



Roj: **STS 3522/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3522**

Id Cendoj: **28079120012014100599**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2014**

Nº de Recurso: **1853/2013**

Nº de Resolución: **600/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1/2013,**
AAAP CA 2/2013,
STS 3522/2014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 600/2014

Fecha Sentencia : 03/09/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N° : 1853/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 11/06/2014

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : MEM

-Asunto: Clemente y dos más

-Delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial, los tres continuados y en concurso medial

-En la sentencia de instancia Clemente , Inocencio y Roberto fueron condenados como autores de los delitos continuados de prevaricación y malversación de fondos públicos, y absueltos del delito de falsificación de documentos oficiales

-Recurrent los tres condenados solicitando la absolución y el Ministerio Fiscal interesando la condena por el delito de falsificaciones en documento oficial del que fueron absueltos en la instancia

-En la sentencia de casación se rechazan los recursos de los condenados y se admite, el recurso del Ministerio Fiscal

-En los hechos probados se dice que el Pleno del Ayuntamiento de Jerez el 18 de Enero de 2005 nombró al personal eventual de confianza de los diversos partidos políticos que lo componían, y en concreto, nombró a dos personas por parte del grupo político del PSA. Esta competencia es indelegable del Pleno. Como quiera



que los recurrentes condenados Inocencio y Roberto no fueron los nombrados por el PSA, estos dos de acuerdo con Clemente procedieron de la siguiente manera: valiéndose Clemente de la condición, a la sazón, de Teniente Alcalde de Jerez de la Frontera y de representante de dos sociedades municipales, ordenó pagos en beneficio de los otros dos condenados, Inocencio y Roberto, por un total de 206.833'66 euros justificando dichos pagos bajo la apariencia de unos contratos de asesoría jurídica que contrató con ellos concargo de las dos sociedades municipales y para cuyo nombramiento no siguió procedimiento alguno, no efectuando los nombrados ninguna contraprestación

-El delito de prevaricación administrativa supone la infracción del deber de actuar conforme al ordenamiento público que se impone a toda autoridad o funcionario público, por ello cuando se dicta una resolución prevaricadora se causa un daño demoledor en la ciudadanía pues se lesiona gravemente la confianza de la ciudadanía en sus instituciones, lo que constituye la base del Estado de Derecho. Nada perjudica más a la credibilidad de las instituciones que ver a las autoridades o funcionarios que de guardianes de la legalidad se convierten en sus vulneradores por el ejercicio arbitrario de su poder

-Diferencias entre el delito de prevaricación del art. 404 y el de nombramientos ilegales del art. 405. El delito de nombramientos ilegales supone que el que efectúa el nombramiento es competente para el mismo pero lo hace sin que concurren los requisitos exigidos para el cargo concernido. Aquí el que efectuó el nombramiento carecía de toda competencia para ello

-Delito de malversación de fondos públicos, la falta de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, solo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo

-Ambito del control casacional en relación a la violación del derecho a la presunción de inocencia. No hubo vacío probatorio. El Tribunal sentenciador concretó las fuentes de prueba y los elementos incriminatorios que le llevaron a la conclusión, tras la valoración de toda la prueba, también la de descargo --todo juicio es un decir y un contradecir--, de que existieron los delitos de los que se condenó al recurrente

-Tutela judicial efectiva. Se satisface cuando el Tribunal da una respuesta jurídica a todas las cuestiones suscitadas pero no supone que el solicitante tenga derecho a la respuesta que él espera. Basta que obtenga una respuesta razonada que de respuesta, positiva o negativa a lo interesado por el solicitante

-La tesis del error de prohibición que se postula por el recurrente debe ser rechazada en la medida que el recurrente tiene titulación universitaria, ha sido jefe de un partido político y durante largos años ha sido Alcalde de Jerez de la Frontera. Con este grado de conocimiento no puede alegarse la creencia de estar obrando correctamente

-Se está en una situación claramente fraudulenta en la que se pueden identificar los tres vértices que conforman el triángulo del fraude: 1) El deseo o voluntad de proceder a la acción fraudulenta, 2) la oportunidad de llevarla a cabo y 3) la justificación de lo efectuado dándole una apariencia de legalidad para buscar la impunidad

-Estimación del recurso del Ministerio Fiscal. Se admite la existencia de un delito de falsificación documental respecto de tres condenados, los recurrentes cometieron tres delitos continuados de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documentos oficiales y mercantiles, bien que en relación a Inocencio y Roberto al no tener la condición ni de autoridad ni de funcionario público, les sea de aplicación el art. 65 Cpenal en relación a los dos primeros delitos y el art. 392 Cpenal en relación al delito de falsedad

-Los tres delitos están en relación de concurso medial sancionable de acuerdo con el 77 con la mitad superior de la mitad superior del delito más grave de los tres cometidos, que en relación a Clemente es el delito de falsedad en documento oficial cometido por autoridad o funcionario, y en relación a Inocencio y Roberto el de malversación de caudales públicos

Nº: 1853/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Vista: 11/06/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 600/2014



Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Clemente , Inocencio y Roberto** , contra la sentencia dictada por la Sección VIII de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, estando dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sra. Mateo Herranz y Sra. Fuentes Hernangómez; siendo parte recurrida la **Empresa Municipal del Suelo de Jerez** , representada por la Procuradora Sra. Fernández-Luna Tamayo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Jerez de la Frontera, incoó Procedimiento Abreviado nº 13/2010, seguido por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial, contra **Clemente , Inocencio y Roberto** , y una vez concluso lo remitió a la Sección VIII de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, que con fecha 13 de Mayo de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Que siendo Alcaldesa de Jerez de la Frontera Doña Gloria se aprueba al comienzo de su mandato, por el Pleno de la Corporación municipal del Ayuntamiento de Jerez, el 18 de enero de 2005, siendo una atribución indelegable, el numero, características y retribuciones del personal eventual de confianza, determinándose dos para el grupo político del P.S.A. En virtud de la designación del referido partido correspondió los nombramientos a Verónica y a Indalecio y así fueron nombrados por resolución de la Alcaldesa el 15-2-2005, constando que el 31-3-2007 cesa la primeramente mencionada y su lugar es ocupado a fin de cumplimentar el numero asignado al grupo político que nos ocupa por Romulo , que consta nombrado de la misma manera referida el 1-4-2007, publicándose los referidos nombramientos en el Boletín Oficial de la Provincia.- El acusado Clemente mayor de edad y sin antecedentes penales, por ser Teniente de alcalde del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, ocupaba el cargo de Presidente en Marzo de 2005, y hasta el 28 de Abril del mismo año que pasó a ocupar el de Vicepresidente de la Sociedad Instrumental del Ayuntamiento, Xerez 21 Speed Festival S.A, que tiene como objeto social principal la promoción y desarrollo de un parque temático en Jerez, pudiendo asumir las actividades de construcción, gestión y exploración del mismo. Así mismo desarrollar otras relacionadas con los sectores del turismo y el ocio complementarias al parque. Teniendo capital social mayoritario de la Corporación Municipal y 100% municipal desde el 26 de Diciembre de 2007.- Que conociendo ambas partes que el objeto de la contratación eran ser asesor político de Clemente , este y el acusado Inocencio , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo militante del partido PSA, habiendo estado 19 años de Concejal y 9 de Teniente de Alcalde, así como también habiendo ocupado el cargo de vicepresidente de Emusujesa, acordaron aprovechar dicho cargo para poder lucrarse con dinero del erario público, al no haber sido designado por el grupo político mencionado, P S.A, como asesor político. En fecha 30/03/2005 consta carta remitida por este a Clemente , en la que literalmentes señala: "Sr. Presidente: Como resultado de nuestra reunión de Febrero pasado, he comenzado a prestar mis servicios profesionales como asesor de esa empresa en materia de Urbanismo Comercial. Como consecuencia adjunto la minuta correspondiente al mes de Marzo.".- En virtud de la citada carta Clemente sin cumplimiento de tramite, expediente, o requisito alguno, más que su voluntad, concertada con la del también acusado y beneficiario Inocencio , dió ordenes de transferencia a la Entidad Caja Sur sita en Avda. Fernández Portillo de Jerez, de la que es titular la referida S.A., a favor de este, según facturas, presentadas por Inocencio ,



tal como habían acordado, por trabajos de asesoramiento al Parque. Trabajos no efectuados, ni encargados por Jerez 21 Speed Festival S.A., facturas que no reflejaban realidad alguna, y que habían acordado, ambos acusados a fin de aparentar la legalidad de la recepción de dinero, dinero público, por parte de Inocencio, que como estaba dado de alta como autónomo, pues tenía una empresa constructora, cargaba el 16% de IVA en cada una de ellas. Que las ordenes de pago firmadas por el acusado eran de fecha anterior a la presentación de las facturas y si bien en la ordenes de pago de fechas 19/04/2005 y 29/04/2005 Clemente firma como presidente, cuando ocupaba ya el cargo de vicepresidente.- Las cantidades respectivas, recibidas son las siguientes: -4.647,01 euros.- 4.611,85 euros.- 4.629,69 euros.-

