio de 2001 se dieron de baja por prescripción en la oficina de Eibar 8 deudas de Transportes Saratrans S.L. por importe de 109.664 euros.*

*3.- En fecha sin determinar, sobre los años 1993 ó 1994, D. Nicanor Lazaro, socio y administrador de la empresa "Auto Electricidad San Marcial S.L." por la deuda de esta empresa con Hacienda, se reunió con el Sr. Marcos Benjamin, en su condición de funcionario de la Hacienda Foral, en la oficina Tributaria de Irún conviniendo ambos en que se efectuara el pago de la deuda en varios plazos y con una cuantía en cada plazo de 200.000 pesetas (1.202,02 euros). En cumplimiento de lo convenido, el Sr. Nicanor Lazaro, en fechas no determinadas de los años 1993 y 1994, realizó al Sr. Marcos Benjamin en su despacho de la oficina de Hacienda de Irún, en metálico, cuatro pagos de 200.000 pesetas (1.202,02 euros) cada uno. El Sr. Marcos Benjamin únicamente aplicó al pago de la deuda e ingresó en las arcas públicas dos pagos de 200.000 pesetas (1.202,02 euros), efectuados el 25 de agosto y 3 de octubre de 1994 (constando en las anotaciones contables como ingresados el 14 de septiembre de 1994 y 5 de octubre de 1994). Con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí la*



*cantidad de 400.000 pesetas (2.404,05 euros) de los otros dos plazos pagados, no ingresándola en las cuentas de la Hacienda Foral de Gipuzkoa.*

4.- En fecha sin determinar, aproximadamente durante el año 1995, el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Hacienda Foral, a través de una tercera persona sin identificar, citó a D. Manuel Damaso , propietario de "Imprenta Ondarribi S.A." para que acudiera a la oficina de Hacienda de Irún por la deuda que tenía su empresa con Hacienda. En la oficina de Hacienda el Sr. Manuel Damaso se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , diciéndole éste que pagando 500.000 pesetas (3.005,06 euros) saldaría la deuda con Hacienda, y ello pese a conocer el acusado que la deuda era mayor (4.255.083 pesetas -25.573,56 euros- en fecha 10 de marzo de 1995) y que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. El Sr. Manuel Damaso , en fecha 10 de marzo de 1995, entregó al acusado Sr. Marcos Benjamin , en la oficina tributaria de Irún, la cantidad de 500.000 pesetas (3.005,06 euros) para el pago de la deuda tributaria de la empresa "Imprenta Ondarribi S.A.", recibiendo un justificante de embargo en metálico. Dicho acusado, de la cantidad recibida, ingresó en las cuentas de la Hacienda Pública 200.000 pesetas (1.202,02 euros) y, con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí 300.000 pesetas (1803,04 euros). Posteriormente, en fecha 23 de diciembre de 2002, el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, a sabiendas de que no había transcurrido el plazo de prescripción de las deudas, ordenó que el funcionario NUM054 hiciera constar en la aplicación informática dos bajas por prescripción respecto a deudas de 1.830,19 euros y 783,44 euros de la misma empresa "Imprenta Ondarribi S.A.". Asimismo, en fecha 4 de diciembre de 2003, el Sr. Marcos Benjamin ordenó que el funcionario número NUM054

*hiciera constar en la aplicación informática una data por insolvencia respecto a una deuda de 2.332,62 euros, a pesar de que existían datos de solvencia de dicho contribuyente por cuanto ya por providencia de fecha 24 de junio de 1996 se habían embargados bienes muebles de la imprenta. De esa forma no se continuó el procedimiento de embargo y no se practicó actuación alguna de averiguación y realización de los bienes del deudor, impidiendo el Sr. Marcos Benjamin de esa forma que la Hacienda Foral de Gipuzkoa pudiera cobrar dichas deudas.*

5- En fecha sin determinar de mediados de los años 90, D. Efrain Cristobal acudió a la oficina de Hacienda de Irún para gestionar su deuda con Hacienda, reuniéndose con el acusado Sr. Marcos Benjamin en su condición de funcionario de la Hacienda Foral. El Sr. Marcos Benjamin le remitió a la Asesoría Urdanibia diciéndole que en dicha Asesoría gestionarían adecuadamente su deuda. Días después, desde la referida Asesoría, le comunicaron al Sr. Efrain Cristobal la cuantía de la deuda tributaria y el Sr. Efrain Cristobal junto a su esposa, D<sup>a</sup> Julieta Noemi , entregaron personalmente al acusado Sr. Marcos Benjamin , en la oficina Tributaria de Irún, la cantidad de 300.000 pesetas (1.803,04 euros) para el pago de la deuda contraída. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de lucrarse ilícitamente, no ingresó la cantidad recibida en las cuentas de la Hacienda Foral, quedándose para sí. Para evitar que la Hacienda Foral pudiera reclamar la deuda al Sr. Efrain Cristobal , el Sr. Marcos Benjamin , por delegación de firma, suscribió, en fecha 9 de febrero de 2000, sendas providencias dirigidas al Banco Guipuzcoano y al Banco Santander, dejando sin efecto los embargos que se habían acordado en fecha 11 de septiembre de 1999 contra dicho contribuyente por una deuda de 1.551.888 pesetas (9.327,03 euros), y, en fecha 28 de enero de 2000, contra dicho contribuyente y su cónyuge Julieta Noemi por

*una deuda de 1.548.675 pesetas (9.307,72 euros). No existía una causa legal que justificara tal alzamiento de embargos dado que las deudas no habían sido pagadas ni se había ofrecido por los deudores garantías de pago que hicieran innecesario el mantenimiento de la traba. Asimismo, por orden de dicho acusado, en fecha 26 de marzo de 2003, el funcionario de Hacienda de Irún número NUM055 dio de baja por insolvencia, en la aplicación informática, una deuda de 18.510,31 euros de dicho contribuyente y ello a sabiendas de que dicha propuesta de insolvencia no procedía dado que no se había realizado la correspondiente averiguación de bienes del mismo a efectos de determinar su solvencia, le constaba el pago de 300.000 pesetas (1.803,04 euros), se habían alzado los embargos acordados tenía ingresos regulares embargables por rendimientos de trabajo desde el 2000 al 2005 (así, en el año 2002 constan unas retribuciones de 26.058,85 euros y en el año 2003 unas retribuciones de 24.360,43 euros según el modelo 190 de Hacienda) y, finalmente, era propietario, junto a su cónyuge, de la finca NUM056 en Irún. De esta manera el acusado impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda de dicho contribuyente.*

6- Entre los años 1994 a 1996, la Hacienda Foral derivó a la empresa "Licores y Conservas Irún S.L." la deuda generada por "Comercial Celorriaga" que ascendía a más de 300.000 euros. D. Severiano Ildefonso , gerente de "Licores y Conservas Irún S.L.", se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Hacienda Foral, y dicho acusado le comunicó la cuantía de la deuda y concertaron unos plazos para el pago. En cumplimiento de lo convenido, el Sr. Severiano Ildefonso efectuó mensualmente, durante un año, pagos en metálico de 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros) cada uno, que entregó al acusado en la oficina de Irún. Con





posterioridad realizó los siguientes pagos, facilitando personalmente los pagarés o el metálico al acusado en la oficina de la Hacienda de Irún:

Pagaré número NUM057 de fecha 14 de marzo de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Pagare número NUM058 de fecha 17 de abril de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Pago de fecha 20 de mayo de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros) no constando si se realizó en metálico u otra forma de pago.

Pagaré número NUM129 de fecha 18 de junio de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Pagaré número NUM059 de fecha 17 de julio de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Pagaré número NUM060 de fecha 19 de agosto de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Pagaré número NUM061 de fecha 17 de septiembre de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Pagaré número NUM062 de fecha 16 de octubre de 1996 por importe de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros).

Los pagarés fueron librados contra la cuenta número 123671 0182 5467 de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., siendo el titular de dicha cuenta Licores y Conservas Irún S.L. El acusado, tras el último pago efectuado, comunicó al Sr. Severiano Ildefonso que la deuda quedaba saldada.

El Sr. Marcos Benjamin de la cantidad de 22.308.328 pesetas (134.075,75 euros) pagada por el contribuyente, ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Gipuzkoa los siguientes importes:

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 12 de noviembre de 1994.

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 15 de diciembre de 1994.

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 18 de enero de 1995.

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 16 de febrero de 1995.

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 16 de marzo de 1995.

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 20 de abril de 1995.

785.000 pesetas (4.717,95 euros) en fecha 19 de mayo de 1995

El total ingresado asciende a 5.495.000 pesetas 33.025,62 euros). Respecto al resto de la cantidad recibida, 16.813.328 pesetas (101.050,13 euros), el Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se la quedó para sí y no la ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral. Así, los pagarés, en las fechas de los mismos, los ingresó en la cuenta de la Entidad Kutxa número NUM053 , de la que era titular con su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa . Asimismo, el Sr. Marcos Benjamin no ingresó la cantidad de 1.163.541 pesetas (6.993,02 euros) recibidas en fecha 20 de mayo de 1996 en las cuentas de la Hacienda Foral sino que, con intención de lucrarse ilícitamente, se la quedó para sí y la ingresó en la cuenta NUM063 de Caja Laboral, de la que era titular con su esposa la Sra. Tomasa Elisa .

Dado que el Sr. Marcos Benjamin no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda de "Comercial Celorriaga S.A.", la misma estaba en vigor por lo que, para ocultar la desviación del dinero y evitar que Hacienda pudiera reclamar la deuda de "Comercial Celorriaga" a "Licores y Conservas S.L." o a su administrador, el mismo ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 hiciera constar, en la aplicación informática, en fecha 19 de febrero de 2001, la data por insolvencia de dos deudas de Comercial Celorriaga S.A. por importe total de 304.757,22 euros, conociendo el acusado que dicha deuda se había derivado a Licores y Conservas Irún S.L. y que el administrador de dicha empresa había pagado ya 22.308.328 pesetas (134.075,75 euros).

7- En fecha sin determinar del año 1996, D. Onesimo Pascual , administrador único de "Trobisa S. L.", recibió un requerimiento de Hacienda para el pago de la deuda contraída. Para efectuar el pago de la deuda tributaria, el Sr. Onesimo Pascual consiguió que la Sociedad "Hidro-Rubber Ibérica S.A.", que era un cliente preferente, le prestara la cantidad de 6.000.000 pesetas (36.060,73 euros) mediante un cheque de fecha 18 de abril de 1996 por importe 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros), librado contra la cuenta 0049 0745 88 2610409637 del Banco Central Hispano, titularidad de Hidro-Rubber, y otro cheque número NUM064 de fecha 5 de octubre de 1996 por importe de 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros) librado contra la cuenta de Hidro-Rubber número 2101 0202 37 0005016621 de la entidad Kutxa. Los dos cheques los entregó el representante legal de Hidro-Rubber al Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Oficina Tributaria de Irún, recibiendo los correspondientes justificantes de embargo en metálico de fechas 18 de abril de 1996 y 4 de octubre de 1996 por el pago efectuado. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí la cantidad de 6.000.000



pesetas (36.060,73 euros) recibida, sin ingresarla en las cuentas de la Hacienda Foral. Así, el primero de los cheques lo ingresó en una cuenta del Banco de Santander y el cheque de Kutxa lo ingresó en la cuenta NUM065 de la entidad Banco Bilbao Vizcaya cuyos titulares son el propio acusado y su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa .

Para pagar el resto de la deuda tributaria y devolver lo prestado a Hidro- Rubber Ibérica S.A. el Sr. Onesimo Pascual pidió un préstamo por importe de 12.000.000 pesetas (72.121,45 euros) en el Banco Guipuzcoano, financiación que fue concedida en fecha 30 de octubre de 1996. De dicha cantidad de dinero, 6.000.000 pesetas (36.060,73 euros), la traspasó, en fecha 5 de noviembre de 1996, a la sociedad Hidro-Rubber Ibérica S.A., en devolución del préstamo recibido. Los otros 6.000.000 pesetas (36.060,73 euros) en fecha 30 de octubre de 1996 los traspasó a la cuenta corriente número 0042 0026 61 0026001034 del Banco Guipuzcoano a nombre de Trobisa S.L. y, con cargo a dicha cuenta, emitió dos cheques números NUM066 y NUM067 por importe, cada uno de ellos, de 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros) para el pago a Hacienda. En concreto, se los entregó al Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Oficina Tributaria de Irún. Dicho acusado, con intención de enriquecerse ilícitamente, no ingresó el importe de los dos cheques en las cuentas de la Hacienda Foral sino que se los quedó para sí. Así el cheque número NUM066 lo cobró en fecha 6 de noviembre de 1996 en la cuenta NUM063 de Caja Laboral de su titularidad y el cheque número NUM067 lo ingresó en igual fecha 6 de noviembre de 1996 en su cuenta de Kutxa número NUM053 , de la que era titular con su esposa D<sup>a</sup> Tomasa Elisa .

Posteriormente, en fecha sin determinar, el Sr. Onesimo Pascual pagó otros 2.000.000 pesetas (12.020,24 euros) al Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Oficina Tributaria de Irún, y dicho acusado, con igual intención de lucrarse ilícitamente, se quedó el dinero para sí y no lo ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral.

Para impedir que Hacienda volviera a requerir el pago de la deuda tributaria a "Trobisa S.L.", el Sr. Marcos Benjamin ordenó a la funcionaria de Hacienda de Irún número NUM054 que diera de baja por insolvencia, en la aplicación informática, las deudas de Trobisa, y ello, pese a conocer el acusado que no procedía la insolvencia dado que el contribuyente había efectuado pagos por importe de 12.000.000 pesetas (72.121,45 euros) y que conocía que "Trobisa S.L." tenía créditos contra "Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A.L." por una cantidad superior a 80.000 euros. Cumpliendo esa orden, dicha funcionaria, el día 18 de diciembre de 2002, dio de baja por insolvencia 21 deudas de Trobisa por importe de 245.658,47 euros. Asimismo, para impedir que Hacienda reclamara el pago al Sr. Onesimo Pascual , el Sr. Marcos Benjamin , en fecha 17 de enero de 2003, ordenó a la funcionaria número NUM054 que, en la aplicación informática, diera de baja por prescripción, por liquidaciones de retenciones de IRPF y por liquidaciones de IVA e intereses de demora y sanciones, deudas del Sr. Onesimo Pascual por importe de 133.745,08 euros, a sabiendas de que no procedía legalmente la prescripción dado que las providencias de apremio eran de los años 2001 y 2002, y, de forma evidente, no había transcurrido el plazo legal de prescripción de cuatro años.

8- En fecha sin determinar del año 1997, tras una reclamación de Hacienda a D. Arturo Urbano por una deuda de 22.088 euros, la hija de éste, D<sup>a</sup> Ofelia Claudia acudió a la oficina tributaria de Irún donde habló con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha oficina. El acusado, a sabiendas de que no podía hacerlo legalmente, rebajó la deuda del Sr. Arturo Urbano y acordó con la Sra. Ofelia Claudia un plan de pagos. En cumplimiento de lo acordado, la Sra. Ofelia Claudia entregó al Sr. Marcos Benjamin las siguientes cantidades de dinero para el pago de la deuda:

El 7 de mayo de 1997 la cantidad de 3.400.000 pesetas (20.434,41 euros).

El 5 de junio de 1997 la cantidad de 3.400.000 pesetas (20.434,41 euros).

El 4 de julio de 1997 la misma cantidad de 3.400.000 pesetas (20.434,41 euros).

El 12 de agosto de 1997 igual cantidad de 3.400.000 pesetas (20.434,41 euros).

El 5 de septiembre de 1997 la cantidad de 3.300.000 pesetas (19.833,40 euros).

Tras recibir estas cantidades, el Sr. Marcos Benjamin trasladó a la Sra. Ofelia Claudia que con esos pagos se cancelaba la deuda. El Sr. Marcos Benjamin , con la intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí las cantidades recibidas y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Pública. Asimismo el Sr. Marcos Benjamin , sin que conste la realización de ninguna actividad de comprobación de la situación económica del Sr. Arturo Urbano y pese a conocer que dicho contribuyente había pagado la cantidad de 16.900.000 pesetas (101.571,04 euros), en fecha 20 de octubre de 2000 ordenó a la funcionaria NUM054 que diera de baja por insolvencia las deudas de dicha persona que ascendían a 222.088,22 euros, baja que efectivamente realizó dicha funcionaria pero que fue anulada desde IZFE el 28-12-00. En esta última fecha se anota el cambio de expediente al grupo de Eibar y el 8 de julio de 2001 se tramita la baja de la deuda de 222.088,22 euros por prescripción.



9.- En fecha sin determinar del año 1997, D. Serafin Oscar por una deuda tributaria de 2.609.875, acudió a la oficina de la Hacienda de Irún donde se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha oficina tributaria. El Sr. Serafin Oscar acordó con el Sr. Marcos Benjamin el pago del 60% de la deuda en tres plazos mensuales de 600.000 pesetas (3.606,07 euros) y ello pese a conocer el acusado que no era posible legalmente la rebaja de la deuda a un contribuyente. En cumplimiento de lo acordado, el Sr. Serafin Oscar , con recursos propios, pagó al acusado en el despacho de éste de la oficina de Irún la cantidad de 1.800.000 pesetas (10.818,22 euros). El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí la cantidad recibida, no ingresándola en las cuentas de la Hacienda Foral.

Dado que el Sr. Marcos Benjamin no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que, para ocultar el desvío del dinero y evitar que Hacienda pudiera reclamar la deuda al Sr. Serafin Oscar , ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM055 hiciera constar, en la

aplicación informática, en fecha 22 de enero de 2003, la data por insolvencia de la deuda de 2.666,42 euros del Sr. Serafin Oscar . El Sr. Marcos Benjamin sabía que no procedía la declaración de insolvencia dado que el contribuyente había pagado 1.800.000 pesetas (10.818,22 euros) y era solvente, dado que explotaba tres sociedades mercantiles dedicadas a la construcción, existiendo en poder de Hacienda datos económicos de solvencia como la compra, en el año 2002, de acciones o participaciones por importe de 12.026,36 euro y compras por importe de 201.571,30 euros. Con la reducción de la deuda y la insolvencia el acusado impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda a dicho contribuyente dado que no pudo rehabilitarse porque la misma prescribió.

10- En fecha sin determinar, en todo caso anterior a enero de 1998, D. Fermin Gabriel , administrador único de la empresa "Hispano Francesa de Maderas S.A.", por la deuda de su empresa con Hacienda de 8.280.840 pesetas (49.768,85 euros), se reunió en la Oficina Tributaria de Irún con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha Oficina. En concreto, acordaron efectuar pagos parciales de la deuda en la medida en que las posibilidades de la empresa lo permitieran. A tal efecto el Sr. Fermin Gabriel realizó al Sr. Marcos Benjamin los siguientes pagos en las dependencias de la Oficina Tributaria de Irún:

El 26 de agosto de 1997 la cantidad de 1.500.000 pesetas (9.015,08 euros).

El 17 de septiembre de 1997 la cantidad de 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 11 de enero de 1998 efectuó un pago de 1.202.264 pesetas (7.225,75 euros).

El 16 de julio de 1998 un pago de 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros).

El 28 de diciembre de 1998 un pago de 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 16 de marzo de 1999 pagó 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 28 de abril de 1999 un pago de 650.000 pesetas (3.906,58 euros).

El 28 de septiembre de 1999 un pago de 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 19 de octubre de 2001 un pago de 218.576 pesetas (1.313,67 euros).

El día 5 de diciembre de 2001 pagó 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros) mediante el cheque número NUM068 de Caja laboral librado al portador contra la cuenta NUM069 y cargado en la cuenta en Caja Laboral 0590048347, titularidad de "Hispano Francesa de Maderas S.A.".

El 14 de diciembre de 2001 realizó un pago de 200.000 pesetas (1.202,02 euros) en metálico.

El Sr. Marcos Benjamin entregó al Sr. Fermin Gabriel los correspondientes justificantes de embargo por los pagos realizados. El Sr. Marcos Benjamin únicamente ingresó en Hacienda la cantidad de 8.856,32 euros en fecha 26 de agosto de 1997, por el primer pago referido, 3.005,06 euros en fecha 18 de septiembre de 1997, del segundo pago, y 1.622,73 euros en fecha 13 de febrero de 1998. Con la intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí el resto de las cantidades recibidas y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Pública. En concreto, el cheque número NUM068 por importe de 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros) lo ingresó, en fecha 10 de diciembre de 2001, en la cuenta de su titularidad de la entidad Kutxa número NUM070 , cuenta en la que constaba como persona autorizada su esposa, la Sra. Tomasa Elisa .

El Sr. Marcos Benjamin , tras el primer pago efectuado por el Sr. Fermin Gabriel , acordó y notificó a las entidades bancarias el alzamiento de los embargos que se habían trabado sobre bienes de dicho contribuyente en fecha 18 de agosto de 1997. Ello, a sabiendas de que dicho alzamiento no procedía legalmente por cuanto subsistía la deuda del contribuyente y el mismo no había ofrecido garantías de pago que hicieran innecesario el embargo.



11- En fecha sin determinar del año 1995, D. Bernardo Blas , gerente de la empresa " Nitrex S.A.", recibió requerimientos de Hacienda para el pago de las deudas de esta empresa con Hacienda, deudas que ascendían a 13.327.321 pesetas (80.098,81 euros). El Sr. Bernardo Blas se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha Oficina Tributaria, en su despacho de la oficina de Hacienda de Irún, y convinieron el pago de la deuda en varios plazos. En ejecución de lo convenido el Sr. Bernardo Blas pagó al Sr. Marcos Benjamin , en su despacho de Irún, el primer pago convenido, por importe de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), en fecha 15 de mayo de 1998. Posteriormente, D. Humberto Ezequiel , empleado de "Nitrex S.A." realizó los siguientes pagos al mismo acusado:

El 14 de diciembre de 1998 un pago de 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 17 de marzo de 1999 un pago de 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 26 de mayo de 1999 un pago de 500.000 pesetas (3.005,06 euros).

El 21 de junio de 1999 un pago de 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros).

El 21 de octubre de 1999 un pago de 2.000.000 pesetas (12.020,24 euros).

El Sr. Marcos Benjamin entregó tanto al Sr. Bernardo Blas como al Sr. Humberto Ezequiel los justificantes de embargo de metálico por los pagos realizados. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para si las cantidades recibidas y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa

12- Desde el año 1998, D. Lucio Leoncio gestionó con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, el pago de las deudas a la Hacienda Foral por importe de 15.693.692 pesetas (94.320,99 euros) generadas por el DIRECCION003 Comunidad de Bienes (de la que forman parte además de D. Lucio Leoncio , sus hermanos D. Federico Nemesio y D. Ildefonso Edmundo ). Siguiendo las instrucciones del Sr. Marcos Benjamin , el Sr. Lucio Leoncio le efectuó los siguientes pagos en metálico en la oficina Tributaria de Irún:

El 13 de agosto de 1998 la cantidad de 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros).

El 15 de septiembre de 1998 la cantidad de 2.000.000 pesetas (12.020,24 euros).

El 15 de diciembre de 1998 la cantidad de 700.000 pesetas (4.207,08 euros).

El 1 de diciembre de 1999 la cantidad de 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros).

El 20 de septiembre de 2000 la cantidad de 30.000 euros.

En fecha sin determinar del año 2001 la cantidad de 30.000 euros.

En fecha sin determinar del año 2002 la cantidad de 30.000 euros.

El 7 de febrero de 2003 la cantidad de 18.000 euros.

El 16 de junio de 2003 la cantidad de 12.000 euros.

El 28 de julio de 2003 la cantidad de 6.000 euros.

En todos los casos recibió del Sr. Marcos Benjamin los correspondientes justificantes de embargos por los pagos efectuados. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para si las cantidades recibidas, sin ingresarlas en las cuentas de la Hacienda Foral de Gipuzkoa.

Dado que el acusado no aplicó las cantidades recibidas al pago de la deuda con Hacienda, la deuda siguió vigente y en curso por lo que el mismo acusado, a fin de evitar que pudieran existir nuevos requerimientos de la Hacienda a la Comunidad de Bienes DIRECCION003 o a sus comuneros , realizó y firmó un informe de fecha 13 de mayo de 2003 en el que hizo constar como conclusiones y propuestas: "1º No se dan en el presente procedimiento de apremio, aparte de las ya ejercidas de derivación de responsabilidad a los comuneros, ninguna otra de las circunstancias previstas en las actualmente vigentes normas administrativas, mercantiles, civiles o penales que pudieran permitir la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a terceros 2º En su consecuencia, procede la data de la deuda tributaria por insolvencia probada del sujeto pasivo y de los componentes de la comunidad de bienes y la ausencia de otros terceros responsables a los que derivar la acción administrativa de cobro o exigencia de cualquier otro tipo de responsabilidad". Hizo esta propuesta a sabiendas de su ilegalidad dado que, por una parte, el Sr. Lucio Leoncio había abonado desde 1998 hasta el 7 de febrero de 2003 la cantidad de 148.267,81 euros e incluso después de dicho informe pagó al acusado, en fechas 16 de junio y 28 de julio de 2003, la cantidad de 18.000 euros y, por otra, a tenor de la información obtenida por Hacienda existían datos de solvencia de los deudores. Así, respecto a la Comunidad de Bienes, ventas del 2002 por importe de 75.549,93 euros y en el 2003 ventas por importe de 56.476,25 euros; respecto al comunero D. Lucio Leoncio ventas durante 2002 de 104.459,19 euros y en el año 2003 ventas de 102.224,23 euros y compras por importe de 30.050,60 euros,





y propiedad de un local comercial y dos viviendas desde el año 2000, con unos rendimientos de trabajo durante 2003 de 21.151,66 euros; y, respecto al comunero Federico Nemesio , rendimientos de trabajo de 10.560,48 euros en el año 2003 y de 14.080.60 euros en 2004.

Asimismo el acusado remitió en fecha 23 de febrero de 2004 al jefe de la Sección de Apoyo y Coordinación la factura de predata por fallido del deudor DIRECCION003 CB y por orden de dicho acusado, sabiendo éste que no procedía la insolvencia, en fechas 7 de marzo de 2003 y 23 de febrero de 2004 (ésta por el funcionario NUM054 ) se dio de baja por insolvencia, en la aplicación informática, una deuda de 120.049,88 euros y 12.816,33 euros de la Comunidad de Bienes, y, en fecha 7 de abril de 2004 el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 dio de baja por propuesta de insolvencia, en la aplicación informática, una deuda de 16.742,73 euros del comunero Lucio Leoncio y en igual fecha, el mismo funcionario dio de baja por insolvencia una deuda de 21.603,98 euros del comunero Federico Nemesio . De esta manera el Sr. Marcos Benjamin impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda a la Comunidad de bienes o a los comuneros.

13- En fecha sin determinar, en todo caso posterior al año 1997, Hacienda requirió el pago de la deuda tributaria de " DIRECCION004 CB", comunidad que constituyeron Felicísimo Oscar y Baldomero Victor y que cesó en su actividad en el año 1997. El importe de la deuda era de 2.033.236 pesetas (12.159,89 euros). El asesor de la comunidad de bienes, D. Camilo Sebastian , acudió a la oficina de Hacienda de Irún y se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha oficina tributaria, mentándole el acusado que pagando 500.000 pesetas (3.005,06 euros) se cancelaría la deuda y ello pese a conocer el acusado que la deuda era mayor y que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. En cumplimiento de lo convenido, en fecha sin determinar, entre los años 1998 a 2000, D<sup>a</sup> Tamara Fermina , esposa del Sr. Felicísimo Oscar , y a la que acompañaba el Sr. Camilo Sebastian , entregó al Sr. Marcos Benjamin , en la oficina de Hacienda de Irún, la cantidad de 500.000 pesetas (3.005,06 euros). El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí la cantidad recibida y no la aplicó al pago de la deuda de DIRECCION004 ni la ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa. Finalmente, en fecha 7 de octubre de 2004, el funcionario de Irún número NUM071 dio de baja por prescripción 9 deudas de DIRECCION004 CP por importe de 12.149,41 euros.

14-D<sup>a</sup> Berta Felicísima , en fecha 19 de octubre de 1998, tenía pendiente una deuda propia con Hacienda por importe de 12.392.590 pesetas -74.480,97 euros- y su empresa "Victoria Irigoyen S.L.", en octubre de 1998, tenía una deuda con Hacienda por importe de 496.606 pesetas (2.984,66 euros), siendo requerida al pago de dichas deudas. A efectos de gestionar el pago, la Sra. Berta Felicísima y su asesor fiscal, D Cristobal Vidal , se reunieron en la oficina de Hacienda de Irún con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Oficina Tributaria de Irún. En el curso de las conversaciones convinieron que con el pago de 3.000.000 de pesetas quedaba saldada la deuda tributaria a pesar de que el Sr. Marcos Benjamin conocía que legalmente no era factible una reducción del importe de la deuda tributaria. Para proceder al pago la Sra. Berta Felicísima pidió un préstamo a la entidad Kutxa por importe de 12.020,24 euros, préstamo que le fue concedido en fecha 23 de octubre de 1998 y con el dinero obtenido realizó el primer pago por dicho importe que entregó personalmente al Sr. Marcos Benjamin en la oficina de Hacienda de Irún. Posteriormente unos 3 meses más tarde, realizó otro pago de 1.000.000 pesetas (6.010,12 euros) al mismo acusado, diciéndoles éste que con dicho pago quedaba saldada la deuda y ello pese a conocer dicho acusado que la deuda era mucho mayor que la cantidad pagada. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí la cantidad recibida de 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros), sin ingresarla en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa. En fecha 18 de diciembre de 2002, el Sr. Marcos Benjamin remitió al Jefe de la Sección de Apoyo y Coordinación el texto del acuerdo de declaración de fallido del deudor y ordenó que el funcionario de la Oficina de Irún número NUM054 diera de baja por insolvencia 3 deudas de Berta Felicísima por importe de 87.115,78 euros. Todo ello a sabiendas de que la declaración de insolvencia no procedía legalmente por cuanto la Sra. Berta Felicísima había efectuado un pago de 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros), constaban ingresos en Hacienda de dicha contribuyente desde el 19 de octubre de 1998 hasta el 20 de junio de 2002 de 20.852,37 euros y que Hacienda conocía datos económicos que indicaban solvencia, tales como ventas en el año 2001 por importe de 42.244,57 euros y, durante el 2002, ventas por importe de 21.927,46 euros y compras por importe de 12.549,12 euros. Asimismo, en fecha 19 de diciembre de 2002, el Sr. Marcos Benjamin remitió al Jefe de la Sección de Apoyo y Coordinación el texto del acuerdo de declaración de fallido del deudor "Victoria Irigoyen S.L." y ordenó que el funcionario de Hacienda número NUM072 diera de baja por insolvencia 4 deudas de "Victoria Irigoyen S.L." por importe de 3.653,98 euros cuando existían datos de solvencia de dicha empresa, dado que, durante el ejercicio 2002, efectuó compras por importe de 41.829,95 euros.

15-En fechas sin determinar del año 1999, D. Olegario Onesimo , al recibir un requerimiento de pago de una deuda tributaria , acudió a la oficina de Hacienda de Irún y se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha Oficina Tributaria, proponiéndole el acusado pagar la deuda en varios plazos. Cumpliendo este acuerdo, el Sr. Olegario Onesimo efectuó 4 pagos de 1.500.000 pesetas (9.015,18



euros) cada uno al Sr. Marcos Benjamin , en la oficina de la Hacienda de Irún, recibiendo los correspondientes justificantes de embargo, uno de ellos de fecha 15 de junio de 1999 por un pago de 1.500.000 pesetas (9.015,18 euros). El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí el dinero recibido y no lo ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral. Dado que el acusado no aplicó el dinero recibido al pago de la deuda, ésta siguió vigente y por ello en fecha 10 de enero de 2001 desde la oficina Tributaria de San Sebastián se dictó diligencia de embargos de saldos de créditos, efectos, valores, derechos y cuentas del Sr. Olegario Onesimo que se entregaron en las entidades BBVA y Caja Laboral en fecha 11 de enero de 2001, reteniendo Caja Laboral la cantidad de 821.786 pesetas (4.939,03 euros). El expediente tributario del Sr. Olegario Onesimo pasó de la oficina Tributaria de San Sebastián a la oficina tributaria de Irún en fecha 11 de enero de 2001 y el Sr. Marcos Benjamin , utilizando la firma escaneada de D. Domingo Heraclio , remitió un escrito de alzamientos de embargos a las referidas entidades bancarias a sabiendas de que dichos alzamientos de embargos no procedían legalmente por cuanto subsistía la deuda tributaria y el deudor no había ofrecido unas garantías de pago que hicieran innecesarios los embargos. Para evitar nuevas reclamaciones de Hacienda al Sr. Olegario Onesimo , el Sr. Marcos Benjamin , en fecha 16 de enero de 2003, remitió al Jefe de la Sección de Apoyo y Coordinación el texto del acuerdo de declaración de fallido del deudor Sr. Olegario Onesimo y ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 hiciera constar, en la aplicación informática, en fecha 16 de enero de 2003, la data por insolvencia de la deuda de 30.272,32 euros del Sr. Olegario Onesimo . Todo ello sabiendo que no procedía legalmente la declaración de insolvencia dado que había recibido 6.000.000 pesetas (36.060,73 euros) del Sr. Olegario Onesimo para el pago de la deuda con Hacienda y conocía que se le habían retenido 821.786 pesetas (4939,03 euros) de la cuenta de Caja Laboral, a consecuencia de los embargos de saldos acordados en fecha 10 de enero de 2001 y posteriormente alzados en fecha 11 de enero de 2001. Desde el alzamiento de los embargos hasta la declaración de fallido del deudor no se hace ninguna averiguación de la solvencia de dicho contribuyente a pesar de que a los servicios de Hacienda les constaban datos de solvencia, tales como la propiedad de dos inmuebles en el año 2002 y la realización, en el año 2003, de compras por valor de 156.285,02 y ventas por importe de 174.947,65 euros). Con dichas actuaciones el acusado impidió que Hacienda pudiera cobrar la deuda del Sr. Olegario Onesimo .

*16-En fecha sin determinar del año 1998 ó 1999, en cualquier caso anterior a julio de este último año, D<sup>a</sup> Leonor Filomena , en su calidad de socia, apoderada y consejera de la empresa "Proyectos y Construcciones Bidasoa S.A.", se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, con ocasión de una reclamación de una deuda tributaria por importe de 239.826.102 pesetas (1.441.383,90 euros) dimanante de una inspección fiscal por impuestos impagados de IVA e impuestos de Sociedades más los recargos correspondientes. En el curso de la conversación, la Sra. Leonor Filomena , tras trasladar al Sr. Marcos Benjamin que, en el caso de derivación de responsabilidad a los administradores iban a impugnar la liquidación en su día formulada por la inspección a la empresa, le comunicó que estaba en condiciones de abonar la cantidad de 22.500.000 pesetas (135.227,72 euros). Esta propuesta de pago fue aceptada por el Sr. Marcos Benjamin y, en cumplimiento de lo convenido, la Sra. Leonor Filomena realizó los siguientes pagos al Sr. Marcos Benjamin en su despacho de la oficina de Irún:*

*En fecha 13 de Julio de 1999 un pago de 1.000.000 pesetas(6.010,12 euros).*

*En fecha 17 de diciembre de 1999 un pago de 4.000.000 pesetas (24.040,48 euros).*

*En fecha 29 de diciembre de 1999 un pago de 4.000.000 pesetas (24.040,48 euros).*

*En fecha 9 de febrero de 2000 un pago de 6.000.000 pesetas (36.060,73 euros).*

*En fecha 2 de marzo de 2000 un pago de 7.500.000 pesetas ( 45.075,91 euros).*

*El Sr. Marcos Benjamin , de la cantidad recibida, únicamente ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral la cantidad de 7.500.000 pesetas -45.075,91 euros- (ingresos de fecha 17 de diciembre de 1999 por un importe de 2.000.000 pesetas -12.020,24 euros- 10 de febrero de 2000 por un importe de 3.000.000 pesetas -18.030,36 euros- y 3 de marzo de 2000 por un importe de 2.500.000 pesetas -15.025,30 euros-). Con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial se quedó para sí la cantidad de 15.000.000 pesetas (90.151,82 euros) no ingresándola en las cuentas de la Hacienda Foral. El mismo acusado, en fecha 19 de febrero de 2001, firmó un escrito afirmando que " no habiéndose encontrado, por tanto, causa de derivación contra terceros responsables procede la declaración de insolvencia definitiva de Proyectos y Construcciones Bidasoa S.A.", y, en fecha 20 de febrero de 2001, ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 diera de baja por insolvencia, en la aplicación informática, una deuda de dicha empresa por importe de 1.408.483,36 euros y ello pese a conocer el acusado que dicha insolvencia no procedía legalmente por cuanto el contribuyente había pagado 22.500.000 pesetas (135.227,72 euros), y era factible una derivación hacia los socios.*

*17- En fecha sin determinar del año 1999 D. Ivan Nicanor , administrador de la empresa " Hermanos Romero S.L.", contrató los servicios de la Asesoría Garo para que le gestionara las deudas de la referida empresa con Hacienda,*



que ascendían a 6.519.882 pesetas (39.185,28 euros) A tal efecto, D. Florentino Leonardo , gerente de Garo, se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de la Oficina Tributaria de Irún, y le indicó que dicha empresa únicamente podía pagar 2.225.000 pesetas (13.372,52 euros) cantidad que fue aceptada por el acusado, indicando éste que el pago debía hacerse en metálico. En cumplimiento de lo convenido, el Sr. Florentino Leonardo , tras recibir el dinero del Sr. Ivan Nicanor , entregó personalmente al Sr. Marcos Benjamin , en la oficina de Irún, el día 1 de octubre de 1999, la cantidad en metálico de 2.225.000 pesetas (13.372,52 euros) recibiendo el correspondiente justificante de embargo de metálico por la entrega de la referida cantidad. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí la cantidad de 2.225.000 pesetas (13.372,52 euros) recibida, no ingresando el dinero en las cuentas de la Hacienda Foral.

18-En fecha sin determinar del año 1999, D. Martin Nazario , por una deuda con Hacienda de 2.697.770 pesetas - 16.213,92 euros- acudió a la oficina de la Hacienda de Irún donde se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de funcionario de dicha oficina tributaria. Ambos llegando a un acuerdo por el que el Sr. Martin Nazario pagaría una parte de la deuda y le declararían insolvente por el resto, conociendo el Sr. Marcos Benjamin que no era posible legalmente la rebaja de la deuda a un contribuyente y que no procedía la declaración de insolvencia de dicho contribuyente. En cumplimiento de lo acordado, en fecha sin determinar del mismo año 1999, en el despacho del acusado de la oficina de Hacienda de Irún, el Sr. Martin Nazario pagó al Sr. Marcos Benjamin la cantidad de 300.000 pesetas (1.803,04 euros). El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí la totalidad de la cantidad recibida y no la ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral. Dado que el acusado no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que, para ocultar la desviación del dinero y evitar que Hacienda pudiera reclamar la deuda al Sr. Martin Nazario , el Sr. Marcos Benjamin ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM055 hiciera constar, en la aplicación informática, en fecha 14 de enero de 2003, la data por insolvencia de la deuda de 5.789,41 euros del Sr. Martin Nazario . Todo ello sabiendo el Sr. Marcos Benjamin que no procedía la declaración de insolvencia dado que el contribuyente había pagado 300.000 pesetas y que, existiendo datos de solvencia como rendimientos de trabajo y retribuciones por importe de 10.860, 58 euros, no se practicaron diligencias para averiguar su solvencia, constando en el información remitida por la Unidad de Recaudación datos de solvencia como rendimientos de trabajo por importe de 10.860,58 euros en el año 2002.

19- D. Cayetano Teofilo asumió las deudas generadas a Hacienda por parte de su madre D<sup>a</sup> Tamara Yolanda , tras el fallecimiento de ésta en abril de 1998. Para proceder a su pago, el Sr. Cayetano Teofilo acudió a la oficina de Hacienda de Irún donde se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún. En la conversación convinieron el pago de la deuda en varios plazos. En cumplimiento de lo acordado el Sr. Cayetano Teofilo realizó los siguientes pagos al Sr. Marcos Benjamin :

El 21 de febrero de 2001 pagó la cantidad de 1.350.000 pesetas (8.113,66 euros)

En fecha 13 de junio de 2001 pagó la cantidad de 4.442.476 pesetas (26.699,82 euros).

De dicha cantidad 4.353.198 pesetas (26.163,25 euros) las pagó mediante entrega del cheque número NUM073 del banco Guipuzcoano librado contra la cuenta NUM074 de dicho banco a nombre de Cayetano Teofilo . El Sr. Marcos Benjamin entregó al Sr. Cayetano Teofilo los correspondientes justificantes de embargo por el pago de dichas cantidades. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí las cantidades recibidas no ingresándolas en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa. Así el mencionado cheque número NUM073 por importe de 4.353.198 pesetas (26.163,25 euros) lo ingresó, en fecha 22 de junio de 2001, en su cuenta de la entidad Kutxa número NUM070 , cuenta en la que constaba como persona autorizada su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa .

Dado que el acusado no aplicó las cantidades recibidas al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que el Sr. Marcos Benjamin , para evitar que la Hacienda Foral pudiera reclamar la deuda contraída por la Sra. Tamara Yolanda a sus herederos, ordenó a la funcionaria de Hacienda número NUM054 que hiciera constar en fecha 13 de marzo de 2003, en la aplicación informática, la baja por insolvencia de la deuda de 31.648,30 euros correspondiente a la Sra. Tamara Yolanda . Ello pese a conocer el acusado que dicha data de insolvencia no procedía legalmente dado que el hijo de la Sra. Tamara Yolanda le había pagado la cantidad de 5.792.476 pesetas (34.813,48 euros) y que, además, constaban datos de solvencia en los Servicios de Hacienda dado que la masa hereditaria de la Sra. Tamara Yolanda ascendía a la cantidad de 1.255.709,81 euros. Por las bajas por propuesta insolvencia, el Sr. Marcos Benjamin impidió que Hacienda pudiera cobrar la deuda de la citada contribuyente Tamara Yolanda .

20-En fecha sin determinar de principios del año 2001 el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, se puso en contacto con D. Bartolome Norberto , administrador único de "Uhinlan" para tratar el pago de las deudas tributarias de las empresas "Uhinlan S.A." y "Uhinlan S.L.", cuyo importe ascendía a 17.610.950 pesetas -72.121,45 euros. Convinieron en que dicho contribuyente pagara la cantidad de 7.000.000





pesetas (42.070,84 euros), quedando, de esta manera, saldada la deuda tributaria, y ello pese a que el Sr. Marcos Benjamin conocía que no era posible, en aplicación de las normas tributarias, la rebaja de la deuda a un contribuyente. En cumplimiento de dicho acuerdo, el Sr. Bartolome Norberto entregó al Sr. Marcos Benjamin en la oficina de Hacienda de Irún, los siguientes cheques para el pago de la deuda tributaria:

Cheque por importe de 2.000.000 pesetas (12.020,24 euros) de fecha 20 de noviembre de 2001 librado contra la cuenta del Banco de Santander 2016020696 de titularidad de Uhinlan.

Cheque por importe de 6.010,12 euros de noviembre de 2001 librado contra la cuenta del Banco Popular 0075 0384 00 0600093268 de Uhinlan.

Cheque número NUM075 por importe de 12.020,24 euros (2.000.000 pesetas) de fecha 7 de diciembre de 2001 librado contra la cuenta del Banco de Santander 0049 4977 33 2516000539 de Uhinlan.

Cheque número NUM076 por importe de 2.000.000 pesetas (12.020,24 euros) de fecha 26 de diciembre de 2001 librado contra la cuenta del Banco de Santander 0049 4977 33 2516000539 de Uhinlan. El acusado, con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí las cantidades recibida, sin ingresarlas en las cuentas de la Hacienda Pública. Así de los cheques recibidos:

En fecha 21 de noviembre de 2001 ingresó en la cuenta número 0138 0031 35 0010342643 de la entidad Bankoa a nombre de "Ulki S.L." la cantidad de 6.010,12 euros del cheque del Banco Popular.

En fecha 10 de diciembre de 2001 ingresó en la cuenta número 0138 0031 35 0010342643 de la entidad Bankoa a nombre de "Ulki S.L." la cantidad de 12.020,24 euros del cheque de fecha 7 de diciembre de 2001.

En fecha 26 de diciembre de 2001 ingresó en la cuenta número 0138 0031 35 0010342643 de la entidad Bankoa a nombre de "Ulki S.L." la cantidad de 12.020,24 euros del cheque de fecha 26 de diciembre de 2001.

El Sr. Marcos Benjamin , que era quien dirigía la sociedad y gestionaba en exclusiva las cuentas de Ulki SL, no comunicó estos ingresos al administrador de la empresa, D. Mariano Claudio .

