

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 841/2013

*RECURSO CASACION N°:*1075/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Voto Particular

Fecha Sentencia: 18/11/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: MB

- FRAUDE , PREVARICACIÓN y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. FALSEDADES.

*** Resultando absuelto un acusado por delito de falsedad y deslealtad profesional no cabe en casación su condena sin haber practicado con inmediación las pruebas y sin haber oído al acusado el Tribunal de casación. Derecho a un juicio con todas las garantías y derecho de defensa.**

*** Condena al Secretario del Ayuntamiento por la redacción de un escrito que eufemísticamente llamó de "constancia de hechos". Falsedad en documento público u oficial.**

*** Naturaleza del delito de fraude (de simple actividad) y su relación con el delito consumado de malversación de caudales: arts. 436 y 432 C.P. El delito de fraude queda consumido en el de malversación. Progresión delictiva.**

*** Delimitación típica de la figura cualificada (subtipo agravado) del nº 2 del art. 432 C.P. Necesidad de la concurrencia de los dos parámetros típicos: notoria importancia del valor de lo sustraído y daño a la causa pública.**

*** Cooperación necesaria en el delito de prevaricación (art. 404 C.P.). Requisitos típicos. Dolo del autor. Intervención del extraneus.**

*** Imposición de igual pena al extraneus, sin estimar la atenuación del nº 3 del art. 65 C.P. Necesaria motivación de lo que debe ser una excepción. Lo procedente es rebajar la pena en un grado, so pena de preterir o minimizar la condición personal del sujeto activo.**

*** El cómplice extraneus en el delito de malversación de caudales se debe beneficiar con dos rebajas de pena (por el art. 63 y por el 65.3 C.P.).**

Nº: 1075/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Vista: 05/11/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 841/2013

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 dieciocho de Noviembre de dos mil trece.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones de los acusados **JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE, MODESTO PERODIA CRUZ-CONDE, VICTOR COHEN ZERÓN, ANGELES CARRASCO SANZ, JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS, MANUEL VÁZQUEZ CUESTA** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que les condenó por delitos de fraude en concurso medial con un delito de prevaricación y malversación de caudales públicos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Sra. Molinero Romero respecto de los acusados Julián Felipe Muñoz Palomo y José M^a del Nido Benavente; Sra. Villamana Herrera respecto del acusado Modesto Perodia Cruz-Conde; Sra. Martínez Serrano respecto del acusado Víctor Cohen Zerón; Sra. de Haro Martínez respecto de la acusada Angeles Carrasco Sanz; Sr. Sanz Arroyo respecto del acusado Juan Antonio Roca Nicolás y Sra. Del Olmo Gómez respecto del acusado Manuel Vázquez Cuesta y los recurridos Acusación Particular Ayuntamiento de Marbella representado por el Procurador Sr. Ortega Fuentes; Esteban Guzmán Lanzat representado por la Procuradora Sra. Egido Martín y Leopoldo Barrantes Conde representado por la Procuradora Sra. Gómez Castaño.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Marbella incoó Diligencias Previas con el nº 3209 de 2006, contra **JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE, MODESTO PERODIA CRUZ-CONDE, VICTOR COHEN ZERÓN, ANGELES CARRASCO SANZ, JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS, MANUEL VÁZQUEZ CUESTA** y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que con fecha 16 de diciembre de 2011 dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: I.- AUSENCIA DE CONTROL INSTITUCIONAL: En julio de 1999, D. Gregorio Jesús Gil y Gil fue nombrado Alcalde del Ayuntamiento de Marbella por su Pleno Municipal tras revalidar en las elecciones del mismo año las mayorías absolutas ya conseguidas en las Municipales de 1991 y 1995. La gestión municipal siguió en su tercer mandato con las mismas pautas marcadas en el primero: Una huida constante de los controles marcados por el derecho administrativo a base de la creación de más de treinta sociedades municipales con objetos sociales de enorme amplitud y en muchas ocasiones comunes. Este entramado societario, aunque su única financiación provenía de los fondos del Ayuntamiento de Marbella, estaba constituido como un holding privado del alcalde. Prueba de ello es que se dirigía desde una de sus propiedades; el “Club Financiero Inmobiliario”, anexo a su domicilio en la avenida Ricardo Soriano de Marbella. Esta situación de descontrol fue denunciada por D. Juan Antonio Castro Jiménez como interventor del Ayuntamiento de Marbella desde su incorporación al cargo. El 10 de octubre de 1994 formuló un reparo sobre la estructura de la Corporación, en el sentido de que la gestión de los servicios públicos a través de sociedades mercantiles municipales no podía impedir los procedimientos de control del Ayuntamiento sobre aquéllas. Al no ser atendidos sus requerimientos, con fecha 10 de marzo de 1995, dirigió al Alcalde un escrito con la pretensión de dar cumplimiento a los controles financiero y de eficacia exigidos por la Ley y que tenían que efectuarse bajo su dirección: “La Ley 39/88, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, a través de sus artículos 194 y siguientes, establece obligatoriamente la realización de las funciones de control financiero y control de eficacia que serán realizadas por los funcionarios que se designen. En igual sentido las bases de ejecución de los presupuestos para los años 1993 y 1994, al regular el control interno en su artículo 42, establece que las funciones de control financiero y control de eficacia se desarrollarán bajo la dirección del Interventor Municipal, por los funcionarios que se señalen, pudiendo auxiliarse cuando sea preciso por auditores externos. El control financiero tiene como objetivo comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los Servicios de las Entidades locales, de sus Organismos Autónomos y de las Sociedades Mercantiles de ella dependientes. Dicho control tendrá por objeto informar acerca de: a) Determinar si la información financiera se presenta adecuadamente, de acuerdo con los principios contables que le son aplicables al efecto, es decir, lo que según normas de auditoria del sector público se denomina AUDITORIA FINANCIERA. b) Determinar si se ha cumplido con la legalidad vigente en la gestión de los fondos

públicos, o AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO, según el sector público. c) Evaluar si la gestión de los recursos públicos (humanos, activos y fondos presupuestados) se ha desarrollado de forma económica y eficiente, o AUDITORIA DE EFICIENCIA Y ECONOMÍA en el sector público, y d) Evaluar el grado de eficacia en el logro de los objetivos previstos, o AUDITORIA DE RESULTADO DE PROGRAMAS en el sector público. La realización de los cuatro objetivos que anteceden es lo que en el sector público se denomina AUDITORIA INTEGRAL y en el sector local CONTROL FINANCIERO. Igualmente se indica respecto al control de eficacia que según la interpretación dada por el artículo 202 de la Ley 39/88, antes citada, su objetivo es la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos previstos en el expediente de presupuesto ordinario, ó planificación extrapresupuestaria acordada por el Ayuntamiento Pleno, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los servicios o inversiones municipales. Aún a pesar de la trascendencia de los controles referidos anteriormente, no se ha dictado para los Ayuntamientos ninguna clase de normativa específica, tanto a nivel de Administración General como Autonómica, que regule el procedimiento/s y objetivo/s a seguir. Únicamente ha sido la Administración General del Estado, el sector regulado. Las normas que conoce el Interventor que suscribe son las siguientes: Normas de auditoria del sector público. (No publicada en B.O.E.) Circular nº 2/ 1989, de 28 de abril, por la que se dictan instrucciones provisionales para el ejercicio del control financiero permanente en organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. (No publicada en B.O.E.) Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de julio de 1992, por la que se dictan normas para la regulación del sistema de seguimiento de programas (Publicada en B.O.E. nº 175 de fecha 22 de julio de 1992). Circular nº 1/1993, de 29 de enero, de la Intervención General de !,y Administración del Estado, por la que se dictan instrucciones para el ejercicio del control financiero de programas conforme a la orden de 14 de julio de 1992, por la que se regula el sistema de seguimiento de programas (No publicada en B.O.E.). Asimismo, se hace constar el hecho de que ningún Ayuntamiento de esta Provincia ha realizado tales controles, según información recabada por este funcionario salvo error u omisión involuntaria, posiblemente ante la inexistencia de normativa legal que regule tales controles en la Administración Local. A pesar de todo cuanto se ha expuesto, es cierto que las bases de ejecución de los presupuestos municipales de este Ayuntamiento, ejercicios 1993 y 1994, determinan la realización de tales controles por los funcionarios que se nombren al efecto y bajo la dirección del Interventor

Municipal. Para dar cumplimiento al mandato presupuestario considero que los controles financiero y de eficacia pueden ser realizados por funcionarios cuando se refieran al Ayuntamiento y su Organismo Autónomo (Fundación Municipal de Arte y Cultura) y a través de Auditores externos para Sociedades Mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al Ayuntamiento. En estos casos podrá a través de Abdón Bas, López Luengo, Asociados, realizarse los dos controles de referencia.