4.629,69 euros.- 4.629,69 euros.- 4.629,69 euros.- 4.629,69 euros.- Haciendo un total de 32.407,31? perteneciente al Erario Público.- El Presidente, de acuerdo con el Estatuto de la Sociedad, tiene poder para disponer de los fondos para el funcionamiento ordinario de la Sociedad, y para firmar contratos aprobados por el Consejo de Administración. Dicho Consejo no tuvo ni conocimiento de la contratación.- Que dado que la Alcaldesa se negó a abonar la factura del mes de octubre al citado acusado, a fin de continuar con el plan preconcebido, los acusados Clemente y Inocencio aprovechándose el primero del cargo que ocupaba, en este caso como Vicepresidente de EMUSUJESA, Empresa Municipal del Suelo S.A. del Ayuntamiento de Jerez, con capital 100% público, suscribieron, sin causa ni intención de cumplimentar, el 10-11-05, contrato que denominaron de consultoría para consulta y asistencia de los Proyectos Urbanísticos y de Promoción Inmobiliaria, para lo que no fue efectuado expediente ni trámite alguno, más que la voluntad de ambos de que Inocencio fuese asesor político y para dar apariencia de legalidad a la recepción ilícita por parte de Inocencio de dinero público. Recibiendo Inocencio en esta ocasión 74.580,12?, no efectuando actividad, prestación o informe alguno por parte del figurante como contratado, que justifique o motive la recepción de cantidad alguna, con el consiguiente perjuicio al Erario Público. Dado que éste acusado seguía de alta como autónomo, adjuntaron, tal y como ambos concertaron, al igual que en el caso anterior, facturas en las que se cargaron el 16% de IVA.- Las facturas referidas se numeraron del NUM000 al NUM001, confeccionándose de la siguiente manera: Dos refieren ser correspondientes al mes de Octubre, fechadas el 28-10 y el 30-11; la correspondiente al mes de Diciembre, la fecharon el 29-12-2005; las correspondientes al mes de Enero, Febrero y Marzo las fecharon el 27-1-2006, 27-2-2006 y 27-3-2006; el 28-4-2006 la de Abril; el 29-5-2006 la de Mayo; el 3-7-2006 la de Junio; el 1-8-2006 la de Julio; el 4-9-2006 la de Agosto; y las relativas a los meses de Octubre del 2006 a Enero del 2007 se fecharon cada una de ellas a principios del mes inmediato siguiente. Todas por importe individual idéntico de 4.629,69 euros.- En el contrato referido figura el acusado Clemente en nombre y representación de la Empresa Municipal del Suelo y se expone ser precisa la contratación para las actividades propias de su objeto social, y que formalizan ambas partes la adjudicación de la consultoría, estableciendo como cantidad mensual la que se refleja en las facturas reseñadas, no se establece duración si bien si se recoge como inicio el 1-10-2005 aunque se fecha el contrato el 10-11-2005. No se hace referencia en el contrato a factura alguna.- En dicho contrato no se cumplió con lo establecido en los estatutos de Emusujesa, Art. 20, ni con las facultades delegadas al Vicepresidente por parte de la Presidenta fechadas el 9-2-2005.- Clemente ceso del cargo el 26 de marzo del 2007 por resolución de la Alcaldesa.- Que con el mismo plan preconcebido y referido, esta vez interviniendo los acusados Clemente y Roberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, también militante de PSA desde hacía tiempo y habiendo ocupado puestos de personal eventual de confianza en una Consejería de la Junta de Andalucía con anterioridad, sirviéndose ambos del cargo que ocupaba el primero, al igual que anteriormente, como Vicepresidente de EMUSUJESA, suscribieron, sin causa ni intención de cumplimentar y con la exclusiva finalidad de dar apariencia de legalidad a la salida de dinero de la empresa municipal mencionada a su favor y conseguir así el propósito buscado de lucro ilícito con dinero público, lo que denominaron Contratación Laboral (de obra o servicio determinado) el 23-2-2005 actuando como contratante en representación de EMUSUJESA, el acusado Clemente y como contratado el acusado Roberto, recogiendo el contrato hacerlo para ser asesor a la vicepresidencia, con categoría profesional de Jefe de unidad, resultado por ello de alta en la empresa desde el 1-2-2005, y en cuanto a la duración se señalaba hasta fin del servicio. Estableciéndose de salario bruto anual 45.218?, percibiendo las cantidades que se referirán a continuación hasta el 20-4-2007.- Todo ello sin realización de expediente ni trámite alguno previo, y sin cumplimentar requisito alguno. Que Roberto recibió en el año 2005 41.376,46?; en el 2006 47.264,07? y en el 2007 hasta el 20-4-07, 11.205,70., por tanto, un total de 99.846,23?. Dinero público recibido a cambio de no efectuar, tal como habían acordado, ejecución de obra o servicio alguno, con el consiguiente perjuicio al erario público. Contrato que fue firmado por ambos con el exclusivo fin de dar apariencia de legitimidad al dinero percibido.- De estos dos últimos contratos señalados, en que es parte contratante EMUSUJESA, representada por el acusado, Clemente, no tuvo conocimiento el Consejo de Administración, no los ratificó, no consta propuesta ni nombramiento de gerencia, no se acudió a la bolsa de Trabajo". (sic)

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



"FALLAMOS: 1.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Clemente , Inocencio Y Roberto del delito de falsedad en documento publico y mercantil que se les imputaba.- 2.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Clemente como autos penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO DURANTE OCHO AÑOS Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.- 3.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Inocencio como responsable penal en concepto de cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO DURANTE CUATRO AÑOS Y TRES MESES y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.- 4.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Roberto como responsable penal en concepto de cooperador necesario de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO DURANTE CUATRO AÑOS y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.- Así mismo los acusados Clemente y Inocencio , indemnizaran como responsables civiles conjunta y solidariamente a Xerez 21 Speed Festival S.A. en 32.407,31 ? y a Emusujesa en 74.580,12, incrementadas con el interés legal desde su recepción hasta la ejecución de la responsabilidad civil.- El acusado Clemente y el acusado Roberto indemnizaran conjunta y solidariamente a Emusujesa en 99.846,23 ? incrementada con el interés legal desde la recepción de éstas hasta la ejecución de la responsabilidad civil.- Derivándose la nulidad de los contratos celebrados entre las partes a que se refieren los hechos declarados probados y abonaran el pago de las dos terceras partes de las costas conjunta y solidariamente, incluidas las de la acusación particular.- Llévase certificación de la presente resolución a los autos principales y archívese el original". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Clemente , Inocencio y Roberto** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

SEGUNDO (subsidiario): Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

La representación de Clemente formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO: Al amparo del art. 849-1º LECriminal . CUARTO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

QUINTO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal . SEXTO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ .

SÉPTIMO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ . OCTAVO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ .

NOVENO, DÉCIMO, UNDÉCIMO y DUODÉCIMO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ .

DECIMOTERCERO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal . DECIMOCUARTO: Al amparo del art. 849.2º LECriminal .

La representación de **Inocencio** , formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO y SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal . TERCERO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

CUARTO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal . QUINTO y SEXTO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ . SÉPTIMO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal . OCTAVO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

La representación de Roberto , basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849-1º LECriminal . SEGUNDO: Al amparo del art. 849-2º LECriminal . TERCERO: Al amparo del art. 852 LECriminal . CUARTO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ .

QUINTO: Al amparo del art. 851-1º.3 LECriminal .

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.



Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 11 de Junio de 2014.

Séptimo.- Teniendo en cuenta la complejidad del tema objeto de estudio, con fecha 26 de Junio de 2014 se dictó auto de prórroga del término para dictar sentencia por quince días hábiles, dictándose sentencia después de la prórroga por la complejidad de la causa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 13 de Mayo de 2013 de la Sección VIII de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, condenó a Clemente, Inocencio y Roberto como autores, el primero de un delito de prevaricación continuado en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos y al segundo y al tercero como cooperadores necesarios del mismo delito de prevaricación continuado en concurso medial en un delito continuado de malversación de fondos públicos a las penas fijadas en el fallo, asimismo,

los tres fueron absueltos del delito de falsedad en documento público y mercantil.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que con posterioridad a que el Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, único competente nombrase el día 18 de Enero de 2005 como personal de confianza de los partidos que lo conformaban a las personas correspondientes, correspondiéndole al grupo político del PSA dos personas, respecto de los que se efectuó su nombramiento, y con la finalidad, además, de nombrar como asesores políticos del PSA a los recurrentes Inocencio y Roberto, el también condenado Clemente, a la sazón Teniente Alcalde del Ayuntamiento y Vicepresidente de las sociedades municipales del Ayuntamiento de Jerez, Xerez 21 Speed Festival S.A. y la Empresa Municipal del Suelo, ambas de capital público, de mutuo acuerdo los tres indicados, se efectuaron las siguientes contrataciones.

En fecha de 30 de Marzo de 2005 el condenado Inocencio, militante del Partido Socialista andalucista, que había sido 19 años Concejal de Jerez y 9 años Teniente de Alcalde, de acuerdo con el también condenado Clemente le envió a éste una carta en la que le comunicaba su minuta correspondiente al mes de Marzo de 2005 en concepto de asesor político de Clemente, todo ello con la finalidad de lucrarse con el dinero público una vez que el insinuado Inocencio no había sido designado asesor político del Partido Andalucista.

El importe de la minuta del indicado mes de Marzo de 2005 ascendía a 32.407'31 euros que le fueron abonados por orden de Clemente. Como soporte de tal cantidad, que aparece desglosada en el *factum* en siete partidas de 4.629'69 euros, se aportaron facturas que no reflejaban realidad alguna no constando trabajo de asesoramiento alguno ni habiendo sido encargados por la empresa Xerez 21 Speed Festival S.A. ni el Consejo de dicha sociedad municipal que no tuvo conocimiento de dicha contratación.

Como quiera que la Alcaldesa se negase a abonar la factura del mes de Octubre de 2005, los condenados Clemente y Inocencio con el fin de continuar con el plan de enriquecimiento a cargo del Erario Público, y aprovechando que Clemente era Vicepresidente de la Empresa Municipal del Suelo del Ayuntamiento de Jerez, cuyo capital es íntegramente público, suscribieron un contrato que denominaron de consultoría para proyectos urbanísticos y de promoción inmobiliaria, dicho contrato fue llevado a cabo sin expediente ni trámite alguno y respondía a la exclusiva voluntad de que Inocencio fuese asesor político, de suerte que el contrato solo tenía la finalidad de dar apariencia de legalidad a la recepción por parte de Inocencio de dinero público por un total en esta ocasión de 74.580'12 euros, no efectuando el insinuado Inocencio actividad, prestación o informe alguno que pudiera justificar la recepción de cantidad alguna. En el contrato figura fecha de inicio del mismo el 1 de Octubre de 2005. En este contrato no se cumplió con el trámite previsto en los Estatutos de la Empresa Municipal del Suelo –Emusujesa– ni con conocimiento del Consejo de Administración.

Como tercer hecho, se describe en el *factum* que con el mismo plan, pero actuando en esta ocasión Clemente y Roberto sin causa y con la única finalidad de dar apariencia de legalidad a la salida de dinero público, suscribieron entre ambos lo que denominaron una contratación laboral el 23 de Febrero de 2005, actuando Clemente como representante de Emusujesa y Roberto como contratado con la categoría de Jefe de Unidad para actuar como asesor a la Vicepresidencia, siendo dado de alta en dicha empresa el 1 de Febrero de 2005 con un salario bruto anual de 45.218 €, percibiendo hasta el 20 de Abril de 2007 un total de 99.846€. También en este caso, el contrato se efectuó sin expediente ni trámite previo, y sin efectuar trabajo o contraprestación alguna y sin que el Consejo de Administración de Emusujesa, representada por Clemente, tuviese conocimiento ni de la propuesta, ni del nombramiento.

Contra esta sentencia se han formalizado dos tipos de recurso. Tres de ellos instados por cada uno de los condenados que aspiran a la casación de la sentencia y absolución de los recurrentes. También recurrió el Ministerio Fiscal instando la condena para los tres por el delito de falsificación en documento oficial y de comercio, del que fueron absueltos en la instancia.



Pasamos en primer lugar al estudio de los recursos de los condenados.

Segundo.- Recurso de Clemente .

Está desarrollado a través de **catorce motivos** .

Abordamos, *conjuntamente* , los **motivos primero, segundo y tercero** dada la *identidad* de cuestiones que abordan.

Por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal se estima como indebidamente aplicado el delito de prevaricación administrativa aplicado en la sentencia del art. 404 Cpenal . Hay que recordar que el recurrente fue condenado como autor de un delito de prevaricación administrativa continuado en *tres hechos* narrados en el *factum*: el contrato de asesoría efectuado por Clemente con Inocencio por el que percibió

32.407'31 ?; en segundo lugar el contrato de consultoría también suscrito entre las mismas partes y por el que Inocencio cobró 74.580'12?., y en tercer lugar, el contrato laboral suscrito entre Clemente y Roberto y por el que éste cobró 99.846'23?.