El Sr. Marcos Benjamin , para evitar que hubiera nuevos requerimientos de pago a la empresa Uhinlan, en su condición de jefe de la Oficina de Irún, ordenó a los funcionarios de dicha oficina que, en la aplicación informática, dieran de baja por insolvencia las deudas de Uhinlan. En cumplimiento de estas instrucciones, en fecha 14 de enero de 2003, el funcionario con número profesional NUM055 dio de baja por insolvencia 16 deudas de Uhinlan S.L. por importe de 109.401,30 euros; en fecha 29 de enero de 2003, el funcionario número NUM072 dio de baja por insolvencia 2 deudas de Uhinlan S.A. por importe de 19.879,66 euros; en fecha 11 de junio de 2003, el funcionario número NUM055 dio de baja por insolvencia 2 deudas de Uhinlan S.L. por importe de 1.985,99 euros y, finalmente, en fecha 3 de noviembre de 2004, el funcionario número NUM071 dio de baja por insolvencia 1 deuda de Uhinlan S.A. por importe de 180 euros. Todo ello conociendo el acusado que la declaración de insolvencia de la empresa Uhinlan S.L. no procedía legalmente por cuanto conocía que su representante legal había efectuado pagos por importe de 42.070,85 euros, y que los servicios de Hacienda tenían información que reflejaba una solvencia de la empresa tales como, en el año 2002, compras por importe de 377.580,93 y ventas por valor de 643.309,36 y, en el año 2003, compras por importe de 260.075,79 y ventas por valor de 453.050,06 euros, resultando de ello que la empresa mantenía su actividad mercantil, teniendo además cuentas bancarias embargables. Tampoco propuso el inicio de un procedimiento de derivación de responsabilidad a los administradores de Uhinlan SL.

21-Aproximadamente, sobre marzo de 2001, por persona sin determinar de la Hacienda Foral de Guipúzcoa, se comunicó a D. Porfirio Leonardo , en su calidad de director financiero de la empresa "Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A.", que quedaban embargados los créditos que tuviera la empresa "Trobisa S.L." contra su empresa. Consecuentemente se le requirió para que los pagos que debía realizar a la empresa "Trobisa S.L." los hiciera a la Diputación. Tras dicha comunicación, el Sr. Porfirio Leonardo se reunió en la oficina tributaria de Irún con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de dicha oficina tributaria. El Sr. Marcos Benjamin , conociendo que existía una deuda tributaria de Trobisa SL con Hacienda y que Azkuenaga Inyección de Plásticos SA adeudaba a Trobisa SL una cantidad superior a los 80.000 euros por la fabricación de moldes, convino con el Sr. Porfirio Leonardo el pago a Hacienda de los créditos de Trobisa SL con una quita del 25% en el último de los pagos, conector de que legalmente no podía acordar la remisión total o parcial de la deuda tributaria. Ejecutando este acuerdo el Sr. Porfirio Leonardo efectuó los siguientes pagos al acusado:

Un pago de 33.185,48 euros mediante el cheque número NUM077 al portador librado contra su cuenta número NUM078 del Banco Popular el día 14 de mayo de 2001.

Un pago de 13.162,65 euros mediante otro cheque de fecha sin determinar de abril de 2002 contra la cuenta número 0095 4628 41 0600113120 de Banco de Vasconia a nombre de "Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A.".





*Un pago de 17.684,51 euros mediante cheque de fecha sin determinar de junio de 2002 contra la cuenta número 0095 4628 41 0600113120 de Banco de Vasconia a nombre de "Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A."*

*Un pago de 17.684,50 euros mediante cheque de fecha sin determinar de agosto de 2002 contra la cuenta número 0095 4628 41 0600113120 de Banco de Vasconia a nombre de "Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A."*

*El acusado Marcos Benjamin , con la intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí las cantidades recibidas y no las ingresó en las cuentas de la hacienda pública. Así:*

*El cheque número NUM077 por importe de 33.185,48 euros lo ingresó en fecha 24 de mayo de 2001 en la cuenta de la entidad Bankoa número 0138 0031 35 0010342643 de la que era titular "ULKI S.L.". El Sr. Marcos Benjamin , que era quien dirigía la sociedad y gestionaba en exclusiva las cuentas de la misma, no comunicó este ingreso al administrador de la empresa, D. Mariano Claudio .*

*El cheque por importe de 13.162,65 euros lo ingresó, en fecha 25 de abril de 2002, en la cuenta NUM079 de la Entidad Bankoa a su nombre y al de su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa .*

*El cheque por importe de 17.684,51 euros lo ingresó, en fecha 26 de junio de 2002, en la cuenta número 0138 0031 31 0070408015 de la entidad Bankoa a nombre de "Ius Local S.L. ", sociedad de la que era social, con un 99% de su capital social, su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa , en quien recaía, también, la condición de administradora solidaria.*

*El cheque por importe de 17.684,50 euros lo ingresó, en fecha 2 de agosto de 2002, en la cuenta de su titularidad número NUM080 de Caja de Extremadura*

*El representante legal de la empresa Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A., para el pago a Trobisa S.L. de los moldes realizados, había aceptado unas letras de cambio emitidas por ésta última con fecha de vencimiento 24 de abril de 2001, letras que fueron descontadas por la Entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria por 21.165,24 euros. Como el Sr. Porfirio Leonardo pagó la cantidad debida a Trobisa S.L. al Sr. Marcos Benjamin (entendiendo que efectuaba los pagos a la Hacienda Foral), y, consecuentemente, dejó de atender las letras de cambio, la Entidad BBVA, ante el impago de las letras, en fecha 27 de junio de 2003, procedió a solicitar del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 8 de Bilbao, procedimiento 411 / 03, la ejecución del importe de las letras contra el aceptante Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A. Ante dicha ejecución, el Sr. Porfirio Leonardo , en fecha 3 de septiembre de 2003, dirigió un escrito a la oficina Tributaria de Irún, Area de actuaciones especiales -subárea de derivaciones y acciones judiciales- solicitando la devolución de la cantidad de 21.645,24 euros que debía pagar por las letras que había pagado ya a Hacienda. El Sr. Marcos Benjamin , en fecha 23 de septiembre de 2003, sin competencia para ello y sin seguir el procedimiento legalmente previsto para la devolución de ingresos indebidos, firmó un escrito por el que devolvía al Sr. Porfirio Leonardo la cantidad de 21.165,24 euros " en concepto de anulación del embargo de créditos practicado en fecha 12 de diciembre de 2001 contra la deudora Trobisa S.L. y materializado en letras aceptadas por Azkuenaga Inyección de Plásticos S.A. con vencimiento 24 de abril de 2001 y descontadas en la entidad bancaria BBVA " .*

*22- En fecha sin determinar, sobre junio de 2001, tras un requerimiento de Hacienda para el pago de la deuda contraída, D<sup>a</sup> Catalina Mariana , administrativa e hija del propietario de la empresa deudora " DIRECCION005 CB ", y el abogado D. Feliciano Borja , contratado por dicha empresa, se reunieron con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, para gestionar el pago de la deuda, que ascendía a 10.000.000 pesetas (60.101,21 euros) de principal, quedando por liquidar el recargo de apremio y los intereses moratorios. D. Feliciano Borja , actuando como apoderado de la Comunidad de Bienes, tras recibir la cantidad de 10.000.000 pesetas (60.101,21 euros) de D. Genaro Dionisio , procedente de un préstamo, en fecha 13 de junio de 2001 entregó al Sr. Marcos Benjamin en la oficina Tributaria de Irún, la referida cantidad para la cancelación de la deuda. El Sr. Marcos Benjamin , con la intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí la cantidad de 10.000.000 pesetas (60.101,21 euros) recibida y no la ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa. El Sr. Marcos Benjamin , para evitar que siguieran su curso los embargos ya acordados sobre bienes de D. Candido Donato y se descubriera el destino del dinero, en fecha 13 de junio de 2001, fecha en que se realizó el pago, firmó, por delegación de firma, dos providencias de alzamientos de embargos dirigidas al Registrador de la Propiedad sobre las fincas NUM081 y NUM082 de D. Candido Donato (embargos que se habían producido sobre dichas fincas por mandamientos de fechas 26 de mayo de 1998 por la cantidad de 4.191.849 pesetas (25.193,52 euros) de principal y 500.000 pesetas (3.005,06 euros) de costas, de 5 de enero de 1999 por la cantidad de 3.237.123 pesetas - 19.455,50 euros- de principal y 100.000 pesetas -901 euros- de costas y de 9 de octubre de 2000 por la cantidad de 20.554,22 euros de principal, más intereses de demora y 1.803 euros de costas), alzamientos que efectivamente se anotaron en el Registro. Todo*

*ello pese a conocer el acusado que dichos alzamientos de embargos no procedían legalmente por cuanto subsistía la deuda por recargo de apremio e intereses de demora y no se había ofrecido por los deudores una*



garantía de pago que hicieran innecesarios los embargos. Asimismo el Sr. Marcos Benjamin , pese a conocer que la Comunidad de Bienes deudora había pagado la cantidad de 10.000.000 pesetas (60.101,21 euros), que existían datos de solvencia de la comunidad como las ventas, durante el año 2001, por importe de 1.332.900 euros y, durante el año 2002, por importe de 543.385,14 euros y que había bienes para embargar al Comunero D. Candido Donato (embargos que el propio acusado alzó), por lo que no procedía legalmente la declaración de insolvencia, en fecha 22 de octubre de 2002 ordenó al funcionario de la Oficina Tributaria de Irún número NUM083 que datara en el sistema informático 3 bajas por insolvencia por importe de 15.288,01 euros, al funcionario NUM054 que el 19 de diciembre de 2002 datara otra baja por insolvencia de 3.883,06 euros, por deudas de la comunidad de bienes DIRECCION005 . Asimismo en fecha 16 de enero de 2003 ordenó al funcionario NUM054 que datara por insolvencia en la aplicación informática 5 deudas por importe de 20.743,34 euros del comunero Candido Donato , cuando los servicios de Hacienda tenían datos que reflejaban solvencia tales como la titularidad dominical de las fincas números NUM081 y NUM082 , operaciones, en el año 2002, de adquisición de acciones por importe de 93.260,64 euros y enajenación de acciones por importe de 21.333,42 euros, que tuvo rendimientos de trabajo desde el año 2002y que por escritura de fecha 24 de junio de 2002 adquirió la mitad del local industrial, finca 4844 en San Sebastián. Finalmente ordenó que en fechas 19 de diciembre de 2002 y 20 de diciembre de 2002 el funcionario NUM072 datara por insolvencia 3 deudas por importe de 23.674,64 euros y 1 deuda por importe de 540,91 euros del comunero D. Genaro Dionisio cuando obraban en los servicios de Hacienda datos de solvencia como la titularidad de dos viviendas en el año 2002 y dos viviendas y un inmueble industrial en el año 2004, que en el año 2002 realizó operaciones de adquisición de acciones por importe de 93.260,64 euros y enajenación de acciones por importe de 21.333,42 euros, que tuvo rendimientos de trabajo del año 2002 al 2005, que en el año 2003, según el modelo 190 de Hacienda, tuvo retribuciones por 23.834,75 euros y que, por escrita de 24 de junio de 2002, adquirió la mitad del local industrial, finca 4844 en San Sebastián correspondiendo la otra mitad a su hermano Candido Donato , mitad indivisa de la finca que en fecha 11 de junio de 2004 donó a sus hijos. Con estas actuaciones el Sr. Marcos Benjamin impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar las deudas de la Comunidad de Bienes o de sus comuneros.

23 - Sobre el mes de abril de 2002, D. Luis Gervasio , como administrador de la empresa "Canalizaciones Castro S.L.", recibió un requerimiento de la oficina de Hacienda de Irún para el pago de una deuda de 61.215,37 euros de esta última empresa. El Sr. Luis Gervasio alegó que dicha empresa ya no existía y, a los 15 días aproximadamente, recibió otro requerimiento de Hacienda para el pago de dicha deuda pero esta vez a su nombre. El Sr. Luis Gervasio acudió a la oficina de Hacienda de Irún y se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún.

El Sr. Marcos Benjamin le trasladó que, debido al cierre no ordenado de la empresa, era posible la derivación de la responsabilidad a él como administrador y que, para evitar esta actuación, tenía que pagar la cantidad que su capacidad patrimonial permitiera, cantidad que cifraron en 32.000 euros. Cumpliendo lo acordado, en fecha 22 de mayo de 2002 el Sr. Luis Gervasio pagó al Sr. Marcos Benjamin en la oficina de la Hacienda de Irún la cantidad de 32.000 euros recibiendo del acusado un justificante de embargo de metálico por el pago efectuado. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de lucrarse ilícitamente, se quedó para sí la cantidad recibida de 32.000 euros y no la ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa. Asimismo el mismo día remitió una propuesta de declaración de insolvencia de Canalizaciones Castro S.L. y, en fecha 24 de septiembre de 2002, ordenó que el funcionario de la oficina de Hacienda de Irún número NUM054 datara por insolvencia tres deudas de dicha empresa por importe de 76.689,92 euros.

24- Durante el mes de mayo de 2002, D. Valentin Gines fue requerido para el pago de las deudas con Hacienda que mantenían tanto él, como su esposa D<sup>a</sup> Yolanda Sabina , como la Sociedad "Electromuebles Geuria S.A.", empresa social en la que él y su esposa eran socios y administradores. El Sr. Valentin Gines acudió a la oficina de Hacienda de Irún y se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún. En el curso de la conversación, el Sr. Marcos Benjamin le trasladó que tenía que pagar 8.000.000 pesetas (48.080,97 euros) para saldar todas las deudas y ello pese a conocer el acusado que la deudas eran mayores y que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. En concreto, la deuda de Electromuebles Geuria, a fecha 13 de febrero de 2002, era de 37.081,89 euros, que la deuda del Sr. Valentin Gines , en fecha 10 de mayo de 2002, era de 8.070,94 euros y el importe de la deuda de la Sra. Yolanda Sabina , a fecha 28 de mayo de 2002, era de 6.379,02 euros. Tras aceptar la propuesta del Sr. Marcos Benjamin , el Sr. Valentin Gines pidió un préstamo a la Entidad Kutxa por importe de 51.000 euros, en fecha 8 de julio de 2002, y, en esta misma fecha, pagó al acusado Sr. Marcos Benjamin la cantidad de 48.080,97 euros mediante el cheque al portador número NUM084 que se cargó en la cuenta de Kutxa número 2101 003916 0004056610 de "Electromuebles Geuria S.A." recibiendo del acusado el correspondiente justificante de embargo por el pago realizado. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, no ingresó el dinero del cheque en las cuentas de la Hacienda Foral sino que se lo quedó para sí. Concretamente lo ingresó, en fecha 12 de julio del 2002, en la cuenta de su titularidad número NUM080 de Caja de Extremadura.



El expediente tributario de "Electromuebles Geuria S.A." había cambiado de grupo en fecha 18 de febrero de 2002, remitiéndose de la Oficina Tributaria de Eibar a la oficina Tributaria de Irún, habiendo sido ya acordados por el Jefe de la Oficina Tributaria de Eibar, en fecha 13 de febrero de 2002, el embargo de saldos de cuentas en distintas entidades bancarias (Caja Laboral, kutxa) Entidad en la que se habían retenido 2.591,16 euros, La Caixa, Banco Santander y Central Hispano) así como, en fecha 14 de febrero de 2002, el embargo del vehículo matrícula SS-0567- BD de Electromuebles Geuria S.A. El mismo día del traslado del expediente a Irún, el Sr. Marcos Benjamin, en su condición de Jefe de dicha oficina Tributaria, por escrito de fecha 18 de febrero de 2002, por delegación de firma, suscribió el alzamiento de los embargos de saldos de cuentas corrientes de Electromuebles Geuria que habían sido acordados por la oficina Tributaria de Eibar y ello, a sabiendas de que subsistía la deuda de dicho contribuyente con la Hacienda Foral y que no procedía legalmente el alzamiento de embargos, dado que ni se había satisfecho la deuda ni se había ofrecido una garantía de pago dotada de la misma eficacia que la traba operada.

Dado que el Sr. Marcos Benjamin no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que dicho acusado, para ocultar el destino del dinero y evitar que Hacienda pudiera reclamar la deuda de Electromuebles Geuria o de sus socios, en fecha 20 de enero de 2003, remitió al Jefe de la Sección de Apoyo y Coordinación el texto de fallido del deudor del expediente Sr. Valentin Gines y ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 hiciera constar, en la aplicación informática, en fecha 20 de enero de 2003, la data por insolvencia de una deuda de 8.070,94 euros del Sr. Valentin Gines, en fecha 16 de enero de 2003, la data por insolvencia de otra deuda de 4.954,62 euros de la Sra. Yolanda Sabina y, en fecha 8 de agosto de 2003, la data por insolvencia de una deuda de 36.882,89 euros de "Electromuebles Geuria S.A.". Todo ello sabiendo el acusado que no procedía la declaración de insolvencia dado que el Sr. Valentin Gines había pagado 4.230.000 pesetas entre el año 1997 y el 9 de mayo de 2002, y 48.080,97 euros en fecha 8 de julio de 2002, que se habían embargado saldos de cuentas corrientes y fincas, embargos posteriormente alzados sin abono de la deuda ni ofrecimiento de garantía alternativa, y de que en Hacienda constaban datos de solvencia de Electromuebles Geuria y de sus socios y administradores (así Electromuebles Geuria, en el modelo 347 de Hacienda, tenía en el año 2002 un importe de compras de 417.059,75 euros y, en el año 2003, un importe de 495.426,46 euros, el Sr. Valentin Gines tuvo rendimientos de trabajo, durante 2002, de 48.653,64 euros y, en el año 2003, de 51.115,96 euros, así como unas retribuciones, durante 2002, de 26.132,27 euros, siendo titular, junto a su cónyuge, de la finca NUM085 de Hondarribia y de la mitad indivisa de la finca NUM086 de Irún, y, por último, la Sra. Yolanda Sabina tuvo durante el año 2002 un rendimiento de 45.684,3 euros y, en el año 2003, de 51.309,3 euro, siendo titular, junto a su cónyuge, de la finca NUM085 de Hondarribia y de la mitad indivisa de la finca NUM086 de Irún según certificación del Registro de la Propiedad).

Con dichas actuaciones el Sr. Marcos Benjamin impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda de "Electromuebles Geuria S.A." (no pudiendo rehabilitarse por estar prescrita) así como la deuda de Valentin Gines, habiendo podido cobrar la deuda no prescrita de Yolanda Sabina.

25- Sobre el mes de julio de 2002 la empresa "Caravanas Oñate S.A.L." recibió una comunicación de Hacienda en la que se decía que se derivaba a su empresa una deuda contraída por "Calderería San Pedro S.L." por haber pertenecido algunos socios a ambas Sociedades. Tras dicha comunicación, D<sup>a</sup> Agueda Natalia, actuando en representación de "Caravanas Oñate S.A.L." se reunió en la oficina de Irún con el acusado Sr. Marcos Benjamin, en su condición de Jefe de la oficina Tributaria de Irún, alegando la Sra. Agueda Natalia que dicha derivación de responsabilidad no procedía y que la

deuda tributaria había prescrito. Siendo discutibles ambas cuestiones, convinieron, para zanjar de manera inmediata y definitiva el asunto, que se procediera al pago de 30.000 euros por Caravanas Oñate SAL, sin derivación de responsabilidad por el resto de la cantidad pendiente. En ejecución de ese acuerdo, el día 15 de enero de 2003 la Sra. Agueda Natalia efectuó un pago de 30.000 euros mediante el cheque número NUM087 emitido contra la cuenta NUM088 y adeudado en la cuenta NUM089 de la entidad BBVA, cheque que entregó al Sr. Marcos Benjamin, recibiendo de éste un justificante de embargo por dicho importe así como dos escritos. Uno, conteniendo una providencia en la que estimaba las alegaciones de Caravanas Oñate S.A.L. y afirmaba, respecto a la derivación de la deuda de Calderería San Pedro a Caravanas Oñate S.A.L. que "no se desprenden la existencia de elementos suficientes que permitan mantener la existencia de responsabilidad por sucesión en la titularidad de la explotación o actividades económicas". Otro, un informe propuesta en el que afirma que "no se dan las circunstancias que pudieran permitir la exigencia de responsabilidad a terceros y en consecuencia procede la data por insolvencia y la ausencia de terceros responsables a los que derivar la acción administrativa de cobro o exigencia de cualquier otro tipo de responsabilidad".

El Sr. Marcos Benjamin no ingresó el importe de 30.000 euros recibido en las cuentas de la Hacienda Foral sino que, con la finalidad de enriquecerse ilícitamente, se lo quedó para sí y lo ingresó en fecha 27 de enero de 2003 en la cuenta de Bankoa número 0138 0031 35 0010342643 a nombre de Ulki S.L., sociedad que dirigía y cuyas





cuentas gestionaba en exclusiva, sin informar al administrador de la referida empresa, el Sr. Mariano Claudio , del ingreso efectuado.

26- La Sociedad "Cosmobask S.L." adquirió "Productos Lavigne S.L." el 13 de enero de 1999. Los propietarios de Cosmobask S.L. contrataron al abogado D. Sergio Javier para que gestionara las deudas de "Lavigne" con Hacienda cuyo importe ascendía a 270.968,36 euros. El Sr. Sergio Javier contactó, en fechas sin determinar del año 2002, con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún. Acordaron que el pago de la cantidad de 52.560 euros cancelaría la deuda tributaria y que no se procedería a la derivación de responsabilidad a Cosmobask SL. Todo ello, pese a conocer el Sr. Marcos Benjamin que no era legalmente posible la rebaja de la deuda a un contribuyente, y que era factible la derivación de responsabilidad de la deuda de Lavigne, al existir identidad de objeto social y de socios administradores, lo que era indicativo de una sucesión en la actividad empresarial. Cumplimiento lo convenido, en fecha 19 de diciembre de 2002, el Sr. Sergio Javier y los propietarios de Cosmobask, D. Raul Marcial y D. Laureano Lorenzo , entregaron al Sr. Marcos Benjamin , en la oficina de Hacienda de Irún, la cantidad de 52.560 euros. Producido el pago, el acusado les dio un justificante embargo de metálico del pago efectuado así como un informe suscrito por él en el que hizo constar las siguientes conclusiones y propuestas: " 1º No se dan en el presente procedimiento de apremio ninguna de las circunstancias previstas en las actualmente vigentes normas administrativas, mercantiles, civiles o penales que pudieran permitir la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a terceros 2º En su consecuencia, proceda la data de la deuda tributaria por insolvencia probada del sujeto pasivo y la ausencia de terceros responsables a los que derivar la acción administrativa de cobro o exigencia de cualquier otro tipo de responsabilidad " .

El Sr. Marcos Benjamin , con intención de enriquecerse ilícitamente, se quedó para sí el dinero recibido no ingresándolo en las cuentas de la Hacienda Pública.

Asimismo dicho acusado, en fecha 20 de enero de 2003, ordenó a la funcionaria de la oficina Tributaria de Irún número NUM054 que en la aplicación informática diera de baja por insolvencia 70 deudas de dicha empresa Lavigne por importe de 279.149,39 euros, data de baja que

efectivamente hizo. Esta declaración de fallido y la propuesta de no derivación de la responsabilidad tributaria impidieron que se pudiera cobrar por Hacienda la deuda de "Productos Lavigne S.L. " .

27- En el año 2003 D. Enrique Mateo tenía una deuda con la Hacienda Foral de 70.976,75 euros, por lo que contrató los servicios de la Asesoría Garo para que le gestionaran el pago de la deuda. A tal efecto, D. Florentino Leonardo , gerente de la Asesoría Garo, acudió a la oficina de la Hacienda de Irún y se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de dicha oficina, conviniendo en pagar 55.000 euros y ello pese a conocer el acusado que la deuda era mayor, que no es posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente y que el Sr. Enrique Mateo estaba en

condiciones de abonar la totalidad de la deuda, dado que había solicitado un crédito por el importe del principal que le había sido concedido. En cumplimiento de lo convenido el Sr. Florentino Leonardo , tras recibir una provisión de fondos de la Sra. Maribel Serafina , cónyuge de del Sr. Enrique Mateo , por importe de 60.060 euros, pagó al Sr. Marcos Benjamin en las oficinas de la Hacienda de Irún, 20.000 euros, en fecha 5 de mayo de 2003, y 35.000 euros, en fecha 12 de mayo del 2003, recibiendo del acusado los correspondientes justificantes de embargo por los pagos efectuados. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí las cantidades recibidas y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Gipuzkoa.

Dado que el Sr. Marcos Benjamin no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que dicho acusado, para ocultar el destino del dinero y evitar que Hacienda pudiera reclamar la deuda al Sr. Enrique Mateo , ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 hiciera constar, en la aplicación informática, en fecha 27 de mayo de 2003 la data por insolvencia de una deuda de 71.187,10 euros del Sr. Enrique Mateo , y, de la misma forma, en fecha 26 de abril de 2004, en la aplicación informática, dató por insolvencia otra deuda del mismo contribuyente por importe de

14.666,89 euros. El Sr. Marcos Benjamin realizó u ordenó dichas actuaciones a sabiendas de que no procedía la declaración de insolvencia dado que el contribuyente había pagado 55.000 euros en fechas 5 y 12 de mayo de 2003, tenía disponibilidad líquida a través del crédito obtenido y contaba con ingresos embargables desde 1990 dado que tenía unos rendimientos de trabajo durante el año 2002 de 46.752,64 euros, en el año 2003 de 46.057,12 euros y, en el año 2004, de 37.702,92 euros, así como unas retribuciones de 47.472,64 euros en el año 2002 y, en el año 2003, de 46.057,12 euros. Finalmente, el Sr. Marcos Benjamin , en fecha 26 de abril de 2004, firmó, por delegación de firma, una providencia de alzamiento de embargos, créditos, valores y derechos practicados al deudor en dicho procedimiento a sabiendas de que el alzamiento de embargos no procedía legalmente por cuanto la deuda subsistía y no se habían aportado por el deudor garantías de pago que hicieran innecesarios los mismos.





Con dichas actuaciones el acusado impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda a dicho contribuyente.

28.- Sobre el mes de mayo de 2003, D. Gervasio Heraclio , asesor fiscal de la empresa "Consultasegi S.A." (marca comercial Asegi), fue contratado por los administradores de la empresa "Urindar Urtiola S.A.L." para gestionar las deudas de este empresa con Hacienda, cuyo importe ascendía a 145.816,24 euros. Para ello se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, y concertaron que mediante el pago en metálico de 63.400 euros quedaba cancelada la deuda tributaria, sin posible derivación de la responsabilidad hacia los administradores. Todo ello conociendo el Sr. Marcos Benjamin que, de conformidad con la normativa tributaria, no es posible rebajar la deuda a un contribuyente y que, en casos como los referidos, es procedente la propuesta de derivación de responsabilidad hacia los administradores.

Tras el acuerdo, en fecha 2 de julio de 2003, el Sr. Marcos Benjamin ordenó a la funcionaria de la oficina Tributaria de Irún número NUM054 que hiciera constar en la aplicación informática la data por insolvencia de 15 deudas de dicha empresa Urindar por importe de 142.817,93 euros cuando existían datos inequívocos de solvencia como la existencia de créditos de Urindar contra empresas deudoras, entre ellas Mecanizados y Autolubricados S.A. y Wisco Española SA, por importe de 24.972,53 euros, y la titularidad dominical del pabellón y la maquinaria donde desarrollada su actividad comercial que era objeto de una propuesta de compra definida por parte de Mecanizados Izadi (que se materializó días después). De hecho, acaecida la venta del pabellón y la maquinaria, con parte del producto de su venta, los administradores de Urindar SAL realizaron una provisión de fondos al Asesor Sr. Gervasio Heraclio por importe de 78.000 euros. Con la citada provisión, el Sr. Gervasio Heraclio , el día 14 de julio de 2003, entregó al Sr. Marcos Benjamin en la oficina tributaria de Irún, la cantidad de 63.400 euros, recibiendo el correspondiente justificante de embargo del metálico entregado. Producido el referido pago, el día 16 de julio de 2003, el Sr. Marcos Benjamin , a fin de evitar que pudieran existir nuevos requerimientos de la Hacienda a Urindar, en el expediente de dicha empresa, firmó un informe en el que hizo constar las siguientes conclusiones y propuestas: " 1º No se dan en el presente procedimiento de apremio ninguna de las circunstancias previstas en las actualmente vigentes normas administrativas, mercantiles, civiles o penales que pudieran permitir la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a terceros 2º En su consecuencia, procede la data de la deuda tributaria por insolvencia probada del sujeto pasivo y la ausencia de terceros responsables a los que derivar la acción administrativa de cobro o exigencia de cualquier otro tipo de responsabilidad". Ello conociendo el acusado que dichas conclusiones y propuestas no procedían legalmente por cuanto podía derivarse la responsabilidad a los administradores.

El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí el dinero recibido y no lo ingresó en las cuentas de la Hacienda pública. Además, con la propuesta de declaración de insolvencia de Urindar Urtiola SAL y la de no derivación de la responsabilidad a sus administradores impidió que se pudiera cobrar por Hacienda la deuda de "Urindar Urtiola S.A.L. "

29- En fecha sin determinar del año 2003, D<sup>a</sup> Leocadia Hortensia , administradora de "Hometotown S.L.", recibió un requerimiento de Hacienda para el pago de las deudas tributarias, por importe de 509.967,75 euros generadas por la empresa "Tiendas Unidas S.A.", de la que la Sra. Leocadia Hortensia había sido administradora. En concreto, en virtud del informe propuesta de 23 de septiembre de 2003, confeccionado por el Sr. Marcos Benjamin en la misma fecha, el Director General de Hacienda había acordado la derivación de la deuda por importe de 509.967,75 euros de "Tiendas Unidas S.A. " a " Hometotown S.L. " por sucesión en la titularidad de la actividad empresarial. Asimismo, en virtud del informe propuesta de fecha 7 de noviembre de 2003 firmado por el Sr. Marcos Benjamin , el Jefe de la Unidad de Coordinación de Oficinas Tributarias había acordado, en la misma fecha, declarar a Leocadia Hortensia , en su calidad de administradora de la Sociedad deudora, responsable subsidiaria de la deuda por un importe de 509.967, 75 euros.

Tras el requerimiento, la Sra. Leocadia Hortensia , en fecha sin determinar del año 2003, se reunió, en la oficina de Hacienda de Irún, con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de jefe de dicha Oficina Tributaria, quien le propuso que abonando en metálico la cantidad de 108.000 euros la deuda tributaria quedaba cancelada, sabiendo que no es posible legalmente la rebaja de la deuda a un contribuyente. La Sra. Leocadia Hortensia aceptó la propuesta que le hizo dicho acusado y realizó el pago de dicha cantidad de 108.000 euros en tres plazos, entregando en los tres casos el dinero en metálico, en la oficina de Irún, al Sr. Marcos Benjamin : en fecha 8 de octubre de 2003 pagó 12.000 euros; en fecha 22 de octubre de 2003 pagó 36.000 euros y, en fecha 1 de diciembre de 2003, pagó 60.000 euros, recibiendo del acusado los correspondientes justificantes de embargo por los pagos realizados. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí el dinero recibido y no lo ingresó en las cuentas de la Hacienda Pública.

Posteriormente el Sr. Marcos Benjamin firmó una diligencia de fecha 20 de enero de 2004 en la que dice que procede la declaración de insolvencia de la Sra. Leocadia Hortensia y, por orden suya, el funcionario de Irún número NUM083 , en fecha 15 de enero de 2004, hizo constar en la aplicación informática la data por insolvencia de la deuda por importe de 587.214,82 euros de " Tiendas Unidas S.A.". Todo ello, pese a conocer el acusado que



no procedía la declaración de insolvencia por cuanto, de octubre a diciembre de 2003, la Sra. Leocadia Hortensia había pagado la cantidad de 108.000 euros, y que, además, la contribuyente contaba con capacidad patrimonial para abonar mayor cantidad que la sufragada.

30.- En fecha 15 de octubre de 2003, D. Eusebio Landelino tenía una deuda con la Hacienda Foral de 104.351,05 euros por lo que contrató los servicios del asesor fiscal D. Gaspar Santiago .

Dicho asesor interpuso recurso administrativo contra la liquidación de la deuda y, tras desestimarse, el Sr. Eusebio Landelino le instó para que gestionara el pago de la deuda. El Sr. Gaspar Santiago se reunió en la oficina de Hacienda de Irún con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún y convinieron en el pago de 67.800 euros para cancelar la deuda, ello, pese a conocer el acusado que la deuda era mayor y que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. En cumplimiento de lo convenido, D<sup>a</sup> Inmaculada Herminia , empleada de la asesoría del Sr. Gaspar Santiago , tras recibir la correspondiente provisión de fondos, pagó al Sr. Marcos Benjamin , en fecha 15 de octubre de 2003, la cantidad de 24.000 euros y, en fecha 31 de octubre de 2003, el propio Sr. Eusebio Landelino , acompañado de su asesor, pagó al Sr. Marcos Benjamin , en la oficina de Hacienda de Irún, la cantidad de 43.800 euros, recibiendo en los dos casos del acusado los correspondientes justificantes de embargo por las cantidades pagadas. El acusado, con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se quedó para sí las dos cantidades recibidas y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral.

El expediente tributario del Sr. Eusebio Landelino había cambiado de grupo, en fecha 20 de enero de 2003, pasando del grupo de Bergara al grupo de Irún. Dado que el acusado no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que, para ocultar el destino del dinero y evitar que Hacienda pudiera cobrar la deuda del Sr. Eusebio Landelino , en fecha 31 de octubre de 2003, fecha del segundo pago del contribuyente, el Sr. Marcos Benjamin firmó, por delegación de firma del Jefe de la Oficina Tributaria de Donostia, dos providencias en la que se acordaban alzar los embargos de fecha 6 de febrero y 7 de febrero de 2002, que se habían acordado por la Oficina Tributaria de Bergara sobre la finca NUM090 , libro NUM091 , folio NUM092 , letra NUM093 y sobre la finca NUM094 inscrita en el libro NUM095 , folio NUM096 letra NUM093 , fincas ambas de titularidad del contribuyente Sr. Eusebio Landelino , actuando el acusado a sabiendas de que dichos alzamientos de bienes no procedían legalmente por cuanto subsistía la deuda de dicho contribuyente con la Hacienda Foral y no existían garantías de pago que, siendo igualmente eficaces, fueran menos aflictivas que la traba. El mismo acusado, en fecha 23 de abril de 2004 , en la aplicación informática, hizo constar la data por insolvencia de la deuda de 104.351,05 euros de dicho contribuyente y ello sabiendo que no procedía la declaración de insolvencia dado que el Sr. Eusebio Landelino había pagado ya la cantidad de 67.800 euros, tenía ingresos embargables desde el año 2000 a 2004 por rendimientos de trabajo (así de la información remitida por Hacienda constan rendimientos de trabajo durante el año 2002 de 33.319 euros, durante el año 2003 de 41.493,35 euros o en el año 2004 de 42.803,12 euros) y era propietario de las fincas NUM090 y NUM094 en Zumaia.

Con dichas actuaciones el acusado impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda del Sr. Eusebio Landelino .

31.- El Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún, en fecha 7 de enero de 2004, a sabiendas de que no procedía legalmente, ordenó que se anotaran, por derivación de responsabilidad, tres deudas a nombre de Felipe Gustavo por importe de 25.904,69 euros:

en concreto, IRPF correspondiente al año 2000, por importe de 9.654,12 euros de principal; IRPF correspondiente al año 2001, por importe de 8.675,22 euros de principal, e IRPF del año 2002, por importe de 7.575,25 euros de principal, deudas que pasan directamente a período ejecutivo. En el seno del expediente ejecutivo, en fecha 12 de enero de 2004, se pronunció la providencia de apremio mediante petición extraordinaria. Todas estas actuaciones se llevaron a cabo conociendo el Sr. Marcos Benjamin que no había antecedentes que justificaran la procedencia de estas deudas, que no se había abierto expediente de derivación de responsabilidad contra el Sr. Felipe Gustavo y que dichas deudas no habían sido giradas ni por la oficina de gestión ni de inspección. Posteriormente, en fecha 15 de marzo de 2004, el mismo acusado, conociendo también que no procedía legalmente, hizo constar en la aplicación informática la data por insolvencia de dichas deudas utilizando indebidamente el código data 37, correspondiente a la baja que ha de dar la unidad de gestión o inspección, nunca la de recaudación

32.- En fecha 12 de abril de 2004, la Sociedad "Bisector S.L." tenía una deuda con Hacienda de 21.347,94 euros en virtud de un expediente que se tramitaba en la Oficina Tributaria de San Sebastián. En fecha 20 de abril de 2004, se trasladó el expediente al grupo 133 de Irún, constando únicamente en el sistema informático que el traslado se realiza "a petición de Marcos Benjamin ". Días después de remitirse el expediente, en fecha 26 de abril de 2004, el Sr. Marcos Benjamin hizo constar en la aplicación informática, la data por insolvencia de deudas



de Bisector S.L. por importe de 21.167,64 euros y ello a sabiendas de que dicha propuesta de insolvencia no procedía dado que no se realizó ninguna actividad de verificación de la situación patrimonial de dicha empresa.

33- En fecha sin determinar del año 2003, la empresa "Promociones Landetxe SA" tenía una deuda con Hacienda Foral cuyo principal, excluido recargo de apremio e intereses moratorios, ascendía a 296.436, 42 euros.

D. Herminio Salvador , administrador de la citada empresa, fue citado para acudir a la oficina de Hacienda de Irún, donde se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de dicha Oficina Tributaria. En seno de la misma llevaron al acuerdo de que abonando la cantidad de 221.110 euros quedaría extinguida la totalidad de la deuda, sin derivarse la misma al administrador, todo ello a pesar de que el Sr. Marcos Benjamin sabía que no tenía facultades legales para reducir la deuda tributaria ni para dejar sin efecto, sin causa justificada, la derivación de responsabilidad por la deuda no abonada. En ejecución de este acuerdo el Sr. Herminio Salvador pagó al Sr. Marcos Benjamin , en su despacho de la oficina de Hacienda de Irún, la cantidad de 128.000 euros, en fecha 17 de diciembre de 2003, y la cantidad de 93.110 euros, en fecha 18 de diciembre de 2003, recibiendo del acusado los correspondientes justificantes de embargo de metálico por el pago de dichas cantidades. El Sr. Marcos Benjamin no aplicó las cantidades recibidas al pago de la deuda sino que, con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se las quedó para sí y no las ingresó en las cuentas de la Hacienda Foral de Guipúzcoa.

El Sr. Marcos Benjamin , para evitar que se descubriera el desvío del dinero y cercenar nuevos requerimientos de Hacienda a la empresa Promociones Landetxe S.A., ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM083 , en la aplicación informática, en fecha 15 de enero de 2004, hiciera constar la insolvencia de 32 deudas de "Promociones Landetxe S.A." por importe de 866.025,70 euros. Ello pese a conocer el Sr. Marcos Benjamin que dicha insolvencia no procedía legalmente, por cuanto el administrador había pagado ya 221.110 euros un mes antes (en fechas 17 y 18 de diciembre de 2003) y los días 20 de noviembre de 2003 y 15 de diciembre de 2003 se habían ingresado en Hacienda, provenientes de dicha empresa, en concepto bajas adjudicaciones/pagos especie la cantidad de 192.373,37 euros (dimanantes de la adjudicación por la Diputación Foral en fecha 14 de febrero de 2003 de la finca NUM097 de Irún propiedad de dicho contribuyente, finca que había sido tasada en 400.000 euros y que finalmente, al quedar desierta la subasta, se adjudicó a Diputación por el importe que garantizaba 192.373,38 euros), que, a tenor de la información remitida por Hacienda, existían datos de solvencia de dicha empresa (así, en el modelo 347 de Hacienda correspondiente al año 2003, consta importe compras 90.075,5 euros y ventas 102.891,52 euros y posteriormente en el mismo modelo 347 consta durante el año 2003 ventas por importe de 50.613,13 y compras por importe de 102.891,52 euros) y que, finalmente, existía una derivación de

responsabilidad frente a un administrador, el Sr. Herminio Salvador , que era solvente.

34- En mayo de 2004, una vez declarado en situación de excedencia voluntaria el Sr. Marcos Benjamin , el Sr. Herminio Salvador , con conocimiento de que el Sr. Marcos Benjamin había dejado de trabajar en la Hacienda Foral de Gipuzkoa, acudió a las dependencias de la Asesoría Urdanibia de Irún, en las que trabajaba como asesor el Sr. Marcos Benjamin , quien le pidió que ingresase la cantidad de 12.000 euros en el seno del expediente administrativo de apremio que se tramitaba en la Oficina Tributaria de Irún frente a la empresa Anaburu SL, de la que había sido administrador entre el 14 de noviembre de 1995 y el 22 de

septiembre de 1997. Tras entregarle la citada cantidad suscribió, en los locales de la misma, un documento con membrete de la referida Asesoría en el que se consignaba que la cantidad se recibía por el Sr. Marcos Benjamin para su entrega al Departamento de Fiscalidad y Finanzas y su posterior aplicación al procedimiento administrativo de apremio que se instruye contra la entidad mercantil Añaburu SL. El Sr. Marcos Benjamin no ingresó la cantidad recibida en las Arcas Forales.

TERCERO.-El Sr. Marcos Benjamin , con la finalidad de dar curso legal al dinero de los contribuyentes del que se apropió y ocultar así su origen ilícito, ejecutó los siguientes hechos:

A.- Una parte del dinero que recibió en metálico de los contribuyentes, así como el abonado mediante cheques o por pagarés, lo ingresó en las siguientes cuentas corrientes: Caja de Extremadura nº NUM080 , de la que era único titular; Kutxa nº NUM070 , de la que era único titular; Kutxa nº NUM053 , de la que era titular junto con su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa ; Bankoa nº 0138.0031.35.0010342643, de la que era titular Ulki SL, Bankoa nº NUM079 , de la que era titular junto con su esposa, D<sup>a</sup> Tomasa Elisa y Bankoa nº 0138.0031.31.0070408015, de la que era titular Ius Local SL.

Los ingresos procedentes del metálico obtenido de los contribuyentes, tras guardarlos, los ingresaba, meses después y acumulando los procedentes de varios contribuyentes, en las referidas cuentas, impidiendo, de esta manera, el desvelamiento de su procedencia. Los ingresos derivados de los cheques o pagarés los ingresaba, de forma inmediata, en las cuentas corrientes. Por lo tanto, el dinero recibido mediante cheques o pagarés el Sr.



*Marcos Benjamin lo ingresaba en algunas de las cuentas corrientes de las que era titular o controlaba, mientras el recibido en metálico una parte lo ingresaba en las mentadas cuentas y otra parte no, en los términos que se refleja a continuación:*

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYE INGRESO NTE LOCALIZADO

INGRESO LOCALIZADO

Años 90 300.000 pts. Sin determinar metálico Efrain Cristobal 3/12/01 9 9.015,18 E

disposición en efectivo

1992 600.000 pts. 1/6/92 metálico *Gure Lanak SA* (disposición de ingresos de origen no justificado) CC

lus Local 8015

534.000 pts. 31/8/92 metálico *Transportes origen no Saratrans SL y Maycal SA* lus Local 8015

700.000 pts. 31/8/92 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA* 3/12/01 7.813,16 E

transferencia

885.000 pts. 5/10/92 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA* a Marino Luis

(disposición de ingresos de origen no justificado) CC lus Local 8015

186.000 pts. 7/12/92 metálico *Transportes* 19/1/02 *Saratrans SL* y 9.147,45 E *Maycal SA* Transferencias

700.000 pts. 7/12/92 metálico orden soporte *Transportes magnético Saratrans SL* y

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

*Maycal SA* (disposición de ingresos de origen no justificado) CC lus Local 8015

1993 350.000 pts. 11/3/93 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA*

350.000 pts. 23/7/93 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA*

200.000 pts. Arios 93-04 metálico *Auto Electricidad San Marcial SL*

200.000 pts. Arios 93-04 metálico *Auto Electricidad San Marcial SL*

200.000 pts. Arios 93-04 metálico *Auto Electricidad San Marcial SL*

200.000 pts. Arios 93-04 metálico *Auto Electricidad San Marcial SL*

500.000 pts. 10/3/95 metálico *Imprenta Ondarribi SA* 200.000 pts. en Hacienda

1994 350.000 pts. 6/4/94 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA*

350.000 pts. 29/6/94 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA*

350.000 pts. 21/9/94 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA*

1995 300.000 pts. 15/2/95 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA*

600.000 pts. 9/6/95 metálico *Transportes Saratrans SL y Maycal SA* Kutxa NUM070 Marcos Benjamin

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE





INGRESO LOCALIZADO

Maycal SA 1.979.993 pts. 27/11/95

1.503.290 pts. 27/11/95 metálico Transportes Saratrans SL y Maycal SA

1.879.112 pts. 30/11/95 cheque-pagaré Transportes Saratrans SL y Maycal SA Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

5/12/95 1.879.112 pts.

1.879.112 pts. 29/12/95 cheque-pagaré Transportes Saratrans SL y Maycal SA Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

10/1/96 1.879.112 pts.

12 pagos mensuales de 1.000.000 de pts. cada uno entre marzo 95 a febrero 96 Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL 1) 785.00 pts. 12/11/94

2) 785.00 pts. 15/12/94

3) 785.00 pts. 18/1/95

4) 785.00 pts. 16/2/95

5) 785.00 pts. 16/3/95

6) 785.00 pts. 20/4/95

7) 785.00 pts. 19/5/95

En Hacienda

1996 1.163.541 pts. 14/3/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

14/3/96 1.163.541 pts.

1.163.541 pts. 17/4/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

17/4/96 1.163.541 pts.

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

1.163.541 pts. 20/5/96 metálico Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Caja Laboral 0790

JM Bravo 20/5/96 abono 6.993,02 E (1.163.541 pts.)

1.163.541 pts. 18/6/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 18/6/96 1.163.541 pts.

1.163.541 pts. 17/7/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 17/7/96 1.163.541 pts.