Respecto a funcionarios, deberán nombrarse tres de entre los que presten sus cometidos en Intervención, Tesorería y Personal, salvo que V. S. disponga lo contrario. Adjunto a este escrito criterios y contenidos que deberán abarcar los controles financiero y de eficacia en este Ayuntamiento, y su Organismo Autónomo y Sociedades Mercantiles, los cuales han sido obtenidos adaptando la normativa legal citada anteriormente a las necesidades de este Ayuntamiento.” Este intento del interventor fue incluido, bajo el epígrafe “Control Financiero y Control de Eficacia. Normas reguladoras de las formas a seguir para su obtención”, en el número 5 de los asuntos a tratar en la sesión ordinaria de la Comisión de gobierno del día 22 de marzo de 1995; pero fue retirado del orden del día por acuerdo de la Comisión de gobierno. Nuevas tentativas del interventor por controlar si eran procedentes las cantidades transferidas del Ayuntamiento a las sociedades municipales se sucedieron en los meses posteriores, pero también fracasaron por la decidida oposición del grupo político gobernante; que no cesó pese a la insistencia a favor del control expuesta por concejales de otras formaciones políticas en distintos Plenos municipales, como los que tuvieron lugar los días 4 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2000, 17 de julio de 2000, 12 de febrero de 2002 y 2 de mayo de 2002. Mientras tanto al Pleno del Ayuntamiento de Marbella, no obstante los intentos reseñados, se le mantenía ajeno al conocimiento de cuáles eran las actividades de las Sociedades municipales, qué resultados alcanzaban y qué coste tenían, pues no había informes de control interno y no se formulaban los preceptivos PAIF (programas de actuación, inversión y financiación). Como destacan de manera coincidente y unánime todos los informes de fiscalización aprobados en relación al Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades municipales por el Tribunal de Cuentas (ejercicios 1990 a 2006): “el Ayuntamiento no ejerció la función de control financiero ni exigió la justificación del empleo dado a las transferencias ni la procedencia de las deudas asumidas”.

II.- ARRIVADA DE LOS ACUSADOS AL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA. Julián Felipe Muñoz Palomo, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde las elecciones municipales de 1991. Formó parte del equipo de

gobierno desde que el Grupo G.I.L. ostentó el poder. En 1999 fue nombrado Primer teniente de alcalde y Concejal de Fiestas, con la misión preferente de sustituir al Alcalde-presidente, D. Jesús Gil y Gil, que por Decreto de 6 de julio de 1999 estableció que: “A los Tenientes de Alcalde, en cuanto tales, les corresponderá sustituir a esta alcalde en la totalidad de sus funciones y por el orden de su nombramiento, en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que le imposibilite para el ejercicio de sus funciones” Mayor de edad y sin que consten antecedentes penales en la fecha en que ocurrieron los hechos. José María Del Nido Benavente, abogado en ejercicio. Comenzó a prestar sus servicios profesionales al Ayuntamiento de Marbella en los primeros días del mes de febrero de 1999; durante la estancia en prisión por el caso “Camisetas” (en el que José María Del Nido también estaba imputado) del abogado D. José Luis Sierra Sánchez, letrado de confianza hasta entonces de D. Jesús Gil y Gil. La implicación de ambos en el citado caso provocó la ruptura de sus relaciones y propició la entrada en escena de José María Del Nido Benavente, quien desde el primer momento, asumió el protagonismo que tenía su antecesor y ocupó su despacho preferente en el Club Financiero Inmobiliario. Se convirtió en acompañante asiduo de Julián Felipe Muñoz Palomo, respaldo continuo en sus decisiones y atento a prestarle consejo hasta durante la celebración de los Plenos municipales. Su posición dentro del Ayuntamiento fue de tanto poder que incluso llegó a visar facturas pagadas con el dinero municipal o intermediar sobre el reparto de materias entre los concejales. Mayor de edad y sin antecedentes penales. Modesto Francisco de Asís María Perodia Cruz-Conde, abogado en ejercicio desde 1985. Comenzó a prestar sus servicios en el Ayuntamiento de Marbella en el año 1992 y desde el año 1993 ocupaba el cargo de secretario o apoderado de la mayoría de las sociedades municipales, contribuyendo a la creación de alguna de ellas. Además del contrato de arrendamiento de servicios que tenía concertado con el citado consistorio trabajaba también como letrado de la empresa municipal “Gerencia de Compras y Contratación Marbella S.L.” de la que cobraba por iguala. Mayor de edad y ejecutoriamente condenado en una (1) ocasión, Esteban Guzmán Lanzat, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde 15 de junio de 1991 hasta 1995 . En el año 2000 se incorporó como concejal por renuncia de otro compañero. Ocupaba el cargo de vocal en la mayoría de los consejos de administración de las sociedades municipales donde avalaba con su firma cuantas decisiones le proponían sin poner reparo alguno. Su fidelidad a la persona de D. Jesús Gil y Gil era total. Mayor de edad y sin antecedentes penales. Víctor Cohen Zerón, contable de varias sociedades

municipales mediante contratos de arrendamiento de servicios. La primera fue “Andalucía Hotel, S.A.” en el año 1993 y la más importante “Control de Servicios Locales, S.L” desde el año 1998, contrato que renovó el 7 de enero de 2000. Mayor de edad y sin antecedentes penales. Ángeles Carrasco Sanz, abogada desde 1993 a 2004 en el despacho de su entonces marido, José María Del Nido Benavente. Firmó en representación del Ayuntamiento de Marbella los escritos en el contencioso por la segregación de San Pedro de Alcántara. Mayor de edad y sin antecedentes penales. Juan Antonio Roca Nicolás, gerente de la sociedad municipal “Planeamientos 2000” desde su constitución en 1992. Fue además miembro del Consejo de Administración de las sociedades municipales “Turismo Ayuntamiento Marbella 2000, S. L.”, “Turismo en Marbella, S. A.” y “Plan Las Albarizas, S. L.” Mayor de edad y sin antecedentes penales en la fecha de los hechos. Alfredo Chica Vera, administrador de fincas urbanas, sin vinculación institucional con el Ayuntamiento de Marbella. Mayor de edad y sin antecedentes penales. Manuel Vázquez Cuesta, agente de la propiedad, sin vinculación institucional con el Ayuntamiento de Marbella. Mayor de edad y ejecutoriamente condenado en una (1) ocasión, por delito Contra la Seguridad del Tráfico. Leopoldo Barrantes Conde, Secretario municipal del Ayuntamiento de Marbella desde año 1991 al año 2006, en que cesó en el cargo al jubilarse. Mayor de edad y sin antecedentes penales. · María Luisa Alcalá Duarte, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde las elecciones municipales de 1991. Formó parte del equipo de gobierno desde que el Grupo G.I.L. ostentó el poder. En 1999 fue nombrada teniente de alcalde de Las Chapas y Concejal de Bienestar Social. Además, en las sociedades municipales fue consejera en “Gerencia de Obras y Servicios, S. L.” y gerente de “Sanidad y Consumo 2000, S.L.”. Desde el año 1999 formaba parte de la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Marbella. Mayor de edad y sin que consten antecedentes penales en la fecha en que ocurrieron los hechos Juan Flores González, concejal del Ayuntamiento de Marbella por el Grupo G.I.L desde las elecciones municipales de 1991, gerente de la sociedad municipal “Transportes Locales 2000, S.L.” Mayor de edad y sin antecedentes penales. · José Luis Fernández Garrosa, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde las elecciones municipales de 1991 por el grupo G.I.L. En 1999 fue nombrado Concejal de Personal. Desde el año 1999 formaba parte de la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Marbella. Mayor de edad y sin que consten antecedentes penales en la fecha en que ocurrieron los hechos. · Alberto García Muñoz, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde las elecciones municipales de 1991 por el Grupo

G.I.L. En 1999 fue nombrado teniente alcalde de Puerto Banús y miembro de la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Marbella. Mayor de edad y sin que consten antecedentes penales en la fecha en que ocurrieron los hechos. Rafael González Carrasco, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde las elecciones municipales de 1991. Formó parte del equipo de gobierno desde que el Grupo G.I.L. ostentó el poder. concejal de Hacienda. En 1999 fue nombrado Segundo teniente de alcalde y Concejal de Control Económico y Financiero del “Grupo Independiente Liberal”. Fue además en las sociedades municipales Consejero Delegado de "TRIBUTOS 2000, S.L." (asumió las funciones de gerente tras el cese de D. Fco. Alarcón Echevarría) y "Andalucía Hotel, S.A.". Desde el año 1999 formaba parte de la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Marbella. Mayor de edad y sin que consten antecedentes penales en la fecha en que ocurrieron los hechos. · Pedro Tomás Reñones Crego, concejal del Ayuntamiento de Marbella desde las elecciones municipales de 1999 por el grupo G.I.L. Fue nombrado Concejal de Deportes y apoderado en las sociedades municipales “Comunicación y Difusión 2000, S.L.” y “Actividades Deportivas 2000, S.L.". Mayor de edad y sin que consten antecedentes penales en la fecha en que ocurrieron los hechos. · Antonio Calleja Rodríguez, estuvo contratado desde el año 1992 como contable en diversas sociedades municipales, tales como “Tributos 2000 S.L.” y “Eventos 2000”. Mayor de edad y sin antecedentes penales.