La argumentación que sostiene los tres motivos no solo es idéntica, sino que la redacción es la misma. A lo largo de los 66 folios en los que se extienden los tres motivos que se estudian se argumenta que no existió el elemento objetivo de la resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia, que solo hubo un contrato y que su contenido no fue arbitrario, que los contratos eran de naturaleza laboral, que para el nombramiento de los cargos de confianza no hay proceso de selección y que en definitiva por la naturaleza de la contratación efectuada, la misma quedaba fuera de la legislación sobre contrataciones de la Administración Pública, concretada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su redacción vigente al tiempo de los hechos enjuiciados –Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de Junio– y finalmente se afirma que el recurrente tenía competencia para ampliar por sí mismo el número de asesores políticos al margen del Pleno del Ayuntamiento.

Al margen de la contradicción argumental que supone hablar de contrato de naturaleza laboral en el caso del suscrito con Roberto para luego afirmar que se trataba –este y los otros dos– de contratos de asesoramiento político sin efectiva contraprestación, es lo cierto que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado, ya que el *único debate* que se permite es el de la *calificación jurídica* de unos hechos que se aceptan escrupulosamente, es decir, de la subsunción jurídica de los hechos fijados por el Tribunal que son aceptados por el impugnante, por ello el propio art. 849-1º LECriminal se refiere a que "*...dados los hechos que se declaren probados... se hubiera infringido un precepto penal...*" .

Pues bien, el recurrente olvida este *presupuesto de admisibilidad* del cauce casacional en la medida que *no respeta el hecho probado* ya que cuestiona los elementos fácticos que integran y vertebran los delitos de los que han sido condenados los recurrentes.

En efecto, en el *factum* se nos dice con toda claridad en relación a la *primera* contratación de Inocencio :

"...Que conociendo ambas partes que el objeto de la contratación era ser asesor político de Clemente , éste y el acusado Inocencio acordaron aprovechar dicho cargo para poder lucrarse con el dinero del erario público, al no haber sido designado [Inocencio , militante del PSA] por el grupo político mencionado PSA como asesor político....".

"...En virtud de la citada carta (remitida por Inocencio) Clemente sin cumplimiento de trámite expediente o requisito alguno, más que su voluntad concertada con el también acusado y beneficiario Inocencio , dio órdenes de transferencia a la entidad....".

"...Trabajos no efectuados ni encargados por Jerez 21 Speed Festival S.A., facturas que no reflejaban realidad alguna y que habían acordado ambos acusados a fin de aparentar la legalidad de la recepción del dinero....".

En relación a la *segunda* contratación de Inocencio , se nos dice en el *factum* :

"...Con el fin de continuar con el plan preconcebido....". "...Suscribieron sin causa ni intención de complimentar... el contrato que denominaron de consultoría para consulta y asistencia de proyectos urbanísticos.... para lo que no fue efectuado expediente ni trámite alguno, más que la voluntad de ambos....".

"...No efectuando actividad prestación o informe alguno por parte del figurante como contratado que justifique o motive la recepción de cantidad alguna con el consiguiente perjuicio para el erario público....".

En relación al tercer hecho, a la contratación de Roberto también militante del PSA, se nos dice en el *factum* que el contrato que se denominó de contratación laboral se suscribió:



"...Sin causa ni intención de cumplimentar y con la exclusiva finalidad de dar apariencia de legalidad a la salida de dinero de la empresa municipal mencionada a su favor y conseguir el propósito buscado de lucro ilícito con dinero público.

"...Todo ello sin realización de expediente ni trámite previo alguno...".

"...Dinero público recibido a cambio de no efectuar, tal como habían acordado, ejecución de obra o servicio alguno con el consiguiente perjuicio al erario público...".

Finalmente, resaltar que en los tres contratos citados las empresas públicas municipales de las que Clemente fue a la sazón Presidente y luego Vicepresidente de la Sociedad Xerez 21 Speed Festival S.A., así como Empresa Municipal del Suelo S.A. del Ayuntamiento de Jerez –Emusujesa–, sus respectivos Consejos de Administración no tuvieron conocimiento de tales contrataciones.

En resumen en el *factum* se dice con claridad y contundencia meridiana que el recurrente, Clemente, valiéndose de su puesto directivo en tales empresas y con la exclusiva finalidad de conceder una prestación mensual a militantes de su partido, sin contraprestación alguna simuló unos contratos –en el primer caso de forma verbal– para dar una apariencia de legalidad a lo que era solo la expresión desnuda de la voluntad de los recurrentes de obtener un ilícito enriquecimiento a cargo del correlativo empobrecimiento del erario municipal.

En la medida en que el recurrente sostiene la legalidad de la contratación efectuada, la ausencia de arbitrariedad y la justicia de sus decisiones se está incurriendo en causa de inadmisión de los tres motivos estudiados, causa de inadmisión, que opera en este momento como causa de desestimación.

La sentencia sometida al presente control casacional en el f.jdco. segundo, justifica la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que integran el delito de prevaricación administrativa.

La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito –en este caso de Clemente– ni siquiera ha sido cuestionada, basta recordar que a la sazón era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, se trata de un delito especial propio, solo de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. En relación a los otros dos condenados y recurrentes – Inocencio y Roberto – es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el art. 28 del Cpenal, como tales "extraneus" puedan ser no autores materiales del delito de prevaricación, pero sí autores por cooperación necesaria como así les califica la sentencia recurrida, siendo unánime la jurisprudencia de esta Sala en relación a la punición del extraneus. En tal sentido, SSTS 1493/1999 ; 501/2000 ó 627/2006, entre otras, bien que de acuerdo con el art. 65 del Cpenal incurran en una penalidad inferior "...los jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado...".

La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta por parte de Inocencio en el primer caso, y con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución administrativa debe entenderse cualquier resolución –escrita o no– que tenga carácter decisorio. En definitiva debe tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general – STS 627/2006 –. Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal "...admitiendo la existencia de actos verbales...". STS de 8 de Junio 2012.

En relación al caso de autos resulta igualmente claro que la decisión del recurrente de conceder las cantidades reflejadas en el *factum* a dos miembros de su partido afectan a la colectividad en general por cuanto supone un claro perjuicio para los intereses públicos de la colectividad en materia tan sensible como son los caudales públicos. Los contratos y órdenes de pago dados por el recurrente constituyen a no dudar una resolución de carácter decisorio que afectó a los intereses de la comunidad.

La condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado sintener la competencia legalmente exigida, b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, c) bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente y d) suponga una grave desviación de poder – STS 727/2000 –. En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora como se dice en la sentencia recurrida (pág. 10) cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el art. 9-3 de la Constitución.

Como recuerda esta Sala en las SSTS de 23 de Mayo de 1998 ; 4 de Diciembre de 1998 ; 766/1999 ; 2340/2001 ; 730/2008 ; 725/2009 ; 340/2012, y más recientemente 743/2013 de 11 de Octubre:



"...Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa....".

En definitiva y como también se dice en otras resoluciones de esta Sala, la condición arbitraria de la resolución y su manifiesta contradicción con el derecho, se manifiesta cuando lo decidido *no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley* – STS 1497/2002 – porque –como se dice en el propio hecho probado con reiteración– *solo en la voluntad del funcionario encuentra su justificación la decisión concernida* .

Basta recordar que en el presente caso, se prescindió de todo procedimiento, se obvió todo trámite para la "contratación", y el soporte contractual solo fue el intento –inútil– de dar apariencia a lo que solo fue la voluntad del recurrente. *El mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión* , estando lo decidido en función del mero *clientelismo político* (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones.

Existió un evidente daño a la causa pública.

De un lado dispuso particularmente de un *total de doscientos seis mil ochocientos treinta y tres euros con sesenta y seis céntimos, 206.833'66?* , cantidad nada despreciable por lo que fue patente el *daño económico a la causa pública y a la colectividad* , ya que dicha cantidad fue abonada con cargo a los fondos de las dos empresas públicas del Ayuntamiento de Jerez, titular de la totalidad del accionariado, lo que va a integrar un delito de malversación.

También existió *un daño no por inmaterial menos efectivo* y de claro contenido demoledor, constituido por la *pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones* , en tal sentido retenemos la siguiente reflexión citada en la sentencia recurrida, procedente de la STS 1382/2002 de 17 de Julio :

"...Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas deben merecerle porque como custodios de la legalidad, son (autoridades y funcionarios) los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota....".

Hay que recordar que el delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la *infracción de un deber de actuar* conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. *La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art. 9-1º de la Constitución Española* que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública –y por tanto también a la Local– en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho , por ello, como se recuerda en la STS de 5 de Abril de 2000 que cita otra anterior nº 1526/99 de 2 de Noviembre, "*...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular....*".

Finalmente, en relación a la nota de que la resolución sea *dolosa* , es decir *a sabiendas de la injusticia* es claro que este elemento debe ser exigido en clave objetiva, es decir, *no* que la persona concernida reconozca tal ilegalidad, lo que supondría *entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley* , sino que dada la clamorosa *arbitrariedad* de la resolución y su apartamiento de toda justificación aceptable de la interpretación de la Ley, tal conocimiento de la ilegalidad debe ser declarado, con independencia de que la persona concernida alegue estar actuando correctamente.

En el presente caso, la triple decisión del recurrente solo se sustenta en su exclusiva voluntad situada extramuros de toda justificación que pudiera tener un apoyo normativo, y por otra parte, *se trata de una persona acreditadamente conocedora de la administración pública* , lo que supone un plus de conocimiento superior al de la mayoría de los ciudadanos y al respecto, basta recordar, como se hace en la sentencia que se trata de una persona que durante muchos años ha sido Alcalde de una ciudad tan importante como Jerez, líder del PSA, y está acreditada situación *le sitúa muy por encima del nivel medio de conocimiento de cualquier ciudadano en relación al ejercicio del poder y a los límites y reglas que debe observar* , toda persona que se



dedica a la actividad política, por lo que la creencia de que actuaba de acuerdo a la Ley no deja de ser una estrategia defensiva que se agota en su mera expresión.

Como se dice en la STS 648/2007, el delito de prevaricación administrativa es el negativo al deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico, por ello el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso administrativa en su genérica labor de control y verificación del sometimiento de la Administración a la Ley, sino que propio campo de la respuesta penal que lleva aparejada la prevaricación es la sanción ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ven convertidos a sus representantes políticos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos son los primeros custodios.

En lo referente a la *autoría del recurrente* en relación a dicho delito no caben dudas. Los propios condenados no cuestionan la realidad de los hechos limitándose a alegar su corrección frente a la calificación de sus actos prevaricadores. En el f.jdco. cuarto se estudia con detenimiento toda la prueba testifical y documental. Los propios condenados beneficiados con las disposiciones de dinero público ordenados por Clemente reconocen que no hicieron ningún informe y que se limitaron a asesorar y asistir a reuniones.

El recurrente pone especial énfasis en el informe del catedrático de Derecho Administrativo D. Agapito sobre la legalidad del nombramiento de asesores políticos que tienen una naturaleza de cargos de confianza, y como tal no es necesario ningún contrato específico ni sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia dada su naturaleza de cargos de confianza, ahora bien se dice en la sentencia –pág. 26–: “...el testigo perito se quedó perplejo y no sabía reaccionar cuando se le pregunta si es posible tales contrataciones cuando ya se han nombrado los asesores políticos, contestando que eso él no lo sabía y que si efectivamente han sido ya designados no cabe tales nombramientos....”.