1.163.541 pts. 19/8/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 19/8/96 1.163.541 pts.

1.163.541 pts. 17/9/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 17/9/96 1.163.541 pts.

1.163.541 pts. 16/10/96 pagaré Comercial Celorriga y Licores y Conservas Irún SL Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 16/10/96 1.163.541 pts.

3.000.000 pts. 18/4/96 cheque Trobisa SL

3.000.000 pts. 4/10/96 cheque Trobisa SL

3.000.000 pts. 6/11/96 cheque Trobisa SL



3.000.000 pts. 6/11/96 cheque Trobisa SL

2.000.000 pts. fecha sin determinar metálico Trobisa SL 1) 9/7/96 talón NUM098

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

pts. Sin conocer procedencia en Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2) 19/7/96 abono 36.000

pts. Sin conocer procedencia en Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 3) 19/7/96 talón 25.200

pts. Sin conocer procedencia en Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 4) 12/9/96 talón 250.000

pts. Sin conocer procedencia en Kutxa NUM053 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 5) 19/2/97 reembolso

3.005,06 E (500.000 pts.) Kutxa NUM070 Marcos Benjamin

1997 3.400.000 pts. 7/5/97 metálico Arturo Urbano 1)5/9/97 talón 6.010,12 E (1.000.000 pts.) Kutxa NUM070

Marcos Benjamin 2) 15/12/97 reembolso 9.015,18 E (1.500.000 pts.) Kutxa

3.400.000 pts. 5/6/97 metálico Arturo Urbano

3.400.000 pts. 4/7/97 metálico Arturo Urbano

3.400.000 pts. 12/8/97 metálico Arturo Urbano

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

3.300.000 pts. 5/9/97 metálico Arturo Urbano NUM070 Marcos Benjamin 3) 31/12/97 abono 3.155,31

E (524.999 pts.) Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 4)1) 23/3/98 abono 23.667,86 E (3.938.001 pts.) Kutxa

NUM070 Marcos Benjamin

1.800.000 pts. año 97 metálico Serafin Oscar

1.500.000 pts. 26/8/97 metálico Hispano Francesa de Maderas SA 8.856,32 E (1.473.568 pts.) 26/8/97 En Hacienda

500.000 pts. 17/9/97 metálico Hispano Francesa de Maderas SA 3.005,06 E? (500.000 pts.) 18/9/97 En Hacienda

1998 1.202.264 pts. 11/1/98 metálico Hispano Francesa de Maderas SA 1.622,73 E (270.000 pts.) 13/2/98 En Hacienda

500.000 pts. 28/12/98 metálico Hispano Francesa de Maderas SA

500.000 pts. 15/5/98 metálico Nitrex SA

500.000 pts. 14/12/9 metálico Nitrex SA

1.000.000 pts. 13/8/98 metálico DIRECCION003

2.000.000 pts. 15/9/98 metálico DIRECCION003

700.000 pts. 15/12/98 metálico DIRECCION003

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

DIRECCION003



500.000 pts. entre 1998- 2000 metálico DIRECCION004  
 12.020,24 E (2.000.000 pts.) octubre 1998 metálico Victoria Irigoyen SL  
 1999 500.000 pts. 16/3/99 metálico Hispano Francesa de Maderas SA  
 650.000 pts. 28/4/99 metálico Hispano Francesa de Maderas SA  
 500.000 pts. 28/9/99 metálico Hispano Francesa de Maderas SA  
 500.000 pts. 17/3/99 metálico Nitrex 54  
 500.000 pts. 26/5/99 metálico Nitrex 54  
 1.000.000 pts. 21/6/99 metálico Nitrex 54  
 2.000.000 pts. 21/10/99 metálico Nitrex 54  
 3.000.000 pts. 1/12/99 metálico DIRECCION003  
 1.000.000 pts. enero 1999 metálico Victoria Irigoyen SL  
 1.500.000 pts. 1999 metálico Olegario Onesimo  
 1.500.000 pts. 1999 metálico Olegario Onesimo  
 IMPORTE ABONADO  
 FECHA DE PAGO  
 FORMA DE ABONO  
 CONTRIBUYENTE  
 INGRESO LOCALIZADO  
 1.500.000 pts. 1999 metálico Olegario Onesimo  
 1.500.000 pts. 1999 metálico Olegario Onesimo  
 1.000.000 pts. 13/7/99 metálico Proyectos y Construcciones Bidasoa SA (Procobisa)  
 4.000.000 pts. 17/12/99 metálico Proyectos y Construcciones Bidasoa SA (Procobisa)  
 4.000.000 pts. 29/12/99 metálico Proyectos y Construcciones Bidasoa SA (Procobisa)  
 2.225.000 pts. 1/10/99 metálico *HermanosRomero SL*  
 300.000 pts. ario 1999 metálico Martin Nazario  
 2000 30.000 ? 20/9/00 metálico DIRECCION003  
 (4.991.580 pts.)  
 6.000.000 pts. 9/2/00 metálico Proyectos Construcciones Bidasoa SA (Procobisa)  
 7.500.000 pts. 2/3/00 metálico Proyectos Construcciones Bidasoa SA (Procobisa)  
 2001 218.576 pts. 19/10/01 metálico Hispano Francesa de Maderas SA  
 IMPORTE ABONADO  
 FECHA DE PAGO  
 FORMA DE ABONO  
 CONTRIBUYENTE  
 INGRESO LOCALIZADO  
 1.000.000 pts. 5/12/01 cheque Hispano Francesa Maderas SA 10/12/2001  
 (6.010,12 E)  
 200.000 pts. 14/12/01 metálico Hispano Francesa de Maderas SA  
 (1.202,02 E)  
 30.000 E (4.991.580 pts.) 2001 metálico DIRECCION003



1) 29/11/01 abono 9.015,18 E (1.500.000 pts.) Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 1) 22/5/01 Cit. ULKI 3.005,06 E (500.000 pts.) Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 2) 7/8/01 Cit. ULKI 3.005,06 E (500.000 pts.) Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 1) 3/2/06 abono t. máster azul 10.000,00 Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 2) 3/2/06 abono t. máster azul 10.000,00 Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 3) 14/2/06 reparto CB 4000,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin

1.350.000 pts. 21/2/01 metálico Tamara Yolanda

4.353.198 pts. 13/6/01 cheque Tamara Yolanda 1) 3/2/06 abono t. máster azul 10.000,00 Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 2) 3/2/06 abono t. máster azul 10.000,00 Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 3) 14/2/06 reparto CB 4000,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

4) 11/7/06 transferencia de Marcos Benjamin 600,00 E Caja Extremadura NUM080 Marcos Benjamin 5) 17/1/06 efectivo 1.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 6) 21/2/06 transferencia de Marcos Benjamin 500 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

2.000.000 pts. 20/11/01 cheque *Uhinlan SA y Uhinlan SL* 1) 11/1/02 abonos 4.207,08 E (699.999 pts.) Kutxa NUM070 Marcos Benjamin

6.010,12 E (1.000.000 pts.) noviembre 2001 cheque *Uhinlan SA* y cheque *Uhinlan SL* 6.010,12 E (1.000.000 pts.) noviembre 2001 en cc Bankoa ULKI

12.020,24 E (2.000.000 pts.) 7/12/01 cheque *Uhinlan SA* y cheque *Uhinlan SL* 12.020,24 E (2.000.000 pts.) 7/12/01 en cc Bankoa ULKI 2.000.000 pts. 26/12/01 cheque *Uhinlan SA* y cheque *Uhinlan SL* 2.000.000 pts. 26/12/01 en cc Bankoa ULKI De ULKI se realizan 2

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

transferencias a dos cuentas: 1) 4/2/03 transferencia de ULICI 9.000,00 E Caja Extremadura NUM080 Marcos Benjamin 2) 13/2/2003 transferencia de ULICI 1.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin Y Tomasa Elisa

33.185,48 E (5.521.599 pts.) 14/5/01 cheque *Trobisa 5L* y cheque *Azkuenaga* 33.185,48 E Inyección de *Plásticos 5A* (5.521.599 pts.) 24/5/01 en cc Bankoa ULICI

10.000.000 ts. (60.101,21 E) 13/6/01 metálico DIRECCION005 CB 1) 5/12/02 Reducc. Lim. No atendida 120.185,32 E X Bankoa Cc 8015 lus Local SL

2002 30.000 E (4.991.580 2002 pts.) metálico DIRECCION003 1) 5/12/02 Reducc. Lim. No atendida 120.185,32 E X Bankoa Cc 8015 lus Local

13.162,65 E abril 2002 cheque *Trobisa SL* y *Azkuenaga Inyección de Plásticos SA* cheque 13.162,65 E 25/4/02 en Bankoa NUM079 de Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

17.684,51 E junio 2002 cheque *Trobisa SL* y *Azkuenaga Inyección de Plásticos SA* cheque 17.684,51 E Bankoa lus Local 26/6/02





17.684,51 E agosto 2002 cheque Trobisa SL y Azkuenaga Inyección de Plásticos SA cheque 17.684,51 E Caja Extremadura de Bravo 2/8/02 ( Marcos Benjamin devuelve a Azkuenaga 21.165,24 E 23/9/2003)

32.000 E 2/5/02 metálico *Canalizaciones Castro SL* 1) 23/5/02 abono 3.000,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 2) 5/12/02 Reducc. Lim. no atendida 120.185,32 E XBankoa Cc 8015 Ius Local SL 48.080,97 E 8/7/02 cheque *Electromuebles Geuria SA* cheque 48.080,97 E Caja Extremadura de Bravo 12/7/02

52.560 E 19/12/02 metálico *Cosmobask SL y Productos Lavigne SL* 1) 23/7/03 efectivo 3000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2) 29/8/03 efectivo 5.000

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 3) 16/10/03 efectivo 2000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 4) 24/11/03 efectivo 12000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 5) 26/11/03 efectivo 7000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 6) 12/12/03 efectivo 16.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 7) 2/12/05 efectivo 1050,00 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 8) 1/6/06 transferencia de Marcos Benjamin 500,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 9) 5/6/06 transferencia de Marcos Benjamin 500,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 10) 14/8/06 transferencia de Marcos Benjamin 1.500,00 E

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 11) 29/11/06 transferencia de Marcos Benjamin 200,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 12) 7/12/06 transferencia de Marcos Benjamin 200,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2003 18.000 E 7/2/03 metálico DIRECCION003 1) 23/7/03 abono 2.800,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 2) 30/7/03 abono 6.800,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 3) X/2/2004 abono 10.500,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 4) 23/2/04 abono 5.000,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 5) 28/1/2004 efectivo 3.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

12.000 E 16/6/03 metálico Bar DIRECCION003

6.000 E 28/8/03 metálico DIRECCION003 1) 13/1/05 efectivo 3.000,00 E Bankoa NUM079

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2) 19/3/05 transferencia de Marcos Benjamin 3.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

30.000 E 15/1/03 cheque *Caravanas Oñate SAL y Calderería San Pedro SL* cheque 30.000 E 27/1/03 en cc Bankoa ULKI

20.000 E 5/5/03 metálico Enrique Mateo 1) 5/3/04 efectivo 2.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2) 6/4/04 cheque/BCO NUM099 10.021,16 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 3) 10/12/04 traspaso cuenta CB 50% 3.000,00 E Kutxa NUM070 Marcos Benjamin 35.000 E 12/5/03 metálico Enrique Mateo 1) 6/4/04 cheque/BCO NUM099 10.021,16 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2) 6/4/04 transferencia de Inmobiliaria Urdanibia 15.000,00 E Bankoa NUM079

IMPORTE ABONADO



FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

3)4/6/04 efectivo 2.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 4)26/7/04 efectivo 2.500,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 5) 13/10/04 efectivo 3.000,000 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 6)16/6/05 efectivo 1000,000 E Caja Extremadura NUM080 Marcos Benjamin 63.400 E 14/7/03 metálico *Urindar Urtiola SAL* 1) 30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

12.000 E 8/10/03 metálico *Hometotown SL* 1) 30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

36.000 E 23/10/03 metálico *Hometotown SL* 1) 30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

60.000 E 1/12/03 metálico *Hometotown 5L* 1) 30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

24.000 E? 15/10/03 metálico *Eusebio Landelino* 1) 30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

43.800 E 31/10/03 metálico *Eusebio Landelino* 1) 30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

128.000 E 17/12/03 metálico *Promociones Landetxe 5A* 1)30/6/05 ingreso cheque/BCO NUM100 351.592,08 Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

2)6) 9/8/06 ingreso cheque entidad NUM101 22.000,00 E Kutxa NUM070

IMPORTE ABONADO

FECHA DE PAGO

FORMA DE ABONO

CONTRIBUYENTE

INGRESO LOCALIZADO

Marcos Benjamin

93.110 E 18/12/03 metálico *Promociones Landetxe SA* 1)27/7/06 transferencia de Roza Cabera SL 90.000,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa 2)1/7/05 efectivo 1000,000 E Caja Extremadura NUM080 Marcos Benjamin 3)13/1/05 efectivo 2.800,00 E Bankoa NUM079 Marcos Benjamin y Tomasa Elisa

*Asímismo, el Sr. Marcos Benjamin , con idéntica finalidad de aflorar el dinero que había detraído de las Arcas Forales y enmascarar su origen ilícito, y la Sra. Tomasa Elisa , conocedora de la alta probabilidad, rayana en la evidencia, de que el dinero que se empleaba procedía de la distracción que su marido hacía de los ingresos por tributos que recaudaba, llevaron a cabo las siguientes actuaciones con el dinero detraído del erario público:*

*A.- Financiaron la constitución de las siguientes sociedades mercantiles:*

*- "CORREDURÍA URDANIBIA S.L." constituida por escritura fecha 8 de junio de 1994, fecha de inscripción en el Registro Mercantil en fecha 25 de octubre de 1994, domicilio social en Plaza Urdanibia nº 5 bajo en Irún a partir del 14 de diciembre de 2001, capital social 3.010 euros, interviniendo en su constitución y siendo socia la acusada*



*Tomasa Elisa con un 20% del capital social y siendo el acusado Marcos Benjamin administrador de la Sociedad a partir del 13 de octubre de 2004.*

*- "URDANIBIA ASESORES S.L." constituida por escritura de fecha 8 de junio de 1994, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 25 de octubre de 1994, domicilio social a partir del 14 de diciembre de 2001 en Plaza Urdanibia nº 5 bajo en Irún, capital social 3.010 euros, interviniendo en su constitución y siendo socia la acusada Tomasa Elisa con un 20 % del capital social y siendo dicha acusada vocal del Consejo de Administración.*

*- "SERVICIOS INMOBILIARIOS URDANIBIA S.L." constituida por escritura de fecha 4 de febrero de 1997, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 3 de abril de 1997, domicilio a partir del 25 de septiembre de 2000 en calle Javier Esteban Indart nº 7 bajo en Irún, capital social 3.010 euros, interviniendo en su constitución y siendo socia la acusada Tomasa Elisa con un 25 % del capital social y siendo el acusado Marcos Benjamin administrador desde el 29 de julio de 2004.*

*- "IUS LOCAL S.L." constituida por escritura de fecha 8 de junio de 1998, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 24 de agosto de 1998, capital social 3.010 euros, domicilio social a partir del 14 de diciembre de 2001 en Plaza Urdanibia nº 5 bajo en Irún, interviniendo en su constitución y siendo socia la acusada Tomasa Elisa con un 99 % del capital social siendo además, junto a otra persona, administradora solidaria de la Sociedad hasta el 29 de julio de 2004; a partir de dicha fecha, según datos consignados en Hacienda, las participaciones están divididas a partes iguales entre los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa , ejerciendo desde dicha fecha, como administradores solidarios de la Sociedad ,los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa .*

*- "URDANIBIA ASEGURAOAK S.L." constituida por escritura de fecha 21 de febrero de 2002, fecha de inscripción en el Registro Mercantil el 15 de marzo de 2002 , capital social 3.010 euros, interviniendo en su constitución y siendo socio el acusado Marcos Benjamin con un 50 % del capital social, siendo dicho acusado , junto al otro socio de la Sociedad, administrador solidario*

*- "HOTEL RURAL TÍA GORA S.L." denominándose posteriormente, a partir de fecha 8 de febrero de 2005 "HOTEL TÚNEL DEL HADA S.L." constituida por escritura de fecha 26 de noviembre de 2002, fecha de inscripción en el Registro Mercantil el 16 de mayo de 2003 , capital social 6.000 euros, interviniendo en su constitución y siendo socios los dos referidos acusados con un 50% del capital social cada uno y siendo administrador la Sociedad "Ius Local S.L.", nombrando como persona física para ejercer la administración al acusado Marcos Benjamin .*

*- "APRV EXPORTACIÓN S.L." denominándose posteriormente a partir de fecha 20 de septiembre de 2006,"COMPAÑÍA AUXILIAR DE RECAMBIOS S.L.", constituida por escritura de fecha 24 de septiembre de 2004, fecha de inscripción en el Registro Mercantil 30 de octubre de 2004 , domicilio social último en Plaza de Urdanibia nº 7 bajo en Irún, capital social 3.005,06 euros, siendo el socio único la empresa "Ius Local S.L." a partir de fecha 9 de febrero de 2006 ejerciendo esta sociedad como administrador representada por el acusado Marcos Benjamin .*

*- "FOMENTO Y DESARROLLO DEL VALLE DEL JERTE S.L." constituida por escritura de fecha 24 de septiembre de 2004, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 9 de febrero de 2005, domicilio social en calle tras Iglesia nº 19 en Jerte (Cáceres) capital social 36.000 euros, interviniendo en su constitución y siendo socio la entidad "Ius Local S.L." representada por el acusado Marcos Benjamin con un 24 % del capital social, nombrándose a éste último, junto con otro de los socios, administradores solidarios de la sociedad. En fecha 14 de junio de 2006 la sociedad "Roza Cabera S.L." adquiere todo el capital social.*

*- "SPA TÚNEL DEL HADA S.L." constituida por escritura de fecha 26 de octubre de 2004, inscripción en el Registro Mercantil en fecha 4 de enero de 2005, capital social 4.000 euros, constituida y siendo únicos socios, al 50 %, los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa , siendo administrador la Sociedad "Ius Local S.L.", nombrando como persona física para ejercer la administración al acusado Marcos Benjamin .*

*- "CORONA DE CASTIELLO PROMOCIÓN DE EDIFICACIONES S.L." constituida por escritura de fecha 18 de enero de 2005, fecha de inscripción en el Registro Mercantil el 21 de febrero de 2005, domicilio social en calle Javier Esteban Indart nº 7 bajo en Irún, capital social 6.000 euros, interviniendo en su constitución "Servicios Inmobiliarios Urdanibia S.L." representada por Marcos Benjamin con un 28 % del capital social y siendo dicho acusado, junto a otro de los socios, administrador solidario.*

*- "ROZA CABERA S.L." constituida por escritura de fecha 20 de mayo de 2005, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 20 de junio de 2005 , capital social 3.600 euros, objeto social la compra, venta y alquiler de toda clase de muebles relacionados con la actividad agrícola, forestal y ganadera y de servicios de hospedaje así como inmuebles de naturaleza rústica o urbana y su gestión por si o a través de terceros en toda clase de ámbitos mercantiles, interviniendo en su constitución y siendo socio el acusado Marcos Benjamin con un 16,66 % del capital social, nombrándose a dicho acusado, junto a otro de los socios, administradores solidarios de la sociedad.*



- "COTOS Y ENTRECOTOS S.L." constituida por escritura de fecha 3 de noviembre de 2005, fecha de inscripción en el Registro Mercantil el 5 de diciembre de 2005, domicilio social en Plaza Urданibia nº 7 bajo en Irún, capital social 3.100 euros, objeto social las operaciones de arrendamiento y subarrendamiento de todo tipo de bienes muebles o inmuebles...así como todo tipo de operaciones similares relativas a cesión de derecho corporales e incorpóras y operaciones conexas con todo lo anterior, constituida por la sociedad "Ius Local S.L." representada por el acusado Marcos Benjamin con un 100 % del capital social, nombrándose a dicho acusado como administrador.

- "NOGALEDA PATRIMONIAL S.L." constituida por escritura de fecha 3 de noviembre de 2005, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 5 de diciembre de 2005, domicilio social en Plaza Urданibia nº 7 bajo en Irún, capital social 3.100 euros, el mismo objeto social que la sociedad "Cotos y Entrecotos S.L.", constituida por la sociedad "Ius Local S.L." representada por el acusado Marcos Benjamin, con un 100 % del capital social, nombrándose a dicho acusado administrador de la sociedad.

- "JERTE NATURA PARQUE MULTI AVENTURA S.L." constituida por escritura de fecha 14 de junio de 2006, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 20 de julio de 2006, domicilio social en calle Ramón y Cajal nº 31 en Jerte (Cáceres) objeto social la promoción, construcción y/ o explotación de parque multiaventuras ubicados en medios urbanos o naturales... , capital social 3.500 euros, constituida por la sociedad "Fomento y Desarrollo del Valle del Jerte S.L." representada por el acusado Marcos Benjamin, con un 100 % del capital social, nombrándose a dicho acusado, junto a otra persona, administrador solidario.

- "JERTE NATURA PARQUE FAUNÍSTICO S.L." constituida por escritura de fecha 14 de junio de 2006, inscrita en el Registro Mercantil en fecha 20 de julio de 2006, domicilio social en calle Ramón y Cajal nº 31 en Jerte (Cáceres) objeto social la promoción, construcción y/o explotación de

parques naturales, biológicos o ecológicos... , capital social 3.500 euros, constituida por la sociedad "Fomento y Desarrollo del Valle del Jerte S.L." representada por el acusado Marcos Benjamin, con un 100 % del capital social, nombrándose a dicho acusado, junto a otra persona, administrador solidario. Dicha empresa según informe del interventor de fecha 1 de octubre de 2008 no ha tenido actividad ni ingresos durante el año 2006 ni durante el año 2007.

- "JUNTA DE COMPENSACIÓN DE LA UNIDAD DE ACTUACIÓN UA-4 DE CASTIELLO DE JACA" interviniendo en su constitución y siendo socio el acusado Marcos Benjamin con un 10,85 % del capital social.

- "ULKI S.L." constituida por escritura de fecha 1 de enero de 1980 sin intervención de los acusados. Por escritura de fecha 26 de abril de 2000 el acusado Marcos Benjamin adquiere 480 participaciones (estando el capital social dividido en 500 participaciones con un valor de 3.065,10 euros) y Mariano Claudio adquiere 20 participaciones por 120,21 euros. Desde dicha fecha 26 de abril de 2000 al 23 de julio de 2004 es administrador de dicha sociedad Mariano Claudio.

B.- A partir de la solvencia adquirida por los caudales públicos incorporados a su patrimonio, concertaron, amortizaron y cancelaron anticipadamente los siguientes préstamos recibidos de las entidades bancarias:

En fecha 26 de febrero de 1999, la Caja Laboral concedió a los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa por importe de 2.000.000 pesetas (12.020,24 euros) por un plazo de 12 meses, que cancelaron anticipadamente en fecha 15 de diciembre de 1999.

En fecha 13 de abril de 2000 la Entidad Kutxa concedió al acusado Marcos Benjamin y a Ana Mercedes un préstamo de 10.000.000 pesetas (60.021,21 euros) con garantía hipotecaria por plazo de 15 años que cancelaron anticipadamente el 13 de marzo de 2003 (hipoteca sobre el local comercial sito en calle Javier Esteban Indart nº 7 de Irún que pertenece en un 60% a la Sociedad "Pagogaña S.A." en un 20 % a Marcos Benjamin y en un 20 % a Ana Mercedes )

En 12 de mayo de 2000 la Entidad Caja laboral concedió a los dos acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa un préstamo con garantía personal por importe de 5.000.000 pesetas (30.050,61 euros)

En fecha 5 de diciembre de 2001 los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa recibieron un préstamo de la Entidad Bankoa por importe de 18.030,36 euros que se ingresó en la cuenta de los acusados en Bankoa número NUM079

En fecha 20 de diciembre de 2001 la Entidad Kutxa concedió un préstamo hipotecario, sobre el local comercial sito en Plaza Urданibia nº 5 de Irún al acusado Marcos Benjamin, a Mariano Claudio y a otras dos personas por importe de 120.202 euros por un plazo de 180 meses. En la misma fecha, las cuatro personas referida adquirieron por cuartas e iguales partes, el referido local comercial sito en Plaza Urданibia nº 5 bajo de Irún por un precio de 144.242,91 euros (correspondiendo a cada uno de los compradores el pago de 36.060,72 euros)





En fecha 9 de julio de 2003 los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa recibieron un préstamo de la Entidad Bankoa por importe de 127.000 euros que ingresaron en la cuenta de los acusados en Bankoa número NUM079 para posteriormente traspasar en la misma fecha 9 de julio de 2003 la cantidad de 126.725 euros a la cuenta de la Entidad Bankoa número 0138 0031 31 0070408015 de titularidad de la Sociedad "Ius Local S.L." Sociedad de la que era administrador hasta el 29 de julio de 2004 la acusada Tomasa Elisa y a partir de dicha fecha el acusado Marcos Benjamin junto a su esposa Tomasa Elisa, préstamo que cancelaron anticipadamente en fecha 4 de julio de 2005 realizando un pago de 119.557,94 euros.

El 3 de febrero de 2005 la Entidad Kutxa concedió a los acusados Marcos Benjamin y Tomasa Elisa el préstamo número NUM130 por importe de 330.000 euros (supeditado bajo condición suspensiva a la constitución de primera hipoteca, sin ningún tipo de carga previa, sobre la finca de los prestatarios en Francia) por plazo de 15 años, importe que se ingresó en la cuenta de Kutxa número NUM070 de titularidad del acusado Marcos Benjamin y en la que figuraba como persona autorizada Tomasa Elisa, préstamo que se hallaba pendiente de pago de 330.000 euros a fecha 14 de noviembre de 2006. Dicho préstamo fue cancelado anticipadamente por los acusados pagando cada uno de ellos 166.310,72 euros en fecha 25 de junio de 2007 con el dinero de la venta de la vivienda sita en NUM102 Chemin DIRECCION006 en Urrugne (Francia).

En fecha 11 de febrero de 2005 la misma Entidad kutxa concedió a los mismos acusados un préstamo con garantía personal por plazo total de 3 meses y por importe de 60.000 euros que fue abonado en la cuenta de Kutxa número NUM070 de titularidad del acusado Marcos Benjamin y en la que figuraba como persona autorizada Tomasa Elisa, préstamo que cancelaron anticipadamente los mismos acusados en fecha 9 de agosto de 2005 abonando la cantidad de 60.262,22 euros.

En fecha 29 de julio de 2005 la Entidad kutxa concedió un préstamo de 210.000 euros a la Sociedad "Spa Túnel del Hada S.L." Sociedad constituida por los dos referidos acusados y que se ingresó en la cuenta número 2101 0045 93 001155221.3 de la referida sociedad en Kutxa, siendo personas autorizadas para disponer en dicha cuenta los dos acusados.

La Entidad Kutxa concedió también a los mismos acusados en fecha 29 de agosto de 2005 un préstamo con garantía personal por importe de 100.000 euros por un plazo de 3 años pendiente de pago de 100.000 euros a fecha 30 de octubre de 2006. Los acusados cancelaron anticipadamente dicho préstamo pagando 50.242,31 euros cada uno de ellos en fecha 25 de junio de 2007.

En fecha 30 de agosto de 2005 la Entidad Bankoa les concedió otro préstamo por importe de 90.000 euros que ingresaron en la cuenta de los acusados en Bankoa número NUM079 y que los acusados cancelaron anticipadamente en fecha 28 de julio de 2006 realizando un ingreso de 90.227,50 euros.

Asimismo, los dos referidos acusados, a través de la sociedad "Hotel Túnel del Hada S.L." (sociedad formada por los dos acusados al 50 %) por escritura de fecha 20 de mayo de 2004 constituyeron una hipoteca sobre la finca de Jerte número 5462, edificio destinado a Hotel Rural sito en calle General Golfín número 59,61,63 y 65 de Jerte (Cáceres) a favor del Banco de Castilla S.A. para responder de 335.100 euros de principal, 48.589,50 euros de intereses ordinarios, 75.397,50 euros de intereses de demora y 50.265 euros para costas y gastos y por escritura de fecha 30 de diciembre de 2005 constituyeron otra hipoteca sobre la misma finca a favor del Banco de Castilla S.A. para responder de 273.000 euros de principal, el importe de 2 años de intereses ordinarios al 7,75 % y de demora al 11,75% y 40.950 euros para costas y gastos.

En fecha 22 de marzo de 2007 los mismos acusados realizaron un contrato de apertura de crédito con la Entidad bancaria francesa HSBC y, disponiendo del mismo, en fechas 16 y 17 de abril de 2007 realizaron dos transferencias de 40.000 euros cada una. Dicha apertura de cuenta fue cancelada en fecha 25 de junio de 2007 abonando cada uno de los acusados la cantidad de 45.000 euros.

C) Adquirieron, por si o a través de sociedades en las que participaban, los siguientes bienes:

En fecha 13 de abril de 2000 el acusado Marcos Benjamin adquirió el 20% del pleno dominio de la finca de Irún número 20.534, local comercial sito en calle Javier Esteban Indart nº 7 de Irún, local comprado por 180.303,63 euros.

En fecha 23 de mayo de 2000 los acusados adquirieron el 50% de la finca de Jerte número 4883, local comercial de 129,42 metros cuadrados en calle Tras escuelas s/n en Jerte (Cáceres)

En fecha sin determinar, entre el 26 de abril de 2000 y el 4 de septiembre de 2000, el acusado Marcos Benjamin, a través de la sociedad "Ulki SL" adquirió una vivienda en la CALLE004 de Irún por un precio de 21.000.000 pesetas (126.212,54 euros)

En fecha 20 de diciembre de 2001 los dos acusados adquirieron el 50% de la finca de Irún número 32.635, local comercial en plaza Urdanibia nº 5, planta baja izquierda de Irún, local que fue vendido por 144.242,91 euros



En fecha 9 de mayo de 2003 el acusado Marcos Benjamin adquirió la finca de Ávila número NUM103 , plaza de aparcamiento nº NUM104 en planos, de 10,86 metros cuadrados, sita en planta NUM105 NUM106 del edificio sito en PASEO000 nº NUM107 de Ávila.

En fecha 5 de diciembre de 2003 el acusado Marcos Benjamin adquirió un vehículo Jeep Cherokee por un valor de 34.593,75 euros

En fecha 13 de enero de 2004, adquisición por agrupación y 24 de octubre de 2005, adquisición por obra nueva terminada, los dos acusados, a través de la Sociedad "Hotel Túnel del Hada S.L." sociedad formada por los dos acusados, adquirieron y rehabilitaron la finca de Jerte número 5462, edificio destinado a Hotel rural de 1043,76 metros cuadrados útiles, sito en calle General Golfín números 59,61,63 y 65. Las facturas giradas por "Construcciones Diloren S.L." por la construcción y / o rehabilitación del referido hotel ascienden a 754.219 euros.

En fecha 29 de julio de 2005, adquisición por compraventa y 25 de octubre de 2005, adquisición por obra nueva terminada, los dos acusados, a través de la Sociedad "Spa Túnel del Hada S.L." Sociedad que constituyeron y de la que son socios únicamente los dos acusados, adquirieron la finca de Jerte número 5505, edificio para spa, sala de reuniones, casetas de servicio para la piscina y piscina, sita en Travesía Francisco Carrión números 25 y 27 en Jerte (Cáceres) con una superficie útil de 316,36 metros cuadrados. Las facturas giradas por "Construcciones Diloren S.L." por la construcción y / o rehabilitación del Spa ascienden a 306.954,58 euros.

En fecha 21 de febrero de 2006 los mismos acusados adquirieron la finca número NUM108 , vivienda unifamiliar de 155,92 metros cuadrados en CALLE005 número NUM107 en Jerte (Cáceres)

Asimismo, utilizando la sociedad "Nogaleda Patrimonial S.L." el acusado Marcos Benjamin adquirió por contrato privado de fecha 28 de julio de 2006 (anexos de fecha 14 de noviembre de 2007) sobre una finca en construcción, la vivienda sita en el piso NUM092 , puerta NUM109 del edificio DIRECCION007 , sito en calle DIRECCION007 números NUM110 a NUM111 en Barcelona, así como dos plazas de aparcamiento y un trasero por un precio total de 758.300 euros.

CUARTO- El Sr. Marcos Benjamin y su esposa, la Sra. Tomasa Elisa , tras iniciarse el procedimiento penal frente a ellos, mediante auto de 11 de mayo de 2007, fueron requeridos, por auto de, fecha 30 de mayo de 2007, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Irún , para la prestación, de forma solidaria y conjunta, de una fianza por importe de 1.033.915 euros para garantizar las responsabilidades pecuniarias que resultaran de la causa incoada frente a ellos. En el mismo auto se precisaba que, en el caso de que no se prestara la fianza exigida en el plazo de un día, como así ocurrió, se procedería al embargo de los propiedades establecidas en el antecedente de hecho único de la citada resolución, y de las cantidades que se constaran en las cuentas corrientes que se indicaban, en las cuotas que correspondan a ambos acusados. En la resolución se embargaban el saldo de seis cuentas corrientes, catorce fincas y dieciséis empresas. Entre los bienes inmuebles no se encontraba la vivienda propiedad del Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa , sita en NUM102 Chemin DIRECCION006 del término de Urrugne (Francia).

Para garantizar la traba se acordaba, también, la anotación preventiva de los embargos en los Registros de la Propiedad en los que estaban inscritas las fincas, el nombramiento de un interventor judicial para las empresas y la inmovilización de las cuentas corrientes. Como no se prestó la fianza se procedió al embargo de los bienes indicados en el auto de 30 de mayo de 2007 , librándose los mandamientos y oficios correspondientes quedando afectos, todos los bienes y derechos referidos, al cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias que se pudieran declarar en el procedimiento.

Los acusados, cumpliendo un precontrato de compraventa de la vivienda de su propiedad sita en NUM102 Chemin DIRECCION006 del término de Urrugne (Francia), suscrito en la Notaría sita en 10, rue de la Ferme Dai Baita de San Juan de Luz, el día 23 de febrero de 2007 (es decir, tras las primeras pesquisas de la Diputación y el inicio ulterior, el día 12 de septiembre de 2006, de las diligencias preliminares por el Ministerio Fiscal para investigar el posible desvío de dinero público), el día 25 de junio de 2007, procedieron a la venta de la referida vivienda mediante escritura pública otorgada ante el Letrado Sr. Coguet, notario de San Juan de Luz, percibiendo un precio de 1.250.000 euros.

Con el precio recibido, el Letrado Sr. Goguet procedió, conforme a la legislación francesa, a detraer las cargas y deudas de los vendedores, entregando, una vez efectuada esta liquidación, a D<sup>a</sup> Tomasa Elisa un cheque por importe de 208.386,68 euros que fue ingresado por la Sra. Tomasa Elisa en una cuenta corriente, de su exclusiva titularidad, de la entidad bancaria Sociéte Général de San Juan de Luz el día 30 de julio de 2007. De la misma forma el Letrado Sr. Coguet, tras liquidar las cargas y deudas del mismo, entregó al Sr. Marcos Benjamin , a través de su esposa, que actuó en la compraventa en su nombre y representación, un cheque por importe de 178.698,68 euros, que la Sra. Tomasa Elisa ingresó, el día 1 de agosto de 2007, en la cuenta del Sr. Marcos Benjamin en la entidad HSBC de San Juan de Luz. La Sra. Tomasa Elisa y el Sr. Marcos Benjamin , concedores de que estaban



imputados en un proceso penal en el que se investigaban hechos de los que pudieran derivarse importantes responsabilidades civiles, y sabiendo, también, que se había acordado la fianza y embargo para asegurar una cantidad, 1.033.915 euros, sensiblemente inferior a la que finalmente pudiera reclamarse (de hecho, mediante auto de 18 de marzo de 2008, se amplió en 933.000 euros la cantidad que procede garantizar en concepto de responsabilidad civil ex delicto), no pusieron a disposición del Juzgado de Instrucción las cantidades

recibidas mediante los dos cheques referidos, evitando, con ello, que pudieran quedar afectas a la satisfacción de los créditos de los perjudicados, y disminuyendo, consecuentemente, su solvencia patrimonial para hacer frente, con los bienes trabados, al importe final de su responsabilidad civil. En concreto, tras el ingreso del cheque emitido a su favor en la cuenta corriente, la Sra. Tomasa Elisa hizo una disposición en metálico el día 1 de agosto de 2007, por un importe de 3.000 euros, y una transferencia por el mismo importe el día 4 de agosto de 2007 a otra cuenta del mismo banco de la que es titular. También dispuso de 50.000 euros el día 30 de septiembre de 2007, para entregar la citada cantidad en calidad de préstamo a D. Hector Esteban , hermano de su esposo, en virtud de contrato privado suscrito entre ambos el día 18 de septiembre de 2007. En el referido contrato se estipulaba un plazo de devolución de diez años desde la transferencia del dinero al prestatario, con un tipo de interés del 4 por ciento anual, pactándose que el reintegro del capital e intereses se producía de una sola vez dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de devolución. Como pacto específico se convenía que, en el supuesto de que por cualquier causa la Sra. Tomasa Elisa precisara una devolución anticipada total o parcial, ésta se deberá producir en el plazo máximo de un mes desde que la parte prestataria sea requerida para ello. En este específico caso, se calcularán los intereses al tipo fijo del dos por ciento anual, a interés simple, y serán ingresados en la cuenta que la señale la Sra. Tomasa Elisa junto con el principal a devolver. Con estas disposiciones, el saldo disponible de la Sra. Tomasa Elisa quedó reducido a 152.386,61 euros.

Por su parte, el Sr. Marcos Benjamin , tras el ingreso del cheque percibido en la cuenta corriente, hizo pagos y transferencias (destacando los pagos al despacho de abogados Barrilero por importe de 40.000 euros, el día 6 de agosto de 2007, y otros 40.000 euros, el día 26 de septiembre de 2007, que se añaden a las que ya abonó, en fecha 18 de julio de 2007, por importe de 63.400 euros), redujo el líquido obtenido de la venta de la vivienda familiar a 87.863,95 euros.

Tras tenerse conocimiento en el proceso, en virtud de un escrito de la Diputación Foral de Gipuzkoa, de la venta inmobiliaria producida, se instó jurisdiccionalmente al Sr. Marcos Benjamin y a la Sra. Tomasa Elisa para que procedieran a la puesta a disposición judicial del dinero obtenido con la venta efectuada. En cumplimiento de este mandato se produjeron en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Irún los siguientes ingresos:

El día 10 de diciembre de 2007, la cantidad de 50.000 euros por D. Hector Esteban , en nombre e interés de D<sup>a</sup> Tomasa Elisa .

El día 11 de diciembre de 2007 la Sra. Tomasa Elisa la cantidad de 3.000 euros y 154.477,53 euros.

El día 22 de enero de 2008 el Sr. Marcos Benjamin la cantidad de 87.863,95 euros.

Además, en ejecución de los embargos trabados, se efectuaron en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Irún los siguientes ingresos:

El día 19 de febrero de 2008, la Sra. Tomasa Elisa la cantidad de 7.770 euros por la venta de las participaciones sociales en Correduría Urdanibia SL y 602 euros por la venta de las participaciones sociales en Urdanibia Asesores SL.

El Sr. Marcos Benjamin , el mismo día, las cantidades de 7.030 euros y 571,90 euros, la primera como precio de la venta de las participaciones en la empresa Correduría Urdanibia SL y, la segunda, como precio por la venta de las participaciones en la empresa Urdanibia Asesores SL.

El día 29 de octubre de 2008 el Sr. Marcos Benjamin la cantidad de 50.000 euros y la Sra. Tomasa Elisa la cantidad de 44.450 euros.

El día 13 de noviembre de 2009 el Sr. Marcos Benjamin la cantidad de 2.562,00 euros por la venta de las participaciones sociales en la empresa Rozacabera SL.

El día 19 de mayo de 2011 D. Jacinto Torcuato la cantidad de 36.984,48 euros, en concepto de precio percibido por el Sr. Marcos Benjamin por la venta de local comercial integrado en la planta baja del edificio sito en el número 7 de la calle Javier Esteban Indart de Irún.

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

**FALLO: PRIMERO.**- Que condenamos a D. Marcos Benjamin , como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos en la modalidad agravada de especial gravedad, descrito en los artículos 74 y 432. 1 y





2 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, A LAS PENAS DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN Y DIECISÉIS AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA PARA TODO CARGO O EMPLEO PÚBLICO.

SEGUNDO.-Que condenamos a D. Marcos Benjamin como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, descrito en los artículos 74 y 404 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de NUEVE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA TODO CARGO O EMPLEO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, sea CENTRAL, AUTONÓMICA, FORAL O LOCAL.

TERCERO.- Que condenamos a D. Marcos Benjamin como autor de un delito de blanqueo de capitales, descrito en el artículo 301.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN,

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE LA DURACIÓN DE LA CONDENA Y PENA DE MULTA DE 2.000.000 de euros con un día de privación de libertad por cada 10.000 euros no abonados, así como el COMISO de los siguientes bienes, con el límite de 1.661.157,53 euros: el 50% de la finca de Jerte número 4883, local comercial de 129,42 metros cuadrados en calle Tras escuelas s/n en Jerte (Cáceres); la finca de Ávila número NUM103 , plaza de aparcamiento nº NUM104 en planos, de 10,86 metros cuadrados, sita en planta NUM105 NUM106 del edificio sito en PASEO000 nº NUM107 de Ávila; el 50% de la finca de Jerte número 5462, edificio destinado a Hotel rural de 1043,76 metros cuadrados útiles, sito en calle General Golfín números 59,61,63 y 65; el 50% de la finca de Jerte número 5505, edificio para spa, sala de reuniones, casetas de servicio para la piscina y piscina, sita en Travesía Francisco Carrión números 25 y 27 en Jerte (Cáceres) con una superficie útil de 316,36 metros cuadrados; el 50% de la finca número NUM108 , vivienda unifamiliar de 155,92 metros cuadrados en CALLE005 número NUM107 en Jerte (Cáceres) y el 50% de la vivienda sita en el piso NUM092 , puerta NUM109 del edificio DIRECCION007 , ubicado en calle DIRECCION007 números NUM110 a NUM111 en Barcelona, así como dos plazas de aparcamiento y un trastero.

CUARTO.- Que condenamos a D. Marcos Benjamin como autor de un delito de alzamiento de bienes, descrito en el artículo 258 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE LA DURACIÓN DE LA CONDENA, Y DOCE MESES DE MULTA A RAZÓN DE UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS, con responsabilidad civil subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas.

QUINTO.- Absolvemos a D. Marcos Benjamin de los delitos de estafa y usurpación de funciones públicas.

SEXTO.- Condenamos a D<sup>a</sup> Tomasa Elisa como autora de un delito de blanqueo de capitales, descrito en el artículo 301.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración

de la condena y MULTA DE 2.000.000 de euros, con un día de privación de libertad por cada 10.000 euros no abonados, sí como el COMISO de los siguientes bienes, con el límite de 1.661.157,53 euros: el 50% de la finca de Jerte número 4883, local comercial de 129,42 metros cuadrados en calle Tras escuelas s/n en Jerte (Cáceres); el 50% de la finca de Jerte número 5462, edificio destinado a Hotel rural de 1043,76 metros cuadrados útiles, sito en calle General Golfín números 59,61,63 y 65; el 50% de la finca de Jerte número 5505, edificio para spa, sala de reuniones, casetas de servicio para la piscina y piscina, sita en Travesía Francisco Carrión números 25 y 27 en Jerte (Cáceres) con una superficie útil de 316,36 metros cuadrados; el 50% de la finca número NUM108 , vivienda unifamiliar de 155,92 metros cuadrados en CALLE005 número NUM107 en Jerte (Cáceres) y el 50% de la vivienda sita en el piso NUM092 , puerta NUM109 del edificio DIRECCION007 , ubicado en calle DIRECCION007 números NUM110 a NUM111 en Barcelona, así como dos plazas de aparcamiento y un trastero.

SÉPTIMO.- Condenamos a D<sup>a</sup> Tomasa Elisa , como autora de un delito de alzamiento de bienes, descrito en el artículo 258 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la PENA DE UN AÑO DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE LA DURACIÓN DE LA CONDENA Y MULTA DE DOCE MESES A RAZÓN DE UNA CUOTA DIARIA DE SIETE EUROS, con responsabilidad civil subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas.

OCTAVO.- Absolvemos a D. Mariano Claudio , del delito de blanqueo de capitales, descrito en el artículo 301.1 del Código Penal , por el que era inicialmente acusado.





NOVENO.- Condenamos a D. Marcos Benjamin al abono a la Hacienda Foral de Gipuzkoa, en concepto de responsabilidad civil ex delicto, de las siguientes cantidades:

EXP.GURE DANAK 15.112,97 ?

EXP.TRANSPORTES SARA TRANS S.L. Y MAYCAL S.A 47.848,54 ?

EXP.TALLERES LEGA S.L. 0,00 ?

EXP.AUTOELECTRICIDAD SAN MARCIAL S.L. 2.404,05 ?

EXP.IMPRESA ONDARRIBI S.A. 4.946,25 ?

EXP. Efrain Cristobal 18.510,31 ?

EXP.LICORES Y CONSERVAS IRUN 95.039,89 ?

EXP. Cayetano Emiliano 0,00 ?

EXP.TROVISA S.L 84.141,69 ?