III.- CONTENCIOSO SEGREGACIÓN DE SAN PEDRO DE ALCÁNTARA. El 22 de abril de 1994, José María Del Nido Benavente presentó como letrado en representación de D. Manuel López Gómez y otros miembros de la comisión promotora de la segregación y creación del municipio de San Pedro de Alcántara recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga. La impugnación se formulaba contra el acto presunto, por silencio administrativo, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por el que se desestimaba la segregación de San Pedro de Alcántara del municipio de Marbella para constituir un municipio independiente, según expediente iniciado el 15 de febrero de 1991 y promovido por la mayoría de los electores y vecinos residentes. El 24 de mayo de 1994, el recurso se admitió a trámite por providencia. El 29 de julio de 1994, en virtud del emplazamiento efectuado, el Ayuntamiento de Marbella se personó en el recurso bajo la dirección técnica del letrado D. José Luis Sierra Sánchez. El 18 de septiembre de 1994, la Consejería de Gobierno de la Junta de Andalucía dictó resolución en la que declaraba la caducidad del expediente de segregación. El 5 de

diciembre de 1994, la parte actora recurrió también contra tal acto. El 7 de julio de 1997, la Sala mediante providencia tuvo por ampliado el recurso contra el nuevo acto administrativo. El 19 de noviembre de 1997, la Sala dio traslado del expediente a la parte actora para evacuar el trámite de formalización de la demanda. El 24 de noviembre de 1997, José María Del Nido Benavente fue el letrado que firmó la demanda presentada en el proceso en solicitud de que se anularan los actos administrativos impugnados y se ordenara la creación del nuevo municipio de San Pedro de Alcántara por segregación parcial del municipio de Marbella. El 3 de junio de 1998, se emplazó por providencia a la parte demandada y la Consejería de Gobierno de la Junta de Andalucía, al estimar que la decisión correspondía a la Sala de lo Contencioso Administrativo, con sede en Sevilla, promovió cuestión de competencia. El 14 de octubre de 1998, José María Del Nido Benavente, en la aludida representación de la parte actora, firmó un escrito de impugnación de la cuestión de competencia. El 18 de febrero de 1999, mediante escrito presentado a la Sala, la dirección letrada de la parte actora cambió y la abogada D^a. Laura Sánchez Díaz comunicaba que se hacía cargo de la dirección jurídica de D. Manuel López Gómez y otros miembros de la comisión promotora de la segregación y creación del municipio de San Pedro de Alcántara. En aquella fecha ya había iniciado José María Del Nido la defensa del Ayuntamiento de Marbella en algunos asuntos. El 14 de abril de 2000, la Sala mediante auto desestimó la competencia propuesta y dio la razón a la demandada. El 9 de mayo de 2000, Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental, dirigió un requerimiento a D. José Luis Sierra Sánchez que resulta esclarecedor respecto a las actuaciones posteriores. En un primer apartado se decía: "Por la presente le comunicamos que cualquier pleito en el que se encuentre Ud. personado en nombre de este Ayuntamiento o de cualquiera de las Sociedades Mercantiles participadas, habrá de otorgar su "venía" profesional a favor del letrado D. José María Del Nido Benavente, rogándole asimismo que, a partir de la fecha de la presente, se abstenga de evacuar cualquier trámite procesal que se pudiera producir, debiendo comunicar tal circunstancia de forma inmediata a este Ayuntamiento." En un segundo apartado, ya relativo a este recurso, podía leerse: "En concreto, y en cuanto al Recurso Contencioso Administrativo núm. 1017/1994, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, habrá de otorgar la venía a la Letrada D^a. Ángeles Carrasco Sanz, debiendo enviar el documento de su concesión a esta Corporación Municipal, y ello a la mayor brevedad posible a la vista del trámite de contestación a la demanda en

que dicho asunto se encuentra”. El 10 de mayo de 2000, Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental, dictó Decreto por el que se encomendaba a la acusada Ángeles Carrasco Sanz la defensa del Ayuntamiento en el recurso contencioso administrativo número 1017/1994. El nombramiento de la abogada se realizó sin mediar pronunciamiento del Pleno municipal y sin que se incoara expediente previo; lo que no sólo conllevó falta de publicidad y concurrencia en su elección, sino que dejó indeterminado la fijación del precio. Por otro lado, Julián Felipe Muñoz Palomo había sido teniente alcalde de San Pedro de Alcántara y era conocedor de la existencia de este procedimiento y de la incompatibilidad que tenía José María Del Nido Benavente para hacerse cargo de la defensa del Ayuntamiento. El 15 de junio de 2000, la Sala referida mediante providencia tuvo por contestada la demanda por el organismo demandado, la Consejería de Gobernación, y requirió a la parte codemandada, el Ayuntamiento de Marbella, para que contestara a la demanda en el improrrogable plazo de veinte días. El 20 de junio de 2000, D. José Luis Sierra Sánchez concedió a favor de Ángeles Carrasco Sanz la venia en el procedimiento reseñado. El 17 de julio de 2000, se presentó la contestación a la demanda por el Ayuntamiento de Marbella. El 18 de julio de 2000, D^a. Laura Sánchez Díaz, abogada de la parte actora, concedió la venia a favor de la letrada D^a. Ana María Gallego Sánchez. Como en otros procedimientos, tras la moción de censura de agosto de 2003, fue el Letrado D. Francisco Cobo Medina, el que asumió la defensa del Ayuntamiento y el recurso contencioso administrativo fue desestimado por sentencia de la Sala de 26 de mayo de 2.006. Ángeles Carrasco Sanz por su intervención en el recurso contencioso administrativo número 1017/1994 facturó y cobró 132.463,06 € en las siguiente minutas, cuyo pago fue aprobado mediante mociones y Decretos de Julián Felipe Muñoz Palomo: - Minuta 23/00, con un importe total a pagar de 69.717,40 €. - Minuta 24/00, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 25/00, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 27/00, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 28/00, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 01/01, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 03/01, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 06/01, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 07/01, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. - Minuta 10/01, con un importe total a pagar de 6.971,74 €. El libramiento de minutas en la forma reseñada, lo que ya había sucedido en diversas ocasiones con minutas presentadas por José María Del Nido Benavente, provocó que el interventor remitiera la nota interior al alcalde presidente de fecha 28 de junio de 2001, que se transcribe a continuación: “En

relación con prestaciones de servicios por asistencia jurídica en contiendas judiciales llevadas a cabo por el letrado Sr. Del Nido Benavente, se están dictando Decretos suscritos por V. S., o acuerdos de Comisión Municipal de Gobierno, en los que sin indicar importe previsto como coste del servicio, se ordena el pago de una cantidad determinada mensualmente, hasta tanto se resuelva la contienda judicial, o se disponga lo contrario. Dado que esta prestación de servicio es consecuencia de una previa contratación, debe existir un expediente administrativo en aquellos supuestos en los que la previsión de honorarios supere los 2.000.000 de pesetas, conforme establece el artículo 201 del R. D. L. 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En estos expedientes deberá existir un contrato administrativo formalizado en escritura pública, o caso contrario en documento administrativo, del cual da fe el Sr. Secretario Municipal, conforme dispone el artículo 113, Regia 6ª del R. D. L. 781/86, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local. Por ello esta intervencionista considera que de conformidad con lo establecido en los artículo 14 de R. D. L. 2/2000 que dispone " Los contratos tendrán siempre un precio cierto...", y artículo 1273 del Codicio Civil que establece "...La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes", en los contratos que para cada prestación de servicios se concierte con el Sr. Del Nido Benavente, o con cualquier otro, deberá establecerse la previsión del gasto total que originara su asistencia jurídica, y una vez presentadas las minutas que procedan por servicios efectivamente prestados, se acuerde el sistema de abonos a cuenta conforme autoriza el artículo 99 del R. D. L. 2/2000. Por lo expuesto Sr. Alcalde, considero que salvo mejor criterio de la Secretaria General de este Ayuntamiento, al tratarse lo manifestado en este informe de asuntos netamente jurídicos, para lo sucesivo, y también, para todos los supuestos que actualmente se están atendiendo con pagos fraccionados, tales como los casos del Banco de Crédito Local, Autonomía de San Pedro Alcántara, etc. deberá facilitarse, para cada supuesto una minuta por el letrado Sr. Del Nido, precisando los honorarios totales a percibir y los honorarios que por trabajos realizados sean minutados conforme a las normas orientadoras de honorarios del Colegio de Abogados de la provincia de Málaga, con la finalidad de conocer este Ayuntamiento la situación patrimonial de dicho Sr. respecto al Ayuntamiento, sin perjuicio de su posterior pago en los términos que se acuerde. Es decir Sr. Alcalde, lo que se pretende es conocer en cualquier momento el coste de

la defensa del Ayuntamiento en procesos judiciales, así como la deuda que se mantiene con cualquier letrado, y al mismo tiempo actuar de conformidad con los artículos 14 del R. D. L. 2/2000 y artículo 1.273 del Código Civil, por lo que se participa que este informe es emitido con la finalidad de ajustar los actuales procedimientos a la norma Jurídica, no debiendo considerarse como desacuerdo a la cuantía del gasto que pueda originar tales minutas, pues las discrepancias que puedan existir serian informadas caso a caso.”