Y es que esta es la clave del hecho. Los nombramientos efectuados por Clemente fueron al margen de los contratos de asesoría política ya designados por el Consistorio, en proporción al peso político de cada grupo político en el mismo, y por eso se trató de maquillarlos bajo la forma de contratos de asesoría o de naturaleza laboral.

El recurrente ante la disminución del número de asesores utilizando las empresas municipales como si estas se encontraran entre sus pertenencias, dispuso del capital de las mismas al margen de todo procedimiento para efectuar unos nombramientos de asesoría política radicalmente nulos por arbitrarios.

Para concluir, procede la desestimación de los tres motivos conjuntamente estudiados. Los hechos declarados probados constituyeron un delito de prevaricación administrativa continuado del que resultó autor material el recurrente Clemente y cooperadores necesarios, lo que ya adelantamos en este momento, los otros dos condenados Inocencio y Roberto.

Procede la desestimación de los tres motivos.

Tercero.- El motivo cuarto, por igual cauce que los tres motivos anteriores del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal, postula la aplicación del art. 405 del Cpenal que se refiere a los nombramientos ilegales frente al art.404 que tipifica la prevaricación administrativa.

Se alega por el recurrente que como lo efectuado fue el nombramiento al margen de todo procedimiento de los otros dos condenados, si se estimase que tales nombramientos son ilegales entonces sería de aplicación el art. 405 del Cpenal, que al ser la Ley especial frente a la general que estaría representada por el art. 404 referente a la prevaricación y que tal aplicación de la Ley especial sería de obligado cumplimiento en virtud del art. 8-1º del Cpenal, que en caso de concurso de Leyes estima que el conflicto debe ser resuelto concediendo preferencia al precepto especial –art. 405– frente al general –art. 404–.

Asimismo se alega que aunque esta tesis no haya sido sostenida por la defensa en la instancia, ello fue debido a que la tesis única de la defensa fue la de la absolución por inexistencia del delito de prevaricación.

El motivo debe ser tajantemente rechazado en sus dos argumentaciones.

En el *factum* se dice con claridad que los nombramientos efectuados por el recurrente lo fueron al margen del nombramiento efectuado por el Pleno del Ayuntamiento de los asesores políticos a los que tenían derecho los partidos políticos –en concreto el PSA–. Por tanto se efectuó por quien carecía de toda competencia para efectuar tales nombramientos, por lo demás, los nombramientos constituían la mera pantalla para dar una mera apariencia de legalidad a la entrega de dinero a los dos beneficiados con las asignaciones efectuadas, y en tal caso, se está en algo diferente y más grave que un mero nombramiento ilegal.



El delito de *nombramiento ilegal* supone el nombramiento por quien es competente de persona para un cargo *sin que concurren los requisitos establecidos para el mismo* .

En el presente caso, está ante una *total simulación* de un nombramiento que solo tiene por finalidad dar la apariencia que pudiera justificar las órdenes de pago dadas a los beneficiados. Es decir se está ante una *ausencia total de procedimiento* , se está ante un comportamiento que en su globalidad es *fraudulento* porque las órdenes dadas son no solamente ilegales sino absolutamente arbitrarias, careciendo de competencia el recurrente, sin que existiera contraprestación alguna, y solo como medio para aparentar las órdenes de pago dadas a los beneficiarios. *Es obvio que se está ante una resolución prevaricadora no ante un nombramiento ilegal* . En tal sentido STS 357/2012 de 16 de Mayo .

Por lo demás, esta cuestión se ha planteado *por primera vez en casación* con lo que se ha privado al Ministerio Fiscal de haber contraargumentado en la instancia esta calificación, incurriéndose de este modo en la conocida doctrina de esta Sala sobre la *inadmisión de cuestiones nuevas en casación* . SSTS 1065/2001 ; 1351/2004 ; 733/2006 y 895/2010 , entre otras muchas.

Procede la desestimación del motivo .

Cuarto.- Abordamos seguidamente el **motivo quinto** del recurso que por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el delito de *malversación de fondos públicos* del art. 432 Cpenal .

En la argumentación se insiste en que en el peor de los casos se estaría ante un delito de nombramientos ilegales del art. 405 Cpenal , y *no* de un delito de prevaricación y como segunda vía de ataque se alega que el recurrente, Clemente , no actuó con ánimo de lucro.

Ambas alegaciones deben ser rechazadas.

Ya se ha argumentado la imposibilidad de estimar el delito de nombramientos ilegales, y por otra parte *no* hay ninguna violación del non bis in idem al sancionar el hecho *además* como delito de malversación de fondos públicos.

La doble punición no supone ni una pena excesiva ni un rigor innecesario . Más limitadamente se está ante un *doble ataque que integra un doble delito* , en el que se atacan bienes jurídicos distintos, prevaricación como manifestación del abuso de poder arbitrario ejercido por el recurrente y malversación de fondos públicos que integran perjuicio para el erario público pues la consecuencia de la resolución prevaricadora fue la *salida de dinero de las empresas municipales del Ayuntamiento de Jerez* , y por tanto, de *dinero público* en favor de personas por el solo hecho de pertenecer al mismo partido político que la autoridad que así ordenó los pagos, y recordemos que el total malversado ascendió a la más que respetable suma de 206.833'66 ?.

Se añade que el recurrente *no tenía ánimo de lucro personal* y efectivamente así fue, lo que ocurre que el delito de malversación *no exige un beneficio para el sustractor* . El tipo se satisface con que exista un ánimo de lucro bien para el sustractor o para la persona a la que se le facilita la sustracción o a la que se le entrega el dinero malversado, como es el presente caso.

El recurrente, careciendo de toda competencia y por su simple voluntad como única fundamentación dispuso del erario público acordando pagos a dos personas bajo la apariencia de unos servicios de asesoría que en realidad no existieron –ni podían existir– causando un efectivo daño al erario público.

Es clara su responsabilidad a título de autor material en relación al delito de malversación de fondos públicos. El recurrente tenía *de facto la disponibilidad de los fondos* con independencia que las órdenes de pago dadas por él tuvieran que materializarse en documentos y firmas de otros funcionarios. El propio *factum* nos dice que en relación a Inocencio "....*dio órdenes de transferencia a la Entidad Caja Sur... en favor de éste...* (Inocencio)". En esta situación el recurrente aunque no tuviera directamente confiados tales caudales, *ostentaba poderes y capacidades suficientes* para como Vicepresidente disponer y ordenar pagos, aunque después estas órdenes fueran ejecutadas administrativamente, *que la intervención de pagos -si es que existió– no se apercibiera de la ilegalidad, no borra ni disminuye la responsabilidad del recurrente* , solo podría ampliarse a otras personas por el posible incumplimiento de sus funciones de control, lo que no se ha investigado.

En tal sentido, SSTS 406/2004 de 31 de Marzo y más recientemente 18/2014 de 23 de Enero .

Insistimos, la ausencia de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene en el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, solo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo.

Por lo demás, tampoco el recurrente respeta el *factum* lo que como ya se ha dicho constituye el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional, por lo que ya por esta causa se incurre en causa de inadmisión, y en el *factum* se encuentran todos los elementos que vertebran el delito de malversación de fondos públicos.



Procede la desestimación del motivo .

Quinto.- Pasamos al estudio *conjunto* de los **motivos sexto, séptimo y octavo** , todos ellos encauzados por la vía de la vulneración de precepto constitucional en denuncia de haberse vulnerado el derecho a la *presunción de inocencia en referencia al delito de malversación de fondos públicos del art.432 Cpenal* del que ha sido condenado en la modalidad de delito continuado al existir según la sentencia, tres malversaciones como manifestaciones de una misma intención delictiva lo que justifica la estructura del delito continuado. Se trata de las facturas confeccionadas para dar legalidad a la recepción por parte de Inocencio de 32.407'31? de la Empresa Municipal Xerez 21 Speed Festival S.A., del contrato de consulta y asistencia de proyectos urbanísticos en virtud del cual el mismo Inocencio percibió de los fondos públicos de la Empresa Municipal del Suelo de Jerez 74.580'12?, y, finalmente del contrato de naturaleza laboral con categoría de Jefe de Unidad suscrito, al igual que los anteriores por el recurrente Clemente y en favor de Roberto que percibió también de la empresa Emusujesa la cantidad de 99.846'23?, en los tres casos sin expediente ni trámite alguno, y sin que los contratos --el primero de naturaleza verbal como ya se ha dicho-- tuviese otra finalidad que la de dar apariencia de cobertura de legalidad a las salidas de dinero del erario público.

El recurrente en una *argumentación idéntica literalmente* --págs. 118 a 144 de su recurso-- dedica cada uno de los motivos estudiados --sexto, séptimo y octavo-- a cada uno de los contratos, efectuando una valoración de las pruebas testificales y documentales practicadas en el Plenario, para arribar a la conclusión de que no existió prueba de cargo capaz de sostener la condena por tal delito de malversación de fondos públicos.

Antes de dar respuesta a la denuncia efectuada, *debemos recordar el ámbito del control casacional en relación a la denuncia de haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de la persona concernida.*

Esta Sala casacional debe efectuar una *triple verificación* .

a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*" , es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*" , es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*" , es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum* , porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum* , ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial* .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada* , es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena*, -- SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1065/2009 , 1333/2009 , 104/2010 , 259/2010 de 18 de Marzo , 557/2010 de 8 de Junio , 854/2010 de 29 de Septiembre , 1071/2010 de 3 de Noviembre , 365/2011 de 20 de Abril , 1105/2011 de 27 de Octubre , 1039/2012 de 20 de Diciembre , 33/2013 de 24 de Enero , 663/2013 de 23 de Julio , 82/2014 de 13 de Febrero ó 181/2014 de 13 de Marzo , entre otras- -.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión . Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, *intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar* .



Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional --últimamente en la STC 68/2010 --: "*....no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E ., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta....*".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio, entre otras-

-, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Un examen de la sentencia en su f.jdco. cuarto --págs. 20 a 31--, sometida al presente control casacional permite verificar que el *Tribunal sentenciador amplió escrupulosamente con el deber de motivación de todas y cada una de las decisiones adoptadas, y en concreto, de la relativa a la condenade malversación, especificando las fuentes de prueba de cargo con que contó* , los elementos incriminatorios que en ellos encontró, valorando también, y descartando razonadamente, las pruebas de cargo, ya que *solo* en y desde la contradicción que supone todo enjuiciamiento, puede alcanzarse la verdad judicial. Como esta Sala ha dicho con reiteración, *todo juicio es un decir y uncontradecir* por lo que deben ser valoradas *todas* las pruebas practicadas, tanto las de cargo como las de descargo.

En este control casacional , verificamos que la sentencia, en el f.jdco. cuarto ya citado, tras referirse detalladamente a las declaraciones de los acusados y testigos pasa luego a valorarlas, significando que la alcaldesa niega que la versión exculpatoria de los acusados responda a la realidad, puntualizando que no existió resolución para modificar el número de asesores y que comprobó cuando le llegó la orden de transferencia al acusado Inocencio que eran pagos sin contraprestación, sin expediente de contratación, sin que nadie diera respuesta de los trabajos que realizaban ni de que los vieran.