EXP. Arturo Urbano 101.571,04 ?

EXP. Serafin Oscar 10.818,22 ?

EXP.HISPANO FRANCESA DE MADERAS S.A. 33.219,47 ?

EXP.NITREX S.A. 30.050,60 ?

EXP. DIRECCION003 166.267,81 ?

EXP. DIRECCION004 3.005,06 ?

EXP. Berta Felicisima 18.030,36 ?

EXP. Olegario Onesimo 36.060,72 ?

EXP.PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES BIDASOA S.A. 90.151,82 ?

EXP.HERMANOS ROMERO S.L. 13.372,52 ?

EXP. Martin Nazario 1.803,04 ?

EXP. Tamara Yolanda 34.813,48 ?

EXP.UNILAN S.A. 111.387,29 ?

EXP.AZKUENAGA S.A 81.717,15 ?

EXP. Ismael Sabino 0,00 ?

EXP. DIRECCION005 64.129,96 ?

EXP.CANALIZACIONES CASTRO S.L. 32.000,00 ?

EXP.ELECTROMUEBLES GEURIA S.A 48.080,97 ?

EXP.CARAVANAS OÑATE 30.000,00 ?

EXP.COSMOBASK S.L. 52.560,00 ?

EXP. Enrique Mateo 85.853,99 ?

EXP.URINDAR S.A.L. 142.817,93 ?

EXP.HOMETOWN S.L. 108.000,00 ?

EXP. Eusebio Landelino 104.351,05 ?

EXP. Felipe Gustavo 0,00 ?

EXP.BISECTOR S.L. 0,00 ?

EXP.PROMOCIONES LANDETXE S.A 221.110,00 ?

EXP.AÑABURU S.L 12.000,00 ?

TOTAL 1.901.176,18 ?



Estas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la denuncia por el Ministerio Fiscal hasta la fecha de la presente sentencia. Desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

**DÉCIMO.-** Se condena a D. Marcos Benjamin al abono de las 4/10 partes de las costas procesales y a D<sup>a</sup> Tomasa Elisa al abono de las 2/10 parte de las costas procesales, incluidas las devengadas por las Acusaciones Particulares. El resto de las costas se acuerdan de oficio.

**UNDÉCIMO.-**Hasta la materialización de los pronunciamientos contenidos en esta sentencia se mantienen los embargos en los términos acordados por las siguientes resoluciones judiciales del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Irún: autos de fecha 30 de mayo de 2007 , 26 de junio de 2007 , 11 de diciembre de 2007 , 13 de octubre de 2008 , 18 de junio de 2009 , 30 de octubre de 2009 , 5 de enero de 2010 , providencias de 18 de julio de 2008 y 25 de mayo de 2011, así como cualquier otra resolución que sobre cautelas reales se hayan adoptado en este procedimiento.

Las cantidades consignadas por el Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa , así como las fianzas constituidas por ellos para garantizar la libertad provisional y la responsabilidad pecuniaria de ambos, que no constituyan la materialización de otros pronunciamientos de la sentencia, quedan afectas al pago de las obligaciones económicas fijadas en esta sentencia conforme al orden de imputación señalado en el artículo 126 del Código Penal . En el caso de las fianzas prestadas para garantizar la libertad provisional la afectación referida se producirá en el caso de que no acaezca, durante la tramitación del procedimiento, la causa prevista en los artículos 534 y 535 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**DUODÉCIMO.-**El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente en esta causa por el Sr. Marcos Benjamin será abonado en su totalidad en el cumplimiento de las penas de prisión impuestas en esta sentencia.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Marcos Benjamin y Tomasa Elisa que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Las representaciones de los recurrentes, basan su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR Marcos Benjamin

**CUARTO .-** Al amparo del art. 852 LECrim . alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE .

**QUINTO .-**Al amparo del art. 849.2 LECrim .

**SEXTO .-** Al amparo del art. 849.2 LECrim .

**SEPTIMO .-** Al amparo del art. 852 LECrim . alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE .

**QUINTO .-**Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega infracción por aplicación del art. 301.1º CP .

**NOVENO .-** Al amparo del art. 849.2 LECrim .

**DECIMO .-**Al amparo del art. 852 LECrim . por vulneración del art. 24 CE .

**DECIMO PRIMERO .-**Al amparo del art. 852 LECrim .

**DECIMO SEGUNDO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega infracción de Ley por aplicación del art. 258 CP .

**DECIMO TERCERO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega inaplicación del art.21.5 CP .

**DECIMO CUARTO .-**Al amparo del art. 849.1 LECrim .por inaplicación del art. 21.6 CP .

**DECIMO QUINTO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega infracción del art. 66 CP .

**DECIMO SEXTO .-** Renunciado

**DECIMO SEPTIMO .-**Al amparo del art. 852 LECrim .por entender vulnerado el art. 24 CE .

**DECIMO OCTAVO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega infracción de Ley por aplicación del art. 301.1 CP .

**DECIMO NOVENO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . infringidos los arts. 109.1 , 110 , 110.1 y 127 CP .

**VIGESIMO .-**Al amparo del art. 849.1 LECrim .por infracción del art. 258 CP .

**VIGESIMO PRIMERO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . estima infracción de Ley por inaplicación de la atenuante 5ª del art. 21 CP .



VIGESIMO SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . entiende infringido el art. 21.6 CP .

VIGESIMO TERCERO .-Al amparo del art. 849.1 LECrim .por aplicación indebida del art. 66 CP .

RECURSO INTERPUESTO POR Tomasa Elisa

PRIMERO , SEGUNDO Y TERCERO.- Renunciados

CUARTO .- Al amparo del art. 852 LECrim . alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE .

QUINTO .-Al amparo del art. 849.2 LECrim .

SEXTO .- Al amparo del art. 852 LECrim . por entender vulnerado el art. 24 CE .

SEPTIMO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega infracción de Ley por aplicación del párrafo segundo del art. 432 CP .

QUINTO .-Al amparo del art. 862 LECrim . al haberse aplicado simultáneamente a los hechos el art. 432.2 y art. 74.1 y 2 CP .

NOVENO .- Renunciado.

DECIMO .- Renunciado.

DECIMO PRIMERO .-Al amparo del art. 852 LECrim . alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

DECIMO SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.2 LECrim . error de hecho.

DECIMO TERCERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . alega infracción de Ley del art. 404 de la LECrim . vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular Juntas Generales y Diputación Foral de Guipúzcoa, de los recursos interpuestos no estimaron necesaria la celebración de vista oral para sus resoluciones y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en sus informes; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día doce de marzo de dos mil trece.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Marcos Benjamin

**1) Respecto a las cuestiones previas formuladas al comienzo del acto del juicio oral.**

**PRIMERO:** El motivo primero por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio del Juez ordinario predeterminado por la Ley y del derecho de defensa del recurrente, previstos en el art. 24 CE , al haberse irrogado el Ministerio Fiscal, con ocasión de la tramitación de unas diligencias informativas, la total y absoluta labor instructora de los hechos atribuidos a aquél, en sustitución de los Juzgados de Instrucción, a los que la legislación procesal y constitucional asigna la labor esencial de instrucción e investigación de causas penales, ha sido renunciado a su formalización.

**SEGUNDO:** El motivo segundo por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio acusatorio y, a su través, de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías, a conocer los concretos hechos que se imputan al investigado y a la defensa, todos ellos contenidos en el art. 24 CE , por la tramitación contra Marcos Benjamin de una verdadera causa general al haberse llevado a cabo más que la investigación de unos hechos concretos, la realización prospectiva de indagaciones acerca de la vida personal y profesional del recurrente sin partir de imputaciones concretas que así lo justificaran.

Se sostiene en el motivo que al regular el inicio del procedimiento penal la LECrim, describe como únicas vías la interposición de la querrela, la interposición de denuncia, (o en su caso, cualquier forma alternativa de notitia criminis recibida por parte de un juzgado instructor), o la remisión al mismo de un atestado policial, pero la **preceptiva delimitación concreta de los hechos sometidos a investigación judicial constituye un elemento comúnmente exigido en todas y cada una de estas tres formas de iniciarse el proceso penal.**

En el concreto asunto de referencia nada de esto tuvo lugar pues el procedimiento tuvo su origen en la denuncia que se presentó ante el Ministerio Fiscal por parte de determinadas personas provenientes de la Hacienda Foral de Guipúzcoa en la que expresamente se denunciaba que habían comparecido dos contribuyentes, el Sr.



Enrique Mateo y el Sr. Eusebio Landelino para denunciar o para manifestar que se les estaba teniendo una deuda que ya liquidaron en su día, pero examinando el contenido de las diligencias de investigación incoadas por Fiscalía primero y por el Juzgado Instructor después, no se investigaron esos dos hechos reprochados sino que lo que se hizo fue **revisar todo el histórico de expedientes en los que llevaba interviniendo durante toda su vida profesional el Sr. Marcos Benjamin y analizar si en alguno de ellos podía localizarse supuestas irregularidades cometidas en el ejercicio de su labor profesional.**

A continuación detalla las actuaciones desarrolladas en el procedimiento: en el año 2003 se recogen por parte de la Hacienda dos comunicaciones por parte de dos contribuyentes que refieran haber realizado supuestos pagos al recurrente en la oficina tributaria de Irún (folios 92 y 95). En fecha 12.9.2006, se dicta Decreto de Fiscalía incoando diligencias informativas para investigar esos dos expedientes (folio 23). En fecha 30.4.2007, es cuando se realiza denuncia por el Ministerio Fiscal refiriendo la existencia de irregularidades con relación a 24 -que no 2- contribuyentes.

Finalmente el Sr. Marcos Benjamin fue acusado y posteriormente condenado por supuestas irregularidades cometidas en 32 expedientes tributarios.

Para concluir, que todo ello ha supuesto la vulneración de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías, a conocer los concretos hechos objeto de denuncia o sobre los hechos objeto de querrela y en ningún caso sobre el análisis histórico de la vida profesional de un ciudadano que en este caso actúa como funcionario público, lo que supone una verdadera causa general con los efectos limitativos de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, y de contradicción de las partes.

El motivo se desestima.

1) La investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria -dirigida frente a una determinada persona- es la que pueda considerarse integrante de una actividad instructora. Para ello la simple noticia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito ( SSTC. 169/90 , 32/94 ). La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos ( art. 299 LECrim ). El cumplimiento de tales fines, basados en un indudable interés público, hace que la Ley autorice con las garantías necesarias la imposición de determinadas restricciones en los derechos fundamentales, de manera que se posibilite la investigación y se impida la frustración de los fines que la misma persigue. En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española.

Por ello es una manifestación del principio de oficialidad -o de necesidad o de legalidad- que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva, esto es, cuando tiene noticia, por cualquier medio típico o no de un hecho que reviste caracteres de delito, aunque se desconozca la persona de su autor. La razón de ser de esa manifestación descansa en el prevalente interés público en reprimir las conductas delictivas. Este interés explica, en efecto, que su tutela sea asumida por el Estado y consecuentemente, que la persecución de aquellas conductas se erija en deber para los órganos oficiales de la persecución penal - esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez en nuestro actual ordenamiento con otras autoridades, que puedan actuar por delegación suya, con la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público-.

Por tanto, la noticia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión.

En efecto, la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que





los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 C.E. ( SSTC 173/1987 , 145/1988 , 186/1990 , 32/1994 ). Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente ( SSTC 135/1989 , y 41/1997 ).

Interpretado contrario sensu, esto mismo permite sostener que sin noticia criminis no cabe iniciar un proceso penal, a menos que se defienda lo indefendible: la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos, o lo que viene a ser lo mismo, de un proceso sin objeto.

Esta posibilidad comporta -como ya hemos apuntado- además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. En este punto la doctrina matiza que se trata de un riesgo, no de una consecuencia inexorable. Por ello, incoar un proceso faltando noticia criminis no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles: El matiz, empero, no se da a la inversa, es decir, así como la iniciación del proceso faltando noticia criminis, no aboca necesariamente en una causa general, tras toda causa general late siempre constante la falta de noticia criminis.

El riesgo a que nos referimos es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la STC. 41/98 de 24.2 , se señalaba que: "...acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona", y también que el ámbito de la que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del impugnado, sino que ha de precisarse "qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial". Tampoco le es ajena al Tribunal Constitucional la conexión que existe entre una causa general y los requisitos que deben concurrir en los hechos sobre los que descansa la incoación y subsistencia de un proceso penal, pues a su juicio no hay "inquisitio generalis" allí donde el proceso descansa "en una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito grave, y no en una pretendida búsqueda sin más, de posibles hechos que hubiera podido cometer el acusado" (ver STS. 12.1.2006 y STS. 3.12.2002 ).

2) *En cuanto a las diligencias preprocesales de investigación del Ministerio Fiscal.*

a) El art. 773, apartado I LECrim , establece entre otras funciones, que corresponde al Ministerio Fiscal, dentro de su función de impulso y simplificación del procedimiento, dar a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, "aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la practica de los mismos. Es evidente que el Fiscal para poder aportar esas pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir a algún mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial que constitucionalmente - art. 126 CE -, y legalmente -art. 4.4 OEMF- de él depende.

Asimismo en el apartado 2 del mismo precepto previene que cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, o por serle presentada una denuncia o atestado, "practicará el mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo...".

Añade, a continuación, la posibilidad de archivo con expresión de esa circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción y "en otro caso, instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiera, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal, podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos".

La reforma efectuada en el EOMF por Ley 14/2003 establece la aplicación de los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa en las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal. Además el nuevo art. 5 del Estatuto limita el tiempo de duración de las diligencias que habrá de ser proporcionado a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada por Decreto motivado del Fiscal General del Estado.

Obviamente el Ministerio Fiscal no está obligado a agotar la investigación en sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en qué momento remite las diligencias al Juez de Instrucción.



Se impondrá no obstante, la cesación de las diligencias en todos aquellos casos en que sea necesaria una medida que exige la intervención judicial:

- a) Al no estar facultado el Fiscal para adoptar por propia autoridad medidas restrictivas de derechos -a salvo de detención- cuando sea necesaria una medida de esta naturaleza no cabrá otra vía que la de la judicialización a la investigación.
- b) En otras ocasiones la necesidad de mantener la reserva de la investigación para salvaguardar su éxito será la que determine acudir al Juzgado.
- c) Tampoco puede el Fiscal adoptar medidas cautelares de orden real o personal, cuando sea aconsejable este tipo de actuaciones solo será factible la judicialización.
- d) Esta se impone igualmente en todos los casos en que exista riesgo de prescripción.

La investigación preprocesal del Ministerio Fiscal carece de aptitud para interrumpir los plazos de prescripción del delito.

*b) Respecto al valor probatorio de las diligencias del Fiscal*

En estas diligencias no es necesaria la intervención de fedatario público lo que no obsta a que legalmente se atribuya a esas actuaciones una presunción de autenticidad (art. 5 EOMF), cuyo alcance se limita a acreditar que la diligencia se ha practicado con las personas que en la misma se mencionan, con intervención del Ministerio Fiscal que se indique y en la fecha y lugar que se dice. La autenticidad de los documentos que se aportan vendrá dada en función del archivo o protocolo del que procedan los mismos. Las actuaciones en todo caso han de documentarse.

La presunción de autenticidad del art. 5 habrá de ser interpretada en sus propios términos.

1. Se califica como presunción iuris tantum.

2. Tal presunción significa que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal; esto es, da fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no de la verdad material, no obligando a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido haciendo prueba plena. El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en que se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la valoración judicial.

3. La presunción de autenticidad hace innecesaria su ratificación ante el Juez Instructor, sin necesidad de una reiteración, más bien burocrática y dilatoria, al poder someterse a contradicción en el plenario al tiempo de elevarlas, en su caso, a la categoría de pruebas.

Todo ello sin perjuicio de que para probar tal acusación ante el órgano competente el Fiscal no puede invocarlas como prueba, sino que ha de practicar enteramente el juicio oral, salvo aquellas irrepetibles -reconocimientos oculares, test de alcoholemia, autopsia, etc.- en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en la vista oral en las apreciaciones alcanzadas y la veracidad de los documentos gráficos obtenidos, art. 26 CP -. debiendo ser sometida a la contradicción característica del plenario.

En relación a las diligencias del Fiscal es particularmente relevante la STC. 206/2003 de 1.12, Sala 2ª, con dos votos particulares en sentido opuesto, que analizó la legitimidad de una sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal que basaba su convicción en las declaraciones prestadas por un menor, copartícipe de los hechos, ante el Fiscal n las diligencias incoadas conforme a la Legislación Penal de menores. La declaración luego no había sido reiterada.

La sentencia para avalar la condena y tras exponer su doctrina sobre la utilizabilidad de las declaraciones vertidas ante el Juez durante la fase de instrucción, razona así:

"Ante todo, es preciso señalar que la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento (el previsto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos, correspondiéndole también la defensa de los derechos, la observancia de las garantías y de la integridad física y moral del menor. Como señalábamos en STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la citada ley, en ella se atribuyen las funciones instructoras al Ministerio Fiscal



(correspondiendo al Juez de Menores las de enjuiciamiento y decisión), si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados.

Por otra parte, la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial ( art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre , modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE , con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios éstos recogidos y desarrollados en los arts. 2.1, 6 y 7 del citado Estatuto. También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su art. 5, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad.

6. Sobre esta base, es de subrayar:

a) Que, aunque la declaración inculpativa del menor, ahora examinada, no se ha prestado ante la autoridad judicial, se ha producido ante un órgano público que por exigencias constitucionales ejerce sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

b) Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad.

c) Ciertamente, los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los copartícipes en los hechos mayores de edad, pero "la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial" ( STC 155/2002, de 22 de julio , FJ 10).

En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6 ; 155/2002, de 22 de julio , FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, "el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas" ( STC 155/2002 , FJ 10 y todas las allí citadas).

En el caso presente las actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia de la Hacienda Foral de Guipúzcoa, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal las conclusiones apreciadas en sendos expedientes de la Administración Tributaria por si los hechos pudieran ser constitutivos de un ilícito penal.

A continuación como detalla la sentencia impugnada:

"El Decreto inicial del Ministerio Fiscal tiene como referente los expedientes referidos a D. Eusebio Landelino y D. Enrique Mateo en los que la Auditoría de la Excma. Diputación de Guipúzcoa detectó que se habían producido determinadas irregularidades que se atribuían a D. Marcos Benjamin . Ulteriormente, mediante Acuerdo del Ilmo. Fiscal Jefe, de 22 de septiembre de 2006, la investigación se amplió a determinadas anomalías producidas en la gestión por parte del Sr. Marcos Benjamin del expediente tributario de la empresa de transportes Hermanos Romero S.L. Finalmente, mediante Acuerdo de 27 de septiembre de 2006, el Ilmo. Fiscal Jefe acordó extender la investigación a los 311 expedientes de contribuyentes que habían generado alguna deuda y cuya gestión de cobro podría haberse realizado desde la Oficina de Recaudación de Irún. El objeto era averiguar si en alguno de ellos se había pagado cantidades de dinero que no habían sido ingresadas posteriormente en las arcas de la Hacienda Foral.

En el marco de esta investigación, por sucesivos Acuerdos del Ilmo. Fiscal Jefe, se acuerda requerir información bancaria sobre determinadas transacciones u operaciones de entidades bancarias como la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura (folio 128), el Banco Guipuzcoano (folio 134), Kutxa (folio 137), Bankinter (folio 153), Bankoa (folios 155 y 156), BBVA (folios 157 y 158), Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura (folios 159 y 160), Caja Laboral Popular (folios 161 y 162), Kutxa (folios 163 y 164), Caixa (folios 165 y 166), Banco Santander (folios 167 y 168), Banco Guipuzcoano (folios 175 y 176), Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Gipuzkoa (folios 177 a 180), Caja Laboral (folios 183 y 184), Kutxa (folios 185 y 186), BBVA (folios 187 y 188), Banco Popular (folio 223), Banco de Vasconia (folio 224), BBVA (folio 225),



Santander-Central Hispano (folio 226), Director General de Hacienda de la Diputación Foral (folios 227 a 230), Caja Laboral (folios 233 y 234), Banco Santander-Central Hispano (folios 228 y 229), Kutxa (folios 240 y 241).

Fruto de la información procedente de la referida investigación, el Ilmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial del Gipuzkoa solicitó del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, mediante comunicación de 1 de marzo de 2007 la prórroga prevista en el artículo 5 del EOMF. En el seno de la misma se trasladó que la Unidad de Policía Judicial de la Ertzantza había examinado 297 expedientes tributarios procedentes de la Hacienda Foral de Gipuzkoa en 21 de los cuales se habían observado pagos irregulares cuyo importe superaba el millón de euros. La necesidad de examinar más expedientes y obtener información de los testigos justificaba la prórroga solicitada (folios 242 a 244). La prórroga fue autorizada por Acuerdo del Excmo. Fiscal General del Estado, de 12 de marzo de 2007 (folio 248). Tras la citada prórroga se acordó solicitar nueva información al Banco Sabadell (folios 253 y 254), BBVA (folios 255 y 256), así como la declaración en calidad de imputado de, entre otros, D. Marcos Benjamin (folios 678 a 710).

Esta investigación concluyó con la denuncia presentada por Ilmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Guipúzcoa en fecha 30 de abril de 2007 ante el Juzgado de Instrucción en servicio de Guardia de Irún, en el que, entre otros, figuraba como denunciado D. Marcos Benjamin y se mencionaban como delitos indiciariamente cometidos los de malversación de caudales públicos, falsedad en documento oficial y blanqueo de capitales (folios 3 a 21).

El examen del itinerario seguido por la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal denota que la misma tenía por objeto la determinación de la posible comisión por parte del Sr. Marcos Benjamin de plurales hechos de apariencia delictiva cometidos, a lo largo de varios años, en el ejercicio de las funciones públicas que tenía asignadas en la estructura organizativa de la Excmo. Diputación Foral de Guipúzcoa en el ámbito de la recaudación de tributos. Consecuentemente, no se trataba de abrir una causa general en la que se investigara todas y cada una de las facetas de la vida personal y profesional del Sr. Marcos Benjamin (técnica propia de los perfiles jurídicos inquisitivos) sino de analizar aquellas facetas de la gestión profesional del Sr. Marcos Benjamin que tuvieran relación con la recaudación irregular de determinados tributos, tarea, la de análisis, que tuvo una dimensión objetiva y temporal progresiva a medida que el examen de los expedientes tributarios por él gestionados arrojaban elementos que pudieran denotar graves irregularidades en el modo y manera en la que se ingresaban los recursos públicos de naturaleza tributaria en el patrimonio de la Hacienda Foral.

4) Por tanto, la investigación preliminar del Ministerio Fiscal no tuvo un carácter inquisitivo. La pretensión del recurrente de limitar la investigación, tanto Fiscal como judicial, solo a los delitos inicialmente denunciados no puede ser aceptada, siendo posible investigar su actuación como funcionario en relación a otros expedientes tributarios y de los que resultan nuevos delitos y el destino dado al dinero entregado por los contribuyentes.

Por ello la investigación inicial del Ministerio Fiscal y la posterior instrucción judicial en el marco de una actividad presuntamente delictiva relativa con su actuación como funcionario público en materia de recaudación tributaria no vulneró los derechos constitucionales que se señalan en el motivo.

**TERCERO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y de defensa del recurrente, previstos en el art. 24 CE, al haberse decretado el secreto parcial de las actuaciones mediante auto de 22.10.2007, habiendo mantenido la referida clandestinidad procesal parcial hasta el auto de 16.10.2009.**

El motivo reitera lo ya expuesto como cuestión previa, esto es que el auto de 22.10.2007, resultaba manifiestamente inmotivado dado que en el mismo no se recogían los concretos indicios delictivos existentes suponiendo una suerte de acto adivinatorio destinado a prevenir en términos genéricos y abstractos posibles alzamientos futuros; no contempla ninguna limitación temporal, permitiendo con ello que haya estado dos años vigente sin renovación alguna, no ha sido debidamente notificado a pesar de existir una personación en forma. La consecuencia procesal de tales irregularidades debe provocar la nulidad absoluta de la totalidad de las diligencias practicadas bajo el referido secreto de las actuaciones y, en particular, de la totalidad de las incluidas en la pieza separada aperturada en virtud del auto de 22.10.2007, así como la totalidad de las diligencias practicadas en las actuaciones de referencia por derivación de la pieza separada a que se ha hecho referencia, todo ello al amparo de lo previsto en los arts. 238.3 y 11 LOPJ.

El motivo se desestima.

1) La jurisprudencia ha abordado en numerosas ocasiones el tema relativo al secreto de sumario, SSTs. 1179/2011 de 20.7, y 296/2007 de 15.3, entre otras, recordando que "...solo desde el reconocimiento del carácter de la instrucción penal como fase preparatoria del Juicio Oral, pueden comprenderse una serie de características que pueden ser opuestas a las que rigen el Plenario".

Entre otras, podemos citar como características de la fase de instrucción:





- a) El carácter escrito de esta fase de instrucción opuesto a la oralidad e intermediación que tiene el Plenario exige el art. 120 de la Constitución .
- b) La competencia funcional diferenciada entre una y otra fase –instrucción y plenario–, de suerte que en la fase de Plenario intervengan Jueces imparciales diferentes de aquél que haya efectuado la instrucción, pues por ello, puede haber perdido la imparcialidad –basta la apariencia de su pérdida–, también aquí podemos citar la previsión de la LECriminal cuya Exposición de Motivos se refiere al "...*Tribunal extraño a la instrucción*...".
- c) Y con especial relevancia para la denuncia efectuada, el secreto de las actuaciones de instrucción, se justifica, precisamente por la naturaleza puramente preparatoria pero no enjuiciadora de la instrucción. Por ello el art. 301 establece el principio general de secreto del sumario, y el art. 302 prevé dicho secreto incluso para todas las partes personadas, excepto el Ministerio Fiscal.

La actual redacción del art. 302 es consecuencia de la extensión del principio acusatorio al sumario, de suerte que si por virtud del art. 118 –modificado, al igual que el 302, por la Ley 53/78 de 4 de Diciembre – desde el mismo momento de la imputación puede ejercitar toda persona el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, adelantando al momento del traslado de la imputación lo que en el sistema original de la LECriminal se situaba en el procesamiento, paralelamente, este mayor protagonismo tiene como límite que dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación, y por ello se arbitra la posibilidad de declararlo secreto para las partes en el art. 302 , que no es sino una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación, entendiéndose por tal la sospecha de haber participado la persona concernida en la comisión de un hecho punible, sin que como se recuerda en la STC 152/93 de 3 de Mayo , pueda retrasarse el momento de la imputación.

Ciertamente que la posibilidad de declarar secreto el sumario, como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse que la realización de la justicia constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico – art. 1 C.E. –, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos –en tal sentido STS de 19 de Octubre de 1995 –".

Por ello la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias del caso y la finalidad de evitar rápidas reacciones defensivas con posible destrucción de pruebas, y que no cabe exigir el respeto escrupuloso de unos plazos pensados para la generalidad de los casos, especialmente cuando el acusado conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarlo y pudo preparar su defensa con todas las garantías; y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2001, de 26 de julio , recuerda que la posible vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de que se hubiese acordado el secreto del sumario, como este Tribunal declaró en la STC 176/1988, de 4 de octubre , haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros, y Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter ), y en concreto respecto el derecho al proceso público reconocido en el art. 24.2 de la Constitución , en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos , y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, "al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo ( STEDH 8 de diciembre de 1983, caso Axen). La publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el art. 120.1 CE con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Este es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" ( arts. 301 , 302 LECr .), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECr .,



no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto. La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal ( STC 176/1988, de 4 de octubre ), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla ( STC 176/1988 ); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión ( STC 176/1988 ), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" ( STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher ). De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, pues, como hemos declarado de forma reiterada (entre muchas, SSTC 62/1985, de 10 de mayo , 137/1988, de 7 de julio ; 182/1989, de 3 de noviembre , 10/1992, de 16 de enero , 200/1996, de 3 de diciembre , 40/1997, de 27 de febrero , 49/1998, de 2 de marzo , 7/1999, de 8 de febrero ), la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción. Añade el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes reseñada, que a la luz de esta doctrina ha de negarse que se haya producido al recurrente ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debido a las irregularidades, presuntamente cometidas, en la forma en que se acordó la prórroga del secreto del sumario, debido a su duración y al hecho de que en todo el período no se dictara ninguna resolución judicial justificativa del mismo, pues ninguno de estos datos tienen relevancia constitucional en sí mismos considerados en el marco del derecho invocado. Si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir "que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos" ( STC 176/1988, de 4 de octubre ), no puede sostenerse que el secreto del sumario fuera acordado en el caso analizado sin una ponderación razonable de su necesidad. De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial. A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye, en este caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales ( art. 302 LECr .) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, y reiterado en la STC 87/2001, de 2 de abril , la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa. A ello se refiere el recurrente cuando sostiene que la adopción del secreto del sumario y su duración tuvo por objeto impedir que éste conociera la existencia del proceso, retrasando el momento en que el encausado adquirió la condición de imputado y conoció las imputaciones existentes contra él, así como impedirle la posibilidad de recurrir el secreto y contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede otorgarse razón al recurrente. Como hemos afirmado (por todas SSTC 41/1998, de 24 de febrero , 87/2001, de 2 de abril , recogiendo la doctrina anterior), el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se "haya fraguado a sus espaldas", de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECr . reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 23 de febrero , (igualmente, STC 19/2000, de 31 de enero ), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre FJ 2):

- a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado;
- b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación;
- c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario.



Ahora bien, "si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión ( SSTC 44/1985 , 135/1989 y 273/1993 ). Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado".

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional que en el caso, el imputado conoció la existencia del proceso y las imputaciones existentes contra él, una vez levantado el secreto del sumario, en un momento en el que podía preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando el escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral, como así sucedió y resulta de la lectura de las actuaciones.

Por consiguiente, ni la imposibilidad de recurrir el secreto del sumario o de contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción, de otra parte consecuencia del mismo carácter secreto del sumario, ni el momento en que tuvo conocimiento de la imputación evidencian la indefensión alegada.

En el marco de lo alegado en este bloque, sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testificales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituidas, pues, como acabamos de advertir, la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida requiere que se haya practicado con garantía de contradicción. Sin embargo, como se expondrá a continuación, tampoco se observa infracción de las garantías procesales, pues las declaraciones de los acusados y testificales no fueron introducidas en el proceso como pruebas preconstituidas, sino a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral de aquellos mismos.

En definitiva, la declaración del secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECrim , no resulta en sí misma limitativa del derecho a un proceso público, sino a lo sumo del derecho de defensa ( STC. 100/2002 de 6.5 ), y tan sólo está adoptando una decisión con base a la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto ( STC. 174/2000 de 26.7 ).

2) En el caso presente el juzgado de instrucción nº 2 de Irún por auto de 22.10.2007 , acordó el secreto de las actuaciones de forma parcial al limitarlo a la pieza de responsabilidad civil, cuyo objeto era el embargo de los bienes que, entre otros, el recurrente pudiera tener en Francia, así como el bloqueo de las cuentas corrientes y depósitos de que dispusiera.

La adopción de la medida -en contra de lo afirmado en el motivo se sustenta -razonamiento jurídico 2º- para evitar que los imputados " **pongan en marcha cualquier tipo de mecanismo destinado a ocultar bienes o el dinero obtenido con la venta de la finca que el Sr. Marcos Benjamin o la Sra. Tomasa Elisa tenían en Urrugne**".

Motivación suficiente dado que la finalidad del auto era garantizar que el dinero procedente de aquella venta quedara afecto a las posibles responsabilidades civiles de los delitos que se estaban investigando. Así - destaca la sentencia recurrida- el objetivo pretendido no era tanto obtener fuentes incriminatorias sino proteger a los perjudicados estableciendo pautas de actuación que permitieran que el dinero obtenido por la realización de parte del patrimonio de los imputados fuera destinado al abono de la responsabilidad civil ex delicto.

Es cierto que el secreto de las actuaciones de prolongó durante un tiempo -22.10.2007 al 16.10.2009- muy superior al previsto en el art. 302 LECrim , pero ello estuvo motivado porque en la misma fecha del auto, se remitió una comisión Rogatoria Internacional, cuya cumplimentación incluida su traducción, por el Tribunal de Gran Instancia de Bayona (folios 220 a 224), tuvo lugar el 18.6.2009, aportándose al procedimiento el 7.7.2009 (Folio 63). Como en dicha comisión se comunicaba que Marcos Benjamin y Tomasa Elisa eran propietarios en Francia hasta el 25.6.2007, de una casa en Urrugne, que vendieron a una pareja británica, careciendo de otros bienes inmuebles en Francia. Y que el examen de sus cuentas bancarias demostraba que se ingresó parte del importe de la venta de esta casa y que se efectuaron diversos ingresos en efectivo desde 2001, sin que las cuentas bancarias presentasen un saldo que permitiera su embargo, estos datos en la medida que ponían de manifiesto una actuación de los acusados que pudiera considerarse tendente a eludir el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias que pudieran derivarse del resultado final del proceso penal, para que no se ocasionara vulneración del derecho de defensa y del proceso con las debidas garantías, dieron lugar al levantamiento del secreto parcial del sumario por auto de 16.10.2009, momento desde el cual las defensas tuvieron cumplido conocimiento de la información trasladada por las autoridades francesas pudiendo, por ello proponer en el juicio oral toda la prueba pertinente y necesaria para su defensa en relación a aquellas actuaciones inicialmente secretas.



**II) Respecto a la condena por la presunta comisión de un delito de malversación de caudales públicos.**

**CUARTO: El motivo cuarto , de conformidad con el art. 852 LECrim . por infracción de precepto constitucional, en particular del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24 CE , por no existir ni una sola prueba de cargo válidamente obtenida que permita sostener que las cantidades entregadas no se encuentren en la cuenta de la Diputación Foral de Guipúzcoa.**

Se argumenta en el motivo que la propia sentencia determina que el elemento fáctico que las acusaciones tienen que probar para que tenga éxito su hipótesis acusatoria es que el dinero recibido por el recurrente en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún no se encuentra en las Arcas Forales, y es también la propia sentencia la que determina específicamente cual es la prueba sobre la que descansa la condena por la comisión de dicho delito: los informes del Jefe de contabilidad de la Hacienda Foral, y el dictamen pericial de D<sup>a</sup> Flor Julieta , técnico de la Agencia Tributaria de la Administración Central.

*Respecto a los informes del Jefe de contabilidad de la Hacienda Foral se trata de unos documentos en los que manifiesta haber intentado localizar los ingresos de las cantidades cuestionadas, pero sin adjuntar el más mínimo documento o soporte probatorio del que se pueda desprender el modo en que tales comprobaciones habrían sido realizadas, ni la fuente sobre la que se habría aplicado dichos intentos de localización de los ingresos buscados (extractos bancarios, contabilidad, soportes o registros informáticos, etc.).*

Respecto al dictamen pericial de D<sup>a</sup> Flor Julieta , cuestiona que las fuentes consultadas no sean originales y ni fueron adjuntadas al referido Dictamen para hacer posible su conocimiento directo tanto por el Tribunal a quo como por las defensas. Y en este sentido la propia perito manifestó que en ningún momento fue proveída de los extractos originales de la cuanta bancaria de la Diputación Foral de Guipúzcoa en la que debieran constar los diversos ingresos de los montantes facilitados por los contribuyentes.

Así se destaca que el dictamen pericial al describir las fuentes analizadas señala:

"Extractos bancarios de los años 1990 a 2004 de las cuentas autorizadas a recibir ingresos en vía de apremio":

-soporte informático de los movimientos de las cuentas de Kutxa nº NUM112 , formato Excel.

-soporte en papel con los movimientos de la cuenta Kutxa nº NUM113 .

Pues bien se puede constar que solo respecto a esta última cuenta se adjunta copia documentada y testimoniada sellada por la propia Kutxa del extracto de la cuenta, mientras que en el caso de la primera fue la propia Hacienda Foral la que facilitó a la perito unos cuadros Excel con la información supuestamente recibida de la Kutxa sin que obren aportados los extractos originales de la referida cuenta.

Se señala que por la defensa se solicitó el 11.2.2008, expresamente la aportación de la referida documentación, que fue denegada por el Instructor por auto de 18.3.2008, porque su entrega podría afectar al derecho a la intimidad de determinados contribuyentes.

Por ello no puede considerarse prueba valida la elaboración de informes declarativos de meras manifestaciones de parte carentes del más mínimo elemento de contraste probatorio sobre el que asentarlas, al descansar sobre unos extractos de cuentas no depositados en autos.

Por otra parte la jurisprudencia es constante al afirmar que cualquier elemento de prueba debe obtenerse y conservarse con absoluto respeto al principio de cadena de custodia; y del modo que procedido la acusación particular no se puede conocer cuáles fueron los materiales objeto de consulta por parte del Jefe de contabilidad para alcanzar las conclusiones de sus informes, ni se puede tener la seguridad de que los cuadros de Excel examinados por la perito Sra. Flor Julieta recogieran la totalidad de los movimientos de la cuenta de la Diputación Foral. Y por otro lado, también viene exigiendo que los materiales y documentos objeto de análisis en las pruebas periciales resultan incorporados integra y auténticamente a la causa para su posible examen en régimen de contradicción tanto por las defensas como por los tribunales.

El motivo se desestima.

1) El delito de malversación exige para su comisión los siguientes elementos: 1. Que el agente sea un funcionario público. 2. Que el mismo tenga una detentación material de los caudales o una facultad de decisión jurídica sobre los mismos. 3. Que los caudales tengan la consideración de "públicos", aunque no sea necesario que estén realmente incorporados al patrimonio público, bastando con que sea su destino que pasen a engrosar ese patrimonio. Y, 4. Que la conducta del agente consista con animo de lucro, en "sustraer" o "consentir que otro sustraiga" tales caudales ( SSTS. 132/2010 de 18.2 , 1374/2009 de 29.12 , 252/2008 de 22.5 ).





Respecto a éste último elemento, la acción punible a realizar que es "*sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga*", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva –quebrantamiento del deber de impedir– que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa –elemento subjetivo del tipo–, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como ésta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio ( STS. 1514/2003 de 17.11 ), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero ( SSTS. 1404/99 de 11.10 , 310/2003 de 7.3 ).

Por último, no puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios porque casi siempre será una prueba imposible, bastando con que el funcionario no aporte el dinero recibido o los recibos de pago, ni haya dado parte oportuno de sustracción, perdido o destrucción ( SSTS. 180/98 de 10.12 , 32/2004 de 22.1 , 252/2008 de 22.5 ).

Por tanto si se quiere condenar por este delito hay que precisar este extremo y si tal no es posible por no existir prueba directa, habrá que expresar en la sentencia la prueba de indicios por la que se dé por probada una u otra modalidad de comisión del delito o incluso que pudo ser alguna de las dos, pero siempre con la explicación oportuna en la resolución condenatoria ( STS. 930/2004 de 19.7 ).

2) La prohibición de indefensión es el límite más importante del derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa que "en ningún momento, el proceso puede llegar a su fin a costa del derecho a la defensa de las partes".

En el campo probatorio significa impedir aportar prueba lícita o admitir prueba ilícita, siempre que ello se deba a una falta atribuible al órgano judicial que de ese modo desnivele su deber de imparcialidad objetiva en el desarrollo del proceso.

Por ello la STS. 40/2002 precisa que el concepto constitucional de indefensión, es más estricto y "no tiene por qué coincidir exactamente con la figura procesal de la indefensión" de suerte que "no toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional". Para que ésta exista, en efecto, es preciso que la infracción de las normas procesales haya supuesto "una privación o una limitación del derecho de defensa" que el art. 24 CE reconoce ( STC. 211/2001 de 19.10 ).

En este sentido las SSTC. 25/2011 de 14 de marzo y 62/2009, de 9 de marzo , recuerdan que "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE , se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional ( SSTC 109/1985, de 8 de octubre , 116/1995, de 17 de julio ; 107/1999, de 14 de junio ; 114/2000, de 5 de mayo ; 237/2001, de 18 de diciembre )".

Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo ; 141/2005, de 6 de junio ; o 160/2009, de 29 de junio ). Asimismo, "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" ( SSTC 185/2003, de 27 de octubre , y 164/2005, de 20 de junio ).

3) Desde esta perspectiva el motivo deviene improsperable.

Como se resalta en la sentencia impugnada es cierto que el hoy recurrente alegó en primer lugar que a él, no se le permitió la búsqueda de los ingresos que dice haber realizado el Sr. Marcos Benjamin , dado que solicitó en la instrucción el acceso de la documentación en poder de la Hacienda Foral que había servido de fundamento



al informe del Jefe de Contabilidad, lo que le fue rechazado, pero como razona la sentencia "la inferencia que se obtiene de esta premisa no es que el Sr. Marcos Benjamin se ha visto imposibilitado de acceder a las cuentas de Hacienda y proceder a la búsqueda del dinero no localizado. Y ello porque las pruebas se construyen en el juicio, único espacio institucional teñido de jurisdiccionalidad y contradicción, y ni el Sr. Marcos Benjamin ni su Defensa solicitaron a este Tribunal la práctica de la prueba que ahora se tilda de esencial para conferir respuesta al interrogante básico del proceso: qué hizo el Sr. Marcos Benjamin con el dinero que recibió de los contribuyentes. Por lo tanto, ellos mismos, en la articulación de su estrategia de Defensa, optaron por no emplear la carta procesal de la búsqueda del dinero mediante la práctica de una prueba pericial que pudiese asentar la tesis alternativa de sentido exculpatorio que se ofrece".

Razonamiento correcto. La defensa se limitó a solicitar copia íntegra de la documentación consultada y contrastada por el Jefe del Servicio de Contabilidad de la Hacienda Floral de Guipúzcoa y Subdirector General de Recaudación y Oficinas Tributarias de la Diputación Foral de Guipúzcoa, entre la que se encontraba la aportación de las bases de datos y los movimientos íntegros de la totalidad de la cuenta de Recaudación de Hacienda, petición que fue desestimada por auto de 18.3.2008, por resultar desproporcionada e innecesaria, y exceder lo que el derecho de defensa permite y poder contravenir la normativa sobre la protección de datos al tenerse acceso incluso a datos relativos a contribuyentes no relacionados con los hechos.

En efecto los datos con transcendencia económica -y por ende tributaria- están incluidos en el ámbito de intimidad constitucional protegida.

En este sentido en la STC. 119/2001 de 24.5, se afirmaba que "estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos ...se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia".

En armonía con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha venido describiendo casuísticamente una serie de supuestos en que, con independencia de las libertades tradicionales antes mencionadas, ha podido sobrevenir una injerencia no admisible en el ámbito de la vida privada e íntima de la persona. Así se ha afirmado que el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma (SSTC. 70/2009 de 23.3, y 159/2009 de 29.6). También se ha dicho que "no hay duda de que, en principio los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida" (STC. 233/99 de 16.12), que "en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos" (STC. 97/2001 de 15.2); y que la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario no solo forma parte de dicho ámbito, sino que a través de su investigación o indagación puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o lo que es lo mismo, en los aspectos más básicos de la autodeterminación personal del individuo" (STC. 233/2005 de 26.9).

Por tanto la solicitud al Juzgado por parte de la defensa del Sr. Marcos Benjamin que permitiría conocer datos de todos los contribuyentes - incluso los no relacionados con los hechos- de Guipúzcoa, supondría una clara injerencia en el derecho a la intimidad- "intimidad económica", en palabras del Tribunal Constitucional y al tiempo al tratarse de datos informatizados incorporados a las bases de datos en poder de la Administración, afecta también de lleno al propio derecho fundamental a la protección de datos personales, regulado de forma separada en el art. 18.4 CE, y si bien tanto la propia LO. 15/99 de 13-12 de Protección de Datos y el art. 95.1 Ley 58/2003 de 17.12, General Tributaria, posibilitan la facilitación de datos fiscales en el marco de una investigación criminal por delitos perseguibles de oficio y especialmente cuando se trate de crimen organizado, ello presupone que esté justificada la propia solicitud por parte, en este caso de la defensa al Juzgado, lo que no ha sucedido dado el carácter prospectivo general de aquella solicitud en la que se pidió indiscriminadamente toda la información disponible afectante a todos los contribuyentes sin limitación a las operaciones concretas que se estaban investigando.

Siendo así si la defensa ni en la instrucción ni ante la propia Sala propuso una prueba pericial contradictoria de la ya existente en el procedimiento no puede hablarse de indefensión alguna.

4) A mayor abundamiento la sentencia recurrida, fundamento jurídico cuarto analiza de forma expresa, detallada y minuciosamente, la impugnación de la validez de las pruebas realizadas por la defensa:



a) Los informes del Jefe de Contabilidad de la Hacienda Foral de Guipúzcoa D. Maximo Ismael , constan a los folios 107 a 110, 729 a 742, 1324 a 1332, 3826 a 3870 y 5254 a 5255, para explicar que las cantidades que recibió el Sr. Marcos Benjamin de los contribuyentes en los periodos 1991-1994, 1995-1999, 2000-2004, no se ingresaron en las Arcas Forales.

Dichos informes fueron ratificados y explicados en el juicio oral detallando que:

Para realizar los informes accedió a los expedientes originales que le facilitó la propia Oficina de Recaudación. Trabajó con el personal que desempeñaba su función en el servicio y revisaba todo lo que hacían los funcionarios que le ayudaban en la elaboración del Informe y que él no hubiera realizado personalmente.