IV.- FISCALIZACIÓN DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA. El 11 de mayo de 1999, en las Diligencias Preliminares 83/1999 del departamento segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (incoadas como consecuencia del informe de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella elaborado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, correspondiente a los ejercicios 1990-1993) se dictó providencia por la que se acordaba dar vista a las partes para que se pronunciaran respecto al nombramiento de delegado instructor. José María Del Nido Benavente, en representación del Ayuntamiento de Marbella, interpuso recurso de súplica contra la misma en el que cuestionaba la competencia de la Cámara de Cuentas para llevar a efecto la fiscalización y solicitaba el archivo de las actuaciones, al estimar que no existía responsabilidad contable por alcance. El 12 de julio de 1999, mediante auto se desestimó el recurso y se indicaba con claridad que difícilmente el Ayuntamiento podía invocar indefensión, cuando, de acuerdo con el artículo 55.1 de la ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, le correspondería en una fase ulterior la condición de parte actora del proceso, y nunca la de demandada. Por lo que resultaba contradictorio con los intereses públicos la resistencia; postura que, en su caso, podrían adoptar aquellos gestores contra los que la acción se dirija, si es que tal circunstancia se llegara a producir. Al mismo tiempo, José María Del Nido en idéntica representación, también había formulado recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, contra el acuerdo adoptado en el pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía de 28 de septiembre de 1998 de fiscalizar los ejercicios 1.993 y 1994 de la sociedad municipal “Contratas 2000 S.L.”. El 25 de julio de 2001, el referido procedimiento contencioso-administrativo terminó con el dictado de un auto desestimatorio del recurso; resolución en la que volvía a ponerse de relieve que la actividad fiscalizadora pertenecía a un ámbito del derecho que por sus peculiares características estaba excluido del control jurisdiccional de los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Con referencia a este procedimiento, el letrado libró las siguientes

minutas: - Minuta 93/00, de 11 de mayo de 2000 y con un importe total a pagar de 92.026,97 €. - Minuta 37/01, de 25 de junio de 2001 y con un importe total a pagar de 34.858,70 €. Ambas fueron satisfechas por Modesto Perodia Cruz-Conde, mediante cheques librados los días 11 de mayo de 2000 y 12 de julio de 2001, a través de la sociedad “Control de Servicios Locales S.L.”, con un importe total de 126.885,67 euros. Las dos minutas han sido incluidas en la acusación que ejercita en este proceso el Ayuntamiento de Marbella por las mismas razones que fundamentan el que se incluyeran las minutas libradas por la oposición a la fiscalización del Tribunal de Cuentas. - Enfrentamiento con el Interventor Municipal: Una vez en la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, la fiscalización iniciada en la Cámara de Cuentas deparó un incidente muy esclarecedor: Julián Felipe Muñoz Palomo acusó al interventor municipal a mediados del mes de noviembre de 2000 (en presencia de José María Del Nido Benavente y del concejal de Hacienda, D. Antonio Luque Pancorbo) de deslealtad por haber facilitado documentación a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas e información verbal a la Fiscalía Anticorrupción y le instó a que pidiera traslado y dejara su plaza vacante en el Ayuntamiento de Marbella. La desazón provocada le ocasionó una arritmia al funcionario y hubo de pedir la baja en el trabajo. El 11 de diciembre de 2000, Julián Felipe Muñoz Palomo firmó un Decreto por el que incoó un expediente por deslealtad y suspendió de empleo y sueldo a D. Juan Antonio Castro Jiménez. La recusación que formuló este último contra el instructor del expediente, por pertenecer al grupo G.I.L, fue desestimada por Julián Felipe Muñoz Palomo. El expedientado interpuso recurso contra la referida medida de suspensión provisional adoptada y el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Málaga, por auto de 19 de enero de 2001, resolvió paralizar la ejecución del Decreto, decisión que fue ratificada por Sentencia de 30 de marzo de 2001 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El alcalde, con posterioridad y ante la previsible resolución judicial del procedimiento principal, procedió al archivo del expediente. Justificó el cambio de actitud en el hecho de que había dejado de tener razón el procedimiento disciplinario abierto por la Corporación. Reseñar que José María Del Nido Benavente fue quien defendió la postura de Julián Felipe Muñoz Palomo en el recurso contencioso administrativo que motivo el expediente.

V.- TRIBUNAL DE CUENTAS. El 28 de abril de 1999, consecuente con la resolución de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas de 9 de febrero de 1999, el pleno del Tribunal de Cuentas decidió llevar a cabo la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y de

las sociedades mercantiles participadas por dicho Ayuntamiento, correspondiente a los ejercicios 1990 a 1999, ambos inclusive. La fiscalización pretendía, tal como se constataría después en el informe, los siguientes objetivos: - Analizar si la gestión económico-financiera de las entidades a fiscalizar se había realizado de conformidad con la normativa de aplicación. - Comprobar si los estados contables eran representativos de la situación financiera y patrimonial de las entidades a fiscalizar, de acuerdo con los principios y normas contables que les eran de aplicación, centrandó el análisis en las sociedades mercantiles participadas, que no aparecían incluidas en el informe de la fiscalización que había llevado a cabo la Cámara de Cuentas de Andalucía - Verificar los procedimientos internos, a fin de analizar si eran suficientes para garantizar una correcta actuación de la actividad económica financiera y, finalmente, evaluar si la gestión de las Entidades a fiscalizar, especialmente la de las sociedades mercantiles participadas, se adecuaban a los principios de economía, eficacia y eficiencia. El 3 de mayo de 1999, el Presidente del Tribunal de Cuentas informó mediante oficio del acuerdo adoptado al alcalde del Ayuntamiento de Marbella. El 25 de mayo de 1999, el Consejero de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, Excmo. Sr. D. Andrés Fernández Díaz, anunció mediante oficio el desplazamiento al Ayuntamiento de Marbella del director técnico del Departamento de fiscalización, D. Domingo Fidalgo Pérez, y del subdirector técnico, D. Joaquín Escosa Vicente-Celvera, con objeto de obtener información que permitiera planificar las actuaciones de la fiscalización y elaborar las directrices técnicas que habrían de regir dicho procedimiento fiscalizador. En el referido oficio se interesaba que se dieran las órdenes oportunas para que el personal al servicio del Ayuntamiento y de las sociedades mercantiles participadas prestara la mayor colaboración con el equipo fiscalizador y facilitara, cuando fueran requeridos, cuantos documentos, registros, libros, estados y antecedentes fueran precisos para el cumplimiento de las funciones encomendadas al Tribunal, con lo que se aclaraba cuál debería ser el cometido del personal al servicio del ente a fiscalizar con respecto al equipo fiscalizador que se desplazara en cada ocasión.