Luego la Sala *a quo* relata que los testigos que depusieron en su condición de trabajadores de las empresas Xerez 21 Speed Festival S.A. y Emusujesa relataron que nunca vieron en Speed Festival a Inocencio y a Roberto en Emusujesa, al que ni siquiera conocían.

La sentencia niega cualquier valor al pacto entre PSOE y PSA aportado en el juicio, según el cual PSA nombró nueve asesores y el PSOE dieciséis, pues tal acuerdo contraviene expresamente el art. 104 de la Ley de Bases de Régimen Local .

También resulta la *pericial de la defensa* según la cual el nombramiento de asesor político no requiere ningún tipo de contrato pero el perito añadió que *si los asesores habían sido ya nombrados no cabían tales nombramientos* .

Finalmente, la sentencia examinada se refiere a la prueba documental poniendo de manifiesto que según los Estatutos de Xerez 21 Speed Festival S.A. solamente el Presidente de la misma puede autorizar los contratos *previamente probados* por el Consejo de Administración, y que según las Actas del Consejo de Administración de dicha sociedad desde el 28 de Abril de 2005, el recurrente carecía de facultades no solo para contratar, sino ni siquiera para disponer de los fondos de la sociedad. Habiéndose acreditado que Inocencio no efectuó ningún tipo de informe o asesoramiento en contraprestación de los pagos recibidos.

En relación a Emusujesa, consta contrato escrito de fecha 10 de Noviembre de 2005 con efectos desde Octubre entre el recurrente y Inocencio , obligándose éste a prestar la consultoría y asistencia de los proyectos urbanísticos de la entidad mercantil municipal, sin que pese a ello efectuara informe alguno ni actuación a favor de Emusujesa.

Finalmente la sentencia de instancia se refiere a la contratación de Roberto con un contrato laboral de fecha 25 de Febrero de 2005 del que no hay constancia que el Consejo de Administración conociera y aprobara ese nombramiento ni se tramitó expediente previo. Además la sentencia hace constar que está acreditado que vivía en Sevilla, carecía de despacho y horario de trabajo y obligación de realizar una actividad laboral concreta. Datos puestos de manifiesto en la testifical de los empleados de Emusujesa. Frente a esto, la postura del recurrente es revisar la valoración que de las pruebas hizo la Audiencia pretendiendo imponer la suya pese a los claros términos del art. 741 LECriminal .



Como ya es conocido, en relación a la prueba testifical el control casacional se limita a verificar las razones expresadas en la sentencia para admitir o rechazar sus testimonios, y su razonabilidad, pero obviamente esta sala no puede volver a valorar unos testimonios que no ha escuchado.

Pues bien, en relación a *toda la prueba* valorada por el Tribunal sentenciador *verificamos la consistencia de los testimonios* tenidos en cuenta por el Tribunal, así como la *documental* practicada que sostiene y mantiene el juicio de certeza sobre la realidad de la malversación de caudales públicos y sobre la autoría del recurrente.

En definitiva, el recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo válidamente practicada, que fue introducida en el Plenario, que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia y prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada, por lo que la denuncia de vacío probatorio de cargo y de arbitrariedad en la decisión debe ser rechazada tajantemente.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- Pasamos seguidamente al estudio, también *conjunto*, de los **motivos noveno, décimo y undécimo** que por la misma vía que los anteriores, denuncian la vulneración de derechos constitucionales en concreto en lo referente al derecho a la *obtención de la tutela judicial efectiva* en relación al delito de malversación de fondos públicos.

En síntesis, en los tres motivos estudiados, que también contienen una idéntica argumentación, se alega que no se ha dado la tutela judicial efectiva porque se le ha condenado por el delito de malversación, entendiéndose cada motivo cada uno de los tres hechos enjuiciados en un paralelismo con lo expuesto en los tres motivos estudiados en el caso anterior.

En definitiva, se redondea la estrategia del recurrente que en relación al delito de malversación, primero cuestiona la existencia de prueba de cargo -

-motivos sexto, séptimo y octavo-- para renglón seguido alegar que no se le ha dado respuesta satisfactoria -- en clave absoluta-- en relación al delito de malversación.

En definitiva se trata de una reiteración que está condenada al fracaso como consecuencia del fracaso de la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia ya que en tal situación queda sin soporte alguno la denuncia de quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

Este derecho, se satisface, como es conocido, cuando el Tribunal da una respuesta fundada en derecho a *todas* las cuestiones jurídicas debatidas, pero obviamente la exigencia del operador judicial es la de *dar una respuesta fundada*, el derecho a la tutela judicial efectiva no supone que la respuesta debetener el sentido querido por la parte concernida.

Ello supondría un *imposible jurídico* porque el proceso es contradicción, es decir un debate entre posiciones contrarias, y por tanto, si la tutela judicial efectiva supusiera que el Tribunal debe dar satisfacción a todo lo pedido por todas las partes, la resolución sería un *"imposible jurídico"* porque no se puede dar la razón a todos cuando se mantienen posiciones totalmente contrarias.

Pero además, ello reduciría al sistema judicial a ser un mero vocero de posiciones contrarias, ignorando su condición de poder, y de Poder del Estado con un discurso propio y no vicario de las partes que ante él acuden.

En el presente caso, el recurrente obtuvo una respuesta *fundada* tras la valoración de *toda* la prueba, de cargo y de descargo. El hecho de que la decisión sea contraria al recurrente no supone *sic et simpliciter* que se le haya privado de una respuesta fundada. La obtuvo, y basta al respecto con la lectura de la argumentación de la sentencia.

Procede la desestimación de los tres motivos.

Séptimo.- El **motivo duodécimo** por la vía del *error iuris* del art. 849- 1º LECriminal y en relación al delito de malversación de fondos públicos estima como indebidamente aplicada --sic--, (debe ser un error y debe entenderse como indebidamente inaplicados) el art. 14-1º o subsidiariamente el art. 14-3º. En definitiva, se solicita *la aplicación del error en la acción del recurrente* con el argumento de que *"...actúa convencido de que los pagos que se realizan a los Sres. Inocencio y Roberto son lícitos, correspondiéndose con una contratación legal y una contraprestación en virtud del contrato suscrito y el servicio que prestaban para la Vicepresidencia de las sociedades por las que habían sido contratados..."*.

La tesis causa sonrojo.

Sabido es que el dolo en su elemento intelectual supone el conocimiento del hecho, y en clave penal el conocimiento de la naturaleza antijurídica de la acción, la ausencia de ese conocimiento debe ser acreditada



y cuando se trata de conocimientos admitidos unánimemente por la sociedad al formar parte del nivel de conocimientos propio de una persona naturalmente socializada, la tesis no puede tener ningún recorrido .

En el presente caso , el recurrente tiene un nivel de conocimientos propio del nivel universitario, además ha sido jefe de un partido político, ha desempeñado durante largos años el cargo de Alcalde de una ciudad tan importante como Jerez de la Frontera, en este escenario *questionar el conocimiento y consentimiento* del recurrente en la patente arbitrariedad que supuso la contratación de los otros dos condenados bajo la apariencia de unos contratos que solo tenían la finalidad de dar una apariencia a la salida del dinero público sin justificación en favor de los dos "beneficiados" es algo que *repugna el sentido común y que carece del menor rigor jurídico* , la alegación de que el recurrente desconocía la patente antijuridicidad penal de su actuación y que creía que cobraba correctamente, y que por tanto carecía de culpabilidad y del reproche de su actuación, es algo que se agota en su sola expresión.

Es claro que estamos ante una situación de fraude, y el diccionario de la RAE define el fraude como engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño generalmente material.

El triángulo de toda situación fraudulenta supone: a) la voluntad de proceder a la situación fraudulenta, b) la oportunidad de llevarla a cabo y c) en tercer lugar la justificación de lo hecho bajo el manto de una aparente legalidad que busca la impunidad de lo efectuado.

Pues bien, en el presente caso se pueden identificar estos tres elementos : el deseo de efectuar el nombramiento de asesores políticos al margen del procedimiento legal, la oportunidad de hacerlo valiéndose de la condición de representante de dos empresas municipales el recurrente, y finalmente, con el fin de dar apariencia de legalidad y buscar la impunidad, el "velo" de los contratos suscritos.

En este escenario, la alegación del error que se alega debe ser claramente rechazada tanto para el recurrente actual como para los otros dos condenados, como se dirá al estudiar sus recursos.

Procede la desestimación del motivo .

Octavo.- El motivo decimotercero por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente inaplicada la *atenuante de dilaciones* indebidas del art. 21-6º del Cpenal bien como atenuante muy cualificada o simple.

La pretensión debe ser rechazada *tanto por razones procesales como de fondo*.

Por razones procesales porque una vez que el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas reconocido en la Constitución *tiene ya reconocimiento en la legalidad ordinaria* a partir de la reforma del Cpenal, L.O. 5/2010 que introdujo la atenuante ahora postulada, que hasta la reforma legal indicada solo tuvo virtualidad por doctrina jurisprudencial de esta Sala. En esta situación es obvio que la petición *ex novo* en esta sede casacional debe ser rechazada de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala prohíbe la introducción de cuestiones nuevas en la casación, quedando excluido solo el caso en el que el Tribunal de instancia no haya apreciado una circunstancia atenuante a pesar de *aparecer en la sentencia todos los elementos* que la conforman, en cuyo caso esta Sala de casación podría, incluso de oficio, proceder a su aplicación.

Obviamente no es este el caso . Ni en el *factum* ni en la argumentación se hace referencia a demoras injustificadas durante la tramitación, y tampoco lo interesó el recurrente razón por la cual la sentencia no se pronuncia al respecto, limitándose el f.jdco. noveno a consignar que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Por razones sustantivas , no procede tampoco la atenuante postulada porque no aparecen demoras injustificadas. Recordemos que el párrafo 6º del art. 21 constituye la atenuante sobre la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Que la dilación sea extraordinaria atendiendo a la complejidad del proceso.
- b) Que no sea atribuible al propio inculpado.
- c) Que sea desproporcionada en relación a la complejidad de la causa.

Pues bien, del estudio de la causa deriva que los hechos ocurrieron entre los años 2005 a 2007, que la denuncia inicial de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Jerez lo fue el 29 de Octubre de 2007, ratificada en Junio de 2008, siendo la denuncia del Ministerio Fiscal de 17 de Noviembre de 2008.

En definitiva *el proceso se inició* con la ratificación de la denuncia inicial puesta por la Sra. Alcaldesa en la indicada fecha de 12 de Junio de 2008 .



Durante la tramitación de la causa se constataron algunas peticiones de prórroga para evacuar traslados, así como la renuncia del abogado del recurrente Roberto .

El juicio oral tuvo lugar a lo largo de cinco días del mes de Abril de 2013, es decir antes de los cinco años del efectivo inicio de las diligencias, si a ello se añade que la causa tiene una evidente complejidad, *aparece con claridad que en relación con ello no han existido demoras* máxime cuando que no verifican paralizaciones.

En todo lo expuesto, *procede el rechazo del motivo al no proceder nisiquiera como atenuante ordinaria* la atenuante solicitada ya que en todo caso la dilación debe ser extraordinaria, lo que en modo alguno se ha acreditado como ya se ha razonado.

Procede la desestimación del motivo .