El Sr. Maximo Ismael indica el sistema de comprobación de los ingresos efectuados por los contribuyentes. En concreto, explica que se realizaban varias verificaciones sucesivas al efectuar los ingresos: los ingresos en ventanilla se entregaban al instructor del expediente, que realizaba las predatas, y luego se trasladaba al banco diariamente. Además, se realizaba una factura con los datos semanales. En San Sebastián agregaban las facturas y cuadraban los datos de la cuenta corriente, y todo se cerraba mensualmente, para, posteriormente, redactar un informe -"liquidación de la cuenta restringida"- que se remitía al servicio de intervención que realizaba sus propias comprobaciones. Luego se llevaba a Contabilidad y se realizaba las comprobaciones por periodos. Finalmente, cruzaban los datos que se facilitaba en la documentación de origen con la aplicación realizada.

La asignación de cada contribuyente se realizaba en las facturas, documento que se realizaba en las oficinas. Por tanto había varios controles: el diario en la oficina, el semanal en la oficina, y los del servicio de contabilidad.

El Sr. Maximo Ismael afirma que en la cuenta corriente puede haber ingresos de contribuyentes no identificados, pero se trata de cantidades mínimas. Si el pago se ha efectuado en Caja, en la oficina, entonces sí que está identificado el contribuyente porque el funcionario de Caja siempre pide la identificación al contribuyente. Por tanto, los ingresos sin identificar no podían corresponderse con ingresos en metálico, sino que se trata de ingresos en la cuenta bancaria.

En cuanto a los tres periodos a los que se hace referencia en el Informe, El Sr. Maximo Ismael explica lo siguiente:

1) Periodo más antiguo, 1991-1994: la información no es completa, y no se ha podido comprobar la aplicación contable, pero los ingresos sin identificar, afirma D. Maximo Ismael , no tienen nada que ver con los expedientes investigados.

2) En el periodo 1995-1999: también existe algún problema para identificar los ingresos, aunque menos dificultades que para examinar el periodo anterior. En este caso tampoco los ingresos sin identificar tienen nada que ver con los expedientes investigados. Explica que la Zona 1, a la que se refiere en el Informe, es la zona de San Sebastián que incluye la oficina de Irún. El porcentaje de la oficina de Irún en relación a San Sebastián, según indica el Sr. Maximo Ismael , es inferior al 10%.

3) Periodo 2000-2004: se han podido identificar todos los ingresos. A fin del año 2004 identifican ingresos que están aplicados en enero de 2005.

D. Maximo Ismael explica que los ingresos efectuados al final de la semana, en los dos primeros periodos hasta el año 2000, son los que se enviaban semanalmente de la oficina de San Sebastián a Contabilidad. Además, indica que los ingresos no identificados en la cuenta corriente de Hacienda pueden corresponder a deudas de cualquiera de las oficinas de Guipúzcoa, correspondientes a ingresos en ejecutiva, en voluntaria, o tributos locales,

Asimismo, D. Maximo Ismael manifiesta que no le consta que haya cantidades reclamadas por los contribuyentes que no se hayan contabilizado. En todo caso, podía haber alguna reclamación de cantidades mínimas en el último periodo.

El volumen de apuntes contables al año, al igual que el volumen de movimientos bancarios, es de cerca de 5.000.

D. Maximo Ismael , al igual que D<sup>a</sup> Flor Julieta , manifiesta que analizadas las cantidades sin identificar en el periodo 1991-1994 y 1995-1999, estas cantidades sin identificar son de muy escasa cuantía, por lo que no puede tratarse de las cantidades de los expedientes investigados.

B) Dictamen pericial de D<sup>a</sup> Flor Julieta , del Cuerpo de Hacienda de la Agencia Estatal Tributaria, prueba pericial acordada por el Juez de Instrucción a solicitud de la Diputación Floral de Guipúzcoa y realizada el 8.2.2010 (folios 6635 a 6649 Tomo XXVII).



Respecto a dicho informe el motivo cuestiona su validez como prueba toda vez que las fuentes analizadas para alcanzar sus conclusiones no fueron originales, las mismas no fueron adjuntadas al informe previo el conocimiento de los peritos y del propio Tribunal, lo que supuso rotura de la cadena de custodia.

El dictamen solicitado lo era sobre los siguientes extremos:

"I.- Que sobre los obligados tributarios que más adelante se relacionan se realicen las siguientes comprobaciones:

1. Que se analicen las operaciones de ingreso de las bases de datos de Contabilidad de la Diputación Foral de Guipúzcoa respecto de los importes señalados y las fechas indicadas.
2. Que se revisen los movimientos realizados en las cuentas corrientes de la que es titular la Diputación Foral de Guipúzcoa en las fechas que respecto a cada obligado tributario más adelante se indicarán para comprobar si se han producido los ingresos que se citan.
3. Que se compruebe si en las liquidaciones de los ingresos en la cuenta NUM112 de la Kutxa denominada "DFG- recaudación ejecutiva de Oficinas Tributarias" aparecen las entregas de dinero realizadas por los obligados tributarios que se relacionan más adelante y en caso afirmativo con indicación de las fechas de ingreso.
4. Si en las fechas en que los obligados tributarios que se citan más adelante declaran haber abonado sus importes dinerarios aparecen en las cuentas corrientes de la Diputación Foral de Guipúzcoa importes sin aplicar que por la cantidad dineraria de que se trate pudieran ser imputados al obligado tributario.

II.- Relación de obligados tributarios y datos sobre los que debe practicarse la comprobación a que se refiere el párrafo anterior:

tabla

...Para aclarar los datos que constan en la tabla a la que hace referencia el informe, en los folios 6338 vuelta, 6339 y 6339 vuelta, donde se incluye la relación de expedientes que tenía que comprobar, pone de ejemplo el primero de todos, referente a Leocadia Hortensia , y explica que lo que consta en la casilla "otros datos" hace referencia a que D<sup>a</sup> Flor Julieta comprobaba si se había imputado la cantidad que consta en la casilla "importe" a una de las dos empresas indicadas en la casilla "otros datos" (Hometotown, S.L. y Tiendas Unidas, S.A.), relacionadas con la contribuyente investigada.

III.- Comprobación de las aplicaciones realizadas a Yolanda Sabina respecto del importe derivado del levantamiento de embargo de la finca de la que se adjunta documentación, y sobre la deuda pendiente de pago de los expedientes que se dieron de baja por insolvencia o prescripción."

Para efectuar este Dictamen, la perito solicitó la siguiente información:

\*Cuentas Bancarias autorizada a recibir ingresos en vía de apremio.

Descripción de los procedimientos que regulan estos ingresos.

Extractos bancarios con los movimientos de las cuentas.

Listados de los ingresos aplicados en ejecutiva.

Fechas de apremio de los obligados Bisector SL, Imprenta Ondarribi SA, Cayetano Emiliano y Yolanda Sabina .

La Diputación Foral de Guipúzcoa remitió toda la documentación solicitada ora en soporte papel ora en soporte telemático (opción, esta última, sugerida por la propia perito).

La Diputación Foral remitió, en septiembre 2009, la documentación requerida, acudiendo, cuando era posible, al soporte informativo, tal y como la perito le indicó. Por ello, con relación a los extractos bancarios de los años 1990 a 2004, de las cuentas de Kutxa nº NUM112 -cuenta de ingresos- y NUM114 -cuenta de depósitos para subastas- las remitió en formato Excel, la cuenta de Kutxa NUM113 en soporte papel y la base de datos de los ingresos aplicados en ejecutiva en los años 2000 a 2004 en formato Access HCB. Ulteriormente, en noviembre de 2009, y en soporte CD se facilitó por la Diputación a la Perito tres Anexos: Anexo I, con los ingresos y datos de los años 1995 a 1999 de la Zona I (Donosita: San Sebastián e Irán), Anexo II, base de Datos de los años 1991 a 1994, que contiene la información de las datas de tipo 10 (certificaciones y recibos en ejecutiva) y 11 (recibos en ejecutiva repuestos a voluntaria) de la Zona I (Donosita-San Sebastián e Irán); y anexo III, base de datos de ingresos y aplicaciones contables que contiene la información de los ingresos de la cuenta corriente de los años 1991 a 2004 y sus aplicaciones contables.

5) Siendo así la alegación de la defensa de que la información que tuvo a su disposición -en concreto la reflejada en los archivos Excel- no es la original, lo que conlleva el riesgo de manipulación y consecuentemente,





la posible duda sobre la mismidad del objeto analizado, carece de fundamento. Como resalta la sentencia recurrida, la defensa en el acto del juicio oral en el debate probatorio, no preguntó a la perito -la fuente de prueba- sobre tal extremo cuando fue ésta quien, para elaborar el informe, solicitó en la medida de lo posible que la información se le facilitara en soporte informático, evitando, de esta manera, que la perito pudiera responder de forma explícita a esta cuestión en un contexto probatorio presidida por las notas de inmediatez judicial y contradicción procesal.

Argumentación correcta por cuanto apuntar a la simple posibilidad de manipulación de la documentación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece oportuno, dado que debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva, sin que sea factible admitir nulidades presuntas en la obtención de las fuentes de prueba.

A mayor abundamiento la perito explicó tanto en su informe como en el plenario todos los medios que solicitó y tuvo a su disposición para elaborar su informe. Así se resalta en la sentencia recurrida. "Es más, la propia perito, indicó que desde Hacienda le facilitaron bastante información que luego ella no utilizó porque no lo estimaba preciso para elaborar un dictamen sobre los temas sujetos a su análisis técnico, lo que indica que, si algo existió, fue una puesta a disposición de la perito de toda la información existente, permitiendo a la misma discriminar conforme a las pautas científicas que rigen su específico saber, qué datos del caudal informativo ofrecido eran los necesarios para trasladar al juicio un dictamen fundado sobre los enunciados discutidos.

Y entre ellos, además de todas las bases de datos de ingresos y aplicaciones contables Hacienda desde el año 1991 hasta el año 2004, que contienen toda la información de los ingresos de las cuentas corrientes y sus aplicaciones en la contabilidad del Ente Público durante el referido período, se encuentra, para las cuentas de ingresos en vía de apremio y las de depósitos, los archivos Excel. Por lo tanto, la perito no tuvo a su disposición una selección de los datos que, en el ejercicio de la potestad tributaria, se encontraban en la esfera de dominio funcional de la Hacienda Foral de Guipúzcoa, sino que, por el contrario, obtuvo, sin criba alguna, todos los datos obtenidos por la Hacienda Foral de Guipúzcoa en el ejercicio de su potestad tributaria. Consecuentemente, no existe un vicio metodológico del informe pericial que difumine su valor probatorio por falta de calidad de la información que sirve de base a su análisis, dado que la perito contó con todos los datos obrantes en Hacienda sin que los órganos de la misma hayan tenido la potencialidad de alterar, modificación o novar su contenido para lograr a toda costa la corroboración de una determinada hipótesis secuencial de los hechos. En la búsqueda de los ingresos que el Sr. Marcos Benjamin mentó haber realizado en las Arcas Forales de las importantes cantidades que recibió de los contribuyentes para destinarlo a la satisfacción de los tributos pendientes de pago, la perito fue exhaustiva pues no se limitó a examinar la cuenta corriente de Hacienda autorizada para recibir los ingresos en vía de apremio sino que, también, escrutó el resto de cuentas de Hacienda (es decir, la de depósitos, embargos y transferencias de devoluciones de Hacienda y la de depósitos y subastas). Es decir: analizó todos los movimientos de todas las cuentas corrientes de la Hacienda Foral entre el año 1991 y 2004, labor que, por su exhaustividad, le llevó más de un año. Y la conclusión es clarividente: en ninguna de las cuentas se encuentran los ingresos que el Sr. Marcos Benjamin afirma haber realizado. Para ello, comprobó las fechas y la cuantía de los ingresos que se dicen haber realizado y verificó que en las cuentas corrientes de la Hacienda Foral no existe vestigio alguno de su existencia. Por lo tanto, si cualquier ingreso en la Hacienda Foral tiene que tener cobertura en una cuenta corriente de la que tal institución es titular, la referida institución tiene tres cuentas corrientes y en ninguna de ellas están registrados los ingresos que se dicen efectuados, la inferencia lógica y concluyente es que no se realizaron los ingresos que se afirma haber hecho".

Asimismo el tribunal a quo en el fundamento jurídico tercero "contexto del juicio probatorio", analiza:

I) La Gestión recaudadora de la Hacienda Foral de Guipúzcoa entre 1990-2004. en los extremos relacionados con la organización de cada oficina tributaria, capacidad resolutoria- uso de firma, la declaración de insolvencia de un deudor tributario, cobros en metálico, fraccionamiento de pago, alzamiento de embargos; derivaciones, condonaciones e ingresos indebidos; aplicaciones informáticas.

II) Funcionamiento de la oficina Tributaria de Irún con las declaraciones en juicio de Domingo Heraclio , Jefe del Servicio de coordinación de oficinas; Samuel Hermenegildo , jefe de la Unidad de Recaudación; Herminio Roman , subdirector de Recaudación, y las testificales de los funcionarios de la oficina de Irán, Vanesa Elsa , Jesus Fulgencio , Sabina Elvira , Valentin Anselmo , y Cosme Felipe .

Asimismo examina todos y cada uno de los 37 expedientes tributarios correspondientes a otros tantos obligados tributarios y las testificales de sus representantes o administradores y las declaraciones del recurrente en el plenario sobre cada expediente, razonando en el apartado relativo a cada expediente la información aportada por las fuentes de prueba, la documental aportada al proceso y la valoración del tribunal,



para concluir en cada expediente que el acusado no ingresó las cantidades percibidas en las Arcas de la Hacienda Foral.

**QUINTO: El motivo quinto de conformidad con lo previsto en el art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba al haber apreciado erróneamente la prueba pericial elaborada por D<sup>a</sup> Flor Julieta , obrante a los folios 6635 a 6649, así como los anexos a la misma, en relación con el informe elaborado por D. Herminio Roman , obrante a los folios 6650 a 6686 y sus anexos obrantes a los folios 6687 a 6957, informe pericial de la Sra. Flor Julieta en el que la sentencia impugnada basa la condena del Sr. Marcos Benjamin .**

El motivo se desestima.

a) Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 607/2010 de 30-6 , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10 , 778/2007 de 9-10 ; 1148/2009, de 25-11 - la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.



2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECr .

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

b) Respecto al informe pericial, sin ignorar la polémica sobre su naturaleza, parece que es un medio de prueba, y además, al menos en la fase sumarial, un acto de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales del órgano instructor, doble naturaleza que se simplificaría a favor de su entidad como medio probatorio, si se tuviera en cuenta que, en definitiva, sirve para constatar una realidad no captable directamente por los sentidos en contraste con la prueba testifical o con la inspección ocular y que además de acordada de oficio por el propio Juez puede también ser instada por las partes (STS. 1212/2003 de 9.10 ).

Es cierto que el perito aprecia, con las máximas de experiencia especializada y propia de su preparación algún hecho o circunstancia, en base al conocimiento de una materia que el Juez puede no tener, en razón de su específica preparación jurídica. Por ello el perito puede describir la persona objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones, que tienen como destinatario al Juzgador. Y en este sentido, el Juez estudia el contenido del informe y en su caso, y finalmente, en su caso, lo hace suyo o no, o lo hace parcialmente. No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al Juez a descubrir la verdad. Es decir, el perito informa, asesora, describe los procesos técnicos o las reglas de experiencia de que el Juez puede carecer, pero nunca le sustituye, porque no se trata de un tribunal de peritos, sino de una colaboración importante y no determinante por sí sola de la resolución judicial, ya que el Juez puede disponer de una prueba plural y diversa y de ella habría de deducir aquellas consecuencias que estime más procedentes ( STS. 224/2005 de 24.2 ).

En relación a la prueba pericial, como destaca la doctrina, es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" ( art. 348 de la LEC ), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim . para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 C.E. ). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica - que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común - las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia ( STS. 1102/2007 de 21.12 ).

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos



aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación ( SSTS. 5.6.2000 , 5.11.2003 , 937/2007 de 28.11).

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen ( SSTS. 534/2003 de 9.4 , 58/2004 de 26.1 , 363/2004 de 17.3 , 1015/2007 de 30.11 , 6/2008 de 10.1 , y AATS. 623/2004 de 22.4 , 108/2005 de 31.11 , 808/2005 de 23.6 , 860/2006 de 7.11 , 1147/2006 de 23.11 , o sin una explicación razonable ( SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3 ). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3 , ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12 ).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

Ahora bien, aunque como dijimos, en ciertos casos un informe pericial pueda ser considerado documento a los efectos del art. 849.2 LECrim ., sin embargo no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a tales efectos no lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación procesal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. art. 849.2 , en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004 de 5.3, 768/2004 de 18.6 , 275/2004 de 5.2). Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim ., y además cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan ( artículo 724 de la LECrim ). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación ( STS. 936/2006 de 10.11 ).

Ahora bien los dictámenes periciales, como las demás pruebas, deben ser valoradas razonadamente por el tribunal, pero -como dice la STS 12-7-2002 "cuando se trata de informes técnicos, aunque el tribunal no esté rígidamente vinculado a sus conclusiones, deben aportar un razonamiento expreso que justifique la valoración de su contenido, especialmente cuando decida apartarse de él, por lo que se estima cumplido este razonamiento cuando la Sentencia de instancia concreta como razones de su decisión, que le apartaba de los informes periciales el que "el peritaje haya dejado de atender una multiplicidad de factores económicos...entre ellos las cargas de toda índole a deducir en cualquier empresa de los ingresos", así como que " si hubiese sido necesario un informe pericial que tuviera en cuenta no solo los ingresos sino también los gastos, las necesidades del mercado, la inversión concreta a realizar, las costas financieras de la misma y las que soportaba la sociedad posibilidades reales de la sociedad para hacerlas frente, transcendencia a corto y medio plazo del endeudamiento, etc ." lo cual "supone una fundamentación racional de indecisión de no aceptar las conclusiones del informe pericial".

Por su parte, las STS 28-10-97 , insiste en que:

"El tribunal solo puede apartarse de las conclusiones de los peritos cuando haya motivos objetivos que lo permitan o justifiquen, debiendo en todo caso argumentarse las razones que le han llevado a disentir del





informe e los peritos para de esta forma alejar la sospecha o el peligro de arbitrariedad. De ahí que la pericial no sea una vinculante para los jueces, salvo el supuesto de excepcional de que el Tribunal, asumiendo el dictamen pericial, se aparte de él en sus conclusiones sin razones para hacerlo, pues en tal supuesto evidentemente se produciría un razonamiento contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o del pensamiento científico. El informe pericial es, en suma, un asesoramiento práctico o científico APRA mejor comprender la realidad que subyace en un determinado problema a los jueces sometido".

Por último las STS 19-9-2003 en un caso de pericial contable, manifiesta que "dado el carácter eminentemente técnico de la prueba pericial contable, solo se permitirá al tribunal apartarse de sus conclusiones cuando haya motivos objetivo que lo permitan o justifiquen".

Pues bien en el caso presente, el informe de la perito Sra. Flor Julieta (folios 6638 a 6649), consta de una introducción en la que se establecen las comprobaciones a realizar, documentación que se solicitó para realizar la prueba y la documentación que se aportó, el objetivo y alcance de la prueba, y los resultados de la prueba, distinguiendo el primer periodo 1991 a 1994, el segundo 1995 a 1999, y el tercero 1999 a 2004, la Sala de instancia asume y hace suyo las conclusiones de la perito, el recurrente se limita a analizar el referido informe, cuestionando la forma de su realización, esto es propugna una nueva y distinta valoración de dicha prueba, lo que es ajeno a esta vía casacional, debiendo insistirse en que el informe pericial no es un documento por lo que solo se atenderá en casación un motivo en el que se ataquen las conclusiones del tribunal de instancia en razón a dicho informe cuando: a) el informe sea insostenible desde el punto de vista científico, b) el tribunal se ha apartado de las conclusiones del informe sin ninguna motivación razonable.

**SEXTO: El motivo sexto por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 852 LECrim , al haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de falta de motivación suficiente, art. 24 CE , al no haber explicado el motivo que lleva a la Sala a quo a descartar la versión de los hechos sostenida por Marcos Benjamin en el acto de la vista.**

Se argumenta en el motivo que entre las múltiples conductas descritas por las acusaciones y asumidas como probadas por la Audiencia Provincial se pueden deslindar entre otras: la imputación de sustracciones de fondos mediante el ingreso de cheques entregados por contribuyentes en la oficina de recaudación ejecutiva de Irán, en cuentas titularidad de sociedades relacionadas con el recurrente.

Pues bien en relación a los mismos Marcos Benjamin ofreció una explicación en el acto de la vista oral de que recibía en aquellas fechas cantidades económicas en efectivo provenientes de sus actuaciones profesionales como letrado, asesor y sobre y sobre todo intermediario inmobiliario a través de la inmobiliaria Urdambia, ajenas a su condición de funcionario público, llegando a obtener por dicho cauce una media anual de 120.000 E.

En todo caso, el problema que se planteaba al recurrente es que esas cantidades al ser recibidas en efectivo, no podían ser aprovechadas para uso corriente, por lo que dado que algunos contribuyentes entregaban en la oficina cheques destinados al pago de cantidades a Hacienda, cuando había recibido por aquel cauce -ajeno a la administración-, una cantidad suficiente de fondos en efectivo, procedía a ingresar en algunas de las cuentas de sus sociedades, alguno de los cheques recibidos de contribuyentes y de inmediato, ingresaba la cantidad equivalente a su valor en efectivo en la cuenta de la Hacienda Foral.

Pues bien en la sentencia no hay un solo párrafo en el que se exponga el motivo por el que se descarta la credibilidad de la versión ofrecida por el acusado y el modo de funcionamiento de aquella agencia inmobiliaria, incurriendo por ello, en una manifiesta falta de motivación suficiente vulnerándose de tal modo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El motivo se desestima.

1) Como hemos dicho, SSTS. 1081/2009 de 11.11 , 56/2009 de 3.2 , debe distinguirse, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del Órgano Jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el Órgano Jurisdiccional que ha percibido la prueba con la intermediación derivada de la práctica de la misma.

Pero también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.



A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006 , según la cual la sentencia debe expresar un estudio <<lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E . La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E .

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998 , entre otras muchas-, para una decisión absolutoria bastaría duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre , en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada ....".

*Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1 , la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.*

"En similar sentido la STS. 258/2010 de 12.3 precisa que "...la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo". Su toma en consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso.

*En palabras del Tribunal Constitucional 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 ( SSTC. 148/2009 de 15.6 , 187/2006 de 19.6 ).*



2) *En el caso presente* tal como se ha explicitado en el motivo precedente la sentencia de instancia llega a la convicción de que el dinero percibido por el Sr. Marcos Benjamin no fue ingresado en las Arcas Forales, y en el fundamento jurídico sexto al analizar el blanqueo de capitales se analiza expresamente la versión exculpatoria del recurrente.

Así en las Pág. 320 a 321, señala como el examen de la prueba aportada al proceso respecto al injusto de blanqueo (documentos bancarios- anexos- e informe pericial confeccionado por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza) denota una enorme asimetría entre los módicos ingresos generados por el Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa entre los años 1995 y 2007 por el trabajo, actividades económicas o profesionales o rendimientos mobiliarios e inmobiliarios (ingresos lícitos) y el abultado patrimonio obtenido por ellos durante el citado período de tiempo (resultado que no es una plasmación del empleo de los ingresos lícitos).

La afirmada existencia de ingresos procedentes de la denominada economía sumergida (tesis del Sr. Marcos Benjamin ) no altera la disciplina de la prueba pues, es obvio, que el alegato de que se ha estado obteniendo pingües beneficios al margen de las rentas declaradas a Hacienda no justifica una pretendida exoneración de su prueba, como si lo realizado obviando los imperativos o prohibiciones del orden jurídico tuviera, como premio a la ilegalidad, la liberación del cumplimiento de las exigencias normativas en materia de carga de la prueba Y lo cierto es que la prueba practicada en el juicio refuta la tesis de la existencia de significativas ganancias en el ámbito del asesoramiento jurídico y la intermediación inmobiliaria. Así, los documentos que reflejan los ingresos del Sr. Marcos Benjamin -declaraciones fiscales, cuentas corrientes- trasladan que los ingresos por actividades ajenas a su actuación como funcionario de Hacienda se circunscriben a 2.137,85 euros brutos en el año 1996, como Asesor del Ayuntamiento de Rentarúa, y 324,54 euros brutos en el año 2002, como Asesor del Ayuntamiento de Durango. Por lo tanto, estas fuentes de prueba ofrecen un conocimiento que refuta la obtención de relevantes cantidades de dinero a través del asesoramiento o la intermediación. En la misma línea se desenvuelve el testimonio de la Sra. Ana Mercedes , quien, tras especificar que su conocimiento de que el Sr. Marcos Benjamin se dedicaba al asesoramiento y la intermediación obedece a que el indicaba que hablaba muchas veces por teléfono con responsables de los Ayuntamientos de Pasajes, Elgoibar y Durango, y le comentaba cuando había quedado con algún cliente, lo que constituye una razón de ciencia ciertamente debilitada por su origen referencial o su carácter contextual, concluye que, de lo único que tenía conocimiento propio, por ser titular del 50% de sus participaciones sociales, es de que Servicios Inmobiliarios Urdanibia no repartió dividendos, dato que ella anudó a que se trataba de una agencia de barrio y se limitaba a sobrevenir.

En la tabla que se incorpora -fruto del análisis de los datos ofrecidos por las fuentes de prueba anteriormente referidas- se observa con nitidez la correlación existente entre las cantidades, en metálico o mediante cheque, entregadas por los contribuyentes y su acomodo en las cuentas corrientes del Sr. Marcos Benjamin (Caja de Extremadura, Kutxa nº 1, Bankoa nº 1), del Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa (Kutxa nº 2), de Ulki SL (Bankoa nº 2) y Ius Local SL (Bankoa nº 3).

**SEPTIMO: El motivo séptimo por infracción de precepto penal al haberse aplicado indebidamente sobre los hechos considerados probados el delito de malversación en su modalidad cualificada, prevista en el art. 432.2 CP . al no concurrir en los hechos considerados probados los presupuestos legalmente previstos para su aplicación.**

La sentencia recurrida aplica el tipo delictivo de malversación en su modalidad cualificada por entender que estamos ante comportamientos que revisten especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público. El recurrente discrepa de esta tipicidad al considerar que, en todo caso, el tipo a aplicar sería el básico del art. 432.1 CP. y en algunos supuestos el 432.2 CP .

Se argumenta en el motivo que una cosa es que a los efectos de determinar las responsabilidades civiles haya que sumar los diversos montantes supuestamente sustraídos de las cantidades sucesivamente entregadas al mismo para ser ingresadas en Hacienda, y otra distinta, que puedan sumarse diversas conductas de sustracción para determinar la concurrencia o no de los presupuestos del art. 432.2 CP . Por el contrario para determinar que concreta modalidad de malversación es de aplicación a los hechos probados ha de estarse a la valoración individualizada de cada una de las concretas conductas de sustracción, sin perjuicio de valorar con posterioridad la procedencia de aplicar la figura del delito continuado del art. 74 CP .

Siendo así en ningún caso se ha producido un acto de sustracción que individualmente considerado, pueda calificarse de especial gravedad, ni por su cuantía ni por el supuesto perjuicio generado a la función pública, que permita aplicar la figura cualificada de malversación del art. 432.2 CP . Así una lectura de los folios 14 a 53 permite constatar que hablamos de cantidades entre 300.000 y 5.000.000 ptas. existiendo algún supuesto



aislado que de forma excepcional llega hasta los 60.000 E, cantidades que en sí mismas consideradas, no permitirían en modo alguno tal figura delictiva cualificada.

Añade, además, que como la propia perito D<sup>a</sup> Flor Julieta apuntó en su dictamen pericial, los fondos manejados por la Diputación Foral de Guipúzcoa en las fechas de los hechos rondaban los 4.440.000.000 ptas. entre los años 1000-1994, los 5.412.000.000 ptas. entre los años 1995-1999 y los 35.000.000 euros en los años 2000-2004, por lo que las cantidades que se dicen sustraídas en cada anualidad se presentarán como insignificantes desde el punto de vista del hipotético entorpecimiento al servicio público exigido por el art. 432.2 CP , máxime teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala en lo casos en que los hechos objeto de acusación se hayan producido a lo largo de un numero importante de años -en este caso desde 1990 hasta 2004-.

1)- El importe total de lo malversado en supuestos de continuidad delictiva del art. 74 será lo que determine la apreciación del subtipo agravado del párrafo 2 del art. 432, aunque, ninguna de las parciales sustracciones revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Subtipo éste que en los casos de delito continuado, prevalece por el principio de especialidad sobre la más general norma del inciso segundo del párrafo segundo del artículo 74 del Código Penal . De este modo, computado el total importe de lo malversado según el inciso primero del párrafo segundo del artículo 74, el mayor desvalor que suponga la notoria gravedad del valor se satisface con la aplicación del subtipo agravado del párrafo segundo del artículo 432 del Código penal , incompatible con el simultáneo trato penológico previsto en el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 74 ( STS. 687/99 de 10.5 ). Por tanto cuando por la entidad económica del delito continuado pueda ser también calificado como de especial gravedad, es de aplicación, por el principio de especialidad, la pena señalada en el concreto delito, con inclusión de la agravación propia del delito continuado, *bien entendido* que ello será en los supuestos en que *ninguna de las acciones individuales de la conducta malversadora alcance los criterios legales que determinan la aplicación del art. 432.2 CP* .

El art. 432.2 CP . prevé la imposición de la pena agravada de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años **si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio publico.**

Así pues, -como se señala en la STS. 381/2007 de 24.4 -, el art. 432 utiliza la copulativa "y" para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la *malversación* puede ser considerada de especial gravedad. Ello -como señala el Ministerio Fiscal- invita a pensar que no basta con que concurra uno de los dos parámetros (alto valor de la cantidad o entorpecimiento del servicio público), sino que es necesario que confluyan uno y otro. Es verdad, que la jurisprudencia al enfrentarse al problema exegético similar planteado con relación al delito de *estafa* (art. 250.1.6) ha llegado a conclusión distinta, entendiendo que basta que concurra una de las circunstancias para que sea procedente la agravación (Cfr. SSTS nº 173/2000, de 12 de febrero ; 103/2001, de 30 de enero ; 2381/2002, de 14 de diciembre ; 696/2002, de 17 de abril ). Sin embargo, con relación al art. 432.2 CP el TS ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiendo que la especial gravedad ha de venir determinada *por ambos factores* : cantidad y daño o perjuicio al servicio público.

La STS de 29-7-1998, nº 2/1998 , proclamó que " entiende esta Sala que nos hallamos ante dos criterios que la Ley impone como únicos para valorar si hay o no esa especial gravedad. Es decir, nos impide acudir a otros criterios diferentes limitando así el arbitrio del Juzgador. Pero no podemos olvidar que la agravación es única: "la especial gravedad". Y ello nos obliga a distinguir tres supuestos diferentes:

1º. Caso de cantidad de menor importancia. Parece lógico entender que, por ejemplo, una malversación de 100.000 ó 200.000 ptas. nunca podría calificarse como de especial gravedad.

2º. Caso en que la suma sea importante de una manera especialmente cualificada. Por ejemplo, a partir de cien millones de ptas. Parece lógico pensar que una malversación con tan elevadas cifras siempre habría de ser valorada como de "especial gravedad". Por otro lado, en estos casos no le será difícil a las acusaciones y al Tribunal que conoce del juicio oral buscar en los hechos elementos determinantes de ese daño o entorpecimiento público, como hizo esta Sala en esas dos sentencias citadas de 22-5-97 y 1-12-97 .

3º. Caso en que la suma malversada sea una cantidad importante pero no en esos extremos muy cualificados a que nos referimos en el caso anterior. *Varios millones* de pesetas, 10 millones, ó 18 millones, como en el supuesto presente. Parece que en estos casos habrá que acudir al otro criterio especificado en la norma penal: *combinando esta cuantía* , que por sí sola ya tiene alguna relevancia, *con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento público* , se podría resolver la cuestión. Si a esta cantidad moderadamente importante se une un daño o entorpecimiento acreditado, habría de aplicarse la cualificación del delito por su "especial gravedad", y no cuando este último elemento falta, que es lo sucedido en la sentencia última dictada por esta Sala al respecto, la antes citada de 10-2-98 , que consideró no aplicable este art. 432.2 porque los Hechos Probados de





la sentencia recurrida no precisaron dato alguno en que pudiera apoyarse ese daño o entorpecimiento cuando la cuantía era de unos 50 millones de pesetas a distribuir entre los varios Ayuntamientos perjudicados.

Estimamos que en el caso presente nos hallamos ante un supuesto que habría de encajar en el 3º de los tres antes examinados, por lo que utilizando conjuntamente los dos criterios que el art. 432.2 tiene en cuenta para poder determinar la "especial gravedad" que constituye la razón de ser de esta cualificación penal, habríamos de afirmar que tal especial gravedad existe. Pero no cabe la aplicación de tal norma, porque al respecto falta el dolo " .

En sentido similar se pronunciaron las SSTS de 17-12-98 ó de 3 de enero de 2001 , moviéndose la jurisprudencia, bajo tales perspectivas, se ha atendido al caso concreto ( STS 1076/2003, de 17 de diciembre ), propiciándose una interpretación restrictiva ( STS 180/98 , de febrero), y se han considerado suficientes para alcanzar la agravación, cantidades como 5.544.206 pts. ( STS 1519/97, de 1 de diciembre ), 43 millones de pts. ( STS 722/97, de 22 de mayo ), 71 millones de pts. ( STS 616/2002, de 13 de abril ), 99 millones de pts. ( STS 771/99, de 10 de mayo ).

Por otra parte, también se ha entendido que el entorpecimiento ha de probarse con independencia de la malversación misma ( STS 293/96, de 3 de abril ). Y añade que "es más el hecho de que se trata de una malversación continuada, desplegada a lo largo de varios años, de varios ejercicios económicos, autoriza a entender que el perjuicio para el desempeño del servicio no pasó de leve o moderado, sin incidencias mayores".

La STS. 429/2012 de 21 de mayo , insiste en esta doctrina al recordar que "efectivamente la jurisprudencia ha optado por exigir la concurrencia de los dos elementos previstos en el artículo 432.2 para la aplicación del subtipo agravado: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público. En alguna ocasión ( STS nº 381/2007 ) ha sugerido que cuando se trata de cantidades especialmente importantes no será difícil acreditar el daño o entorpecimiento del servicio publico. Sin embargo, es preciso que de alguna forma se deduzca del hecho probado tal daño o entorpecimiento, cuya existencia no puede presumirse en contra del acusado.

También, en la sentencia citada, se ha reconocido la necesidad de valorar el tiempo a lo largo del cual se ha realizado la sustracción de los caudales, pues es un elemento que puede influir no solo en la valoración de la cantidad, sino también en la acreditación del daño o entorpecimiento causado, pues si este hubiese sido considerable no resultaría razonable que no se hubiera descubierto en un dilatado periodo de tiempo.

Por otra parte, la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en la necesidad de motivar tanto los aspectos fácticos como los jurídicos de la sentencia, así como las consecuencias, tanto penales como civiles. Especialmente cuando los efectos de lo apreciado suponen una agravación para el acusado.

3)- En el caso presente la sentencia de instancia en orden a la motivación expresa de la aplicación del art. 432.2 CP , señala el total de los caudales públicos sustraídos 1.661.157,33 euros (276.393.324 ptas.), y considera como obvio que "por la magnitud de la cantidad, que tal detracción provocó una falta de financiación o, en su caso, una infrafinanciación de políticas públicas de indudable interés comunitario. Consecuentemente, estamos ante una malversación de especial gravedad, atendida la relevancia de cuantía de dinero público desviado y el indudable daño causado a los servicios públicos que precisan del mismo para su existencia". Motivación suficiente por cuanto esta Sala en reciente sentencia 784/2012 de 5.10 tiene declarado de forma reiterada que la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 del C. Penal requiere que se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el valor de las cantidades sustraídas y el *daño o entorpecimiento producido al servicio público* ( SSTS 616/2002, de 13 de abril ; 381/2007, de 24-4 ; 1094/2011, de 27-10 ; y 429/2012, de 21-5 , entre otras). De modo que han de computarse y darse ambos factores, si bien cuando la cuantía es muy elevada se considera que de la concurrencia de ese primer elemento ya se deriva necesariamente el segundo ( STS 1394/2009, de 25-1-2010 ; se trataba de 3.816.667.656 pesetas, o sea, 22.938.083 euros).

En lo que respecta al criterio del valor de las cantidades sustraídas, la jurisprudencia ha oscilado en demasía en los distintos supuestos enjuiciados. Así, se consideran cantidades suficientes para apreciar el subtipo agravado las siguientes: 5.544.206 ptas. -33.321 euros- ( STS 1519/97, de 1-12 ); 43 millones de ptas. -258.435 euros- ( STS 722/97, de 22-5 ); 99 millones de ptas. - 595.001 euros- ( STS 771/99, de 10-5 ); 71 millones de ptas. -426.718 euros- ( STS 616/2002, de 13-4 ); 43 millones ptas. -258.435 euros- ( STS 1615/2002, de 1-10 ); 40 millones ptas. -240.404 euros- ( STS 950/2003, de 1-7 ); 33 millones de ptas. -198.333 euros- ( STS 1706/2003, de 17-12 ); y 65 millones de ptas. -390.657 euros- ( STS 44/2008, de 5-2 ).

En cambio, no se apreció el subtipo en los supuestos de las siguientes cantidades: 153.000 euros ( STS 381/2007, de 24-4 ); 127.505 euros ( STS 1094/2011, de 27-10 ); y 2.705.000 euros ( STS 429/2012, de 21-5 ).



En el caso que ahora se enjuicia todo indica, pues, que la cifra de 1.661.157,33 euros= 276.393.324 ptas. debe incardinarse en las cuantías de especial gravedad, a tenor de las cifras con que se suele operar.

En algunas sentencias se hace referencia a la agravación del delito de estafa por razón de la cuantía, establecida ahora en 50.000 euros, y se argumenta que no hay razones para que se incremente sustancialmente esta cifra cuando se trate de caudales públicos en vez de patrimonios privados ( STS 1706/2003, de 17-12 ).

Sin embargo, los baremos del delito de estafa no son totalmente extrapolables al delito de malversación de caudales públicos, pues lo cierto es que en el delito de malversación, tal como se reseñó, la norma y la jurisprudencia no sólo atienden al criterio de la cuantía malversada, sino que operan también con el concepto de daño o entorpecimiento del servicio público. Y es en este criterio concreto donde se acumulan las dudas interpretativas, hasta el punto de que la doctrina lo considera un concepto indeterminado excesivamente distorsionador. Pues si bien parece claro que cuando se trata de una cantidad desmesurada el entorpecimiento del servicio sobreviene probablemente de forma inevitable, y también, en sentido contrario, debe quedar excluido cuando la cantidad es nimia, en las cuantías ubicadas en una zona intermedia la incertidumbre interpretativa que se genera es, en cambio, muy difícil de solventar.

Por otra parte, también debe sopesarse que en el tipo básico de malversación la pena mínima privativa de libertad alcanza el triple de la que corresponde a la estafa agravada.

En la sentencia 616/2002, de 13 de abril , se argumenta que el efecto negativo para el servicio público que tenga la acción depredadora será normalmente proporcional al monto del caudal sustraído y la importancia relativa de este estará, a su vez, determinada por el nivel económico de la entidad pública afectada y por las necesidades que la misma deba atender. La relatividad de los conceptos y su interdependencia -señala esta sentencia- dificulta inevitablemente la interpretación del tipo en términos abstractos y generales y por ello en su aplicación tendrán los jueces que decidir caso por caso orientados únicamente por los dos criterios ofrecidos en el precepto.

Sin embargo, la cantidad malversada supera los 600.000 euros, cuantía a partir de la cual algunas sentencias han considerado que genera ya de por sí necesariamente un entorpecimiento del servicio público ( SSTS 2/1998, de 29-7 ; 616/2002, de 13-4 ; y 381/2007, de 24-4 ).

**OCTAVO: El motivo octavo por infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto en el art. 852 LECrim , al haberse vulnerado el principio constitucional de non bis in idem, al haber aplicado simultáneamente a los hechos considerados probados en la sentencia la figura cualificada de malversación de caudales públicos, prevista en el art. 432.2 CP , y la figura del delito continuado prevista en el art. 74 CP .**

Considera el motivo que dicha continuidad delictiva habría de recaer sobre el tipo básico contemplado en el art. 432.1 CP , y no sobre el tipo cualificado, pues ello vulneraría dicho principio constitucional non bis in idem, en la medida en que, por un lado, cualificaría la pena teniendo en consideración la cuantía global del perjuicio para aplicar el delito en su modalidad agravada y a continuación se procede otra vez, a incrementar la pena impuesta con la aplicación del régimen del delito continuado, sancionando dos veces el mismo hecho.

Deben efectuarse unas precisiones en orden al debido esclarecimiento de la cuestión planteada.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Por tanto, según un sector doctrinal hay una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espacio-temporal. Para otro sector, debe acudir a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho. En ocasiones, - dice la STS. 885/2003 de 13.6 - , la Ley prevé la existencia de varios actos para integrar el tipo penal.

Hay unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de violación) careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos ( SSTS. 867/2002 de 29.7 , 885/2003 de 23.5 , 413/2006 de 7.4 , 671/2006 de 21.6 , 213/2008 de 5.5 , 1394/2009 de 21.5 ).

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

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

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

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

Siendo así, cuando se produce una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En este supuesto no hay unidad natural de la acción, sino diferentes actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, ( STS. 867/2002 de 29.7 ), para cuya apreciación, como ya hemos señalado, es necesario que exista una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en



principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del artículo 74 del Código Penal, vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión ( SSTS. 885/2003 de 13.6, 760/2003 de 23.3 ).

Esta es la situación contemplada en el factum, en el que en 34 apartados se detallan las sucesivas apropiaciones por parte del acusado, durante un periodo temporal de 15 años (1990-2004). Por tanto la conducta delictiva se prolongó en el tiempo, pudiendo haberla interrumpido en cualquier momento, al no hacerlo así, dominó la acción, e incurrió en continuidad delictiva durante tan dilatado periodo de tiempo.

3) respecto a la infracción del principio non bis in idem al ser suficiente con la subsunción de los hechos en el tipo agravado, debemos recordar que cuando los hechos individuales realizan el mismo tipo básico y en algunos de ellos concurren circunstancias (genéricas o específicas) la pena de todo el hecho continuado será la que resulte por el hecho más grave. ( STS. 461/2007 de 5.6 ).

En efecto si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Se trata de una cuestión que ha sido también objeto de decisiones de esta Sala en la que hemos excluido toda infracción del principio non bis in idem. La razón es clara: el delito continuado es más grave que un delito único pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente si alguno de los hechos de la continuidad por si mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. Estas consideraciones son aplicables cuando se trata de un subtipo agravado, como es el caso contemplado en el art. 432.2 CP .

4) Así las cosas y en lo que a la penalidad se refiere nos encontramos en el caso presente ante un delito del art. 432.2 CP, sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta de diez a veinte años. Pero tratándose de un delito continuado, operan las reglas del art. 74 CP, siempre en sentido agravatorio.

En este punto la STS. 238/2010 de 17.3 hace algunas consideraciones: La jurisprudencia tradicionalmente viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fé pública o la confianza en la correcta actuación administrativa; y de otra parte en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública ( STS. 687/99, de 10 de mayo ).

No constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos, y se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales.

El autor de la malversación, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto de la Administración; por otro lado la apropiación por la que se consuma el delito de malversación recae sobre bienes públicos a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados. De todo ello se deduce que el legislador no ha vulnerado el art. 14 C.E. al prever sanciones penales distintas para los delitos de apropiación indebida y malversación de fondos ( STC 65/86, de 22 de mayo ).

Conviene también advertir que, a diferencia del delito tipificado en el art. 394 C.P. de 1.973, del vigente Código ha desaparecido el baremo por la cuantía de la sustracción y, en consecuencia, se consumará el injusto aunque la cantidad sustraída en una sola acción no exceda de una determinada cifra, incardinándose en tal caso en el tipo atenuado previsto en el apartado 3 del art. 432, si bien con independencia de que la suma total obtenida en una pluralidad de sustracciones permita incardinar los hechos en el tipo básico del epígrafe 1 o en el agravado del epígrafe 2.

Pues bien, de acuerdo con esta doctrina, es inapelable la aplicación del art. 74.1 C.P. al tipo cualificado, por lo que la pena a imponer es la que marca este precepto en su mitad superior: de seis a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta de quince a veinte años.

En efecto un examen de los distintos expedientes tributarios permite constatar que el año 2003 solo en los relativos a Rodrigo Fausto, 63.400 E; Hometotown SL 108.000 E, Eusebio Landelino 67.800 E y Promociones Landetx 221.110,00 E, la cantidad total malversada asciende a 460.300 euros, que en el año 2001, en los expedientes de Azkuenaga 81.717,21 E y DIRECCION005 60.101,21 E, el total supuso una cantidad de 141.818,42 E, que en el año 2000, expedientes Arturo Urbano 101.571,04; DIRECCION003 166.267,81 E, Bidasoa SA. 90.151,82 E, la cantidad total fue 357.990,67 E, y que en el año 1996 solo en los expedientes Licores y Conservas Irán, 95.039,89 E, y Trovisa SL. 84.141,69 E, el importe total ascendió a 179.181,58 E.