Fue en concreto a D. Domingo Fidalgo Pérez a quien D. Jesús Gil y Gil, en conversación telefónica, sugirió la posibilidad de que su hija María de los Ángeles Gil Marín actuara como interlocutora del Ayuntamiento frente al Tribunal de Cuentas, para la fiscalización. La propuesta fue rechazada cuando precisó que la citada ni ostentaba cargo electo ni era funcionaria municipal y que su cometido se reducía a ser secretaria personal del alcalde. El 1 de julio de 1999, D. Jesús Gil y

Gil, como alcalde presidente, recibió en el Ayuntamiento de Marbella a los dos directivos del Departamento de Entidades Locales de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas designados por el Consejero en el oficio citado de 25 de mayo. El director técnico del Departamento de fiscalización, D. Domingo Fidalgo Pérez, y el subdirector técnico, D. Joaquín Escosa Vicente-Celvera acudieron con el fin de fijar el calendario de la fiscalización a realizar y enterarse de las peculiaridades del municipio, sin que se hiciera mención al propósito de interponer recursos contra el acuerdo de fiscalización. En la reunión, D. Jesús Gil y Gil había estado acompañado de su citada hija, del secretario municipal y del concejal, Rafael González Carrasco, también acusado, sin que en ningún momento se aludiera a una posible intervención de José María Del Nido Benavente, limitándose el alcalde a informar a los directivos de que la gestión de los servicios municipales se realizaba a través de empresas y a solicitar un aplazamiento a fin de que la fiscalización no coincidiera con el periodo estival ya iniciado. El 12 de julio de 1999, como se ha comentado en el ordinal anterior, la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas resolvió en las Diligencias Preliminares 83/1999 del departamento segundo (incoadas como consecuencia del informe de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella elaborado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, correspondiente a los ejercicios 1990-1993) el recurso de súplica en el que se cuestionaba la competencia de la Cámara de Cuentas de Andalucía para llevar a efecto la fiscalización. El 23 de julio de 1999, se dictó un Decreto de alcaldía firmado por Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental, en el que se designaba a José María Del Nido Benavente para la interposición de recurso ante el pleno del Tribunal de Cuentas contra el acuerdo de fiscalización del Presidente de dicho Tribunal adoptado el 28 de abril de 1999, debiendo dar cuenta del Decreto a la Comisión de gobierno en la próxima sesión que celebre. El 27 de julio de 1999, José María Del Nido Benavente presentó escrito en el Tribunal de Cuentas en el que denunciaba el contenido de la resolución notificada al Ayuntamiento, por estimarla incompleta y alegaba que ya se había llevado a cabo la fiscalización del Ayuntamiento por parte de la Cámara de Cuentas de Andalucía. Que la responsabilidad contable de algunos años podría estar prescrita y que no se había dado audiencia a los legítimos representantes de las sociedades municipales a fiscalizar, ni se había informado sobre si la decisión ponía fin a la vía administrativa o posibles recursos, eran otros de los alegatos contenidos en el aludido escrito. Finalizaba, por último, solicitando el envío de copias íntegras de la comunicación en la que se daba traslado al tribunal de la resolución de la comisión

mixta Congreso Senado y del acta de la sesión del pleno del Tribunal de 28 de abril de 1999 e interesando que se suspendieran los actos desde la presentación del escrito, que calificaba de recurso de reposición. El 30 de julio de 1999, se recibió el informe encargado a un prestigioso despacho de abogados sobre las posibilidades de oponerse a la pretendida fiscalización. Las conclusiones del informe ponían de relieve la competencia de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, para adoptar la iniciativa establecida en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y precisaban que el acto de iniciación del procedimiento de fiscalización adoptado por el pleno del Tribunal de Cuentas, a iniciativa de la Comisión Mixta Congreso-Senado, era un acto de trámite no susceptible de recurso. No obstante, José María Del Nido Benavente repitió la misma argumentación que ya había esgrimido en el recurso a la fiscalización llevada a cabo por la Cámara de Cuentas de Andalucía y del que se trata en otro epígrafe de este relato. El 17 de agosto de 1999, el pleno del Tribunal de Cuentas inadmitió el escrito presentado porque el acuerdo del pleno del Tribunal de Cuentas de incoar procedimiento fiscalizador no era susceptible de ser impugnado mediante la interposición de los recursos previstos en la legislación administrativa común, en virtud de las consideraciones que se exponían en la resolución, con citas del artículo 3, apartados a) y b) de la Ley 7/1.988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de los artículos 21.3 a) y 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y del artículo 136 de la Constitución Española. El 24 de agosto de 1999, el sustituto del secretario titular del Ayuntamiento emitió un informe en el que se ponía de manifiesto cómo, para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Corporaciones Locales, se hacía preciso dictamen previo del secretario, por expresa disposición de los artículos 54.3 del Texto Refundido, 9.3 del Reglamento de Bienes y 221 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, y cómo, en cumplimiento de dicho mandato legal, emitía dictamen favorable a que la alcaldía, si lo estimara conveniente, dictara con carácter de urgencia Decreto ordenando las acciones legales necesarias, para la interposición del correspondiente recurso. Decreto que debería ser ratificado por la Comisión de gobierno, como órgano delegado, en la primera sesión que celebre. El dictado del Decreto de 23 de julio de 1999 se había llevado a cabo sin informe previo del secretario municipal, el acusado Leopoldo Barrantes Conde. El 24 de Agosto de 1999, consecuente con el reseñado informe del secretario sustituto del mismo día, Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental, dictó un Decreto en el que podía leerse: “Vista la

Resolución del pleno del Tribunal de Cuentas de fecha 17 de Agosto de 1999, relativa a la fiscalización de las cuentas de este Ayuntamiento ejercicios 1990 a 1999. Visto asimismo el Informe emitido al respecto por el Sr. Secretario General de la Corporación. Considerando que dicha Resolución de 17 de Agosto de 1999 del Tribunal de Cuentas es gravemente lesiva para los intereses municipales. Visto que de conformidad con lo preceptuado en los Art. 22 y 23 de la Ley 11/1999 de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el artículo 23 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, por el Ayuntamiento Pleno, en sesión extraordinaria celebrada el día 16 de julio de 1999, "acordó delegar las facultades del ejercicio de acciones administrativas y judiciales" en la Comisión de gobierno. Ha dispuesto: Primero: Interponer recurso de reposición ante el Tribunal de Cuentas contra el acuerdo de su Pleno del día 17 de Agosto de 1999 e incluso la moción que se acompaña. Segundo: dar instrucciones al letrado D. José María Del Nido Benavente para que recurra en amparo ante el Tribunal Constitucional el citado acuerdo de Pleno. Tercero.- Igualmente y, a la vista de las declaraciones efectuadas por el Consejero del Tribunal de Cuentas D. Andrés Fernández Díaz se acuerda dar instrucciones para que proceda a presentar ante el Tribunal de Cuentas, el oportuno escrito de Recusación, al entender, a la vista de las referidas declaraciones, carentes de la exigible imparcialidad objetiva, para realizar la fiscalización acordada de este Ayuntamiento. De la misma forma, el mencionado letrado procederá, a la vista del Recurso de Reposición y Recurso de Amparo, y contra escrito de Recusación, a comunicar al Tribunal de Cuentas que la Fiscalización que tiene acordada de este Ayuntamiento de los ejercicios 1990 a 1999, ha de quedar suspendida. Tercero (sic): dar cuenta del presente decreto a la Comisión de gobierno en la próxima sesión que celebre. Lo manda y Firma el Sr. Alcalde, en Marbella a veinticuatro de Agosto de mil novecientos noventa y nueve." El 9 de septiembre de 1999, José María Del Nido Benavente presentó recurso de reposición contra la resolución de 17 de agosto de 1999 del Tribunal de Cuentas que fue rechazado. El mismo día, con la excusa de que en el diario "El País apareció publicada el 22 de agosto de 1999 una noticia referida al Consejero del Tribunal de Cuentas encargado de las Corporaciones Locales en relación con la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella, José María Del Nido Benavente también promovió un incidente de recusación del Consejero, Excmo. Sr. D. Andrés Fernández Díaz, por escrito presentado ante el Tribunal de Cuentas, en el que alegaba como motivo de recusación "enemistad manifiesta con los interesados". El

17 de septiembre de 1999, la pretendida recusación fue desestimada en la resolución del Tribunal de Cuentas, decisión contra la que el proponente interpuso recurso contencioso administrativo ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que lo inadmitió por providencia de 10 de noviembre de 1999, al considerar que se había interpuesto contra una actividad no susceptible de impugnación, con expresa invocación del artículo 55.1 c) de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contenciosoadministrativa. El 6 de marzo de 2000, por el incidente de recusación José María Del Nido Benavente facturó al Ayuntamiento de Marbella la cantidad de 3.485,87 euros (Minuta 15/00). - El 27 de septiembre de 1999, José María Del Nido Benavente presentó recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra la citada resolución de 17 de agosto de 1999 del Tribunal de Cuentas. El 13 de octubre de 1999, por providencia se acordó dar traslado al Ministerio fiscal y a las partes del recurso, a fin de que informaran sobre la competencia del Tribunal Supremo para conocer sobre el recurso a la vista del artículo 5 de la Ley reguladora de dicha jurisdicción de 13 de julio de 1998. Fue en este trámite cuando el recurrente invocó el precedente que constituía la sentencia del tribunal al que se dirigía de 18 de octubre de 1986, en la que se admitía la posibilidad de recurso frente a las decisiones del Tribunal de Cuentas. Por su parte y también en respuesta al requerimiento del tribunal, el Abogado del Estado declaraba que la naturaleza y fines del procedimiento de fiscalización impedían que la entidad fiscalizada pudiera resistirse jurídicamente a la acción de fiscalización, sin que la imposibilidad de recurso pudiera ser objeto de reparo, pues era admisible, según sentencias del Tribunal Constitucional 129/1995, 123/1996 y 197/1998, que no existieran recursos a favor de un ente público frente a la actuación de otro ente público, cuando dicha actuación se limitaba a una función de control de legalidad y no era dable apreciar en el órgano fiscalizador intereses distintos o contrapuestos a los de la entidad pública fiscalizada. Asimismo, discutía, en ese trámite, la representatividad que pudiera tener el letrado, José María Del Nido Benavente, ya que no había aportado a los autos el acuerdo del Pleno municipal que lo designara a tal efecto, conforme al artículo 22 de la Ley de Bases de Régimen Local, y recordaba que los intereses de la entidad fiscalizada no podían confundirse con los intereses de los cuentadantes, por cuanto no solo eran diferentes sino incluso contrapuestos. Por ello, ponía de relieve lo anómalo de que un abogado, que decía actuar en nombre de un Ayuntamiento, aunque no lo acreditara, formulara pretensiones contrarias al interés de la entidad fiscalizada y que claramente pretendían beneficiar a quienes ostentan intereses contrapuestos, ya que la entidad