Noveno.- El motivo decimocuarto por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal , estima que existió un *error en la valoración de las pruebas* por parte del Tribunal sentenciador y señala como documentos que acreditarían tal error y que afectarían a los delitos por los que ha sido condenado el recurrente.

El recurrente se remite a los informes de Marisol , obrantes a los folios 495 a 507 y al informe suscrito por 4 técnicos obrante al folio 39.

La sentencia afirma que tales informes acreditan la inexistencia de trabajo alguno efectuado por los condenados y también recurrentes Inocencio y Roberto y frente a ellos, el recurrente postula la *ilegalidad* de tales informes porque sus autores fueron coaccionados para redactarlos en la forma que lo hicieron, textualmente se dice –folio 182 del recurso–, que *"...fueron coaccionados, obligados,"* , según lo manifestado por el testigo Ambrosio .

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos –entre otras STS 762/2004 de 14 de Junio , 67/2005 de 26 de Enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre , 192/2006 de 1 de Febrero , 225/2006 de 2 de Marzo y 313/2006 de 17 de Marzo , 835/2006 de 17 de Julio , 530/2008 de 15 de Julio , 342/2009 de 2 de Abril , 914/2010 de 26 de Octubre y 685/2013 de 24 de Septiembre –.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal *"...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma..."* , quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de Febrero , 1553/2000 de 10 de Octubre , y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala –SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre , nº 372/99 de 23 de Febrero , sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre –. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental –y sólo esa– estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de intermediación y contradicción.

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

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración –razonada– en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. – SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre –.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.



6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 , 765/04 de 11 de Junio .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de *citar expresamente el documento* de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo – art. 855 LECriminal – esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, *precisar los concretos extremos* del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí – SSTS 465/2004 de 6 de Abril , 1345/2005 de 14 de Octubre , 733/2006 de 30 de Junio , 685/2009 de 3 de Junio , 1121/2009 , 1236/2009 de 2 de Diciembre , 92/2010 de 11 de Febrero , 259/2010 de 18 de Marzo , 86/2011 de 8 de Febrero , 149/2011 , 769/2011 de 24 de Junio , 1175/2011 de 10 de Noviembre , 325/2012 de 3 de Mayo , 364/2012 de 3 de Mayo , 691/2012 de 25 de Septiembre , 444/2013 de 16 de Mayo , 464/2013 de 5 de Junio , la ya citada 685/2013 de 24 de Septiembre , 994/2013 de 23 de Diciembre y 418/2014 de 21 de Mayo –.

Pues bien, desde la doctrina expuesta, es claro que no se acredita error alguno.

De entrada *hay que negar la condición de prueba documental a los efectos de este cauce casacional al "informe" firmado por los 4 técnicos a que hace referencia el recurrente* : se trata de Jacinto , Jose Luis , Florian y Damaso , los cuatro, funcionarios de la Empresa Municipal del Suelo de Jerez --Emusujesa--, ya que el "informe" , es un simple escrito obrante al folio 39 de las actuaciones en el que simplemente se dice que en relación a la asistencia técnica contratada se desconoce cualquier tipo de informe o asesoramiento efectuado por D. Inocencio .

Por lo tanto, no siendo documento casacional esta Sala no puede tener en cuenta las posibles matizaciones verbales que, según se dice, efectuó uno de los firmantes en el Plenario – Damaso -- , en el sentido de que se atuviesen a las circunstancias si no firmaban o que no era cuestión de los firmantes saber si existió o no asesoramiento.

En este caso, se está ante una manifestación por escrito, efectuada por cuatro personas, luego parcialmente matizada o cuestionada por uno de los firmantes. Se está ante una prueba personal, no documentada por lo que la cuestión queda extramuros del ámbito del control casacional del cauce del art. 849-2º LECriminal .

Por lo que se refiere al informe, en este caso *sí se está ante un documento casacional de D^a Marisol* , Técnico Superior del Area de Contratación del Ayuntamiento de Jerez es tajante en su afirmación de que los *contratos de consultoría* –a los que respondían nominalmente los efectuados por el recurrente– *deben ajustarse a las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* – TRLCAP– y ello supone seguir el procedimiento establecido ad hoc. Es decir, *este informe* no solo no acredita ningún error del Tribunal sentenciador, sino que precisamente, *refuerza y confirma la tesis de la sentencia* de que en definitiva, lo apetecido por el recurrente fue nombrar como asesores políticos y fuera de los ya habidos por el Pleno del Ayuntamiento, a dos militantes de su partido, valiéndose para ello de su condición de Vicepresidente de dos empresas municipales, otorgando por su sola voluntad y al margen de todo procedimiento los contratos correspondientes y acordando las órdenes de pago correspondientes por las cantidades ya expresadas.

No existió ninguno de los errores que se denuncian. *Procede la desestimación del motivo* .

Décimo.- Recurso de Inocencio .

El recurso de Inocencio , el que resultó beneficiado con un primer contrato verbal por el que percibió de la Sociedad Xerez 21 Speed Festival S.A. la cantidad de 32.407'31?, y posteriormente de la también Empresa Municipal del Suelo S.A., la cantidad de 74.580'12?, --de ambas, era Vicepresidente el recurrente Clemente --, está desarrollado a través de **ocho motivos** que *coinciden literalmente con otros tantos motivos de los ya estudiados en el recurso formalizado por el anterior recurrente* .

En esta situación, es obvio que dada la total identidad de cuestiones y argumentaciones que se efectúan, la Sala *no va a reiterar y repetir argumentaciones ya expuestas en el estudio del recurso anterior*.

Hecha esta fundamental advertencia, pasamos brevemente, a dar cuenta de los motivos formalizados.

Los **motivos primero y segundo** , ambos encauzados por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncian como indebida la aplicación del delito de prevaricación porque ni hubo resolución administrativa ni existió arbitrariedad, ni por tanto resolución injusta.



Las denuncias y argumentaciones coinciden incluso *literalmente* con los motivos primero y segundo del recurso de Clemente . Basta la lectura comparativa de los folios 40 a 95 del recurso del actual recurrente y los folios 37 a 80 del recurso de Clemente .

Se tienen por reproducidas aquí y ahora las argumentaciones contenidas al dar respuesta a los dos primeros motivos del recurso de Clemente , solo que en referencia al actual recurrente, Inocencio , en quien no concurre la condición de autoridad o funcionario, siendo un "extraneus" de este delito propio especial del que puede ser autor por cooperación con aplicación del art. 65 Cpenal . -- STS 575/2007 , entre otras--.

Los **motivos tercero y cuarto** , ambos también por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal postulan, respectivamente, la aplicación del delito del art. 405 Cpenal --nombramientos ilegales-- frente al delito de prevaricación, en virtud del principio de especialidad y asimismo se estima indebidamente aplicado el delito de malversación de fondos públicos por no darse los elementos del delito y no existir ánimo de lucro.

Las denuncias y argumentaciones coinciden también con los motivos tercero y cuarto del recurso de Clemente --véase folios 95 a 112 del recurso del recurrente y los folios 81 a 109--.

También aquí se tienen por reproducidas las argumentaciones efectuadas en el recurso de Clemente . Solo añadir que el ánimo de lucro aquí es clamoroso pues el recurrente fue el beneficiario del dinero público malversado.

Los **motivos quinto y sexto** , también son coincidentes con los motivos quinto y sexto del recurso de Clemente . Se alega violación del derecho a la presunción de inocencia en relación al delito de malversación respecto a los dos contratos, el primero verbal con que resultó beneficiado el recurrente -- folios 113 a 134 del recurso de Inocencio y 110 a 127--.

También aquí se tienen por reproducidas las argumentaciones de la Sala al rechazar los motivos quinto y sexto del recurso de Clemente .

No existió vacío probatorio, el Tribunal valoró toda la prueba al respecto, que era la misma que la de Clemente a la que ya se ha hecho referencia.

El **motivo séptimo** , es coincidente con el motivo decimotercero del recurso de Clemente . Se postula la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21-6º Cpenal .

Nos remitimos a lo dicho en respuesta al motivo decimotercero del recurso de Clemente .

El **motivo octavo** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , se denuncia como indebidamente aplicado --debe decir inaplicado, recuérdese que idéntico lapso se verificó en el motivo duodécimo del recurso de Clemente , el art. 14-1º o subsidiariamente el art. 14-3º. Se trata de postular el error invencible.

Igual que en el caso anterior, también aquí se dice que *el recurrente creía que su conducta estaba ajustada a derecho* .

Nos remitimos a la argumentación del motivo duodécimo del recurso de Clemente ya que la argumentación es idéntica, véase págs. 173 y siguientes de su recurso y págs. 141 y siguientes del recurrente.

En el presente caso, el recurrente según el *factum* , también llevaba tiempo en política, había sido diecinueve años Concejal y nueve Teniente de Alcalde. En esta situación es un dato de experiencia que no puede cuestionarse el conocimiento por parte del recurrente de lo que constituye la esencia de los deberes de todo servidor público, en palabras del art. 103 de la Constitución está constituido por el servicio con objetividad a los intereses generales con sometimiento a la Ley y al Derecho, en tanto que la acción enjuiciada está en las antípodas de esas exigencias. El recurrente fue el beneficiario de la *trama fraudulenta* ideada para conseguir su propio enriquecimiento a costa del erario público por la sola decisión de Clemente y de él mismo al socaire de un supuesto cargo de asesoría jurídica ilegal, *por dos razones* : *primero* , porque tal nombramiento lo fue al margen de los asesores del grupo municipal del PSA y *segundo* , porque para ocultar esa realidad se acudió a la estratagema de unos contratos, en un caso verbal y en otro de consultoría realizados con pleno conocimiento y consentimiento tanto de Clemente que ordenó los pagos, como del recurrente que fue el beneficiario.

Que tuviera "*absoluto convencimiento de la legalidad de su contratación*" como se dice en la pág. 140 de su recurso, solo patentiza la *confusión de convertir su conciencia en conciencia de la Ley* , lo que es un subjetivismo inadmisibles, y como ya se ha dicho, que los órganos de visado y control del pago no hicieran observación alguna al mismo, lo único que acredita es la posibilidad de estar ante *solo* la imagen de un control, lo que como ya se ha dicho incluso podría haber sido objeto de una investigación por falta de efectividad en las obligaciones de la Intervención Municipal.

Procede la desestimación del motivo.

Undécimo.- Recurso de Roberto .

Su recurso está desarrollado a través de **cinco motivos** .

El **motivo primero** , por la vía del *error iuris* denuncia como indebidamente aplicados los delitos de malversación y de prevaricación administrativa continuados –este último como cooperador necesario--.

Se trata de cuestión ya resuelta en el estudio de los recursos anteriores, singularmente del primero. El recurrente se limita a reiterar argumentos ya expuestos en los recursos anteriores y que han recibido respuesta adversa por esta Sala. Nos remitimos a lo allí dicho ya que no hay argumentaciones que exijan una respuesta individualizada.

Por lo demás, dado el cauce casacional que tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto a los hechos probados, dado que en ellos se contienen todos los datos fácticos que integran tales delitos, la falta de respeto a los hechos hace incurrir al recurrente en causa de inadmisión del motivo que opera en este momento como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo .

El **segundo motivo** , por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denuncia error en la valoración de los hechos por parte del Tribunal con base en el informe del Catedrático de Administración, Sr. Agapito , que acudió al Plenario.