**NOVENO: Los motivos *noveno* por infracción de precepto penal al haberse aplicado indebidamente sobre los hechos probados respecto a D. Herminio Salvador (Pág. 53 a 55 sentencia) el delito de malversación de**





caudales públicos, al no concurrir en los hechos considerados probados en relación con dicho contribuyente los presupuestos legalmente previstos para su aplicación; y *décimo* por infracción de precepto penal al haberse aplicado indebidamente los arts. 109.1 y 110 y 116.1 CP . al determinar las responsabilidades civiles que se habrían derivado de la supuesta comisión del delito de malversación de caudales públicos en relación con D. Herminio Salvador (Pág. 371-373 de la sentencia recurrida) atribuido al recurrente, han sido renunciados a su formalización.

### **III Respecto a la condena por la presunta comisión de un delito continuado de prevaricación administrativa.**

**DECIMO: El motivo undécimo de conformidad con lo establecido en el art. 852 LECrim , por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, art. 24 CE .**

Entiende el motivo que no existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en relación *al delito de prevaricación* , sobre si el dinero que se aportó en cada uno de los expedientes tildados de irregulares respondió a las pautas que regían la recaudación en la hacienda Foral de Guipúzcoa y en la Oficina Tributaria de Irán.

Para ello enumera los 31 expedientes de contribuyentes en los que se sostiene la existencia de irregularidades (Pág. 14 a 53 sentencia), y como puede desprenderse del cotejo de la documental obrante en autos en concreto de la denominada "documentación de la totalidad de expedientes de los contribuyentes" (Tomos 1 a 14 de los expedientes) puede comprobarse como los mismos no son expedientes tributarios al uso en los que se contenga documentación original y en los que se pueda comprobar con integridad todas las gestiones realizadas.

En concreto de los 31 contribuyentes existe una relación de 12 expedientes sobre los que no existe expediente original tramitado en la Hacienda Foral, como una especie de "reconstrucción" de los mismos, mediante reimpresión de formularios, declaraciones y fotocopias. Reconstrucciones realizadas mediante la reimpresión de GEA (un sistema interno de gestión documental) que no se instauró como programa informático de uso por Hacienda hasta el año 2.004, cuando ya no estaba el Sr. Marcos Benjamin .

Por tanto en 12 expedientes no obran los originales cuyas irregularidades se atribuyen al Sr. Marcos Benjamin y que al parecer se extraviaron -lo que reconoce el técnico de Hacienda Sr. Samuel Hermenegildo al admitir que se produjo el extravío de algún expediente-

Desaparición de los expedientes que no puede ser atribuida al recurrente y que determina la falta de sustento probatorio que permite sostener que incurriera en los comportamientos calificados conforme al art. 404 CP . por cuanto la falta del expediente íntegro imposibilita dar por cierta la existencia de irregularidades en la tramitación de los mismos.

El motivo no puede ser acogido.

1º) El ámbito de conocimiento de esta Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos.

b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción.

c) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Y el limite de control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al Tribunal sentenciador ( STS. 1231/2000 de 3.7 y 429/2012 de 21.5 ), que precisa "**El control procedente en casación no supone una nueva valoración del material probatorio disponible, sino que se orienta a verificar que las pruebas han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en segundo lugar, a comprobar la racionalidad de la valoración, es decir, que el tribunal no se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea**".

2º) Desde este planteamiento, el motivo, se insiste, debe ser desestimado.



-en primer lugar el total de expedientes tributarios que contienen irregularidades son 31 y solo 12 en los que no existe el expediente original tramitada en la Hacienda Foral, luego existen 19 expedientes no afectados por esa ausencia y que posibilitarían seguir manteniendo la comisión del delito continuado de prevaricación administrativa, art. 404 CP .

-en segundo lugar, la Sala de instancia para formar su convicción no se ha basado exclusivamente en la documentación de la totalidad de los expedientes de los contribuyentes "sino, además en el resto de documentos aportados, las testificales de cada contribuyente o personas relacionadas y la propia declaración del acusado en el juicio oral, en relación con cada uno de los expedientes.

Así en concreto si se analiza cada uno de los 12 expedientes cuestionados en el motivo:

1) En relación al expediente de Purificación Lucia -Saratrans SL. Y Maycal SA. (Pág. 158 a 166 de la sentencia) la Sala valora como información procedente de las fuentes de prueba: las testificales de Purificación Lucia administradora de Transportes Saratrans, SL. Y Marcal SA. Y de Florentino Leonardo , copropietario de la Asesoría Jaro que gestionó las deudas con Hacienda de aquellas sociedades, los documentos aportados al proceso (folios 7073 a 7087 del Tomo 28), de los pagos efectuados y la propia declaración de Marcos Benjamín , para llegar a la conclusión de que existió una quita de la deuda tributaria con infracción de lo previsto en el art. 13 del Decreto Foral 27/91 de 9.4 por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de Tributos.

2) Expediente Efraín Cristóbal (Pág.. 172 a 174) valora la testifical de este obligado tributario, los documentos contenidos en el expediente tributario -en particular una providencia del Sr. Marcos Benjamín de 9.2.2000 por la que se acuerda el alzamiento de los embargos practicados en el procedimiento- y la declaración del acusado para llegar a la convicción de que Efraín Cristóbal tenía dos deudas tributarias por importe de 1.551.888 ptas. (9.327,03 E) y de 1.548.657 ptas. (9.307,72 E), con embargos de la Hacienda Foral de 11.9.99 y 28.1.2000, y el acusado por el pago de 300.000 ptas. (1.803,04 E), acordó mediante providencia de 9.2.2000, el alzamiento de los embargos y posteriormente el 26.3.2003, a pesar de que existía patrimonio realizable, acordó la insolvencia y archivo del procedimiento.

3) Expediente comercial Elorriaga-Licores y Conservas Irún (Pág. 175 a 179).

La sentencia valora el testimonio de Severiano Ildefonso gerente de la empresa comercial Elorriaga, y de Luis Pelayo , trabajador de la gestoría Arana que llevaba la contabilidad de esa empresa y de Licores y Conservas Irún, y los documentos aportados al proceso (folios 331 a 344) del anexo económico 2, apuntes de ingresos de distintos pagarés en la cuenta del acusado, para llegar a la convicción de que la Empresa Comercial Elorriaga tenía una deuda con la Hacienda Foral ligeramente superior a los 300.000 E, y al existir una sucesión en la actividad empresarial, la Hacienda imputó la citada deuda tributaria a la empresa Licores y Conservas de Irún SL, de que el Sr. Marcos Benjamín y el Sr. Severiano Ildefonso , gerente de las dos empresas concertaron su cumplimiento fraccionado de la deuda tributaria, abonando el segundo la cantidad de 12.000.000 ptas. (72.121,45 E), mediante entregas mensuales de 1.000.000 ptas. (6.010,12 E), cada una, y de que para enmascarar el desvío de esas cantidades el acusado, en su condición de Jefe de la Unidad de Recaudación ordenó a un funcionario que hiciera constar en el expediente tributario que el 19.2.2001, se procedía a la declaración de insolvencia de deudas tributarias de Comercial Elorriaga SA, por importe de 304.757,22 E, ocultando que había existido una derivación de responsabilidad patrimonial hacia Licores y Conservas SL, y el abono de las cantidades indicadas.

4) Expediente Trobisa SL. Onesimo Pascual (Pág. 181 a 186).

La Sala valora las testificales de Onesimo Pascual , administrador único y propietario de Trobisa SL, de Secundino Marino , gerente de Hidro-Rubber Ibérica, cuyo proveedor era Trobisa SL, los documentos aportados al proceso, justificantes de embargo en metálico en los que queda constancia de que Hidro- Rubber Ibérica SL, abonó al Sr. Marcos Benjamín en las dependencias de la oficina de Irún 3.000.000 ptas. el 18.4.96, y 3.000.000 el 4.10.96 (folios 606 y 607), copia de un cheque al portador de 3.000.000 ptas. de la entidad Kutxa emitido el 5.1.06, (folio 608), dos ingresos mediante cheques el 6.11 y 7.11.96, por un importe cada uno de 3.000.000 ptas (folio 346, anexo económico 2); y la declaración de Marcos Benjamín , para llegar a la convicción de que el hoy recurrente y Onesimo Pascual , administrador de Trobisa, acordaron que las deudas tributarias que la referida empresa tenía por importe de 245.658,47 E, quedaran reducidas a 89.000 E, lo que suponía una quita de la deuda tributaria, y de que el Sr. Marcos Benjamín , acordó la data por insolvencia de Trobisa SL, a pesar de que existían bienes del patrimonio de la referida empresa realizables por una cantidad superior a 80.000 E, e igualmente la data por prescripción de deudas no prescritas por importe de 133.745,08 euros el 17.1.2003, a pesar de que existían providencias de apremio de los años 2001 y 2002 y de que el plazo legal de prescripción era de cuatro años.



5) Expediente Serafin Oscar (Pág. 188 a 191) la Sala valora la testifical de Serafin Oscar y la declaración del acusado, para llegar a la convicción de que ambos, el Sr. Marcos Benjamin como Jefe de la oficina Tributaria de Irún -convinieron que la deuda tributaria del primero que ascendía a 2.609.875 Ptas. (15.685,66 euros) quedara reducida en un 40%, y que el 60% se abonara en tres plazos mensuales de 6.000 Ptas. (3.606,07 E), dinero que el Sr. Serafin Oscar entregó en metálico al Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de la oficina tributaria de Irán, y además que el Sr. Marcos Benjamin ordenó el 22.1.2003 a un funcionario que, sin haber ninguna actividad de averiguación patrimonial, hiciera constar en la aplicación informática la data por insolvencia del Sr. Serafin Oscar de la deuda tributaria del Sr. Serafin Oscar , sin imputar los pagos realizados.

6) Expediente Nitrex SA (Pág. 194 a 197).

La sentencia valora la declaración testifical de D. Bernardo Blas , gerente de la empresa " Nitrex S.A.", los documentos aportados al proceso: justificantes de embargo en metálico (folios 2589 a 2593), que contienen cantidades entregadas al Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de la oficina tributaria de Irún por un total de 11.500.000 ptas. (69.116,39 euros), y la declaración del acusado Sr. Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que el Sr. Marcos Benjamin acordó con Bernardo Blas , gerente de Nitrex una reducción de la deuda tributaria y un pago fraccionado de la cantidad no afecta da por la quita, a pesar de que la empresa tenia capacidad económica para abonar, de forma fraccionada toda la deuda.

7) Expediente DIRECCION003 Comunidad de Bienes (de la que forman parte además de D. Lucio Leoncio (Pág. 197 a 200).

La Sala valora las testificales de Lucio Leoncio , propietario del DIRECCION003 junto con sus hermanos Federico Nemesio y Ildefonso Edmundo , en comunidad de bienes; los documentos aportados al proceso: justificantes de embargo en metálico que reflejan cantidades recibidas por el Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de la oficina Tributaria de Irún (folios 484 a 491), entre el 13.8.98 y 28.7.2003, por un total de 166.267,81 euros, informe de 13.5.2003, del Sr. Marcos Benjamin en el que se estipula que no procede la derivación de responsabilidad tributaria a la referida Comunidad de Bienes a los comuneros y la data por insolvencia probada de todos ellos (folios 85 y 86 del expediente tributario del DIRECCION003 ), y la declaración de Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que los comuneros acordaron con el recurrente el pago fraccionado de la deuda, abonando en metálico la totalidad de la misma entre agosto 1998 y julio 2033, cantidades que el Sr. Marcos Benjamin no ingresó en la Tesorería Foral, y para evitar tal hecho con fecha 13.5.2003, archivo el procedimiento por insolvencia de los obligados tributarios.

8) Expediente de Tamara Yolanda (Pág. 223 a 225).

La Sala valora la testifical de Cayetano Teofilo que tras fallecer su madre Tamara Yolanda , asumió las deudas que éste tenia pendientes con Hacienda; los documentos aportados al proceso: justificante de embargo en metálico por 4.442.476 Ptas. (folio 7820), copia del cheque Banco Guipuzcoano por importe de 4.353.198 Ptas. (folio 7821); justificante embargo en metálico por importe de 1.350.000 Ptas. (folio 7822), y la declaración del acusado Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que el Sr. Marcos Benjamin y el Sr. Cayetano Teofilo convinieron el pago fraccionado de la deuda tributaria de 31.648,30 euros, de la madre del segundo, Tamara Yolanda , que había fallecido, que fue abonada con dos pagos, uno en metálico y otro mediante cheque: cantidad que no fue ingresada en la Tesorería Foral, y para enmascarar los pagos recibidos el Sr. Marcos Benjamin ordenó que se declarara la insolvencia de la Sra. Tamara Yolanda por la totalidad de la deuda.

9) Expediente DIRECCION005 CB. (Pág. 237 a 245).

La Sala valora la testifical de Catalina Mariana , administrativa de DIRECCION005 CB, de Candido Donato , miembro de la Comunidad Bienes, de Genaro Dionisio , miembro de la Comunidad Bienes, de Feliciano Borja , abogado que trabajaba en la Asesoría Segí y gestionó la deuda de la Comunidad de Bienes con Hacienda, los documentos aportados al proceso: folios 349 y 350 del Tomo II extractos cuenta corriente Banco Santander, donde figura la cantidad del préstamo solicitado y ofrecido por diez millones pesetas; folio 7176 y 7177, resoluciones firmados pro el Sr. Marcos Benjamin , por delegación de firma del Jefe de la Oficina Tributaria de Donostia, acordando alzar determinados embargos, y la declaración de Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que la empresa DIRECCION005 CB, tenia una deuda con Hacienda de los 10.000.000 Ptas. como consecuencia de impagos del puesto sobre Valor Añadido y el de la Renta de Personas Físicas, importe al que habría que añadirse el recargo de apremio (20%) e interés de demora y para garantizar el pago de esa deuda se había acordado el embargo de sendas fincas de uno de los comuneros, que ya habrían sido anotados en el Registro de la propiedad, así como la traba de los créditos que la Comunidad pudiera tener frente a terceros: Que a través del abogado contratado por la administrativa de la Comunidad se convino con el acusado Sr. Marcos Benjamin el abono del principal de la deuda mediante un único pago en metálico y lograr el inmediato alzamiento de los embargos sobre los créditos de los clientes, para lo que los comuneros concertaron el 12.6.2001 un préstamo con el Banco de Santander por un importe de 10.000.000 Ptas. (60.101,21 E), que fue



dispuesto al día siguiente y entregado al Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de Hacienda de Irún, y que el Sr. Marcos Benjamin no ingresó la cantidad recibida en las Arcas Forales y no solo se limitó a alzar los embargos sobre los créditos de los clientes, sino que procedió a alzar los embargos acabados sobre los dos inmuebles para evitar el afloramiento del pago realizado, y como todavía quedaba pendiente de liquidar la deuda correspondiente el recargo de apremio e intereses de demora, procedió al año siguiente a ordenar plurales insolvencias de la Comunidad de Bienes sobre la totalidad de la deuda tributaria (incluida la parte principal que se había abonado), a pesar de que existían datos de solvencia de los dos integrantes de la Comunidad.

10) Expediente Calderesa San Pedro y Caravanas Oñate (Pág. 252 a 257).

El Tribunal valora las testificales de Agueda Natalia , administradora de Caravanas Oñate y de Bernarda Enriqueta abogada de la anterior, los documentos aportados en junio: cheque por 30.000 E emitido por Caravanas Oñate (folio 7100, tomo 28), justificante de embargo en metálico suscrito por el Sr. Marcos Benjamin (folio 318, Tomo 2), documento en que el acusado afirma no proceder la derivación de responsabilidad de Calderería San Pedro a Caravanas Oñate (folios 319 y ss.), y cuenta corriente Ulki SL. Donde consta el ingreso del cheque de 30.000 euros (folio 1567, anexo económico 5), y la declaración de Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que Agueda Natalia en representación de Caravanas Oñate SL, y el Sr. Marcos Benjamin como Jefe de la Oficina Tributaria de Irán, convinieron que aunque la responsabilidad derivada de Caravanas Oñate por la deuda tributaria de Calderería San Pedro era discutible, se abonase la cantidad de 30.000 E, y con ello se produciría la extinción de la totalidad de la deuda, sensiblemente superior, comprometiéndose el Sr. Marcos Benjamin a no derivar la responsabilidad, a pesar de que no existían datos que permitieran calificar como infundada la existencia de la sucesión empresarial que justificó el inicio del expediente de derivación.

11) Expediente productos Lavigne SL. (Pág. 257 a 264).

La Sala valora como información aportada por las fuentes de prueba: las testificales de Sergio Javier que fue contratado por la empresa Cosmobask S.L. para que gestionase las deudas que la empresa Productos Lavigne SL. Adquirida por Cosmobask S.L. mantenía con Hacienda; de Raul Marcial , copropietario de Cosmobask SL, y Laureano Lorenzo , el otro copropietario de Cosmobask, los documentos aportados al juicio, folios 390 a 391 que contienen un justificante de embargo en metálico por importe de 52.560 E de fecha 19.12.2002 que refleja que esa cantidad se entregó al Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de la oficina tributaria de Irán, y un informe realizado por el Sr. Marcos Benjamin en el que declara que no procede la derivación de la responsabilidad a terceros, así como la data de la deuda tributaria por la insolvencia del sujeto pasivo y ausencia de terceros responsables; y la declaración del acusado Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que el asesor de Cosmobask SL, y el Sr. Marcos Benjamin , como Jefe de la Oficina Tributaria de Irún acordaron que a cambio de no derivar la responsabilidad de Productos Lavigne SL, hacia la referida empresa, a pesar de que existían elementos para entender que concurría una sucesión en la actividad industrial dada la identidad de socios y del objeto social, Cosmobask SL, se comprometía a abonar la cantidad de 52.569 euros en concepto de pago de la deuda tributaria de Lavigne SL, que ascendía a 279.149,38 euros, extinguiéndose ésta última deuda.

Cosmobask abonó 9.000.000 Ptas. al Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de la oficina tributaria de Irún en concepto de pago de la deuda tributaria a Productos Lavigne SL, y el Sr. Marcos Benjamin entregó a los propietarios de aquella empresa un acuerdo por él suscrito en el que se afirmaba que no existían razones para deriva la responsabilidad de Productos Lavigne SL. El Sr. Marcos Benjamin no ingresó la cantidad recibida en las Arcas Forales SL, y en fecha 20.1.2003, acordó la bajo por insolvencia de la deuda tributaria de Productos Lavigne por el importe total de 279.149,39 euros, esto es, sin computar la cantidad de 52.600 euros abonada.

12) Expediente Eusebio Landelino (Pág. 281 a 288).

La Sal valora como información aportada por las fuentes de prueba, las testificales de Eusebio Landelino , Gaspar Santiago asesor Fiscal del Sr. Eusebio Landelino , abogado en ejercicio y Catedrático Universidad, Inmaculada Herminia , empleada de Gaspar Santiago , y Vanesa Elsa , subinspectora de Hacienda en San Sebastián, los documentos aportados al proceso: folios 7186 y 7187, justificantes de embargo en metálico que reflejan las cantidades recibidas por el Sr. Marcos Benjamin en las dependencias de la Oficina Tributaria Irán: 43.800 E el 31.10.2003, y 24.000 euros en fecha 15.10.2003, y la providencia de alzamiento de embargos y datos por insolvencia del contribuyentes que se contienen en el expediente tributario; y la declaración del acusado Marcos Benjamin , para llegar a la convicción de que Eusebio Landelino , representado por el asesor D. Gaspar Santiago y el Sr. Marcos Benjamin en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún acordaran una gruta de la deuda tributaria del Sr. Eusebio Landelino que ascendía a 104.000 E, de forma que por el abono de 67.800 E, se extinguiría el crédito hipotecario. Producido el pago el Sr. Marcos Benjamin , abusando de





una delegación de firma, acordó el alzamiento de los embargos trabados en febrero 2002 sobre dos fincas del contribuyente, cuyo valor era notoriamente superior al importe de la deuda tributaria, y alzado el embargo se dató por insolvencia del Sr. Eusebio Landelino cuando era notorio por los propios embargos trabados que era un contribuyente con capacidad para pagar de forma íntegra la deuda tributaria.

Consecuentemente la Sala ha valorado una prueba plural y diversa mediante un análisis individualizado de cada expediente administrativo, remarcando las distintas fuentes de prueba de las que extra información para llegar a la convicción de la comisión por el recurrente del delito de prevaricación.

**DECIMO PRIMERO: El motivo decimosegundo formulado por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim , error en la apreciación de la prueba, al haber apreciado erróneamente al determinar los hechos probados en los folios 14 a 55 de la sentencia recurrida, la documentación obrante en los anexos denominados "documentación de la totalidad de expedientes de contribuyentes (tomos 1 a 14 de los expedientes)".**

En el desarrollo del motivo se centra exclusivamente en uno de los expedientes tributarios, en concreto **Electromuebles Geuria** ( Pág. 94), cuyo cotejo permite sostener dicho error en la apreciación de la prueba.

El motivo se desestima.

La sentencia de instancia en el hecho probado (Pág. 44-45), establece: " Durante el mes de mayo de 2002, D. Valentin Gines fue requerido para el pago de las deudas con Hacienda que mantenían tanto él, como su esposa D<sup>a</sup> Yolanda Sabina , como la Sociedad "Electromuebles Geuria S.A.", empresa social en la que él y su esposa eran socios y administradores. El Sr. Valentin Gines acudió a la oficina de Hacienda de Irún y se reunió con el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de la Oficina Tributaria de Irún. En el curso de la conversación, el Sr. Marcos Benjamin le trasladó que tenía que pagar 8.000.000 pesetas (48.080,97 euros) para saldar todas las deudas y ello pese a conocer el acusado que la deudas eran mayores y que no era posible legalmente rebajar la deuda a un contribuyente. En concreto, la deuda de Electromuebles Geuria, a fecha 13 de febrero de 2002, era de 37.081,89 euros, que la deuda del Sr. Valentin Gines , en fecha 10 de mayo de 2002, era de 8.070,94 euros y el importe de la deuda de la Sra. Yolanda Sabina , a fecha 28 de mayo de 2002, era de 6.379,02 euros. Tras aceptar la propuesta del Sr. Marcos Benjamin , el Sr. Valentin Gines pidió un préstamo a la Entidad Kutxa por importe de 51.000 euros, en fecha 8 de julio de 2002, y, en esta misma fecha, pagó al acusado Sr. Marcos Benjamin la cantidad de 48.080,97 euros mediante el cheque al portador número NUM084 que se cargó en la cuenta de Kutxa número 2101 003916 0004056610 de "Electromuebles Geuria S.A." recibiendo del acusado el correspondiente justificante de embargo por el pago realizado. El Sr. Marcos Benjamin , con intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, no ingresó el dinero del cheque en las cuentas de la Hacienda Foral sino que se lo quedó para sí. Concretamente lo ingresó, en fecha 12 de julio del 2002, en la cuenta de su titularidad número NUM080 de Caja de Extremadura.

El expediente tributario de "Electromuebles Geuria S.A. " había cambiado de grupo en fecha 18 de febrero de 2002, remitiéndose de la Oficina Tributaria de Eibar a la oficina Tributaria de Irún, habiendo sido ya acordados por el Jefe de la Oficina Tributaria de Eibar, en fecha 13 de febrero de 2002, el embargo de saldos de cuentas en distintas entidades bancarias (Caja Laboral, kutxa) Entidad en la que se habían retenido 2.591,16 euros, La Caixa, Banco Santander y Central Hispano) así como, en fecha 14 de febrero de 2002, el embargo del vehículo matrícula SS-0567- BD de Electromuebles Geuria S.A. El mismo día del traslado del expediente a Irún, el Sr. Marcos Benjamin , en su condición de Jefe de dicha oficina Tributaria, por escrito de fecha 18 de febrero de 2002, por delegación de firma, suscribió el alzamiento de los embargos de saldos de cuentas corrientes de Electromuebles Geuria que habían sido acordados por la oficina Tributaria de Eibar y ello, a sabiendas de que subsistía la deuda de dicho contribuyente con la Hacienda Foral y que no procedía legalmente el alzamiento de embargos, dado que ni se había satisfecho la deuda ni se había ofrecido una garantía de pago dotada de la misma eficacia que la traba operada.

Dado que el Sr. Marcos Benjamin no aplicó la cantidad recibida al pago de la deuda, ésta siguió vigente y en curso por lo que dicho acusado, para ocultar el destino del dinero y evitar que Hacienda pudiera reclamar la deuda de Electromuebles Geuria o de sus socios, en fecha 20 de enero de 2003, remitió al Jefe de la Sección de Apoyo y Coordinación el texto de fallido del deudor del expediente Sr. Valentin Gines y ordenó que el funcionario de Hacienda de Irún número NUM054 hiciera constar, en la aplicación informática, en fecha 20 de enero de 2003, la data por insolvencia de una deuda de 8.070,94 euros del Sr. Valentin Gines , en fecha 16 de enero de 2003, la data por insolvencia de otra deuda de 4.954,62 euros de la Sra. Yolanda Sabina y, en fecha 8 de agosto de 2003, la data por insolvencia de una deuda de 36.882,89 euros de " Electromuebles Geuria S.A. ". Todo ello sabiendo el acusado que no procedía la declaración de insolvencia dado que el Sr. Valentin Gines había pagado 4.230.000 pesetas entre el año 1997 y el 9 de mayo de 2002, y 48.080,97 euros en fecha 8 de julio de 2002, que se habían embargado saldos de cuentas corrientes y fincas, embargos posteriormente alzados sin



abono de la deuda ni ofrecimiento de garantía alternativa, y de que en Hacienda constaban datos de solvencia de Electromuebles Geuria y de sus socios y administradores (así Electromuebles Geuria, en el modelo 347 de Hacienda, tenía en el año 2002 un importe de compras de 417.059,75 euros y, en el año 2003, un importe de 495.426,46 euros, el Sr. Valentin Gines tuvo rendimientos de trabajo, durante 2002, de 48.653,64 euros y, en el año 2003, de 51.115,96 euros, así como unas retribuciones, durante 2002, de 26.132,27 euros, siendo titular, junto a su cónyuge, de la finca NUM085 de Hondarribia y de la mitad indivisa de la finca NUM086 de Irún, y, por último, la Sra. Yolanda Sabina tuvo durante el año 2002 un rendimiento de 45.684,3 euros y, en el año 2003, de 51.309,3 euro, siendo titular, junto a su cónyuge, de la finca NUM085 de Hondarribia y de la mitad indivisa de la finca NUM086 de Irún según certificación del Registro de la Propiedad).

Con dichas actuaciones el Sr. Marcos Benjamin impidió que la Hacienda Foral pudiera cobrar la deuda de "Electromuebles Geuria S.A." (no pudiendo rehabilitarse por estar prescrita) así como la deuda de Valentin Gines , habiendo podido cobrar la deuda no prescrita de Yolanda Sabina "

Y en la fundamentación jurídica (Pág.. 248 a 252) la Sala tiene en cuenta y valora: las testificales de Valentin Gines administrador junto con su esposa Yolanda Sabina de Electromuebles Geuria SA, de Yolanda Sabina esposa del anterior, socia y administrativa de la empresa, la documentación aportada al proceso , no solo los folios 103 y expediente tributario de Electromuebles Geuria, que contienen los embargos, alzamientos de embargos y datas de insolvencia, sino en los folios 560 y 561 de las actuaciones: extracto cuenta corriente de Kutxa, cuyos titulares Electromuebles Geuria SA, en la que, con fecha 8.7.2002 y concepto de préstamo, se carga apunte de una cantidad de 51.000 euros, y como apunte 35, se carga un cheque con fecha emisión 8.7.2002, e importe de 48.080 E, la copia del referido cheque, folio 568, justificante de embargo en metálico por el importe del cheque suscrito por el acusado Sr. Marcos Benjamin , folio 3751, y finalmente en el folio 865, anexo económico 4, el apunte que refleja el ingreso del referido cheque en la cuenta de Caja Extremadura, cuyo titular el Sr. Marcos Benjamin ; y la declaración del propio Marcos Benjamin .

Consecuentemente el documento señalado en el motivo; el expediente tributario en su totalidad, carece de literosuficiencia, al formar la Sala su convicción, además de en los folios que del mismo señala, en otras pruebas distintas, también documentales, y personales.

El motivo por lo expuesto se desestima.

**DECIMO SEGUNDO: El motivo décimo tercero por infracción Ley, art. 849.1 LECrim , al haberse aplicado indebidamente sobre los hechos probados, el art. 404 CP , relativo a la prevaricación al no concurrir los presupuestos legalmente previstos para su aplicación.**

El motivo tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre qué debe entenderse por "resolución" y "acto decisorio", la posibilidad excepcional de la prevaricación por omisión, que se entiende por "arbitrariedad", considera atípicos los hechos probados en sentencia desde el punto de vista del delito de prevaricación, en concreto la existencia de quitas a los contribuyentes, el alzamiento de embargos sobre bienes, la aplicación informática de un expediente tributario como prescrito, y destaca comportamientos descritos en los hechos probados que el propio Tribunal no considera constitutivos del delito de prevaricación como son las propuestas injustificadas de insolvencia o la ausencia, igualmente infundada, de propuestas de derivación de responsabilidad que al no constituir resoluciones, no integran el ilícito de prevaricación.

Como hemos dicho en el auto Tribunal Supremo 22.12.2010 , dictado en la causa especial 20.534/2009, establece la reciente sentencia de esta Sala 49/2010 de 4.2 , recordando, entre otras las sentencias 28.3.2003 y 4.12.2003 , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29.9 - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos ( art. 24 CP ) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE ), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.



La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, ( SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010 ), que señala que *"La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican ( artículo 106.1 de la Constitución ) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico..."* o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), señalando al efecto que la misma concurre *"cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso"*.

Ahora bien no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que " el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito ( STS núm. 766/1999, de 18 de mayo ). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso- administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos ( STS núm. 76/2002, de 25 de enero ). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS. 627/2006 de 8.6 , en la que se dice que: ...La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley.



Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo ( STS. 443/2008 de 1.7 ).

Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual ( SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004 ).

En definitiva será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por *autoridad o funcionario* en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, *ilegal*; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede *manifestarse* en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un *resultado* materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la *particular voluntad* de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

A la vista de la jurisprudencia citada deben examinarse las quejas e impugnaciones del recurrente que deben ser desestimadas.

En efecto la sentencia recurrida, Pág. 14 a 55 de los hechos probados, detalla las actuaciones llevadas a cabo por el Sr. Marcos Benjamin en 34 expedientes, conductas que en el fundamento jurídico sexto -epígrafe prevaricación administrativa, Pág.. 313-315, subsume en el art. 404. Así:

**\* Ha acordado la quita de deudas tributarias, careciendo absolutamente de competencia para ello pues el artículo 88 RRF únicamente contempla la condonación de una deuda tributaria mediante una Norma Foral que deberá fijar su cuantía, requisitos y efectos.**

**\* Ha resuelto alzar los embargos trabados en los procedimientos de apremio sin que existiera un solo elemento que permitiera calificar la traba de injustificada por razones objetivas -extinción de la deuda tributaria por pago, prescripción o compensación-, art. 43 a 69 Reglamento Recaudación Tributos. Decreto Foral 27/91 de 9.4, subjetivas -bienes a nombre de terceros de buena fe-, o contextuales -ausencia de una garantía de pago dotada de la misma eficacia que el embargo-. Principio de proporcionalidad de actuación administrativa previsto en el art. 131.1 Norma Foral 1/85 de 31.1, General Tributaria del Territorio Histórico de Guipúzcoa.**

**\* Ha acordado declarar prescrita deudas tributarias cuando carece de competencia para ello -pues la misma corresponde al Jefe del Servicio de Recaudación ex artículo 60.2 RRF y, además, de forma ostensible, no había transcurrido el plazo legal de prescripción. Ha resuelto, sin competencia para ello y eludiendo el procedimiento previsto en Decreto Foral 73/1991, de 15 de octubre (por el que se regula el procedimiento**





**para la realización de devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria) la devolución de ingresos tildados de indebidos.**

Pronunciamento que debe ser mantenido por cuanto la argumentación de que tales acuerdos no son propiamente resoluciones ni tiene carácter decisorio, resultando en todo momento revisables por sus superiores jerárquicos, no puede ser asumida.

Como hemos dicho en STS. 723/2009 de 1.7 , recogiendo la doctrina de la STS. 939/2003 de 27.6 , según el *Diccionario de la Real Academia Española* , resolver es "tomar determinación fija y decisiva". Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el *thema decidendi* . Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final.

Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido *decisorio* , puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido *material* , o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) impone a la Administración la obligación de "dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42,1). Y en su art. 82,1 , afirma que "a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes". Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de "la resolución" como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al "contenido" de las resoluciones administrativas, dice que la resolución "decidirá todas las cuestiones planteadas" y que la decisión "será motivada".

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal "resolución" del art. 404 C. Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de "autoridad[es] o funcionario[s] público[s]", que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito - especial propio- de que se trata. Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de "arbitraria", para que pueda considerarse típica, haya sido dictada "a sabiendas de su injusticia". De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material.

Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995 , de las que resulta que a los efectos del actual art. 404 C. Penal , "resolución" es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la de nº 38/1998, de 23 de enero, que cita el recurrente, que reserva ese concepto para el "acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados", considerando al respecto que <<o esencial es que tenga "un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración">>.

Por tanto dentro de los actos administrativos concretos, los resolutorios han de diferenciarse de los de trámite, en que aquellos dan definitivamente forma a la voluntad administrativa. Los actos absolutorios ponen fin a los procedimientos administrativos, mientras que los actos de trámite instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva ( STS. 26.8.2007 de 9.4).

Ahora bien también hemos recordado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno ( SSTS. 38/98 de 29.1 , 813/98 de 12.6 , 943/98 de 10.7 , 1463/98 de 24.11 , 190/99 de 12.2 , 1147/99 de 9.7 , 460/2002 de 16.3 , 647/2002 de 16.4 , 504/2003 de 2.4 , 857/2003 de 13.6 , 927/2003 de 23.6 , 406/2004 de 31.3 , 627/2006 de 8.6 , 443/2008 de 1.7 , 866/2008 de 1.12 ). Por tanto, en principio son posibles las resoluciones orales pues si bien el principio general en el procedimiento administrativo es la manifestación de los actos en forma escrita, la verbal no está excluida y así se infiere del art. 55 de la Ley del Reglamento Jurídico de las Administraciones Públicas . Asimismo es factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación ( STS. 190/99 de 12.2 , 65/2002 de 11.3 , 647/2002 de 16.4 , 1093/2006 de 18.10 ).



En el caso presente no puede sostenerse que *acordar* una quita, alzar embargos y especialmente *acordar la prescripción de deudas tributarias* no sean actos de contenido decisorio, que no producen efectos jurídicos ni afectan a los derechos de los contribuyentes. El que los actos no sean definitivos, pudiendo estar sujetos a posteriores aprobaciones y autorizaciones, no excluye su condición de acto decisorio ( STS. 504/2003 de 2.4 ).

**DECIMO TERCERO: El motivo décimo cuarto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim . al haberse aplicado indebidamente los arts. 109.1 , 110 y 116.1 CP , al determinar las responsabilidades civiles que se habrían derivado de la comisión del delito de prevaricación.**

Se sostiene en el motivo como se exige por la jurisprudencia la condena por responsabilidad civil debe ser, como una consecuencia jurídica más del delito por el que se condena, motivada en sentencia razonando en este caso los motivos por los que se sostiene la existencia de un perjuicio económico por el que debe ser condenado el Sr. Marcos Benjamin . La sentencia recurrida no justifica los concretos motivos por los que considera que Hacienda resultó perjudicada de ser lícitas las conductas prevaricadoras atribuidas al recurrente, así solo contiene la siguiente afirmación: **"el perjuicio se integra por las cantidades que la Hacienda Foral de Guipúzcoa hubiera captado de los contribuyentes de no haberse emitido las resoluciones que integran el delito de prevaricación administrativa"**.

A continuación expone los motivos por los que entiende inexistente el perjuicio:

- Ninguna de las resoluciones por las que es condenado el recurrente generaban efectos por sí mismas, bien porque no fueran resoluciones como tal, bien porque no fueran ejecutivas en sí mismas al ser revisables y no implicar la desaparición de la deuda.

Por tanto al no generar ningún efecto jurídico no pueden engendrar responsabilidad civil.

-Los expedientes objeto de tramitación por la oficina de Irán eran todos de "difícil cobro" por ser expedientes de apremio, esto es en su última fase en la que se realizan gestiones para lograr el pago, en la cuantía que fuera posible, de la deuda tributaria.

Y concluye que la condena como responsable civil debe estar basada en realidades y "no respecto a hechos hipotéticos y futuros perjuicios, uno que éstos han de quedar probados", y en la narración de hechos probados no existe un solo dato del que pueda desprenderse la existencia de ese perjuicio a 240.018,65 E el que se condena como indemnización al Sr. Marcos Benjamin .

El motivo se desestima.

La sentencia penal que condena por un delito no presupone, sin más, la existencia de responsabilidad civil, dado que ésta nace de la producción de un daño y este daño unos delitos pueden producirlo y otros no. No es cierto, por tanto, que toda responsabilidad criminal conlleve necesariamente la civil. Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas en las que el hecho además del daño criminal a ellas inherente, producen un daño civil, es decir cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente; por lo cual los delitos formales o de peligro, no son susceptibles de generar responsabilidad civil ( STS. 936/2006 de 10.10 ).

Los principios generales por los que se rige esta materia de responsabilidad civil derivada del delito debemos recordar:

1) La sentencia debe contener una determinación del daño, en la medida de lo posible, como si de una acción civil se tratara, ejercida con independencia de lo penal; por cuanto la acción civil "ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal.

2) La estimación de la concreta cuantía objeto de la condena ha de ser razonada en los supuestos en que la motivación sea posible, y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas.

3) Comprende también los intereses legales del artículo 576 L.E.Crim . porque la Ley ordena que si hay condena a una cantidad líquida, ésta devengará (el precepto está redactado en forma imperativa y se trata, por tanto de una obligación ex lege), desde que se dicta en primera instancia y hasta la ejecución el interés que el art. 576 fija, si la sentencia es mantenida por el Tribunal Superior. Se trata de una norma dictada, sin duda para favorecer al acreedor colocado en situación a veces comprometida y desestimar las impugnaciones sin base alguna, con un profundo sentido de búsqueda de equilibrio y armonía en todo tipo de relaciones jurídicas que tienen un soporte económico y que se someten a debate judicial, siendo injusto que la posible pérdida del poder adquisitivo del dinero y su rentabilidad lo pierda quien ha visto satisfecha judicialmente su pretensión.



- 4) La fijación del "quantum" es potestad del Tribunal de instancia. En casación solo son impugnables las bases sobre las que se asientan.
- 5) La cuantía solo es revisable cuando la cifra fijada por el Juez o Tribunal rebase, exceda o supere la reclamada o solicitada por las partes acusadoras y la sentencia sólo lo será cuando no fije, o lo haga defectuosamente, las bases correspondientes.
- 6) La indemnización comprende los perjuicios materiales (que han de estar probados), y los morales que no son susceptibles de prueba, cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos ( STS. 1281/2006 de 20.12 ).

Asimismo es cierto que la restauración del ordenamiento jurídico alterado por el delito en aspectos económicos o susceptibles de valoración económica ha de fundarse sobre realidades probadas por quien pretenda su declaración y nunca sobre perjuicios futuribles o meramente hipotéticos, que no pueden en modo alguno presumirse ( STS. 1217/2003 de 29.9 ). Por tanto no se pueden admitir para el computo de daños y perjuicios datos que se refieran a cantidades dudosas, inseguras o hipotéticas, meros cálculos, hipótesis o suposiciones, o sea, carentes de certidumbre ( SSTs. 589/99 de 21.4 , 722/99 de 6.5 , 811/99 de 25.5 ).

Aplicando la anterior doctrina al caso presente hay que distinguir entre daños que es el menoscabo real de la cosa, en este caso las cantidades sustraídas indebidamente a las arcas Forales, y el perjuicio que es el menoscabo económico derivado de ese daño ( STS. 722/99 de 6.5 ). El primero es consecuencia directa del delito de malversación de caudales públicos. El segundo, como razona la sentencia en el fundamento jurídico undécimo, se entrega por las cantidades que la Hacienda Foral hubiera captado de los contribuyentes de no haberse emitido las resoluciones que integran el delito de prevaricación, y la sentencia las explica: la quita de deudas tributarias, los alzamientos de embargo, las prescripciones acordadas y los ingresos indebidos no devueltos; y detalla en la tabla obrante a las paginas 370-372 -en concreto expediente Ondarribi SA: 3.143 E; Exped. Efrain Cristobal : 16.707,27 E, Exped. Uhinlan SA: 69.361,45 E; Exped. DIRECCION005 : 4.028,75 E; Exped. Enrique Mateo : 30.853,99 E; Exped. Urinder SA. 79.417,93 E; y Exped. Eusebio Landelino : 36.551,05 E. Y precisamente deja al margen, al no tratarse de un perjuicio causado por un delito, los detrimentos causados a la Hacienda Foral pro conductas anómalas, como las propuestas injustificadas de insolvencia o la ausencia, igualmente infundada, de propuestas de derivación de responsabilidad, que, al no constituir resoluciones, no integran el ilícito penal de prevaricación y su reembolso de ser factible, debe postularse en órdenes diferentes al penal.

Consecuentemente si ha existido motivación en la fundamentación jurídica, y la sentencia expresa razonablemente la condena al pago de la cantidad de 240.018,65 E en concepto de perjuicio derivado de la prevaricación.

#### **IV) Respecto a la condena por la comisión de un delito de blanqueo capitales.**

**DECIMO CUARTO: El motivo decimoquinto de conformidad con el art. 852 LECrim , infracción precepto constitucional, derecho fundamental presunción de inocencia, art. 24 CE , por no existir en las actuaciones ni una sola prueba de cargo que permita sostener que Marcos Benjamin incurriera en los comportamientos descritos como probados a los folios 55 a 83 de la sentencia recurrida.**

Se sostiene en el motivo que el único elemento probatorio sobre el que descansa la narración fáctica tenida por probada por el tribunal "a quo" es el informe pericial económico elaborada por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzantza, y afirma que no existe en autos ni un solo documento o testifical que permita sostener lo que la Audiencia sostiene como acreditado en autos.

Así se dice que dicho Informe fue elaborado por la Ertzantxa a petición del Ministerio Fiscal, cuando aún los hecho se encontraban sometidos a Diligencias Informativas de la Fiscalía, lo que deja patente su carácter primero y meramente orientativo, y de su examen no puede constatarse que en las cuentas bancarias del recurrente hayan entrado aproximadamente 1.500.000 E de dinero en efectivo, tampoco se realizó análisis acerca del modo que los créditos o préstamos fueron concertados, ni sobre el modo en que fueron, en su caso, cancelados o amortizados, para concluir que lo único que pudo concluirse de al informe policial es que hasta una cantidad total de aproximadamente 300.000 E el Sr. Marcos Benjamin habría ingresado algunos cheques emitidos por contribuyentes de la Hacienda Foral en cuentas de sociedades relacionadas con el mismo, lo que ya habría reconocido el recurrente, dando al respecto su particular explicación, existiendo por ello, una carencia probatoria sobre extremos como el modo en que el Sr. Marcos Benjamin habría recibido la rentabilidad generada por los negocios ajenos a su trabajo en Hacienda, sobre le origen de los fondos empleados para cancelar los créditos y préstamos sucesivamente solicitados por los acusados, y sobre la existencia de una relación por fechas y cantidades entre los ingresos de las cuentas bancarias referenciadas y las cantidades entregadas por los contribuyentes en la oficina de recaudación ejecutiva de Irún.

El motivo se desestima.



-En primer lugar que el informe pericial cuestionado fuese elaborado a instancia del Ministerio Fiscal en el marco de las Diligencias Informativas reguladas en el art. 773.2 LECrim , carece de relevancia desde el momento en que sus autores comparecieron al juicio oral, ratificando su contenido, que fue sometido a contradicción por las partes pudiendo ser valorado por el Tribunal en virtud de la inmediación.

-En segundo lugar la prueba sobre la comisión del delito de blanqueo (documentos bancarios -anexos- e informe pericial confeccionado por la Ertzaintza) se ve complementado por la testifical, en la instrucción y en el juicio oral, de los contribuyentes sobre la forma de pago en metálico personalmente al Sr. Marcos Benjamin o por cheques nominativos a su favor.

-En tercer lugar, como con indudable acierto detalla de forma precisa y detallada, la acusación particular en su escrito de impugnación del motivo, la sentencia establece como el dinero recibido en metálico o mediante cheques y pagarés, el Sr. Marcos Benjamin lo ingresó:

-Cuenta corriente Caja Extremadura nº NUM080 de ésta era el único titular.

- Cta. cte. NUM070 de la Kutxa Era el único titular.

- Cta. cte NUM053 de la Kutxa De la que era titular junto con su esposa Sra. Tomasa Elisa

- Cta.cte. NUM115 de Bankoa. De la que era titular junto con su esposa.

- Cta. cte. NUM079 de Bankoa. De la que era titular junto con su esposa.

- Cta. cte. NUM116 de Bankoa. De la que era titular en lus Local SL.

La técnica seguida por el Sr. Marcos Benjamin era que los ingresos cobrados en metálico los ingresaban, tiempo después, meses después, acumulando el de varios contribuyentes, en las cuentas referidas, para tratar de evitar así su posible identificación.