fiscalizada era la gran beneficiaria del proceso fiscalizador, por cuanto, a través del mismo lo que se trataba era precisamente de comprobar que sus recursos han sido gestionados de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia y eficiencia. El 3 de marzo de 2000, el Tribunal Supremo dictó auto en el que se inadmitía el recurso interpuesto, al estimar que el contenido del artículo 32.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, le hacía inviable cuando excluía del régimen de los recursos administrativos a los actos fiscalizadores del Tribunal de Cuentas que, por su propia esencia y naturaleza, emitiera como comisionado del Parlamento, que es su único destinatario y receptor. Ilustraba su decisión con una aleccionadora explicación sobre la misión del Tribunal de Cuentas, al decir: “Es notorio que el Tribunal de Cuentas tiene atribuidos dos órdenes de funciones: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Por mor de la primera comprueba el sometimiento de la actividad económica y financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía (Art. 9º-1 de su Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982), exponiendo su resultado a las Cortes Generales por medio de informes o memorias, ordinarias o extraordinarias, mociones y notas. En el desempeño de esta actividad no ejerce ninguna clase de jurisdicción, ni tampoco realiza propiamente una función administrativa desde el momento que actúa por exclusivo mandato e interés del Parlamento, a quien rinde el resultado de su fiscalización, manteniendo una dependencia directa del Poder Legislativo. Por el contrario, en el ejercicio de su función jurisdiccional se constituye como un Tribunal inscrito en la órbita del Poder Judicial al que se vincula merced al sometimiento de sus resoluciones al recurso de casación ante el Tribunal Supremo. De esta forma, el Art. 1º.- de su Ley citada le atribuye el carácter de <<supremo órgano fiscalizador>>, carácter que en absoluto tiene como órgano jurisdiccional sometido al Tribunal Supremo de Justicia. En el presente caso se pretende someter a revisión por la Jurisdicción Contenciosoadministrativa un acuerdo del pleno del Tribunal de Cuentas por el que se dispuso la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus Sociedades mercantiles participadas desde 1990 a 1999, fiscalización, que en su caso, concluye con un informe cuyo único destinatario son las Cortes Generales. En este sentido es obvio que el ejercicio de la actividad fiscalizadora propiamente dicha no puede ser susceptible de control jurisdiccional, sin perjuicio de que lo sean aquellos actos o decisiones que, en la esfera de la actividad de enjuiciamiento, se produzcan a posteriori como consecuencia del ejercicio de aquella función de fiscalización o por razón de la actividad administrativa desarrollada por efecto de aquélla.” En el fundamento jurídico segundo salía el paso el Tribunal al contenido de la sentencia

invocada por el recurrente en el aludido trámite, diciendo, con referencia al artículo 32.1 de la Ley 7/1988 aludido: “Es manifiesto, por tanto, que en una Ley posterior a aquella nuestra sentencia de 1986, claramente se ha determinado la inaplicación del régimen de recursos administrativos a los actos fiscalizadores del Tribunal de Cuentas que, por su propia esencia y naturaleza, emite este Tribunal como Comisionado del Parlamento que es su único destinatario y receptor. Resulta, por tanto que los acuerdos de fiscalización que adopte el Tribunal de Cuentas para su sometimiento a la Comisión Mixta Congreso-Senado, no son susceptibles de recurso en vía administrativa ni en esta jurisdiccional, todo ello sin perjuicio de que si, consecuencia de los mismos, se derivara, en fase de enjuiciamiento, la depuración de responsabilidades contables serían susceptibles de los correspondientes recursos ante aquel Tribunal y, cuando proceda, de los recursos de casación y de revisión ante este Tribunal Supremo interpuestos contra las sentencias dictadas por las Salas del Tribunal de Cuentas.”

El 6 de abril de 2000, por el recurso José María Del Nido Benavente facturó al Ayuntamiento de Marbella la cantidad de 10.457,61 euros (Minuta 46/00). El 27 de septiembre de 1999, José María Del Nido Benavente también presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En el suplico del recurso se solicitaba no sólo la nulidad del acuerdo del Tribunal de Cuentas impugnado, sino también que se declarara la inconstitucionalidad de los preceptos que impedían la interposición de los recursos contra los actos de fiscalización del Tribunal de Cuentas, esto es, los artículos 32.1 y la Disposición Adicional 1ª, punto 1 de la Ley 7/1.988 de 5 de Abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y de los artículos 1.3 a), 12.1 c), 12.2 b), 86.5 y 102.3 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio y los artículos 24 y 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, se interesaba, por medio de otrosí digo, la suspensión del acuerdo impugnado. El 17 de julio de 2000 el Tribunal Constitucional dictó providencia inadmitiendo el recurso de amparo, pues estimaba que se trataba de una petición per saltum, ya que debería haberse agotado previamente la vía judicial, para respetar el principio de subsidiariedad que informa el remedio constitucional del amparo. El 3 de agosto de 2000, por el inadmitido recurso de amparo José María Del Nido Benavente facturó al Ayuntamiento de Marbella la cantidad de 13.943,48 euros (Minuta 112/00). El 13 de octubre de 1999, se produjo la primera visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella. Se personaron en el Ayuntamiento de Marbella el director técnico del departamento de fiscalización, D. Domingo Fidalgo Pérez, y el subdirector técnico, D. Joaquín Escosa Vicente-

Celvera, a los que se sumaron con respecto al viaje preparatorio del 1 de julio los asesores técnicos D. Antonio Algarra Paredes y D. Enrique García Martínez de Salinas. A la vista de los recursos interpuestos en los meses precedentes, en previsión de que se obstaculizara la función fiscalizadora y hubiera necesidad de levantar acta de ello, formaban también parte de la comitiva la jefa de la asesoría jurídica del Departamento de Corporaciones Locales, D^a María José Ferrero Peso, y la subdirectora adjunta, D^a María Luisa Cabello. En el comité de recepción no se encontraba D. Jesús Gil y Gil, sino que era el acusado Julián Felipe Muñoz Palomo el que, como alcalde accidental del Ayuntamiento, recibió a los miembros del Tribunal de Cuentas. Junto a él se encontraba el acusado José María Del Nido Benavente, el secretario del Ayuntamiento y también acusado, Leopoldo Barrantes Conde, el interventor y los concejales Rafael González Carrasco, concejal de Control Económico y Financiero y también acusado en esta causa y el concejal de Hacienda, D. Antonio Luque Pancorbo. Al inicio del acto, José María Del Nido Benavente tomó la palabra, en nombre de la corporación municipal, y comenzó a formular de nuevo los argumentos obstativos a la fiscalización que había expuesto por escrito en sus recursos, hasta que su discurso fue interrumpido por D. Domingo Fidalgo Pérez, para comunicarle que ante el Tribunal de Cuentas no se le reconocía como interlocutor válido de la entidad fiscalizada, pues consideraba un requisito imprescindible que dicha función fuera realizada por autoridad, cargo electo o funcionario de la corporación, condiciones que no concurrían en el letrado. En la reunión se llegó al acuerdo de que las relaciones de los integrantes del equipo de fiscalización con el Ayuntamiento y con las sociedades municipales, para la entrega de la documentación que se solicitase, se canalizarían formalmente a través de dos coordinadores y se designaron al efecto a D. Antonio Luque Pancorbo, para las solicitudes de documentación referidas al Ayuntamiento, y a D. Antonio Calleja Rodríguez, para las peticiones de documentación relativas a las sociedades, pues se trataba de un empleado encargado de realizar la contabilidad de diversas sociedades mercantiles fiscalizadas. El 25 de octubre de 1999, se inició la segunda visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y en ella se desplazaron al Ayuntamiento de Marbella D. Joaquín Escosa Vicente-Cervera, D. Ángel Antonio Algarra Paredes y D. Enrique García Martínez de Salinas. El 30 de noviembre de 1999, se inició la tercera visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y en esa ocasión la comitiva estaba integrada por los mismos componentes que habían protagonizado la visita anterior. El 14 de diciembre de 1999, se inició la cuarta

visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y en esa ocasión los citados iban acompañados de tres contadores, para continuar las labores de fiscalización y al objeto de que les fuera entregada la documentación de diversas sociedades. El 24 de enero de 2000, se inició la quinta visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y de nuevo los tres referidos volvieron a estar acompañados de tres contadores, para continuar las labores de fiscalización y al objeto de que les fuera entregada la documentación contable de diversas sociedades. El 9 de febrero de 2000, se inició la sexta visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella en la que fueron tres verificadores los que acompañaron a los tres altos responsables que venían desplazándose en todas las ocasiones, pues trataban de continuar las labores de fiscalización con el examen de los libros de contabilidad del Ayuntamiento a partir del ejercicio 1994. El 20 de marzo de 2000, se inició la séptima visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y en ella se desplazaron desde Madrid D. Ángel Antonio Algarra Paredes y D. Enrique García Martínez de Salinas acompañados de seis verificadores, para continuar las labores de fiscalización sobre los libros de contabilidad del Ayuntamiento y sobre documentación relativa a dos sociedades. El 25 de abril de 2000, se inició la octava y última visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y en esta ocasión fueron cinco los verificadores que se desplazaron al Ayuntamiento de Marbella junto con D. Ángel Antonio Algarra Paredes y D. Enrique García Martínez de Salinas. - José María Del Nido Benavente también se desplazaba a Marbella cada vez que el equipo de fiscalización anunciaba sus visitas periódicas, ya que el acusado Julián Felipe Muñoz Palomo le reenviaba los faxes que el Tribunal de Cuentas remitía al Ayuntamiento pidiendo la documentación que precisaba en cada visita, pero no ha quedado acreditado que tuviera contacto alguno con los integrantes del equipo fiscalizador más allá de los protocolarios saludos de recepción y despedida. En el edificio del Ayuntamiento, sito en la plaza de los Naranjos de Marbella, se destinó una habitación para el uso del equipo fiscalizador y allí les iban llevando la documentación solicitada que era fotocopiada y ordenada por dos empleadas del Ayuntamiento destinadas a tal cometido: una de ellas, D^a. Rosa Barrantes, se encargaba de fotocopiar y ordenar la documentación que hacía referencia al Ayuntamiento, y la otra, D^a. Ángela Aguilera, la documentación que afectaba a las sociedades municipales, ya que el equipo solo se llevaba a Madrid fotocopias, para allí ordenar el trabajo. La fiscalización dependía en exclusiva del trabajo del equipo

desplazado y de la colaboración que a él prestaran tanto las empleadas citadas como el personal al servicio del Ayuntamiento y de las sociedades mercantiles participadas; a los que el equipo solicitaba la entrega de documentos, registros, libros, estados y antecedentes precisos, tal como se exponía en el oficio del Consejero de Cuentas de 25 de mayo de 1999. En otras palabras, los miembros del Tribunal de Cuentas en su fiscalización no precisaban de otra colaboración que la que pudieran prestarles el personal adscrito a la entidad fiscalizada. El 20 de diciembre de 1999, en concepto de entrega a cuenta por honorarios profesionales en la fiscalización, José María Del Nido Benavente facturó al Ayuntamiento de Marbella la cantidad de 17.429,35 euros (Minuta 53/99). El 22 de diciembre de 1999, dicha minuta fue autorizada y aprobada en lo que constituye su gasto (con cargo a la partida presupuestaria 99/121122603) a favor del letrado acusado, por Decreto de alcaldía dictado por Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental.

+ Formularios SMM1: El 26 de julio de 1999, el Tribunal de Cuentas remitió al alcalde una comunicación u oficio firmado por el Consejero Sr. Fernández Díaz (que adelantó vía fax), al que adjuntaba dos cuestionarios modelos: el AYM1 y el SMM1, elaborados “ad hoc” para esta fiscalización; el primero para hacerse una idea de la estructura organizativa del Ayuntamiento y el segundo con la misma finalidad respecto del grupo de sociedades municipales, a fin de que fueran distribuidos entre los representantes de las mismas y para recabar datos generales y muy simples, con una mera finalidad informativa.

Su cumplimentación tenía como finalidad recabar de forma ordenada los datos de cuantas sociedades habían sido creadas en los ejercicios fiscalizados y las características básicas, objetos y realidad de las mismas. Por lo tanto, el SMM1 era un cuestionario modelo o formulario unificado o estándar de mero trámite que no formaba parte de la fiscalización en sí, sino de la preparación de la misma para elaborar sus Directrices Técnicas y sin complejidad alguna destacable; sus casilleros podían ser rellenados, y de hecho lo fueron, con una escueta (casi telegráfica) información.

Los cuestionarios SMM1 debían cumplimentarse por cada una de las sociedades en las que participara el Ayuntamiento de Marbella y tenían que devolverse rellenos al Tribunal de Cuentas antes del 20 de septiembre de 1999. El 13 de octubre de 1999, durante la primera visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella y fuera del plazo fijado, el

acusado Modesto Francisco de Asís María Perodia Cruz-Conde hizo entrega de los formularios.

Al no encontrarse entre los que recibieron al equipo fiscalizador fue llamado con tal fin y en el mismo acto completó algunas casillas que estaban sin rellenar y firmó los formularios como secretario, ya que ostentaba tal cargo en la mayoría de las sociedades.

No hay constancia de que los consejos de administración de las sociedades afectadas adoptaran decisión alguna sobre las labores de cumplimentación, pero lo cierto es que se entregaron cumplimentados el citado día tanto el formulario del modelo AYM-1 como veinticinco formularios del modelo SMM-1 relativos a las siguientes sociedades municipales: “Actividades Deportivas 2000, S.L.”; “Activos Locales, S.L.”; “Andalucía Hotel, S.A.”; “Banana Beach, S.L.”; “Compras 2000, S.L.”; “Contratas 2000, S.L.”; “Control de Gestión Local, S.L.”; “Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.”; “Control de Servicios Locales, S.L.”; “Difusión y Comunicación 2000, S.L.”; “Eventos 2000, S.L.”; “Explotaciones Hoteleras del Club Marítimo de Marbella, S.A. (SPORCLUB, S.A.); “Jardines 2000, S.L.”; “Nortia, S.L.”; “Patrimonio Local, S.L.”; Plan Las Albarizas, S.L.”; “Planeamiento 2000, S.L.”; “Residuos Sólidos Urbanos, S.L.”; “Sanidad y Consumo 2000, S.L.”; “Suelo Urbano 2000, S.L.”; “Transportes Locales 2000, S.L.”; “Tributos 2000, S.L.”; “Tropicana 2000, S.L.”; “Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L.” y “Zuloil Suministros, S.L.”.

Todas las sociedades referidas tenían el mismo Consejo de administración integrado por los acusados Julián Felipe Muñoz Palomo, como presidente; Esteban Guzmán Lanzat, como vocal, y Modesto Perodia Cruz Conde, como secretario; a excepción de las sociedades siguientes: “Transportes Locales 2000, S.L.”, en la que además de los citados figuraba como vocal Juan Flores González; “Tropicana 2000, S.L.”, que estaba presidida por D. Antonio Sampietro Casarramona, si bien la secretaría continuaba siendo desempeñada por Modesto Perodia Cruz Conde, en tanto que Julián Felipe Muñoz Palomo figuraba como vocal; y la sociedad “Zuloil Suministros, S.L.”, cuyo Consejo de administración estaba integrado por D. José Marino Pomares (como presidente), D. Enrique José Gutiérrez Zulueta (como vocal) y D. Antonio Abril Cumpián (como secretario).

El 10 de enero de 2000, casi tres meses después de entregados los formularios, el acusado Julián Felipe Muñoz Palomo, como presidente de la mayoría de las sociedades municipales, dio cuenta a los consejos de administración de las sociedades citadas de la fiscalización que el Tribunal de Cuentas del Reino

estaba realizando y del nombramiento del letrado José María Del Nido Benavente para representarlas.

Fueron veintidós las sociedades municipales que reunieron su Consejo de administración ese día: "Actividades Deportivas 2000, S.L."; "Activos Locales, S.L."; "Banana Beach, S.L."; "Compras 2000, S.L."; "Contratas 2000, S.L."; "Control de Gestión Local, S.L."; "Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L."; "Control de Servicios Locales, S.L."; "Difusión y Comunicación 2000, S.L."; "Eventos 2000, S.L."; "Explotaciones Hoteleras del Club Marítimo de Marbella, S.A. (SPORCLUB, S.A.); "Jardines 2000, S.L."; "Nortia, S.L."; "Patrimonio Local, S.L."; "Plan Las Albarizas, S.L."; "Planeamiento 2000, S.L."; "Residuos Sólidos Urbanos, S.L."; "Sanidad y Consumo 2000, S.L."; "Suelo Urbano 2000, S.L."; "Transportes Locales 2000, S.L."; "Tributos 2000, S.L."; "Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L."