También aquí se reiteran argumentaciones ya efectuadas por los otros recurrentes en relación a dicho informe que fue valorado por el Tribunal en el sentido de que *el perito ignoraba que se trataba de nombramiento de asesores políticos al margen del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento* , y efectuado exclusivamente por el recurrente Sr. Clemente . Nos remitimos a los comentarios de la sentencia a dicho informe y a las explicaciones dadas por el perito en el Plenario y que obran al folio 26 de la sentencia, f.jdco. cuarto que ya se ha comentado con más detalle anteriormente. No existió el error que se denuncia. *Procede la desestimación del motivo* .

El **motivo tercero** , denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia. Desde la doctrina de esta Sala respecto del ámbito del control casacional en relación a la violación del derecho a la presunción de inocencia que ya se ha expuesto en el estudio del motivo sexto del primer recurrente.

Verificamos que el Tribunal identificó las fuentes de prueba y elementos incriminatorios en el f.jdco. cuarto de la sentencia.

El motivo se limita a afirmar que la prueba practicada no fue suficiente para la condena sin mayor especificaciones y que en todo caso existió un contrato. Nos reiteramos sobre lo ya dicho en relación a que se está en presencia de un acto fraudulento, y que todo fraude exige como pantalla y maquillaje que pueda provocar su impunidad, la existencia de una *apariencia de legalidad, por ello la presencia del contrato no contradice la realidad del fraude sino que lo confirma* .

No existió el vacío que se denuncia. *Procede la desestimación del motivo* .

El **cuarto motivo** , alega violación de la tutela judicial efectiva porque estima que se impuso una pena desproporcionada y que no es de aplicar ni el delito continuado ni el concurso medial.

Hay que recordar que al recurrente se le condenó como cooperador necesario de un delito de prevaricación en concurso medial de un delito continuado de malversación de caudales públicos.

La sentencia motiva y justifica la pena impuesta en el f.jdco. décimo al recurrente Roberto .

Retenemos este párrafo de dicho fjdco.:

"...La Sala haciendo uso de esa facultad (se refiere al art. 65 CPenal) impone a Cobacho la pena mínima de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años..."

La pena está justificada , es la mínima posible y desde luego, no desproporcionada ni a la culpabilidad del recurrente ni a la gravedad del hecho.

Procede la desestimación del motivo .

El **quinto motivo** , por la vía del Quebrantamiento de Forma denuncia el art. 851-1º y 3º LECriminal , por predeterminación del fallo por la inducción en el *factum* de conceptos jurídicos estimando como tales los siguientes:

"...Aprovecharon dicho cargo para lucrarse con el dinero público...". *"...Con el mismo plan preconcebido..."*.



"...Suscribieron sin causa ni intención de cumplimentar y con la exclusiva finalidad de dar apariencia de legalidad a la salida del dinero....".

La sentencia respetó los tres escenarios de la sentencia: el relato de hechos, la fundamentación fáctica y jurídica, y la decisión.

Los términos *no* acotados no describen delitos sino hechos en un lenguaje usual, por lo tanto el reparto de espacios dentro de la sentencia está respetado.

Por lo demás, este vicio tiene un recorrido casacional *muy limitado* pues es obvio que el *factum* –los hechos– deben guardar la lógica correspondencia con su calificación jurídica –el delito– pues de lo contrario se incurriría en patente incongruencia. SSTs 733/2006 ; 72/2011 ; 286/2012 y 685/2013 , entre las últimas.

Procede la desestimación del motivo .

Undécimo.- Recurso del Ministerio Fiscal.

El recurso del Ministerio Fiscal está desarrollado a través de **dos motivos** .

El **motivo primero** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como *indebidamente inaplicado el delito de falsedad continuado en documento oficial* de los arts. 390.1.2º y art. 74, en relación con los arts. 404 y 433 y del art. 77, todos del Cpenal . En síntesis la posición del Ministerio Fiscal es la de estimar que existió un concurso medial, además de los actos de prevaricación y malversación, como se declaró en la sentencia, también existió un delito de falsedad en documento público en relación a las facturas efectuadas derivadas de los contratos efectuados entre el condenado Clemente , Inocencio y Roberto y como tal lo calificó el Ministerio Fiscal.

La sentencia en el f.jdco. sexto reconoce la realidad de tal falsedad en documento oficial cometido por los condenados, pero los absuelve de tal delito por estimar que si bien los contratos no han respondido a la realidad, tratándose de una falsedad ideológica que esta Sala Segunda en reiterada jurisprudencia que se cita en dicho fundamento, considera que tal falsedad al haber sido la forma de cometer el delito de prevaricación no procede supunción pues se estaría vulnerando el *non bis in idem* ya que se estaría penando doblemente unos mismos hechos.

Frente a esta argumentación, el Ministerio Fiscal en la argumentación del motivo sostiene que no cabe hablar ni de atipicidad de tal falsedad –como afirman los condenados–, ni la absorción de dicho delito por el delito de prevaricación como, en definitiva, viene a concluir la sentencia en el fundamento jurídico que se comenta.

Es doctrina de esta Sala –SSTS 310/2003 de 7 de Marzo , 867/2013 de 22 de Septiembre y 9 de Junio de 2007 –, que los delitos de malversación, prevaricación y de falsedad documental están en relación de *concurso de delitos y no de normas* , ya que se integran por *acciones diferentes que atentana bienes jurídicos distintos y autónomos* , y ninguno de los tres tipos penales aplicados extiende su protección al del otro, por lo que cuando además de la apropiación indebida de los caudales públicos –pues en definitiva el delito de malversación es un delito de apropiación indebida cualificado por la condición *pública* de los caudales distraídos–, concurre una falsedad documental, deben pensarse ambos delitos, bien que de acuerdo con las normas del concurso ideal, y si a ello se añade una resolución administrativa prevaricadora existirá – como es el caso actual– un concurso ideal de *tres delitos* .

El bien jurídico atacado por el delito de malversación son los caudales públicos que están encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a necesidades del bien común.

*El bien jurídico atacado por el delito de falsedad documental es la autenticidad documental. Toda falsedad supone una mutación de la verdad cometida por alguno de los procedimientos previstos en la Ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia en el tráfico jurídico por tener una trascendencia *extramuros* al cerrado ámbito en el que se producen.*

El bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública.

La acción enjuiciada en esta causa ofrece una actividad delictiva trifonte, que da lugar a *tres delitos* , bien que a efectos de punición estén en concurso medial y sean de aplicación las reglas del art. 77 del Cpenal . *Solo así se satisface el triple disvalor de la acción enjuiciada* : la actuación arbitraria fundada en la sola voluntad del autor que da lugar al delito de prevaricación, la apropiación de los caudales públicos que da lugar al delito de malversación de fondos públicos, y, finalmente, la mutación a la verdad documental con el consiguiente perjuicio para el tráfico jurídico especialmente relevante cuando se trata de un funcionario público, que tiene



un específico deber de fidelidad en materia documental, *como ocurre en el caso de Clemente* --art. 390- 2º--, sin perjuicio de que también *se extienda la autoría de tal delito a los recurrentes Inocencio y Roberto* , pero en la modalidad del art. 392, es decir, del particular que efectúa la falsedad en documento oficial, dada la radical falsedad de los contratos suscritos.

A tal respecto basta con consignar que las órdenes de pago fueron efectuadas por Clemente y las facturas abonadas fueron efectuadas por Inocencio y Roberto y tales documentos falsos *tuvieron un efectivo ingreso en el tráfico jurídico* al haber ingresado en la contabilidad de las sociedades municipales, incluso en un caso se cargó el IVA, con lo que queda claro que *no* es de aplicación al presente caso la doctrina de esta Sala que estima que no hay falsedad documental cuando los documentos mendaces no entraron en el tráfico jurídico. SSTs 584/2009 de 25 de Mayo ; 813/2009 de 7 de Julio ; 1188/2009 de 19 de Noviembre y 373/2014 de 30 de Abril . En relación a Roberto , la situación fue la misma con la única diferencia, irrelevante penalmente, de que lo suscrito fue un contrato laboral si bien como pantalla para justificar los pagos efectuados a su favor.

Procede la estimación del motivo .

Duodécimo.- Pasamos al estudio del **segundo motivo** de los formalizados por el Ministerio Fiscal.

Por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , el Ministerio

Fiscal denuncia como *mal impuestas las penas fijadas en la sentencia a los condenados al ser penas inferiores al mínimo legal*.

Hay que recordar que la sentencia impuso las siguientes penas a los condenados recurrentes a los que estimó autores --y en su caso cooperadores necesarios-- de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación:

- a) A Clemente , cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación para el empleo o cargo público durante ocho años y suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de condena.
- b) A Inocencio , dos años y seis meses de prisión e inhabilitación por cuatro años y tres meses y suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de condena.
- c) A Roberto , dos años y tres meses de prisión e inhabilitación para empleo o cargo público durante cuatro años y suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de condena.

Argumenta el Ministerio Fiscal que en relación a los tres condenados, la sentencia sometida al presente control casacional ha olvidado en el f.jdco. décimo dedicado a justificar las penas impuestas que *se está en presencia de un concurso medial de dos delitos continuados cuyas respectivas penas deben imponerse en su mitad superior* . Al haber escogido la sentencia la pena correspondiente al *delito de malversación continuado*, de acuerdo con el art. 77 del Cpenal , *debe imponerse la pena en la mitad superior de la mita superior* , ya que la mitad superior corresponde por la continuidad del delito concernido, es decir, malversación y la mitad superior de la mitad superior le corresponde por el concurso medial con el delito de prevaricación.

Partiendo de que el delito de malversación del art. 432 del Cpenal tiene prevista una pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación de seis a diez años, considera el Ministerio Fiscal que a *Clemente* le correspondería la pena de cinco años y tres meses de prisión y nueva años de inhabilitación, a *Inocencio* (con aplicación del art. 65 Cpenal) las penas de dos años, diez meses y quince días de prisión e inhabilitación por cinco años y seis meses, y a *Roberto* la pena de dos años, siete meses y quince días de prisión e inhabilitación por cinco años y tres meses.

El Ministerio Fiscal en relación a las penas solicitadas para Inocencio y Roberto , mantiene la misma proporción que la efectuada en la sentencia recurrida entre ambos condenados por las razones contenidas en el f.jdco. décimo, último párrafo. En definitiva, en relación a Inocencio , la pena ligeramente superior a la de Roberto , la justifica porque *el primero intervino en dos contratos* (uno verbal y otro escrito), *y el segundo en uno solo* .

Procede declarar la efectividad del error que se denuncia por el Ministerio Fiscal en relación a las penas impuestas en la sentencia en los términos que se concretarán seguidamente en la segunda sentencia.

No obstante, como consecuencia de la estimación del recurso del Ministerio Fiscal en relación a la existencia respecto de los tres condenados recurrentes, de un delito continuado de falsificación en documento oficial, cometido por funcionario público en relación a Clemente , y por particular en relación a Inocencio y Roberto , lo que da lugar a un concurso plural medial de delitos, procede efectuar un nuevo cálculo e individualización judicial de las penas a imponer a los tres, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Procede la estimación del motivo .