Respecto de lo cobrado mediante cheques o pagarés, los ingresaban inmediatamente en las cuentas corrientes.

En el Anexo 1 Informe Económico 593ª0600572, Folios 1 a 61, dirigido al Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa consta la investigación realizada por los Especialistas del Área de Delitos Económicos de la Unidad de Investigación Criminal.

En el Anexo 1.2, la Unidad de investigación, recoge las notas informativas procedentes de diversos registros de la propiedad relacionadas con titulares del Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa , Folio 62 a 316.

De los Folios 318 a 700, consta la investigación realizada a instancias de lo solicitado por el Ilmo. Fiscal Jefe de Guipúzcoa, sobre:

- Identificación completa y detallada de las cuentas o depósitos de cualquier clase en las que haya figurado como cliente (titular, apoderado, avalista administrador, usufructuario, autorizado, representante legal).

- Extractos de los movimientos de las cuentas y saldos de las mismas, aportando los datos identificativos del ordenante y del beneficiario de la transacción concreta, indicando la cuenta de origen o destino si ha realizado un traspaso o una transferencia y aportando copia del cheque (anverso y reservo) u otro medio si el ingreso o el reintegro se hubiese realizado de esta manera.

- Contratos de apertura de cuentas, depósitos o productos financieros, remitiendo una fotocopia de los documentos presentados para su apertura, y una copia de las tarjetas firmadas de las mismas.

- Datos de titulares, apoderados, beneficiarios, autorizados y otros de dichas cuentas, aportando la documentación recogida para la realización de la autorización, apoderamiento o cualesquiera otros actos que se hayan realizado.

- Alquiler de cajas de seguridad, contratos de alquiler, fotocopia de los registros de acceso a la caja, etc.

- Tarjetas de crédito y debito emitidas a dichas cuentas.

- Otras personas autorizadas para utilizar las tarjetas antes mencionadas.

- Cualesquiera otros datos o documentos de interés obrantes en esta entidad con relación a las personas antes mencionadas.

En el Anexo III, páginas 701 a 843 constan nuevos documentos de los solicitados por el Ministerio Fiscal.

En el Anexo IV, de la página 846 a la 1261 nuevos documentos aportados en la Investigación de la Ertzaintza.





La sentencia describe, en los asientos, que consta en los anexos, el nombre del contribuyente, el importe abonado la fecha de pago, la forma de forma de abono, y el ingreso localizado.

Se han identificado a los contribuyentes, Efrain Cristobal , Gure Lanak, SA, Transportes Saratrans, SL, y Maykal SA, Auto Electricidad San Marcial SL, Imprenta Ondarribi SA, Comercial Celorriaga y Licores y Conservas Irán SL, Trobisa SL, Arturo Urbano , Serafín Oscar , Hispano Francesa de Maderas SA, Nitrex SA, DIRECCION003 , DIRECCION004 , Victoria Irigoyen SL, Olegario Onesimo , Proyectos y Construcciones Bidasoa SA( Precobisa), Hermanos Romero SL, Martín Nazario , Uhinlan SA y Uhilan SL, Trobisa Si y Azkuenaga Inyección de Plásticos SA, Canalizaciones Castro SL , Electromuebles Geuria SA, Cosmobask SL y Productos Lavigne SL, Caravanas Oñate SAL y Calderería San Pedro SL, Enrique Mateo , Brindar Urtiola SAL, Hometotown SL, Eusebio Landelino , "Promociones Landetxe SA".

Ha quedado establecido que, constituyó las siguientes sociedades mercantiles: "Correduría UrdanibiaSL (1994), Urdanibia Asesores SL (1994), "Servicios Inmobiliarios Urdanibia SL" (1997) Ius Local SL (1998), "Urdanibia Aseguroak SL", (2002), "Hotel Rural Tia Gora SL" ( 2005), "APRV Exportación SL" (2006) Compañía Auxiliar de Recambios SL" (2004), "Fomento y Desarrollo del Valle del Jerte SLf 045, "Spa Túnel del Hada SL " (2004)"2004", "Corona de SL"2005, "Roza cabera SL" (2005, Cotos y- SL" (2005), "Nogaleda patrimonial SL" 2005, "Jerte Parque natura Multiaventura SL" (2006), "Jerte Natura Parque Faunatístico SL (2006), Junta de Compensación de la Unidad de Actuación UA-4 de Castiello de Jaca "Ulki" SL (2000).

Asimismo ha quedado acreditada la adquisición de los bienes siguientes:

Año 2000 adquirió el 20% local c/ Javier Esteban Indart nº 7 bajo en Irún,

- La vivienda CALLE004 de Irún

- El 50% finca 4883 de Jerte y el local comercial de la calle Tres Escuelas.

Año 2001: el 50% del local de la Plaza Urdanibia 4

Año 2003: finca NUM103 PASEO000 NUM107 de Ávila.

- Jep Cherokee

- participaciones en Asesoría Urdanibia

- finca de Jerte n1 5462 con Tomasa Elisa abonando 754.211,19 E

Año 2005: finca Jerte nº 5505 con Tomasa Elisa abonando 306.954,58 E.

Año 2006: la vivienda unifamiliar CALLE005 NUM107 Jerte, con Tomasa Elisa .

- vivienda de DIRECCION007 NUM110 a NUM111 en Barcelona, y aparcamiento y un trasero 758.300 euros.

2001. Caja Laboral. 60.021.21 ?. Con Ana Mercedes . Cancelado 13-3-2

2001. Bankoa. 120.202, ?. No consta cancelación.

2003. Bankoa. 127.000, ?. Cancelado anticipadamente 119.557,94? 4-7-2

2004. Banco de Castilla. Sociedad. 335.100,- ?. No consta cancelación

2005. Kutxa. 330.000, ?. Cancelado 25-6-2007.

2005. Kutxa. Sociedad. 210.000,-? No consta cancelación.

2005.Kutxa. Hipoteca vivienda. Cancelación anticipada 9-8-2005. 60.262,- 2 ?

2005.Kutxa. 60.000. Cancelación anticipada 25-6-2007, 50.242,31 ?.

2005. Kutxa.100.000,- ? Cancelación anticipada 25-6-2007 de 50.242,31 ?.

2005. Bankoa 90.000, ? Cancelación anticipada 28-7-2006.

2007. HSBC. 80.000, ?. Cancelación 25-6-2007.

Un total de 1.664.733,12 ? (274.114.955,5 Ptas)

Y los ingresos legales, que constan del Sr. Marcos Benjamin , son los siguientes:

1995: 26.275,11?

1996: 29.047,98 E

1997: 27.745,94 E



1998: 28.356,38 E  
2000: 33.225,77 E  
2001: 36.877,08 E  
2002: 34.995,2 E  
2003: 39.727,79 E  
2004: 25.994,16 E  
2005: 25.888,82 E.  
2006: 48.343,48 E  
*Total 356.477,71 E.*

Y los de la Sra. Tomasa Elisa han sido los siguientes:

1995: 15.094,15 E.  
1996: ---  
1997: ---  
1998: ---  
1999: ---  
2000: ---  
2001: ---  
2002: 18...488,52 E  
2003: 23.820,07 E  
2004: 24.085,97 E  
2005: 25.986,75 E  
2006: 27.738,76 E.  
*Total: 135.214, 22 E.*

Sr. Marcos Benjamin y Sra. Tomasa Elisa : 491.691,33 E (80.901,19 ptas.)

Consecuentemente no es factible que con los ingresos legales de ambos cónyuges pudiesen hacer frente a las adquisiciones reseñadas y financiación bancaria solicitada, aumento inusual y desproporcionado de ingresos no justificados, cuya única explicación verosímil es a la que llega la Sala de Instancia: las cantidades cobradas a los contribuyentes no ingresadas en la Hacienda Foral.

**DECIMO QUINTO: El motivo décimo sexto de conformidad con el art. 849.2 LECrim , error en la apreciación de la prueba al haber apreciado erróneamente al determinar los hechos considerados probados en los folios 55 a 83 de la sentencia recurrida, la pericial elaborada por la Ertzaintza número profesional NUM117 , así como la documentación anexa a la misma y denominada "informe económico de la unidad de investigación criminal y policía judicial Área de delitos económicos. Departamento del Interior. Gobierno Vasco. Ertzaintza", obrante en la pieza documental nº 1 (folios 1 a 316).**

Dado que el recurrente sostiene a efectos puramente formales el mismo motivo casacional anterior, esta vez canalizado a través del error en la valoración de la prueba, siendo de aplicación todos los argumentos anteriormente esgrimidos para llegar a la conclusión de que a la vista del informe pericial firmado por la Unidad de Investigación Criminal y policía Judicial de la Ertzaintza, nada dice ni sostiene que puede entenderse como efectivamente incriminatorio, la desestimación del motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, conlleva inexorablemente la improsperabilidad del presente.

**DECIMO SEXTO: El motivo décimo séptimo por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 852 LECrim , al haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al no haber explicado debidamente el origen probatorio del cuadro que plasma la sentencia recurrida, paginas 321 a 341, que lleva a la Sala a quo a apreciar la comisión de un delito de blanqueo de capitales.**

Se sostiene en el motivo que se ha vulnerado el derecho a obtener una resolución suficientemente motivada para establecer la supuesta relación entre ingresos y gastos al no constar referencia alguna a los documentos



o medios de prueba concretos en los que se basa cada una de las relaciones consideradas probadas en aquel cuadro obrante a las paginas 321 a 341.

El motivo se desestima.

El mandato constitucional del art. 120.3, se dice en la STS. 151/2011 de 10.3 acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas es una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución ; motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales. Señala en este sentido la STS nº 584/1998, de 14 mayo , que la motivación de las sentencias debe abarcar los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declare probado; subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas); y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena. Estos tres aspectos relevantes de la motivación concurren en la sentencia recurrida, de modo que ningún reproche cabe hacer a la misma en cuanto a ausencia de motivación. Lo que ocurre en el presente caso es que, nuevamente, la recurrente remitiéndose a las alegaciones vertidas en los motivos anteriores, discrepa no sólo del fallo, sino también de la valoración de todo el acervo probatorio, lo que le lleva a negar absurdamente lo evidente.

Es decir, a través de la presente denuncia, situada en un contexto de lesión de derechos fundamentales, que se reconducen a la falta de motivación, el motivo desarrolla una pretensión revisora de los diversos medios de prueba apreciados. Sin duda la recurrente está en su legítimo derecho de discrepar de la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal de instancia, pero ello no tiene relación con la denunciada falta de motivación del fallo, que se encuentra fáctica y jurídicamente probado y explicado de modo claro y conciso, sin perjuicio de la posible impugnación de las conclusiones inferenciales a que llegue la Sala de instancia, que ya han sido analizadas en motivos precedentes.

En el presente caso la Sala a quo, incorpora la tabla obrante a los folios 321 a 351 fruto del análisis de los datos ofrecidos por las fuentes de prueba que refiere en el fundamento jurídico 5, y a que se ha hecho referencia en el motivo decimoquinto (documentos bancarios-anexos- e informe pericial confeccionado por la Unidad de Investigación Criminal y Policial Judicial de la Ertzaintza, que denota una enorme asimetría entre los módicos ingresos generados por el Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa entre los años 1995 a 2007, por el trabajo, actividades económicas o profesionales o rendimientos mobiliarios e inmobiliarios (ingresos lícitos) y el abultado patrimonio obtenido por ellos durante el citado periodo de tiempo (resultado que no es una plasmación del empleo de los ingresos lícitos).

Razonamiento que desarrolla, a continuación, no estimando válida la alegación del recurrente sobre el origen de esos ingresos no justificados, analizando sus declaraciones fiscales, bienes inmuebles adquiridos, prestamos solicitados y cancelados, sociedades constituidas, desprovistas de actividad, para llegar a la convicción de que aquellos ingresos tenían su origen en un delito grave -malversación- logrando mediante estas operaciones, introducirlos en el mercado, encubriendo aquel ilícito origen.

Deducción correcta por cuanto, como hemos dicho en STS. 857/2012 de 9.11 , a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar su pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.
- b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC. 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10 , el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria *.puede efectuarse tanto desde el canon de su **lógica o coherencia** (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su **suficiencia o carácter concluyente** , (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.*

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción



judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente 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 o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si ( SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4 ).

No de otro modo se pronuncia la STC. 142/2012 de 2.7 , al recordar que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia ( STC 127/2011, de 18 de julio ).

Pues bien desde la perspectiva probatoria que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, hemos señalado, con reiteración en sentencias 266/2005 de 1.3 , 202/2006 de 2.3 , 483/2007 de 4.6 , 135/2009 de 26.2 , siguiendo la STS. 1637/2000 , que la prueba directa prácticamente será de imposible existencia, dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de "lavado" del dinero procedente de aquellas, por lo que la prueba indirecta será la más usual, y al respecto no está de más recordar que ya el art. 3º apartado 3º de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20.12.88 -BOE de 10.11.90- previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento de los delitos que se describen en el párrafo primero de dicho artículo, entre los que está el de blanqueo de dinero, art. 3, apartado primero, epígrafe b, A ello debe añadirse, como reflexión criminológica y siguiendo siempre a la referida Sentencia núm. 1637/2000 de 10 de enero , que en delitos como el de blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan, que se encuentran en íntima unión con él como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988 ya citada.

Por ello esta Sala considera como indicios más frecuentes de que los capitales proceden del tráfico de drogas o de un delito grave ( SSTS. 14.5.98 , 10.2.2000 , 9.3.2001 , 28.9.2001 , 6.6.2002 , 14.4.2003 , 2.12.2004 , 19.1.2005 , 29.6.2005 , 3.5.2006 ).

a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, b) vinculación o conexión con actividades ilícitas, en este caso, tráfico de estupefacientes, o con personas o grupos relacionados con las mismas, c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación o el manejo de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; y d) inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; e) la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales ( ó f) la existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen su actividad económica lícitas ( STS. 1320/2001 ).

**DECIMO SEPTIMO: El motivo décimo octavo con base en el art. 849.1 LECrim , infracción de Ley, por haberse aplicado indebidamente el art. 301.1 CP , al no concurrir en los hechos probados los presupuestos legalmente previstos para su aplicación.**

El motivo en su desarrollo se articula en tres submotivos que le llevan a defender la atipicidad de la conducta atribuida al recurrente:

a) Para el caso de estimarse los motivos en relación al delito de malversación de caudales públicos, no podría apreciarse la concurrencia del delito de blanqueo.

b) Respecto a la tipificación del ingreso de los cheques recibidos de contribuyentes por el acusado en cuentas pertenecientes a sociedades mercantiles con él vinculadas, la conducta resultaría penalmente irrelevante por tratarse de un hecho que formaría parte necesaria del perfeccionamiento del delito de malversación de caudales públicos por el que también se le condena.





c) Respecto del delito de blanqueo de capitales su atipicidad hasta la reforma del Código Penal por LO. 5/2010 de 22 junio.

1)-En relación a la primera impugnación, desestimados que han sido los motivos relacionados con la falta de comisión del delito de malversación de caudales públicos, no se da el presupuesto que le sustenta.

2)-En lo que concierne a la segunda, el delito de blanqueo imputado al Sr. Marcos Benjamin no se concreta exclusivamente en el ingreso de las cantidades recibidas en metálico o mediante cheques por el Sr. Marcos Benjamin en sus cuentas corrientes de la Caja Extremadura, Kutxa 1 y Bankoa 1, que figuran en la tabla obrante a las Pág. 321 a 338 de la sentencia, ingresos provenientes de la comisión de un delito grave, cual es la malversación de caudales públicos, sino en el uso posterior de aquellas cantidades, obteniendo una financiación bancaria de préstamos solicitados y cancelados por amortización en el plazo pactado o de forma anticipada que se detallan en la tabla obrante a las Pág.. 342 y 343 sentencia, en la creación de empresas desprovistas de actividad, la adquisición y rehabilitación de bienes inmuebles, la construcción de dos infraestructuras hoteleras y la cancelación anticipada de préstamos, operaciones todas detalladas en la tabla obrante q las Pág.. 344 a 351 sentencia, lo que permite diferenciar - como con acierto precisa la sentencia recurrida- la operatividad de la malversación y la consumación del Blanqueo. Así el Sr. Marcos Benjamin recibió el dinero de los contribuyentes -momento de la disponibilidad-, estuvo en posesión del mismo durante un periodo de tiempo- momento de la disposición con incorporación definitiva- y finalmente, decidió hacer aflorar el mismo, ocultando su origen delictivo, mediante las conductas o actividades antes descritas, constitutivas del blanqueo, en concurso real con el precedente delito de malversación. En esta infracción se detrae del caudal público ingresos destinados al mismo y en el blanqueo se intenta difuminar su origen delictivo y conocer esa ilícita procedencia.

En efecto, el blanqueo efectuado por el acusado de dinero procedente de diversas operaciones constitutivas de un delito continuado de malversación de caudales públicos durante un periodo detallado de tiempo, 15 años, no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos unidos en concurso real, pues si se produce esa coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontramos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción, ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, en la malversación se tutela no solo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades autónomas o de los Ayuntamientos, y en general, de los entes públicos ( SSTS. 211/2006 de 2.3 , 986/2005 de 21.7 , 85/2004 de 29.1 , 927/2003 de 23.6 ), por ello, el malversador, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado, cuyos bienes gozan de una mayor protección jurídica que los privados, en cuanto están destinados a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el art. 101.3 CE , ( SSTS. 44/2008 de 5.2 , 1313/2004 de 28.1 , 537/2002 de 5.4 ), y en el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es "la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes" o bien "la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía". El sistema de economía de mercado está garantizado por los poderes públicos ( art. 38 CE ). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se generan al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido más que como preservación del orden público, como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia. Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.

En consecuencia no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto a la participación e incriminación doble de los delitos de malversación y blanqueo de dinero esta ajustada a la más estricta legalidad.

3)-Por último y en relación a la atipicidad del autoblanqueo con anterioridad a la reforma LO. 5/2010, la argumentación del recurrente se opone a la doctrina instada en las SSTS. 974/2012 de 5.12 , que estima que, incluso coincidiendo autores y procediendo el dinero objeto del blanqueo del mismo acto de tráfico objeto de sanción, en tales hipótesis se debe estimar ocurrido un concurso real de delitos, sin vulneración del principio non bis in idem.

Así se dijo en la Sentencia de 8 de Abril de 2008 - Recurso: 772/2007 , en la que se afirmó que: ".... que por lo que se refiere a la posibilidad de condena por el delito de "blanqueo" y la del cometido contra la salud pública, sin que pueda sostenerse la infracción del principio "non bis in idem", ha de citarse el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional



de esta Sala, de fecha 18 de Julio de 2006 , que decía: "El Art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente".

Máxime cuando, según la propia narración fáctica de la recurrida, las cantidades objeto de "blanqueo " **procedían de actividades delictivas distintas de las aquí enjuiciadas** , respecto de las que la intervención policial impidió la obtención del lucro ilícito.

Y se reiteró en la Sentencia de este mismo Tribunal de 26 de Diciembre del 2008 - Recurso: 10906/2008 donde se expuso más detalladamente que el criterio de aquel acuerdo plenario: "... ha sido mantenido en Sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre , en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos -tráfico de drogas y blanqueo de capitales- en concurso real. Y en ese sentido ya se había pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo como sucedió con la Sentencia 1293/2001, de 28 de julio , en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva "o" entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, "o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción..." Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico- penal.

No siendo antecedente considerable como derogatorio de tan constante doctrina lo afirmado en la Sentencia de 28 de Junio del 2010 - Recurso: 165/2010 que se circunscribe a las circunstancias de tal concreto caso.

En igual dirección la STS. 313/2010 de 8.4 , recuerda que el delito de blanqueo de capital es un delito **autónomo** de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el artículo 301 del Código Penal . No requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de **enjuiciamiento previo** y sanción penal. Y resulta **indiferente que el autor** de ese delito sea el mismo al que se imputa el blanqueo u otro (Sentencia de este Tribunal (S. nº 483/2007 de 4 de junio , que da cumplida cuenta de la evolución del tratamiento legislativo de estas conductas), STS. 309/2010 de 31.3 , en su caso en que el recurrente -con cita de tres precedentes de esta misma Sala- entiende que la actividad referida al blanqueo de capitales no es sino un acto de autoencubrimiento impune respecto del delito de tráfico de drogas. El dinero aprehendido no es otra cosa que el resultado de unas ganancias que impedirían la condena por el delito de blanqueo, desestimó el motivo, con la siguiente argumentación:

"El motivo suscitado por el recurrente, es cierto, no ha sido objeto de una jurisprudencia uniforme. Pese a todo, la idea de un concurso real entre ambas infracciones cuenta con el aval de un Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala. Generalmente se ha estimado -apunta la STS 1260/2006, 1 de diciembre - que el posterior blanqueo de capitales efectuado por persona que participó en las operaciones de tráfico de drogas cuyo beneficio intenta, posteriormente, blanquear, debe quedar absorbido en el delito de tráfico de drogas. Se estaría ante fase de agotamiento del delito. Esta ha sido la opinión mayoritaria de la Sala aunque pueda contabilizarse alguna sentencia aislada en el sentido de admitir la doble punición por tráfico y blanqueo en la misma persona que participó de ambos delitos. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de fecha 18 de julio de 2006 acordó que "el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente".

En línea similar, la STS 960/2008, 26 de diciembre , señalaba que en un pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 18 de julio de 2006, se abordó el tema del blanqueo de capitales cometido por el propio traficante y se alcanzó el acuerdo de que el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente, criterio que ha sido mantenido en Sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre , en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos tráfico de drogas y blanqueo de capitales- en concurso real. Y en ese sentido ya se habían pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo, como sucedió con la STS 1293/2001, de 28 de julio , en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal , tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva "o" entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, "o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción..." Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de



delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico- penal.

De ahí que el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real, de conformidad con el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 ( STS 1260/2006, 1 de diciembre ), pues si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero esta ajustada a la más estricta legalidad ( STS 1597/2005, 21 de diciembre )".

Otros casos en que se ha admitido la duplicidad delictiva los constituyen las SSTs. 737/2009 de 6.7 , 37/2008 de 25.1 , 1359/2004 de 15.11 .

Doctrina precedente relativa a supuestos de delitos contra la salud pública y blanqueo, pero perfectamente aplicable a otro tipo de infracciones graves como es la malversación de caudales públicos.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

**DECIMO OCTAVO: El motivo décimo noveno infracción penal al haberse aplicado indebidamente los arts. 109.1 , 110 y 116.1 CP , en relación con el art. 127 del mismo texto punitivo, al determinar las responsabilidades civiles que se habrían derivado de la supuesta comisión del delito de blanqueo de capitales y su compatibilidad con la exigencia del comiso de los bienes supuestamente obtenidos. Improcedencia del decomiso acordado o, cuando menos, de los concretos bienes designados como objeto de decomiso.**

Se alega en el motivo cómo en la sentencia el Tribunal "a quo" se limita a realizar unas breves consideraciones de carácter genérico sobre la procedencia de aplicar el decomiso pero sin exponer los motivos que llevan al mismo a relacionar los bienes cuyo decomiso se acuerda con fondos sustraídos de la Hacienda Foral por el recurrente.

Añade la improcedencia de acordar el decomiso por la cuantía señalada en la sentencia, al identificar sin la menor justificación la cuantía de los bienes a decomisar con la cuantía fijada en concepto de daños a la Hacienda Foral, 1.661.157,53 euros.

Y por último destaca la improcedencia de imponer simultáneamente el decomiso de bienes por cuantía de 1.661.157,53 E, y una responsabilidad civil de 1.901.176,18 E, dado que el valor de los bienes decomisados habría de aplicarse a la cobertura de responsabilidad civil debiendo ésta, a su vez, ser reducida correspondientemente en la cuantía en que fuera resarcida por el producto del decomiso.

1.-Respecto a la naturaleza y alcance del comiso, en SSTs. 600/2012 de 12.7 , y 16/2009 de 21.1 , decíamos que el CP 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias".

Así la STS. 20.1.97 señala que "el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito ( art. 48 C.P. de 1973 ) constituye una "pena accesoria", y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una "consecuencia accesoria" de la pena (v. art. 127 C.P. 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto", ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Pues bien con independencia de esta naturaleza jurídica que implica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras ( SSTs. 30.5.97 , 17.3.2003 ), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral ( STS. 6.3.2001 ), y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada ( SSTs. 28.12.200 , 3.6.2002 , 6.9.2002 , 12.3.2003 , 18.9.2003 , 24.6.2005 ), el problema puede surgir a la hora de determinar su exacta definición, partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art.



127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.

Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el art. 344 bis e) del CP. de 1973, en la redacción dada por LO. 8/92 y el art. 374 CP. de 1995, incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito.

Por último, tanto el art. 127 como el art. 374, incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito. Sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, la Sala Segunda en Pleno de 5.10.98, acordó extender el comiso "siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio".

Finalmente el límite a su aplicación vendría determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente, bien entendido que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir o enmascarar la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición.

Del mismo modo, como hemos precisados en STS 450/2007 de 30-5, tanto el art. 127 con el art. 374 incluyen dentro del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Se trata aquí de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito.

Sin embargo con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los Tribunales, suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que, por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si se parte de una interpretación restringida, el término ganancia habría de identificarse con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, lo que implicaría la inaplicación de aquellos preceptos en la generalidad de los casos.

Consciente del problema esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Pleno de fecha 5.10.98, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

"El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP. debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio".

2.-Con arreglo a esta interpretación, el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que concurren las dos condiciones antedichas: que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio.

En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante ( SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005 ).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la





actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venia dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

Posibilidad ésta recogida en la STS. 1030/2003 de 15.7 , y en la anteriores 495/99 de 5.4 un delito de trafico de drogas, sobre vehículos y dinero de cuentas bancarias a nombre de la mujer e hijo del acusado, al proceder de operaciones anteriores a la enjuiciada, y STS. 499/99 de 1.4 , deducción de indicios, en los que se mantuvo que era posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de trafico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el "factum", del que debemos necesariamente partir...".

3) En el caso actual el comiso de los bienes es acordado en el apartado 4 del fundamento jurídico 10º, con el limite de 1.661.157,53 E, y es en el apartado b) del fundamento jurídico sexto, análisis del caso en el que destaca la enorme asimetría entre los módicos ingresos generados por el Sr. Marcos Benjamin y su esposa entre los años 1995 y 2007, por el trabajo, actividades económicas o profesionales o rendimientos mobiliarios e inmobiliarios (ingresos lícitos) y el abultado patrimonio obtenido por ellos durante el citado periodo de tiempo para llegar al resultado que no es una plasmación del empleo de los ingresos lícitos.

Seguidamente .como ya expuso en el motivo precedente-, desde la Pág. 321 a 343 detalla de forma pormenorizada las cantidades entregadas por los contribuyentes en metálico o mediante cheque de los que se apropió y su destino final en cuentas del recurrente, explicando en la Pág. 343 como con esa introducción, tiempo después en el caso de entregas en metálico, en el mercado bancario y en el trafico mercantil se creaba la apariencia de su procedencia en actividades profesionales lícitas.

Y a continuación con su explicación en correspondientes tablas (Pág. 344 a 351) detalla desde el año 1994 a 2007 las operaciones de constituciones de sociedades, con todos los detalles de sus asientos registrales, capital social, administrados, cargos, adquisición de bienes, y financiación a través de prestamos.

Así en 1994, constitución de Correduría Urdanibia SL. En 1997, constitución Servicios Inmobiliarios Urdanibia. En 1998 constitución de lus Local. En el 2000 constitución de ULKI SL. En 2002, constitución de Urdanibia Aseguroak SL, y Hotel Rural

Tita Gora SL, En 2004 constitución de la sociedad APRA exportaciones SL, Fomento y desarrollo del Valle del Jerte, Spa Túnel del Hada SL. En 2005, Roza Cabera SL, con Servicios Inmobiliarios Urdanibia, constitución de Corona de Castiello Promoción de Edificaciones; con lus Local, Cotos y Entrecoros SL y Nogaleda Patrimonial. En 2.006 constitución de la sociedad Fomento y Desarrollo del Valle del Jerte a través de Tus Local, y Jerte Parque Natural Multiaventura, y a través de esta, de Jerte Natura Parque Faunístico SL, constitución de Junta de Compensación de la Unidad de Actuación UA-4 de Castiello de Jaca.

En lo referido a la adquisición de bienes, el Tribunal ha constatado en base a las pruebas practicadas que, en el año 2000, adquirió el 20% del local de C/ Javier Esteban Indart 7, en Irún adquiere la vivienda Piloketa de Irún, el 50% de la Finca 4883 de Jerte y el local comercial en la Calle Tras escuelas. En 2001, adquiere el 50% del local de Plaza de Urdanibianº 4, en 2003, adquiere la finca NUM103 PASEO000 NUM107 de Ávila. Un vehículo Jeep Cherokee. Participaciones en Asesoría Urdanibia. Finca de Jerte nº 5462, con Tomasa Elisa abonando 754.211,19 ?. 2005, La finca Jerte nº 5505, con Tomasa Elisa por 306.954,58 ?. En 2006, con Tomasa Elisa la vivienda unifamiliar en la CALLE005 NUM107 , Jerte. Adquiere la vivienda de DIRECCION007 nº NUM110 , y aparcamiento y trastero por 758.300,- ?

En lo referente a la financiación a través de préstamos, el Tribunal obtiene estos datos. En 1998 solicitud de prestamos a Caja laboral de 24.040,48 euros, cancelado 27-2-1999. En 1999, solicitud de préstamo a la Caja Laboral de 12.020,42, cancelado el 15-12- 1999. En el año 2000, a la Kutxa solicita un crédito de 10.000.000,- de ptas, pago anticipado 13 de marzo de 2003. Se solicita un préstamo a por 120.202,- ?. Concierta un préstamo con Bankoa de 18.030 ?. En 2003, Concierta con Bankoa un préstamos de 127.000. ? Cancela anticipadamente en 2005. Concertó un préstamo por 335.100,- ? 2.005, concertó con Kutxa un préstamo de 330.000,- ? cancelado en 2007. Con Kutxa concertó un préstamos de 60.000,- cancelada en el mismo año. La Kutxa concedió un préstamo a Spa Túnel del Hada SL, de 210.000,- ?. Concertó un préstamo con Kutxa de 100.000,- Fue anticipadamente cancelado en 2007. Concertó un préstamo con Kutxa de 90.000 E.



Por tanto el comiso de los bienes inmuebles y con el límite del importe de las cantidades malversadas por se éstas su procedencia, debe ser mantenida, por cuanto todos los datos expuestos permiten entender como lógica y razonable, la convicción del Tribunal a la procedencia ilícita del dinero con el que se adquieren y por lo tanto, deberán ser aquellos decomisados, a no ser que el interesado enervara la prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su posesión.

Posibilidad esta admitida por el TEDH, sentencia 7.10.88 (caso Salabiakn ) y 25.9.92 (caso Pham Hoang ), y por la doctrina mayoritaria con argumentos como:

a) La presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el comiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquélla mediante un pronunciamiento penal.

b) El comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una consecuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida sui generis postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.

c) A diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y sólo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal ( arts. 127 y 374 CP .), sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.

El motivo por lo razonado debe ser desestimado, sin que se aprecie incompatibilidad alguna entre el decomiso y el mantenimiento de la responsabilidad alguna entre el decomiso y el mantenimiento de la responsabilidad civil, sin perjuicio, obviamente que tal como prevé el art. 127.4, actual apartado 5- se aplique su producto al pago de las responsabilidades civiles, con la consiguiente reducción de la cuantía de éstas.

#### **V) Respecto a la condena por la comisión de un delito de alzamiento de bienes.**

**DECIMO NOVENO: El motivo vigésimo, con base en el art. 849.1 LECrim , infracción precepto penal, art. 258 CP al no concurrir en los hechos probados los presupuestos legales para su aplicación.**

Se argumenta en el motivo que uno de los elementos objetivos del tipo de este delito es la acreditación que el patrimonio obrante a disposición del acreedor -en este caso Hacienda Foral- al momento de realizarse la maniobra calificada como fraudulenta realizada en perjuicio de los acreedores resulta insuficiente para hacer frente a la deuda, lo que debe, además, resultar abarcado por el dolo de quien así actúa. Y solo si la respuesta es negativa habría que analizar el resto de los argumentos defensivos de que la venta de la vivienda de Urrugne se encontraba ya realizada antes del inicio de las actuaciones penales, que los destinos dados a las cantidades recibidas se correspondían con deudas reales y preexistentes al proceso, y parte consistieron en cancelación de cargas y créditos garantizados por activos embargados ya que el Juzgado, con lo que se consiguió un incremento del valor del patrimonio.

El delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP , denominado también insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles, se incorpora en el Código penal de 1995, no tiene precedente en nuestra legislación penal anterior, y sanciona al *"responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses"*.

La razón de la incorporación de este precepto a nuestro Código Penal -dice la STS. 130/2008 de 9.4 - reside en la constatación – relativamente frecuente–, de que los incurso en un hecho delictivo de cualquier naturaleza, nada más ocurrir éste, y con objeto de eludir las responsabilidades civiles que pueden dimanar de su conducta en un futuro una vez se celebre el correspondiente proceso penal, tratan de ponerse a cubierto, disminuyendo su patrimonio, y en particular, enajenando aquellos bienes más realizables, como son los caudales, acciones y los bienes inmuebles, para eludir el pago de una hipotética, pero ciertamente probable, responsabilidad civil *"ex delicto"*.

Participa este tipo delictivo de la naturaleza del tipo básico de alzamientos de bienes, del que no es sino un tipo especial, Así lo expresa la jurisprudencia *" nos encontramos ante una concreción o especificación legal del tipo básico, sancionada con la misma pena, y que requiere la concurrencia de los elementos esenciales integradores*



*del delito de alzamiento de bienes"* . Sentencia 918/1999 . También la sentencia 532/2003 : *"el tipo del artículo 258, introducido en el Código Penal de 1995 , constituye una insolvencia específica asimilada al alzamiento"*.

Por ello, se trata de un delito pluriofensivo, que tutela, de un lado el derecho de los acreedores a que no se defraude ni frustre la responsabilidad universal del deudor, y de otro lado protege el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. Es un delito de riesgo porque no exige la realidad de la lesión.

Los elementos que configuran el tipo objetivo de este delito lo constituyen los siguientes: a) ocurrencia de un hecho delictivo; b) que, con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio; c) que consiga con tal conducta una situación de insolvencia, total o parcial.

Este delito se consuma tan pronto como se llevan a cabo los actos de disposición o se contrajesen obligaciones que disminuyan su patrimonio, *sin que sea necesario esperar* a la resolución del proceso acerca del enjuiciamiento de ese *"hecho delictivo"* , que genere la oportuna responsabilidad civil que previamente se ha tratado de burlar con la conducta del autor, siempre que concurren los demás elementos del tipo. Y ello porque este delito participa, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, esto es, se trata de un *delito de riesgo*, de peligro, una de cuyas características lo es su *resultado cortado o anticipado* . De modo que basta que el autor prevea que de la comisión de aquel *"hecho delictivo"* se originarán responsabilidades civiles, poniendo a buen recaudo su patrimonio, para que el delito se consuma, con independencia de cual sea cualquiera que sea el resultado final del proceso, incluso por prescripción de aquél.

Sin perjuicio de reconocer alguna postura doctrinal que exige para la consumación del delito la declaración como delictiva del hecho investigado y respecto del cual ha adoptado la persona concernida la ocultación de su patrimonio, es lo cierto que ello *no es exigido por la Jurisprudencia* .

*"...Se ha dicho que el art. 258 Cpenal , introducido ex novo por el nuevo texto de 1995 ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo pero a sabiendas de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación ex delicto nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la sentencia en que se declara la responsabilidad --penal y civil--, el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable pues ha considerado sujeto activo del delito al "responsable" de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados "con posterioridad" a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía ...." .*

Es doctrina de la STS 739/2001 de 3 de Mayo que no deja lugar a dudas.

Por ello, se concluye en la citada sentencia diciendo que:

*"...de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia...."*

Asimismo en STS. 22/2009 de 19.1 , hemos dicho que: "El tipo del art. 258 CP no requiere que la enajenación de bienes que causan la insolvencia haya sido simulada. Se trata, por el contrario, de un delito que protege el patrimonio de los acreedores no sólo contra enajenaciones simuladas, sino también de aquellas enajenaciones reales que configuran un serio obstáculo para hacer efectivo los créditos del o de los sujetos pasivos. El texto legal es claro: el delito se comete cuando el autor "contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio".

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio, y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia ( sentencias de 732/2000 de 27.4 , 376/2001 de 12.3 , 425/2003 de 11.3 ), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos ( SSTS. 667/2002 de 15.4 , 1717/2002 de 18.10 , 835/2005 de 30.6 ).

Desde luego recuerdan las SSTS. 1101/2007 de 27.12 , 163/2006 de 10.2 , no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados, ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio



del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien o ocultado o conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito ( SSTS. 221/2001 de 27.11 , 808/2001 de 10.5 , 1717/2002 de 18.10 ). Por tanto, la existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente por derecho de los acreedores ( SSTS. 7/2005 de 17.1 , 1347/2003 de 15.10 ).

En conclusión, el concepto de insolvencia en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio.

-Por último no hay alzamiento cuando lo que lo que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esa figura de infracción criminal no es una tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos. La determinación de la preferencia entre los acreedores para la satisfacción de sus respectivos derechos, es una materia de derecho privado cuya inoperancia no constituye el objeto del delito examinado ( SSTS. 725/2002 de 25.4 , 1962/2002 de 21.11 , 853/2005 de 3.6 , 984/2009 de 8.10 ).

Y en el campo doctrinal también se considera impune el pago a uno de los acreedores con prioridad a otros cuando el acreedor favorecido sea titular de un crédito legítimo y no de un crédito derivado de un contrato vinculado. La doctrina discrepa a la hora de encuadrar dogmáticamente el fundamento de la absolución, estimando algunos que se está ante un supuesto de atipicidad y otros ante un caso de conflicto de deberes que genera la exclusión de la antijuridicidad ( art. 20.5 ° o 20.7° del C. Penal ). Todo ello sin perjuicio de su inclusión en un ilícito civil en el caso de que no se hayan respetado las reglas de la prelación de créditos. Y sin olvidar tampoco que la incoación previa de un proceso concursal sí abriría la posibilidad de subsumir el favorecimiento de un acreedor en una conducta penalmente típica a tenor de lo dispuesto en el art. 259 del C. Penal ( STS. 723/2012 de 2.10 ).

**VIGESIMO:** Pues bien la sentencia impugnada basa la existencia del delito de alzamiento de bienes en la modalidad específica del art. 258 en que la enajenación de la vivienda familiar producida el 25.6.2007, fue la plasmación jurídica de un precontrato suscrito el 23.2.2007, fecha en que ambos esposos conocían que desde el 12.9.2006, más de cinco meses antes, se habían incoado unas diligencias preliminares por el Ministerio Fiscal para investigar el posible desvío de caudales públicos. Y que desde la fecha de la celebración del precontrato hasta el día de la formalización de la compraventa, las diligencias preliminares del Ministerio Fiscal habían provocado el inicio de un proceso penal por un presunto delito de malversación de caudales públicos en el que figuraban como imputados el Sr. Marcos Benjamin y la Sra. Tomasa Elisa (actuación institucional que conocían pues se habían personado en el mismo). Y no obstante ello no pusieron a disposición judicial en beneficio de los acreedores, las cantidades líquidas, que una vez deducidas del precio las cargas y deudas existentes, sustituían al valor del bien inmueble. Al contrario dispusieron de las mismas, debilitando de forma significativa el patrimonio afecto al cumplimiento de las responsabilidades civiles ex delicto que se pudieran declarar en el procedimiento y únicamente cuando fueron requeridos judicialmente al efecto, tras conocerse





en el proceso que se había producido la vena, accedieron a consignar la cantidad que, procedente de la enajenación, todavía no había sido consumida.

En definitiva, la Sala "a quo" fundamenta el pronunciamiento condenatorio en que siendo imputados en hechos delictivos de los que pudieran derivarse responsabilidades civiles de indudable magnitud, dispusieron del dinero que habían obtenido de la venta de un bien inmueble de su patrimonio, y de esta manera, disminuyeron el mismo, haciendo inviable que el efectivo obtenido pudiera servir para satisfacer los derechos de los perjudicados y sabiendo que, en atención a la magnitud de las responsabilidades civiles, los bienes que estaban embargados no eran suficientes para reparar el daño causado.

Argumentación que no debe ser asumida.

En efecto en el caso presente en el hecho probado se señala que al no prestarse la fianza exigida en el auto de 30.5.2007, por importe de 1.033.915 E, que fue aumentada en 933.000 E, por auto de 18.3.2008, -se procedió al embargo del saldo de seis cuentas corrientes, catorce fincas y dieciséis empresas- entre los bienes inmuebles no se encontraba la vivienda sita en Urrugne (Francia), propiedad del Sr. Marcos Benjamin y su esposa.

Por tanto, desde el factum había bienes para atender la deuda con la Hacienda Foral, y respecto a los mismos se ignora -por no recogerse en el relato fáctico, ni en la fundamentación jurídica, el saldo de las cuentas en la valoración de las fincas y las empresas- si eran suficientes para el abono de la deuda, o mejor dicho, para responder del pago de las responsabilidades civiles que pudieran fijarse en la sentencia a favor de la Hacienda Foral. No siendo admisible para restar eficacia a la existencia del patrimonio, el que estuvieran gravados, pues -como dice la STS. 424/2012 de 30.5, se ignora el importe de los gravámenes que, por otra parte, también existía respecto de la vivienda tenida en cuenta para afirmar el alzamiento de bienes.

Así consta que del precio de venta, 1.250.000 E, correspondiendo por tanto 625.000 euros a cada acusado, el letrado-notario francés conforme a su legislación procedió a detraer las cargas y deudas de los vendedores, entregando, una vez efectuada esta liquidación al Sr. Marcos Benjamin, a través de su esposa, que actuó en la compraventa en su nombre y representación, un cheque por importe de 178.698,68 E que la Sra. Tomasa Elisa ingresó en una cuenta de su esposo, el 1.8.2007.

Es cierto que esta cantidad se vió reducida a 87.844,35 E, tras diversos pagos al despacho de abogados Barrillero que figura a los folios 3337 por 63.400 Euros, en fecha 18.7.2007, 3.343 por 40.000 Euros en fecha 6.8.2007, y 3.345 por 40.000 Euros en fecha 26.9.2007, esto es, para satisfacer otras deudas del acusado y como ya hemos indicado la conducta de selección prioritaria de deuda contraídas que hace que unos acreedores cobren con preferencia a otros, se trata de un supuesto atípico. El pago de las deudas, otorgando preferencia a unos sobre otros, impide apreciar el animo defraudatorio general que es lo que da vida al tipo penal de alzamiento.

Es cierto también que el Sr. Marcos Benjamin no ingresó voluntariamente esa cantidad pero cuando, por tener conocimiento el Juzgado de la venta de la vivienda en virtud de escrito de la Diputación Foral de Guipúzcoa, fue requerido para ello el Sr. Marcos Benjamin el 22.1.2008, ingresó en la cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad de 87.863,95 Euros, ligeramente superior a la resultante a la venta de la vivienda.

Actuación que tampoco puede ser subsumida en el art. 258, no siendo ocioso señalar que la mayor parte de la doctrina no admite la comisión por omisión en este delito y sostiene que no hay alzamiento cuando ante el requerimiento de la autoridad el deudor no declare todos sus bienes.

Así pues, en definitiva, en el plano de lo objetivo, cabe la duda más que razonable de que existiera una insolvencia tan acusada como para no poder pagar, pues había otros bienes embargados cuya valoración no consta, y en el plano de lo subjetivo no puede sostenerse que la única interpretación razonable a la conducta del Sr. Marcos Benjamin fuera la de ocultar un bien o hacerlo inembargable.

El motivo por lo expuesto deberá ser estimado y absuelto el recurrente del delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP.

#### **VI) Respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.**

**VIGESIMO PRIMERO: El motivo vigésimo primero por infracción de precepto penal al haberse inaplicado indebidamente sobre los hechos considerados probados, la atenuante de reparación del daño contemplada en el art. 21.5 CP, al concurrir en los hechos probados los presupuestos legalmente previstos para su aplicación** por entender que las cantidades consignadas por el recurrente debían ser consideradas como relevantes y tener su correspondiente efecto atenuatorio en la pena a imponer. Ello conforme a la jurisprudencia que exige que el imputado haya puesto a disposición de la víctima, en su caso, bien determinadas cantidades (reparación parcial) o en su caso la totalidad de la indemnización reclamada.



Así se destaca que el propio órgano sentenciador hace constar en la sentencia (Pág. 356), las cantidades consignadas por el recurrente, cuya suma ascendía a un total de 185.012,33 E y a mayor abundamiento con fecha 11.12.2007, se realizó una transferencia de 75.746,38 E, y con fecha 13.12.2007, se puso a disposición del Juzgado la cantidad de 44.450 E, sin que hasta esas fechas se hubiera notificado ninguna resolución que obligara a la consignación judicial de la referida cantidad.

El motivo se desestima.