Decimotercero.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición a los tres recurrentes condenados de las costas de sus respectivos recursos por la desestimación de los mismos. Procede declarar de oficio las costas del recurso del Ministerio Fiscal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el **Ministerio Fiscal** , contra la sentencia dictada por la Sección VIII de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 13 de Mayo de 2013 , la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos formalizados por las representaciones de **Clemente , Inocencio y Roberto** , contra la referida sentencia, con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta sentencia y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección VIII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García

José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la **Torre**

Antonio del Moral García

Perfecto Andrés Ibáñez

1853/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Vista: 11/06/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 600/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Jerez, Procedimiento Abreviado nº 13/10, seguido por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial, contra Clemente , nacido en Jerez de la Frontera el NUM002 de 1949, hijo de Jorge y Carina , con domicilio en



Jerez de la Frontera, C/ DIRECCION000 nº NUM003 , y con Documento Nacional de Identidad núm. NUM004 ; contra Inocencio , nacido en Jerez, el NUM005 de 1955, hijo de Cosme y Melisa , con domicilio en Jerez de la Frontera C/ DIRECCION001 nº NUM006 , vivienda NUM007 , y con Documento Nacional de Identidad núm. NUM008 y contra Roberto , nacido en Sevilla, el NUM009 de 1969, hijo de Prudencio y Blanca , con domicilio en Sevilla, Bda. DIRECCION002 Bl. NUM010 - NUM011 NUM012 , y con Documento Nacional de Identidad núm. NUM013 ; 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. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Como consecuencia de la estimación de los dos motivos formalizados por el Ministerio Fiscal se hace preciso efectuar *una nueva individualización judicial de las penas impuestas* a los tres recurrentes condenados de acuerdo con lo interesado en tales motivos.

Recordemos que en el *motivo primero* , el Ministerio Fiscal interesaba la condena de los tres recurrentes por el delito de falsedad en documento oficial en la modalidad de continuado, en relación a los contratos y facturas de ellos derivados, delito que estaría en concurso medial con los de prevaricación y malversación de caudales públicos por los que fueron condenados.

En el f.jdco. *decimoprimer*o prosperó tal petición en relación a los tres condenados Clemente , Inocencio y Roberto , por lo que *respecto de ellos procede determinarla nueva pena* teniendo en cuenta el nuevo delito de falsedad del que resultan autores, que está en concurso ideal con los otros dos.

En el f.jdco. *decimosegundo* se declaró mal puestas las penas de los tres condenados por *omisión* de aplicar al concurso medial *el art. 77 del Cpenal* , ya que este impone en su párrafo 2º la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave *en su mitad superior* , pero como tanto el delito de prevaricación como el de malversación aplicados en la instancia están en la modalidad de delito continuado, de acuerdo con el art. 74 Cpenal , procedería la aplicación de la pena en la mitad superior, y de acuerdo con el art. 77 Cpenal dado el concurso medial procedería, a su vez, la imposición de la penal en su mitad superior.

En definitiva, la concurrencia de aplicación de las reglas del art. 74 y del art. 77 lleva en los casos de concurso medial entre delitos, a su vez, continuados, a la aplicación de la *mitad superior de la mitad superior de la pena del delito más grave* , tal como solicitó el Ministerio Fiscal y obvió el Tribunal sentenciador por error, teniendo en cuenta la condena también por falsificación.

Segundo.- De acuerdo con lo expuesto, deben efectuarse los siguientes pronunciamientos:

1º) Clemente , Inocencio y Roberto son autores de un *delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial* con los delitos, también continuados de *prevaricación y de malversación de caudales públicos* .

2º) En relación al delito de falsedad documental del que son condenados los citados, dada la condición pública de Clemente *le será de aplicación el art. 390-2º* como solicitó el Ministerio Fiscal, sin embargo en relación a Inocencio y Roberto en quienes no coincide tal condición, *les es de aplicación el art. 392* en relación con el art. 390-2º, ambos del Cpenal , lo que tiene evidente relevancia punitiva a la hora de determinar la pena correspondiente al delito más grave, ya en la situación expuesta de un concurso medial de tres delitos: prevaricación, malversación y falsedad en documento oficial, todos continuados.

Tercero.- De acuerdo con lo razonado, la pena a imponer a Clemente , como autor de los tres delitos continuados ya citados en concurso medial, será la del *delito más grave* de acuerdo con el art. 77-2º, en la mitad superior de la mitad superior. Tal pena es la *correspondiente al delito de falsedad en documento oficial cometido por autoridad o funcionario público* –condición que concurre en el citado– ya que el art. 390 del Cpenal impone al autor de tal delito las *penas conjuntas de* : prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años.

Estas penas son claramente *más graves* que las correspondientes a los delitos de prevaricación y de malversación de los arts. 404 y 432, respectivamente.

En efecto, el *delito de prevaricación* está castigado con pena de inhabilitación especial, y el *de malversación* con pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta, sin multa.



De acuerdo con lo razonado la pena correspondiente a Clemente como autor de tres delitos continuados de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad de documentos oficiales, *será la de la mitad superior de la mitad superior de la prevista en el art. 390 Cpenal*, que en relación a la *pena de prisión el mínimo se sitúa en cinco años, tres meses y undía de prisión* y el máximo en seis años, y dentro de ese ámbito le individualizamos la pena en *cinco años y seis meses de prisión*.

En relación a la *pena de multa* el mínimo se sitúa en dieciocho meses y quince días y el máximo en veinticuatro meses, y dentro de ese ámbito le individualizamos la pena en *veinte meses y teniendo en cuenta el art. 50 del Cpenal*, y la situación económica del recurrente a la vista de los indicios existentes en la causa: responsabilidades políticas que ostentaba en el Ayuntamiento de Jerez y el haber dispuesto de defensa de su decisión, *le fijamos una cuota diaria de cien euros*.

Y en relación a la pena de *inhabilitación* siendo el ámbito de la extensión a imponer de cinco años y un día a seis, le imponemos los seis años, dada la naturaleza de esta pena que es privativa de derechos y que incide en el ámbito en el que se produjo el abuso fraudulento de las funciones que tenía el recurrente, por lo que estimamos que la sanción debe recaer *allí donde se produjo el abuso* y como tal, especialmente idónea y proporcionada esta pena.

En conclusión, a Clemente le imponemos las siguientes penas, todas ellas correspondientes al delito de falsificación de documentos oficiales cometido por autoridad, como delito más grave.

1º Cinco años y seis meses de prisión.

2º Veinte meses de multa a razón de cuota diaria de cien euros, *sin* que proceda la fijación de responsabilidad personal subsidiaria de acuerdo con el art. 53 del Cpenal.

3º Seis años de inhabilitación especial para el empleo de todo cargo o empleo público, incluidos los electivos, así como la imposibilidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

Cuarto.- En relación a Inocencio, es autor de tres delitos continuados de prevaricación, malversación y falsedad en documento oficial *cometido por particular* (art. 392 en relación con el 390-2º).

En relación a los delitos de prevaricación y de malversación, el Tribunal de instancia aplicó el art. 65 del Cpenal porque no concurren en el condenado la condición de funcionario público, y acordó la *rebaja de un grado*.

De acuerdo con esta previsión, las penas correspondientes al delito de *malversación*, *ya rebajadas en un grado*, estarían comprendidas entre *un año y seis meses de prisión hasta tres años menos un día*, e inhabilitación absoluta por tres años hasta seis años menos un día.

La pena del delito de *prevaricación* por cooperación necesaria, tendría la pena de inhabilitación especial de tres años y quince días hasta siete años menos un día.

Por lo que se refiere al delito de *falsificación* en documento oficial efectuado por particular, el art. 392 Cpenal señala la pena de *seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce años*.

En esta situación, debe considerarse como *delito más grave, como acuerda el art. 77 del Cpenal el de malversación de fondos públicos* ya que además de llevar *pena de prisión* que es el tipo de pena más grave del catálogo punitivo en cuanto que afecta al bien de la libertad individual, *su extensión mínima de un año y seis meses es superior* a la extensión mínima fijada para el delito de falsificación documental, bien que la extensión máxima sea la misma en ambos delitos –tres años de prisión–.

En consecuencia, procede fijar como pena al *concurso medial entre los tres delitos* citados la correspondiente al delito de malversación que lo será en la mitad superior de la mitad superior al tratarse de un concurso medial de delitos continuados.

El *ámbito* de la pena de prisión en la mitad superior de la mitad superior se sitúa entre el mínimo de dos años, siete meses y quince días hasta los tres años menos un día.

Dentro de este ámbito, le imponemos la pena de *dos años, diez meses y quince días de prisión*, manteniendo la misma proporción que se guarda en la sentencia de instancia en relación al otro condenado Roberto, al que se le impuso pena ligeramente inferior ya que Inocencio intervino en *dos contrataciones* fraudulentas y Roberto en una sola –véase último párrafo del f.jdco. décimo de la sentencia–. En relación a la pena de *inhabilitación* le imponemos la pena de *cinco años y seis meses* (el mínimo legal sería cinco años y tres meses).

En conclusión, a Inocencio le imponemos las penas siguientes:

1º Dos años, diez meses y quince días de prisión.

2º Cinco años y seis meses de inhabilitación.



Quinto.- En relación a Roberto es autor también de los delitos de prevaricación, malversación y falsedad en documento oficial cometido por particular, con aplicación del art. 65 Cpenal en concurso medial. Siendo la pena más grave la del delito de malversación – recuérdese que de acuerdo con el art. 65 se rebajó un grado las penas- - el ámbito punitivo del delito de *malversación* –que es el más gravemente penado– está constituido por las penas de un año y seis meses hasta tres años menos un día de prisión y de tres a seis años menos un día de inhabilitación.

El recurrente solo intervino en un contrato , y por eso el Tribunal de instancia le impuso las penas mínimas y así lo acordamos subsanando los errores de cálculo denunciados por el Ministerio Fiscal.

En conclusión a Roberto le imponemos las siguientes penas, que son las mínimas dentro de la mitad superior de la mitad superior del delito más grave, que es, como ya se ha dicho, el de malversación de fondos públicos:

1º Dos años, siete meses y quince días de prisión.

2º Cinco años y tres meses de inhabilitación.

Obviamente, los pronunciamientos indemnizatorios quedan intactos, en cuanto a las costas de la instancia se impone a los recurrentes en su totalidad y por terceras partes.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Clemente , Inocencio y Roberto , como autores de los delitos de prevaricación administrativa, malversación de fondos públicos y falsificación de documentos oficiales, en concurso ideal en los términos declarados en la motivación a las siguientes penas:

A Clemente :

Cinco años y seis meses de prisión.

Veinte meses de multa a razón de cuota diaria de 100 euros sin que proceda la fijación de responsabilidad personal subsidiaria.

Seis años de inhabilitación especial para el empleo de todo cargo o empleo público, incluidos los electivos, así como la imposibilidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

A Inocencio :

Dos años y diez meses y quince días de prisión. Cinco años y seis meses de inhabilitación especial.

A Roberto :

Dos años, siete meses y quince días de prisión. Cinco años y tres meses de inhabilitación especial.

Se imponen las costas de la instancia a los tres recurrentes por terceras partes.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentenciacasacional no afectados por la presente resolución.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.