En el caso presente por auto de 30.5.2007, el Juzgado 1ª Instancia nº 2 de Irán, acordó la prestación de forma solidaria y conjunta del Sr. Marcos Benjamin y de la Sra. Tomasa Elisa, de una fianza por importe de 10.339,15 E para garantizar las responsabilidades pecuniarias que resultaran de la causa incoada frente a ellos, fianza que por auto de 18.3.2008 fue ampliada en 933.000 E.

En el auto se precisaba que en el caso de no prestarse la fianza se procedería al embargo de las propiedades establecidas en el antecedente de hecho único del citado auto y de las cantidades que constaran en las cuentas corrientes que se indicaban -en concreto se embargaban el saldo de seis cuentas corrientes, 14 fincas y 16 empresas- y entre los bienes inmuebles no se encontraba la vivienda propiedad de los acusados sita en NUM102 Chemin DIRECCION006 del termino Urrugne (Francia).

El Sr. Marcos Benjamin en virtud del mandato judicial y en ejecución de los embargos tratados realizó el ingreso de los 185.012 E en la cuenta de consignación que se detallan en la Pág. 356 de la sentencia.

Pues bien esta Sala casacional ha declarado STS. 338/2010 de 16.4, que el pago de las fianzas ordenadas por el Juzgado de Instrucción no puede ser acreedora de una atenuante como la estudiada (véase la STS de 20 de octubre de 2006), que precisó que desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una "conducta personal del culpable" lo que hace que se excluyan, entre otras, los supuestos de constitución de fianza exigido por el Juzgado, pues el pedimento de la atenuación lo constituye la voluntaria contribución del infractor a aminorar las consecuencias resarcitorias civiles de sus actos, reparando a la víctima, en la medida de sus posibilidades económicas.

La STS. 580/2011 argumenta que "se confunde lo que es la reparación con la prestación de fianza para afrontar la responsabilidad civil que es una obligación que la ley impone a todo presunto responsable de una infracción penal".

En igual sentido la STS. 935/2008 de 26.12, recuerda que la jurisprudencia de esta Sala, ha rechazado considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, sea en el Auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación, pues una "cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral", (SSTS 1165/2003 de 18.9, 335/2005, de 15.3, 629/2008 de 10.10).

Incide en esta doctrina la STS. 1237/2011 de 23.11, así expone que la reparación del daño a la víctima, si de resarcimiento económico se refiere, ha de efectuarse mediante el pago o a través de la consignación para pago inmediato a la misma. Prestar una fianza que se exija por el órgano judicial en orden a asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran declararse procedentes o consignar para responsabilidad civil, que no deja de ser lo mismo y que es lo que hicieron los acusados (si bien en cuantía inferior a la que les fue reclamada por el Juez instructor en concepto de fianza), no entraña reparación del daño ocasionado a la víctima. Que ello es así lo revela que ante un hipotético pronunciamiento absolutorio la consecuencia legal inherente a ellos sería la cancelación de la fianza que se hubiera prestado, pudiendo en consonancia con ello pedir los acusados el reintegro de la suma que consignaron a efectos de responsabilidad civil.

En apoyo de esta respuesta desestimatoria, la STS de 22 de marzo de 2011 declara que lo que pretende la atenuante de reparación del daño es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas en general, lo que no excluye a la Hacienda Pública, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada (SSTS 285/2003, de 28 de febrero; 774/2005, de 2 de junio, y 128/2010, de 17 de febrero). De otra parte, se destaca la denominada teoría del "actus contrarius" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad del reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis se centra en estimar la reparación del daño como una



forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico, del cual se alejó cometiendo el delito. Esta rectificación del hecho y manifestación de acatamiento de la norma, puede consistir en una reparación total o parcial, real o simbólica, de los efectos del delito. Lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Ese "actus contrarius" es contemplado como una compensación de la culpabilidad por el hecho cometido ( SSTS 625/2001, de 9 de abril , 1237/1003, de 3 de octubre y 78/2004, de 31 de enero ). Se requiere del autor un esfuerzo superior al jurídicamente exigible que pueda operar como una atenuación del reproche de culpabilidad ( STS 44/2008, de 5 de febrero ). En esta segunda perspectiva parece ponderarse la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del art. 21.5ª del C. Penal no lo exija".

Por eso mismo, como sostiene el Tribunal de instancia, no existe realmente una reparación del daño propiamente dicha por los acusados, que no sufragaron voluntariamente los perjuicios que causaron a la financiación de las políticas públicas en materia de interés general, pues fue preciso que, tras conocerse en el proceso por una información aportada por la acusación particular que se había procedido a la venta de la vivienda unifamiliar, se instase jurisdiccionalmente el ingreso del metálico obtenido de la venta. Los acusados no reintegraron el dinero del que ilícitamente se beneficiaron, siendo así que tenían capacidad para ello, como lo refleja de modo evidente el ofrecimiento de pago que, desde el inicio del procedimiento, reffectuaron por el Sr. Marcos Benjamin que obedecen a una disponibilidad económica exógena al patrimonio objeto de afectación en este proceso. Por lo tanto, ni objetivamente existió un restañamiento significativo del detrimento causado, ni subjetivamente concurrió una conducta de restablecimiento de la vigencia de la norma que compense, aún parcialmente, la desaprobación inherente a los delitos cometidos.

Razonamiento conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta, pues solo aparece la prestación de una parte reducida de la fianza total exigida por el Juez -1,033.915 E, ampliada posteriormente en 933.000 E-, que no está a disposición del perjudicado, y que se cumplimenta por exigencias del procedimiento.

**VIGESIMO SEGUNDO: El motivo vigésimo segundo por infracción de precepto penal al haberse inaplicado indebidamente la atenuante analógica de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.7 CP , en relación con el art. 21.6 CP , dado el tiempo transcurrido desde el acontecer de los primeros hechos -año 1990- hasta la fecha en que se dicta la sentencia condenatoria.**

El motivo se desestima.

1º) En primer lugar esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía:

- a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal ;
- b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas;
- c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales;
- d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal ( SSTS. 6/2010 de 27.1 , 1323/2009 de 30.12 , 755/2008 de 19.6 , 544/2007 de 21.6 , 1168/2006 de 10.12 , 1137/2005 de 6.10 , 865/2005 de 24.6 ).

2º) Ahora bien, este precepto no es un expediente que permita la creación de "atenuantes incompletas". Si el legislador diseña una atenuante exigiendo para su apreciación la concurrencia de ciertos elementos o requisitos, no es lógico que por la puerta del art. 21.6º se introduzcan como atenuante los supuestos en que faltan esos requisitos y que han sido conscientemente desechados por el legislador. Por lo tanto no se comprenden aquellos supuestos en que faltan los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, lo que equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma ( SSTS. 1057/2006 de 3.11 , 145/2007 de 28.2 , 359/2008 de 19.6 , 1346/2009 de 29.12 ).

Efectuadas estas precisiones previas el motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en STS. 739/2011 de 14.7 , el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el acuerdo procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado



por su complejidad o por otras razones y que sea imputable al órgano jurisdiccional y son precisamente a quien reclame. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28-10-2003 (caso González Doria Desván de Quiroga c. España ) y de 28- 10-2003 (caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS 1151/2002, de 19-6 "no puede ser apreciada ni previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional a repasar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 CE , mediante la cual poniendo la parte de manifiesto al órgano jurisdiccional su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación se le acusa ( STS 73/92 , 301/95 , 100/96 , 237/2001 , entre otras; STS 175/2001, de 12-2 ):

Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo STS 1497/2002, de 23-9 , que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el procesal penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesados que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza. Así pues. La obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buen fe ( art. 11.1 LOPJ )) y que se concreta en la denuncia oportuna de las declaraciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración a la justicia con retrasos no justificables.

Pero más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable, y sin daño no cabe reparación ( STS 654/2007, de 3-7 , 890/2007 de 31- 10, entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad ( STS 3-2-2009 ).

Asimismo las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el tribunal aprecie la atenuante y la motivación que ofrezca el tribunal debe resultar suficiente ( STS 17-3-2009 )."

Asimismo hemos precisado en STS. 987/2011 de 5.10 , "Como hemos dicho en STS 739/2011, de 14-7 , la reforma introducida por LO 5/2010 de 22-6 , ya en vigor, ha añadido una mera circunstancia en el art. 21 CP que es la de "dilación extraordinario e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que ya no guarda proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha LO dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal o la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del TS que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La Jurisprudencia de esta Sala -que debería ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21 -es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos- en el caso del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o no dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables -sufrido como consecuencia del delito, que es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir, la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad





e la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS 10-12.2008, 25-5.21010).

Ahora bien que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que, como tal, concurre en el momento de cometerse esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo STS 30.3.2010 , la que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena" (en el mismo sentido STS 213/2011, de 6-4 , 104/2001, de 1-3 , y 11/2011, de 1-2 ).

Siendo así el planteamiento del recurrente es equivocado. La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha del inicio de la comisión de los hechos, sino la de la incoación del procedimiento, o siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo sospechoso a ser descubierto e indagado con prontitud. Por tanto el tiempo transcurrido entre la producción de los hechos y la "notitia criminis" de estos que llega al órgano jurisdiccional no es computable como dilaciones indebidas imputables a este ( SSTS 1183/2003 de 17.9 , 396/2004 de 29.3 , 199/2008 de 25.4 , 284/2008 de 26.5 , 883/(2009 de 10.9 y 1045/2009 de 4.11 que precisó: "... el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar. En tal sentido puede citarse la doctrina del TEDH, caso Eckle vs. Alemania, sentencia de 15 de Julio de 1982 , y más recientemente caso López Solé vs. España, sentencia de 28 de Octubre de 2003 donde se dice textualmente "...el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....").

En el caso presente se trata de hechos que acontecieron entre 1990 y 2004, pero el proceso penal no se inició hasta abril 2007 y la sentencia ha sido dictada el 23.7.2012 .

Han transcurrido poco más de cinco años en la tramitación total una causa cuya complejidad es evidente y que precisó una investigación minuciosa y ardua, por la naturaleza de los delitos investigados que precisaron de complejas pruebas periciales y comisiones rogatorias a Francia para clarificar extremos relevantes de la instrucción.

Plazo por tanto que no puede considerarse excesivo por la complejidad de la causa, máxime cuando el recurrente ni siquiera señala paralización alguna en la tramitación de la causa.

#### **VII) Respecto a la concreta determinación de la pena a imponer.**

**VIGESIMO TERCERO: El motivo vigésimo tercero por infracción de precepto penal, art. 849.1 LECrim . en cuanto vulneración del art. 66 CP .**

El motivo es subsidiario del anterior para el caso de no apreciarse la atenuante analógica de dilaciones indebidas y denuncia que a pesar de que la propia sentencia al indicar que no existe fundamento para al atenuante lo es "sin perjuicio de que, en el ámbito de la determinación judicial de la pena dentro del marco penal fijado por el legislador, se pueda, en su caso, tener en cuenta como circunstancia personal que mitiga las necesidades de prevención especial que entre el último acto antijurídico y la imposición judicial de la pena han transcurrido ocho años", cuando acude a la determinación de las consecuencias penológicas nada de este se menciona y ningún criterio se adopta en relación con la ponderación penológica aparentemente anunciada y así por el delito de malversación impone la pena de 7 años de prisión, por el delito de blanqueo la de 3 años prisión y por el alzamiento de bienes la de 1 año prisión, lo que supone en el primer delito imponer la pena casi en el máximo de lo permitido y en el blanqueo la pena más alta de las imponibles (el máximo de la mitad inferior, cuando por los tiempos transcurridos por aplicación del principio de proporcionalidad ( art. 66 CP ), debieron imponerse las penas mínimas contempladas en los preceptos reseñados.

El motivo se desestima.Como la jurisprudencia tiene establecido - SSTS. 93/2012, de 16-2 , 540/2010 de 8.6 , 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 665/2009 de 24.6 , y 620/2008 de 9.10 , el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida . En tal sentido basta citar la doctrina



constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero .

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . – conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional– resulta reforzado en *el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas* (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril ).

En el caso presente, en contra de lo sustentado en el recurso, la sentencia de instancia, fundamento jurídico décimo (Pág. 366 a 370), realiza una pormenorizada individualización de la pena a imponer en cada uno de los delitos.

Así en cuanto al delito de malversación -sin perjuicio de que la estimación del motivo séptimo hace necesaria una nueva determinación penológica por esta Sala -justifica la imposición de la pena de 7 años prisión y 16 de inhabilitación absoluta por la gravedad del injusto que fue relevante, durante 15 años y por una cuantía de 1.661.157,53 E, por realizarse con una voluntad directamente encaminada a la ejecución del latrocinio -dolo directo- y en la reafirmación de la validez del orden jurídico y la importancia de regular uso de los fondos públicos. Necesidad, esta, claramente preventiva " **que no resulta desvalorada por el tiempo transcurrido desde el momento que se tuvo conocimiento de la ilegal conducta protagonizada**".

Razonamiento correcto y suficiente pues la pena que fue impuesta en el marco penológico de los arts. 432.2 -cuatro a ocho años- y 74.1 mitad superior -6 años y 1 día a 8 años- está en la mitad de la imponible.

-En cuanto al delito de blanqueo con un marco penológico de seis meses a los seis años de prisión y multa del tanto al triple del valor de los bienes ( art. 301.1 CP . y LO. 5/2003), justifica la imposición de una pena de tres años de prisión y una multa de 2.000.000 euros, en las importantes cantidades cuyo origen delictivo se difumina -gravedad del injusto- y el dolo directo con el que el Sr. Marcos Benjamin lo ejecutó -reproche por el injusto realizado-

Motivación suficiente, estando la pena impuesta en su mitad inferior (seis meses a tres años y tres meses).

Y respecto al delito de alzamiento la pena impuesta, 1 año prisión es la mínima prevista en el art. 258, por lo que no precisa de una motivación adicional.

RECURSO INTERPUESTO POR Tomasa Elisa

**VIGESIMO CUARTO:** La recurrente ha renunciado a los motivos **primero, segundo y tercero**, articular **el motivo cuarto por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim , por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE .**

Se afirma en el motivo que no existe en la causa ni una sola prueba de cargo que permita sostener que la recurrente incurrirá en los comportamientos descritos en el apartado tercero de la relación fáctica contenida en la sentencia (folios 55 a 83).

La única prueba de cargo que tiene en cuenta el tribunal "a quo" para considerar acreditados los hechos relativos al delito de blanqueo de capitales por el que ha sido condenada Tomasa Elisa se reduce al contenido del informe pericial efectuado por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza obran a los folios 1 a 316 de la pieza documental, si como sus anexos, debiendo de resaltarse que el informe reseñado era un informe prejudicial elaborado durante las diligencias informativas incoadas por el Ministerio Fiscal, sin que estuviera incoado el procedimiento judicial y fue calificado por la propia perito como provisional.

Asimismo en cuanto a los hechos contenidos en la relación fáctica atribuidos al Sr. Marcos Benjamin pueden delimitarse en: a) por un lado los ingresos en las cuentas corrientes de los cheques o pagares entregados por los contribuyentes; y b) por otro lado, los supuestos ingresos de dinero en efectivo que, según sentencia, provenían de los contribuyentes.

Respecto a estos últimos del informe y sus anexos no se puede deducir que provengan de lo entregado por los contribuyentes, al no existir prueba de cargo alguna obtenida con las debidas garantías que permita dar como probado el cuadro obtenido en le relato fáctico.

Y en cuanto al punto 2º de la relación fáctica de la sentencia de que Tomasa Elisa conocedora de la alta probabilidad rayana la evidencia, de que el dinero que se empleaba procedía de la distracción que su marido hacia de los ingresos por tributo que recaudaba, procedió junto con su esposo a financiar la constitución



de sociedades y a concretar, amortizar y cancelar anticipadamente diversos préstamos y adquirieron por sí o a través de las sociedades en que participaban, bienes que aparecen determinados, la fundamentación jurídica descansa en la inexistencia de una hipótesis alternativa dado los ingresos procedentes de la actividad profesional desarrollada por los integrantes de la unidad familiar eran de modesta entidad, pero la perito solo analizó una parte de los ingresos u no los del resto de actividades del Sr. Marcos Benjamin al margen de su labor en la administración como era su labor de asesoramiento y su actividad en la inmobiliaria, y respecto a la Sra. Tomasa Elisa afirmó que le constaba su residencia en Francia y que no se planteó que pudiera hacer las declaraciones de sus ingresos en Francia cuando se convirtió en autónoma.

En resumen concluye, que no ha existido prueba de cargo relativa al estudio de los ingresos reales percibidos por el Sr. Marcos Benjamin por negocios ajenos a su trabajo en Hacienda, estuvieran o no debidamente declarados, al estudio económico sobre los sucesivos préstamos solicitados por los acusados, cuadro poniendo en relación por cantidades y fechas, ingresos en metálicos en las cuentas corrientes con pagos de los contribuyentes.

Y en cuanto a la prueba de las circunstancias conducentes de que la Sra. Tomasa Elisa conociera la alta probabilidad del origen ilícito del dinero, si bien es cierto que conocía las retribuciones que el Sr. Marcos Benjamin generaba como funcionario, lo que no está probado es que conociera los concretos recursos económicos que percibía su esposo por sus otras actividades de asesor, administrador de empresas, abogado, y el conocimiento de la cuantía de los préstamos que había inscrito sucesivamente en un periodo de 9 años, no es un dato relevante, dado que alguno de ellos se cubrían con la actividad a la que estaba destinada la empresa por la que habían solicitado la financiación, otros estaban subvencionados y algunos se amortizaron con la venta de inmuebles y otros con la concesión de un nuevo préstamo.

El motivo se desestima.

1º La recurrente reitera objeciones similares a las planteadas en el motivo decimoquinto del recurso interpuesto por su esposo Marcos Benjamin en orden a la falta de acreditamiento de su versión de descargo relativa a los ingresos reales percibidos por la unidad familiar.

En efecto debemos recordar la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 707/2012 de 20.9, y 561/2012 de 3.7, en el sentido de que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada



resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 209/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar 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. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante ( SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94m , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006 ).

2) En el caso presente ya se ha detallado en el motivo décimo quinto, la prueba tenida en cuenta por el tribunal para llegar a la convicción de la existencia del delito. La recurrente se limita a insistir en su subjetiva versión de los hechos y de la prueba practicada para llegar a conclusiones divergentes de las de la Sala de instancia, olvidando que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, sino solo si la inferencia de la Sala es razonable desde el punto de vista de la lógica y coherencia, como desde la óptica del grado de validez requerido.

Y en este caso la solidez de la inferencia de la Sala no es abierta ni indeterminada, si se tiene en cuenta - como se razona en la sentencia- la inexistencia de una explicación alternativa de alguna solidez por parte del recurrente que justifique su versión. Inexistencia de dicha explicación que opera como dato corroborador de la conclusión alcanzada, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, " *la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad,* ( Sentencias del Tribunal Constitucional 220/1998, de 16 de noviembre ; 155/2002, de 22 de julio ; 135/2003, de 30 de junio ).

Ningún otro juicio compete a este Tribunal pues debemos ceñirnos a efectuar un control externo de modo que nuestro juicio versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la Sala de instancia, sin que debamos entrar a examinar otras posibles injerencias propuestas por quien recurre y de 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 más probable un acaecimiento alternativo de los hechos ( SSTC. 220/98 de 16.11 ; 124/2001 de 4.6 ; 109/2002 de 6.5 ; 137/2002 de 3.6 ; 135/2003 de 30.6 ; 229/2003 de 18.12 ; 163/2004 de 4.10 ).

3) Y en cuanto a la participación de la recurrente en el delito de blanqueo y su conocimiento sobre el origen ilícito del dinero, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que a pesar de los términos utilizados en el tipo, debe entenderse comprendido en él el dolo eventual ( STS. 457/2007 de 29.5 ).





Se abandonó, hace tiempo, una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, siendo suficiente el dolo eventual para su conformación. Consecuentemente puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación, siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significado social ( SSTS. 10.1.2000 , 5.2.2003 , 22.7.2003 , 12.3.2004 , 9.10.2004 , 19.1.2005 , 14.9.2005 , 483/2007 de 4.6).

No sería suficiente la mera sospecha, aunque bastaría con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el dinero procede de un delito grave, con plena admisión del dolo eventual como forma o modalidad dentro del cual se pueden incardinar los supuestos de ignorancia deliberada ( S.T.S. 28/2010 de 28.1 ).

No es necesario el conocimiento "*actual e inmediato*" del origen de los bienes, basta el dolo eventual, es suficiente el conocimiento del ámbito de que aquéllos procedían y haberle sido indiferente aquel origen; ( STS. 1286/2006 de 30.11 ).

Por tanto, no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar ( STS. 1372/2009 de 28.12 , 1257/2009 de 2.12 ).

Por tanto el único dolo exigible al autor es el derivado de la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave, incurriendo en responsabilidad incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*) , respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas ( SSTS. 1611/2005 de 26.12 , 31/2006 de 13.1 , 1012/2006 de 19.10 , 1257/2009 de 2.12 ).

En definitiva en el plano subjetivo -decíamos en STS. 974/2012 de 5.12 - no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (ahora ya de cualquiera, aunque no sea grave) por ejemplo por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc. Así, la STS. 1637/2000 de 10.1 destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave ( STS. 2410/2001 de 18.12 ), habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad ( STS. 1070/2003 de 22.7 , 2545/2001 de 4.1 ).

4) En el caso presente la sentencia impugnada, fundamento jurídico 6º razona sobre dicho conocimiento en término que no deja lugar a dudas.

Para el éxito de su proyecto criminal, el Sr. Marcos Benjamin se aunó con su esposa, la Sra. Tomasa Elisa . En concreto, ella conoció que el dinero que se empleó para la adquisición de las parcelas en la localidad de Jerte y ulterior construcción en su seno de la vivienda unifamiliar así como de un hotel y un spa, así como el metálico empleado para la constitución de múltiples empresas sociales, muchas de ellas carentes de actividad, así como la relevante financiación bancaria obtenida no provenían de los recursos que el Sr. Marcos Benjamin generaba como funcionario de Hacienda o percibía como asesor jurídico-mercantil. Y es que, en relación a los ingresos, ella había trabajado en Hacienda, y por tanto conocía los parámetros cuantitativos en los que se desenvolvía los emolumentos de los que en tal ente público trabajaban, conocimiento que, además, resultaba validado, en lo atinente al Sr. Marcos Benjamin porque había gestionado la cuenta de la Caja Laboral Popular, en la que se ingresaba el sueldo que su marido percibía. También sabía, y a ello ayudada, sin duda, su formación universitaria en materia económica, la cuantía de los préstamos que habían suscrito así como el destino que se había conferido al capital obtenido para tal financiación. Por lo tanto, conocía que la etiología de las elevadas cantidades de dinero que se pretendía invertir en crear patrimonio conjunto no radicaba en las fuentes regulares de obtención de ingresos por parte de su esposo, lo que indicaba, dada la ausencia de hipótesis alternativa que explicase la obtención de tan relevantes cantidades de dinero, la altísima probabilidad, rayana en la certeza, de que su origen proviniera del desvío por parte de su marido de los caudales públicos que



gestionaba como recaudador de impuestos. Es decir, conocía, en atención a las circunstancias concurrentes que se acaban de referir, el alto grado de probabilidad de que el dinero tuviera un origen ilícito vinculado a una irregular gestión de los caudales públicos que su marido recaudaba nominalmente para Hacienda.

Consecuentemente sabía que lo que ella realizaba -adquirir conjuntamente bienes inmuebles, empresas y negocios mercantiles- era una forma de sepultar el origen ilícito de los fondos en metálico utilizados en su compra, la mayor parte de los cuales provenían de cuentas corrientes de las que ella era cotitular. Y, conociendo el proscrito objetivo pretendido, ella optó por coadyuvar voluntariamente a tal ocultación. De esta manera actuó con dolo eventual, colocándose en lo que la jurisprudencia ha denominado situación de ignorancia deliberada: es decir, la que de quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en una situación de no querer saber (por todas, SSTs 236/2003, de 17 de febrero, 628/2003, de 30 de abril, 785/2003 de 29 de mayo, 1257/2009, de 2 de diciembre, y 476/2012), de 12 de junio). En otras palabras, la Sra. Tomasa Elisa, no obstante tener consistentes y claras razones de que el dinero que servía para la adquisición del patrimonio del que devenía cotitular tenía un origen ilícito vinculado a una irregular recaudación de los tributos por parte de su marido (conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado, que integra el elemento cognitivo del dolo), decide contribuir a la obtención del resultado pretendido (difuminar el origen ilícito del dinero) con el desarrollo de una actividad eficaz para ello (aceptando, por lo tanto, su producción, elemento volitivo del dolo).

El motivo, por lo expuesto se desestima.

**VIGESIMO QUINTO: El motivo quinto por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.**

Se señalan como documentos apreciados erróneamente: la prueba pericial elaborada por la Ertzaintza NUM117 de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza y la documentación anexa.

La recurrente se limita a reiterar las valoraciones efectuadas en el anterior motivo casacional relativas al informe pericial que mantiene a efectos formales, esta vez efectuado desde la vía del error en la valoración de la prueba; por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria.

**VIGESIMO SEXTO: El motivo sexto por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.**

Designa como documentos:

-Los movimientos de las cuentas bancarias contenidas en los Tomos 2, 3 y 5 del anexo económico.

-Actas de disconformidad aportadas en el Acto del juicio oral, bajo los números NUM118, NUM119, NUM120, NUM121 y NUM122.

1) Se afirma en el motivo que la fundamentación jurídica de la sentencia analiza solo una parte de los ingresos de los acusados. La perito que realizó el informe pericial afirmó que los ingresos analizados del Sr. Marcos Benjamin fueron los que percibía de sus funciones en la Hacienda Foral, sin incluir el resto de actividades como por ejemplo de la actividad inmobiliaria o de asesoramiento.

Y respecto a la Sra. Tomasa Elisa afirmó que le constaba su residencia en Francia y que no se planteó que pudiera hacer las declaraciones de sus ingresos en Francia cuando se convirtió en autónoma.

Es evidente que no se realizó un estudio de todas las cuentas corrientes porque del mismo se derivan ingresos muy superiores. Así señala respecto al año 1996 la cuenta corriente de Kutsa NUM053 (folios 327-344 del anexo documental) en la que aparecen ingresos periódicos de 40.000 Ptas. mensuales provenientes de Urđanibia Asesores. Respecto al año 2002 en las cuentas de lus Local SL, hay ingresos provenientes del asesoramiento jurídico que efectuaba el Sr. Marcos Benjamin (folios 626 a 629), de fecha 24.4.2002, 10.5.2002, 17.8.2002, por importes cada uno de 1.777,79 E, y en la cuenta de Servicios inmobiliarios en ese año aparecen en los folios 492-498 ingresos de 5.482,63 del 21.3.2002, 5.626,37 E el 13.11.2002, 20.915,22 E el 17.12.2002, ó 15.337,83 E el 20.12.2002.

Por tanto los movimientos de las cuentas aportadas al informe denotan la equivocación del Juzgador en cuanto a que los únicos ingresos son los que aparecen en el cuadro.

2. Respecto a las declaraciones fiscales efectuadas por Marcos Benjamin ante la Hacienda Foral fueron revisadas y aportadas las actas de disconformidad en el acto del Juicio oral.



En concreto las relativas al año 2002 al que se refiere el Tribunal a quo, el acta de disconformidad NUM118 , folios 41-51 y 42-51, se habla de las retribuciones del Sr. Marcos Benjamin procedentes de Ius Local SL, en la cantidad de 11.781,85, como rendimientos de trabajo 51.091,66 E, como rendimientos de capital inmobiliario 6.828,50 E.

El acta de disconformidad NUM120 recoge también 18.707,88 E como ingresos provenientes de Ius Local, aumentando los rendimientos de trabajo.

Por tanto, los ingresos declarados a la Hacienda Foral que informaban el anexo y se contienen en la fundamentación jurídica no eran los ingresos reales por las actividades de asesoramiento o derivadas de negocios.

Por otro lado se omitió en el cuadro, entre los años 1996 a 2002 los ingresos de Tomasa Elisa por no constar declaraciones de la hacienda de Guipúzcoa cuando al ser trabajadora fronteriza debía declarar sus ingresos en Francia. Así se desprende del acta de disconformidad NUM120 , párrafo último del local 31152.

En definitiva entiende la recurrente que no ha quedado acreditado que los ingresos tenidos en cuenta en la sentencia de instancia en su fundamentación jurídica sean los únicos percibidos por la unidad familiar, existiendo un error en la valoración de los documentos.

El motivo se desestima.

1).- Como hemos dicho ut supra los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal.

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

En definitiva, este motivo de casación, por error en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2 LECrim , no autoriza a una revaloración de la prueba documental, sino que permite rectificar el hecho probado en tanto se acredita un error del tribunal al declarar o al omitir declarar probado un hecho relevante para el fallo, del que no existan otras pruebas, cuando su inexistencia o su existencia resulte de forma incontrovertible del particular de un documento.

2).- En el caso si la perito no analizó los ingresos del Sr. Marcos Benjamin procedentes de su actividad inmobiliaria o de asesoramiento es simplemente porque el propio Sr. Marcos Benjamin declaró en el juicio oral que esos ingresos no fueron declarados.

-En relación a la falta de estudio de las cuentas corrientes, la manifestación a que en el año 1996 y en la cuenta de la Kutxa NUM053 , aparecen ingresos periódicos procedentes de Urdanibia Asesores de 40.000 Ptas. mensuales en periodo diciembre 1995 a noviembre 1996, lo que supondría un total de 480.000 Ptas.- y en dicho periodo el Sr. Marcos Benjamin ingresó por cheques provenientes de los contribuyentes en referida cuenta, un total de 10.023.899 Ptas. (60.876,35 E). En el año 2002 según el recurrente percibió en total de ingresos de Ius Local de 54.473,21 E, y en ese año el Sr. Marcos Benjamin ingresó por su conducta delictiva la cantidad de 211.172,64 E, y de ese importe 96.612,64 provenía de cheques.



-En lo relativo a las actas de disconformidad su contenido tampoco sería suficiente para justificar cuantiosos ingresos del Sr. Marcos Benjamin de empresas y negocios capaces de alterar el sentido del fallo.

-Y en lo concerniente a la omisión de los ingresos percibidos por la Sra. Tomasa Elisa y que declaró en Francia en los años 1996 a 2002, la propia acta de disconformidad NUM120 , recoge: "es decir, en el caso de D<sup>a</sup> Tomasa Elisa que obtiene sus rentas en territorio español pero se ha acogido al régimen de Trabajadores fronterizos de la Diputación Foral de Guipúzcoa". Por lo tanto la Diputación Foral sí conocía los rendimientos de la Sra. Tomasa Elisa , aunque los declarase en Francia. Si la parte considera que no aparecen reflejados en el cuadro obrante a los folios 339 a 341, bien pudo acreditar documentalmente su importe.

**VIGESIMO SEPTIMO: El motivo séptimo por vulneración de principio constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim , por estimar infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE .** al no haber explicado la sentencia debidamente el origen probatorio del cuadro que plasma la sentencia en sus Pág. 321 a 330 y que lleva al Tribunal a quo a apreciar la comisión de un delito de blanqueo de capitales.

El motivo coincide con el articulado en el ordinal decimoséptimo por el recurrente Marcos Benjamin , remitiéndonos a lo ya razonado en orden a su desestimación para evitar innecesarias repeticiones.

**VIGESIMO OCTAVO: El motivo octavo por infracción de Ley al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim . al haberse aplicado indebidamente sobre los hechos probados el delito de blanqueo previsto en el art. 301.2 CP .**

Entiende la recurrente que no concurren los elementos exigidos en el tipo penal, al no existir en cuanto al conocimiento del origen ilícito de los bienes indicios de naturaleza inequívocamente incriminatoria.

El motivo reitera los argumentos expuestos ene. motivo cuarto y no respeta, como exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim , los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, en cuyo apartado cuarto (Pág. 73 a 83) expresamente se recoge.

**Asimismo el Sr. Marcos Benjamin , con idéntica finalidad de aflorar el dinero que había detraído de las Arcas Forales y enmascarar su origen ilícito y la Sra. Tomasa Elisa concedora de la alta probabilidad, rayana en la evidencia, de que el dinero que se empleaba procedía de la distracción en su marido hacia de los ingresos por tributos que recaudaba, llevaron a cabo las siguientes actuaciones con el dinero retraído del erario público.**

**A) Financiación de la constitución de las siguientes sociedades mercantiles** (enumerando a continuación hasta 17 sociedades).

**B) A partir de la solvencia adquirida por los caudales públicos incorporados a su patrimonio, concretaron, amortizaron y cancelaron anticipadamente los siguientes préstamos recibidos de las Entidades bancarias** ( enumerando a continuación hasta 13, préstamos, hipoteca y contrato de apertura de crédito, entre febrero 1999 y marzo 2007).

**C) Adquirieron por si o través de sociedades en las que participaban los siguientes bienes** ( enumerando a continuación 9 inmuebles, viviendas, locales comerciales, plazas aparcamiento, hoteles), y un vehículo Jeep Cherokee, entre abril 2000 y julio 2006.

Conductas las descritas que se subsumen en el delito de blanqueo de capitales del art. 301, que en su redacción anterior a la LO. 15/2003 de 25.11 , describía una variedad de conductas integradoras del tipo objetivo:

1.- Adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de un delito grave ( art. 301.1), limitación que desapareció en la LO. 15/2003 que amplió el blanqueo punible a cualquier delito, cualquiera que fuera su gravedad y que reiteró la reforma LO. 5/2010 al referir su origen en "una actividad delictiva.

Esta modalidad tipifica comportamientos genuinos de blanqueo que son, como destaca la doctrina los encaminados a introducir los bienes de ilícita procedencia en el mercado legal. A través de la adquisición se incorporan bienes al patrimonio propio ya sea el título de adquisición oneroso o gratuito. Conversión equivale a transformación de bienes en otros distintos, mientras que la transmisión supone lo contrario de la adquisición, es decir, extraer bienes de su patrimonio para integrarlo en el de un tercero.

2.- Realizar actos que procuren ocultar o encubrir ese origen (núm. 1, art. ya citado).

Se trata en realidad, de una conducta de favorecimiento real propia del encubrimiento (art. 451.2) con el que entraría en concurso de normas. La mención "cualquier otro acto" es poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica y la certidumbre y taxatividad que demanda la legalidad penal en su cumplimiento de tipicidad. Los actos típicos son autónomos respecto a la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin de





que se trata. Pueden consistir en un hacer o en una omisión, si bien en este segundo caso el omitente habría de ser destinatario de un deber jurídico de actuar impuesto legal o reglamentariamente ( arts. 2 y 3 Ley 19/93 de 28.12 , modificada por Ley 19/2003 de 4.7, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su Reglamento aprobado por RD. 925/95 de 9.6, modificado por RD. 54/2005 de 25.1).

**3.-** Realizar (cualquier otro acto), para ayudar a quien ha realizado la infracción o delito base (que ha de ser grave) a eludir las consecuencias de sus actos (núm. 1 del artículo citado). De nuevo se tipifica una conducta de encubrimiento, ahora personal, por lo que entra en concurso de normas con el art. 451.3, a resolver conforme el criterio de la alternatividad (art. 8.4).

**4.-** Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita ( núm. 2 del art. 301 CP ).

Se tipifica ahora la denominada "receptación del blanqueo" por lo que la conducta no recae sobre los bienes procedentes del previo delito, sino sobre los que ya han sido objeto de alguno de los actos de blanqueo descritos con anterioridad, lo que exige que tales bienes hayan experimentado ya alguna transformación.

Como dice la STS. 1070/2003 de 22.7 : " El denominado blanqueo equivale a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes y así el artículo 301.1 C.P . describe y castiga aquellas conductas que tienen por objeto adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto semejante con bienes que se sabe que tienen su origen en un delito (ya no necesariamente grave desde la LO. 15/2003), con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos. En relación con los bienes debemos significar que no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente grave, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo. Por ello los bienes comprenden el dinero o metálico así obtenido.

**VIGESIMO NOVENO:** -Articula, a continuación, esta recurrente cuatro motivos relacionados con el **delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP : por error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim . (motivo noveno); por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 29.2 (motivo décimo); por vulneración del principio acusatorio , art. 24 CE (motivo décimo primero); y por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , aplicación indebida art. 258 CP , (motivo décimo segundo).**

El delito de alzamiento de bienes solo puede ser cometido por aquellas personas que tengan o adquieran la condición de deudor, bien directa o subsidiariamente, delito especial propio, y en este caso absuelta que ha sido la Sra. Tomasa Elisa del delito de malversación como cooperadora necesaria y no condenada al pago de responsabilidad civil alguna , solo se ha acordado respecto a ello el comiso del 50% de los bienes adquiridos mediante el blanqueo del dinero malversado por su marido, entre los que no se encontraba la vivienda cuya venta se considera subsumible en el delito de alzamiento, su condición de deudora respecto a la Hacienda Foral, puede ser cuestionada, y si bien la jurisprudencia admite la participación del cónyuge del procesado en este delito como cooperador necesario, pues al permitir la enajenación del bien ganancial, colabora eficazmente en la producción del resultado, la estimación del motivo vigésimo del recurso interpuesto por el deudor principal Marcos Benjamin y no siendo subsumible su actuación en la tipicidad del art. 258 CP , el principio de unidad de imputación y de accesoriadad limitada que informa la participación en el ámbito del proceso penal y que exige que la acción principal sea típica y antijurídica - aunque no sea culpable- impida la participación típica de una conducta atípica, y como consecuencia obligada la absolución de la recurrente, esposa del deudor principal.

No obstante esta Sala cumpliendo con su función nomofiláctica considera necesaria pronunciarse sobre la conducta imputada a esta recurrente y las vulneraciones de derechos fundamentales denunciados:

1) Respecto a la vulneración del principio acusatorio, su verdadero alcance se encuentra, en que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" ( SSTC 4/2002, de 14 de enero ; 228/2002, de 9 de diciembre ; 35/2004, de 8 de marzo ; 7/2005, de 4 de abril ).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio ( SSTC. 40/2004 de 22.3 , 183/2005 de 4.7 ). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta



relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4 ).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2 , 143/2009 de 15.6 , precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria ( SSTC. 12/81 de 10.4 , 95/95 de 19.6 , 302/2000 de 11.9 ). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" ( STC. 87/2001 de 2.4 ). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados ( SSTC. 36/96 de 11.3 , 33/2003 de 13.2 , 299/2006 de 23.10 , 347/2006 de 11.12 ).

Asimismo la Sala 2ª TS -STS 655/2010, de 13-7 , 1278/2009, de 23-12 ; 313/2007, de 19-6 ; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" ( SS. T.C. 134/86 Y 43/97 ). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que " el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" ( s. T.S. 7/12/96 ); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia ( s. T.S. 15/7/91 ). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa" ( SS. T.S. 8/2/93 , 5/2/94 Y 14/2/95). En suma , como se precisa en S. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión ( SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero ). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto - s. 44/83 de 24 de mayo - Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - SS 14/86 de 12 noviembre , 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86 , 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus



posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser *completo* (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y *específico* (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) *pero no exhaustivo*, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad ( s. T.S. 4/3/99 ).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado.

-Pues bien sostiene la recurrente que los hechos contenidos en las conclusiones definitivas de la acusación particular de la Diputación Foral de Guipúzcoa y de las Juntas Generales, y del Ministerio Fiscal no son, en modo alguno, sustancialmente idénticos a los contenidos en la sentencia, al incluirse en ésta un elemento fáctico cual la disposición por la recurrente de la suma cobrada en el cheque disminuyendo así su solvencia, que no figuraba en aquellas que se limitan a señalar que no se puso a disposición judicial el dinero hasta tener mandato judicial.

La impugnación debería ser desestimada, las disposiciones patrimoniales que se recogen en el factum no han sido cuestionadas por la Sra. Tomasa Elisa y constan documentalmente por lo que su inclusión en el factum no ha sido sorpresiva y no puede ser entendida como productora de indefensión.

2) Que reiterando los razonamientos expuestos en el correlativo motivo 20 del coacusado Sr. Marcos Benjamin , del precio de venta que correspondía a esta recurrente, el letrado-notario francés también detrajo las cargas y deudas de aquella, entregando a la Sra. Tomasa Elisa una vez efectuada la liquidación un cheque por importe de 208.386,68 E, que ingresó en una cuenta de su exclusiva titularidad el 30.7.2007, y si bien es cierto que el 1.8.2007 la Sra. Tomasa Elisa hizo su disposición de 3.000 E y una transferencia por igual importe el 4.8.2007, a otra cuenta del mismo banco de la que era titular, y también dispuso de 50.000 E el 30.9.2007 para entregar tal cantidad en calidad de préstamo a Hector Esteban , hermano de su esposo, en virtud de contrato privado suscrito el 18.9.2007, también lo es que como se acredita por los documentos que la recurrente designó en el motivo noveno, esta acusada puso a disposición del Juzgado, antes de prestar declaración como imputada el 10.12.2007, la cantidad total de 254.477, 53 E, superior por tanto al dinero recibido por la venta de la vivienda 208.386,6 E - mediante transferencias fechadas el 7.12.2007, de 154.477,53, 50.000 E- efectuada precisamente por Hector Esteban por devolución del préstamo- y 50.000 E (ver folios 3359, 3360, 3361, Tomo 12 pieza principal, y folios 453, 455, 889, 890, 891, y 995 pieza separada de responsabilidades civiles.

3) Que el auto que acordó la libertad provisional de esta recurrente, dictado el 11.12.2007 (folios 3482 a 3486, Tomo 13 pieza principal), reconoce este extremo ene. Hecho cuarto "**...por último el día 10 de diciembre se dejó constancia documentada de la consignación de 254.000 E por parte de D<sup>a</sup> Tomasa Elisa ...**".

Este auto contenía un requerimiento de consignación de 3.000 E que la Sra. Tomasa Elisa tenía en metálico, pero existe constancia (folio 454), que al día siguiente a su declaración, 11.12.2007, y antes de notificarle el auto, 14.12.2007, se ingresó tal cantidad en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Consecuentemente, no puede afirmarse que hubiese una disminución patrimonial fraudulenta en relación al valor total de los bienes, valor que ni siquiera se ha determinado a lo largo del procedimiento.

**TRIGESIMO: El motivo decimotercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim , al haberse inaplicado indebidamente la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 CP .**

El motivo es coincidente con el vigésimo primero del recurso interpuesto por Marcos Benjamin , remitiéndonos a lo allí expuesto en orden a su desestimación.

**TRIGESIMO PRIMERO: El motivo decimocuarto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim , al haberse inaplicado indebidamente la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.7 en relación con el 21.6 CP .**

El motivo es coincidente con el motivo vigésimo segundo del anterior recurrente por lo que nos remitimos a lo allí razonado en orden a su desestimación.

**TRIGESIMO SEGUNDO: El motivo decimoquinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , al haberse aplicado indebidamente el art. 66 CP .**

Se sostiene en el motivo que la sentencia desestima la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, pero en la pagina 366 afirma que lo hace sin perjuicio de que en el ámbito de la determinación judicial de la pena se pueda en su caso tener en cuenta, pues bien lo cierto es que no se tiene en cuenta lo consignado, por lo que interesa en virtud del principio de proporcionalidad de la sanción aplicable previsto en el art. 66 CP , la imposición de las penas mínimas.

Alegación coincidente también con lo expuesto en el motivo vigésimo tercero del recurso del Sr. Marcos Benjamin . La pena impuesta a la recurrente, dos años y cuatro meses por el delito de blanqueo está en la mitad inferior a la prevista en el art. 301 -seis meses a seis años- es inferior a la impuesta al otro acusado y justificada en el menor reproche de su conducta, derivado de su actuación a título de dolo eventual.

Motivación suficiente que conlleva la desestimación del motivo.

**TRIGESIMO TERCERO: El motivo decimosexto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . Por haberse aplicado indebidamente el art. 127 del CP . Y por inaplicación del art. 128 CP . se ha renunciado a su formalización.**

**TRIGESIMO CUARTO:** Estimándose parcialmente los recursos interpuestos, las costas se declaran de oficio ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recurso de casación**, interpuestos por **Marcos Benjamin y Tomasa Elisa** , contra sentencia de 23 de julio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera , en causa seguida por delito de malversación y otros y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS meritada resolución, dictando nueva sentencia con declaración de oficio costas respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro**

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Irún, incoó Procedimiento Abreviado con el número 22 de 2010, contra y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, cuya Sección Primera, con fecha 23 de julio de 2012 , contra Marcos Benjamin , con DNI: NUM123 , nacido en Donostia-San Sebastián el día NUM124 /1964, hijo de Ventura y de Josefa y contra Tomasa Elisa , con DNI: NUM125





, nacida en Cáceres, el día NUM126 /1963, hija de Antonio y de Gregoria; y contra Mariano Claudio , con DNI: NUM127 , nacido en Bilbao el día NUM128 /1959, hijo de Pedro y de María Ángeles; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluyendo los hechos probados.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Tal como se ha explicitado en los fundamentos jurídicos 19, 20, 29 de la sentencia precedente, los hechos no son constitutivos del delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP . por el que habían sido condenados.

### III. FALLO

**Manteniendo el resto** de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, de fecha 23 de julio de 2012 , **debemos absolver y absolvemos a Marcos Benjamin y Tomasa Elisa** del delito de alzamiento de bienes por el que habían sido condenados, declarando de oficio la parte de las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Julian Sanchez Melgar** D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **D. Alberto Jorge Barreiro**

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.