Las sesiones tuvieron una duración media de unos veinte minutos, pues la jornada se inició a las dieciséis horas, con el Consejo de administración de la sociedad "Eventos 2000, S.L.", y finalizó cuando terminó la reunión del consejo se administración de la sociedad "Tributos 2000, S.L.", que había comenzado a las diecinueve treinta horas.

En todas las sesiones se fue repitiendo el siguiente texto, en el antecedente previo a los acuerdos: "Tras amplia deliberación, el Consejo de Administración adopta por unanimidad los siguientes acuerdos"; en el primero de los acuerdos: "Fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y de la Sociedad Mercantil (se especificaba el nombre de la sociedad que celebraba la sesión) participada por el Ayuntamiento, por el Tribunal de Cuentas.

El presidente da cuenta a este Consejo de Administración de la Fiscalización que el Tribunal de Cuentas del Reino viene realizando al Ayuntamiento de Marbella y a las sociedades vinculadas al mismo, entre las que se encuentra esta entidad mercantil, por ello se nombró al Letrado D. José María Del Nido Benavente, para que en nombre y representación de la entidad efectúe en nombre de la misma cuantos actos fueran necesarios ante el Tribunal de Cuentas del Reino en orden a defender los intereses de la Sociedad, asesorando legalmente y coordinando y dirigiendo cuantas actuaciones fueran necesarias, devengándose honorarios que en derecho correspondan.

Por todo ello, el Presidente solicita al Consejo de Administración se de por enterado del encargo hecho al Letrado D. José María Del Nido Benavente y, seguidamente, lo ratifique si así lo consideran oportuno los demás Consejeros.

A lo que el Consejo de Administración por unanimidad acuerda darse por enterado y ratificar el nombramiento y encargo efectuado al Letrado Don. José María Del Nido Benavente.”

En algunas de las citadas sociedades, concretamente, en “Compras 2000, S.L.”, “Contratas 2000, S.L.”, “Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.”, “Eventos 2000, S.L.”, “Jardines 2000, S.L.”, “Planeamiento 2000, S.L.”, “Residuos Sólidos Urbanos, S.L.”, “Tributos 2000, S.L.” y “Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L.”, se reseñaba un segundo acuerdo sobre una inspección de la agencia tributaria del que se trata en otro epígrafe de este relato.

Tal como se ha apuntado, no hay otra constancia documental del nombramiento de José María Del Nido Benavente para la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella que el que pudiera derivarse del Decreto de 22 de diciembre, que aprobaba la citada minuta 53/99, por lo que en las daciones de cuenta llevadas a cabo en los consejos de administración celebrados el 10 de enero de 2000 debería hacerse referencia a un nombramiento verbal.

Dada su falta de representación ante el Tribunal de Cuentas, de la existencia de los modelos referidos tuvo noticia el acusado José María Del Nido Benavente porque el también acusado Julián Felipe Muñoz Palomo le reenviaba las copias a su despacho en Sevilla. No hay otra constancia de que éste interviniera en su cumplimentación que esta circunstancia y los testimonios de coacusados.

De hecho, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencias dictadas en apelación, ha considerado que no estaba justificada la intervención de José María Del Nido Benavente en la cumplimentación de tales formularios. Pese a ello, pasados siete meses de la entrega de los formularios, José María Del Nido Benavente libró al Ayuntamientoveintiuna facturas idénticas en cuanto a su importe y texto, sin otra variación entre ellas que la del nombre de la sociedad a la que iban dirigidas, en las que se atribuía labores de supervisión, examen y colaboración, en la cumplimentación de los formularios.

Se trataba de las siguientes minutas: Del 6 de abril de 2000: - Minuta 40/00, presentada a “Plan Las Albarizas, S.L.”; - Minuta 41/00, presentada a “Nortia, S.L.”; - Minuta 43/00, presentada a “Jardines 2000, S.L.”; - Minuta 44/00, presentada a “Eventos 2000, S.L.”; - Minuta 45/00, presentada a “Residuos Sólidos Urbanos, S.L.”; - Minuta 47/00, presentada a “Sanidad y Consumo, S.L.”; - Minuta 51/00, presentada a “Suelo Urbano 2000, S.L.” Del 2 de mayo de 2000: - Minuta 59/00, presentada a “Actividades Deportivas 2000, S.L.” Del 3 de mayo de 2000: - Minuta 62/00, presentada a “Activos Locales 2000, S.L.”; - Minuta 63/00,

presentada a Banana Beach, S.L." Del 4 de mayo de 2000: - Minuta 66/00, presentada a "Compras 2000, S.L."; - Minuta 67/00, presentada a "Contratas 2000, S.L."

Del 8 de mayo de 2000: - Minuta 72/00, presentada a "Control de Servicios Locales, S.L."; - Minuta 75/00, presentada también a nombre de Control de Servicios Locales, S.L.", pero durante la instrucción de las diligencias previas origen de este procedimiento ya se aclaró que una de ellas correspondía a la sociedad liquidada "Control de Gestión Local, S.L."; - Minuta 79/00, presentada a "Turismo Ayuntamiento Marbella, 2000, S.L."; - Minuta 80/00, presentada a "Tropicana 2000, S.L."; - Minuta 81/00, presentada a "Tributos 2000, S.L."; - Minuta 82/00 presentada a "Transportes Locales 2000, S.L."; - Minuta 86/00, presentada a Control Limpieza Abastos y Suministros 2000, S.L."; - Minuta 90/00, presentada a "Patrimonio Local, S.L."; importe y texto, sin otra variación entre ellas que la del nombre de la sociedad a la que iban dirigidas, en las que se atribuía labores de supervisión, examen y colaboración, en la cumplimentación de los formularios.

Se trataba de las siguientes minutas: Del 6 de abril de 2000: - Minuta 40/00, presentada a "Plan Las Albarizas, S.L." ; - Minuta 41/00, presentada a "Nortia, S.L."; - Minuta 43/00, presentada a "Jardines 2000, S.L."; - Minuta 44/00, presentada a "Eventos 2000, S.L."; - Minuta 45/00, presentada a "Residuos Sólidos Urbanos, S.L."; - Minuta 47/00, presentada a Sanidad y Consumo, S.L."; - Minuta 51/00, presentada a "Suelo Urbano 2000, S.L." Del 2 de mayo de 2000: - Minuta 59/00, presentada a "Actividades Deportivas 2000, S.L."

Del 3 de mayo de 2000: - Minuta 62/00, presentada a "Activos Locales 2000, S.L."; - Minuta 63/00, presentada a "Banana Beach, S.L." Del 4 de mayo de 2000: - Minuta 66/00, presentada a "Compras 2000, S.L."; - Minuta 67/00, presentada a "Contratas 2000, S.L."

Del 8 de mayo de 2000: - Minuta 72/00, presentada a Control de Servicios Locales, S.L."; - Minuta 75/00, presentada también a nombre de "Control de Servicios Locales, S.L.", pero durante la instrucción de las diligencias previas origen de este procedimiento ya se aclaró que una de ellas correspondía a la sociedad liquidada "Control de Gestión Local, S.L."; - Minuta 79/00, presentada a "Turismo Ayuntamiento Marbella, 2000, S.L."; - Minuta 80/00, presentada a "Tropicana 2000, S.L."; - Minuta 81/00, presentada a "Tributos 2000, S.L."; - Minuta 82/00 presentada a "Transportes Locales 2000, S.L."; - Minuta 86/00, presentada a "Control Limpieza Abastos y Suministros 2000, S.L."; - Minuta

90/00, presentada a “Patrimonio Local, S.L.”;- Minuta 92/00, presentada a “Planeamiento 2000, S.L.”

Las veintiún facturas estaban emitidas por idéntico importe, 3.485,87 €, aun cuando el trabajo que conllevó la cumplimentación de los citados formularios tendría que haber sido muy distinto, baste recordar que algunas de las sociedades carecían de actividad.

En todas las minutas reseñadas se repetía el mismo texto: “por toda mi intervención profesional seguida a instancias de la cliente del epígrafe, en la supervisión, examen y colaboración en la redacción de documentos que se dirán y referidos a los años que se indicarán, con evacuación de innumerables consultas y examen de innumerables documentos, incluyendo 8 traslados a Marbella a tal fin para todos las Sociedades Municipales de la Corporación, para la cumplimentación y elaboración del modelo SMM1 para el Tribunal de Cuentas.”

Al margen del error aclarado de librar las minutas 72/00 y 75/00 a la misma sociedad “Control de Servicios Locales, S.L”, ha de ponerse de relieve que se libró una minuta a “Tropicana 2000, S.L.”, que no se encontraba entre las veintidós sociedades que celebraron Consejo de administración el día 10 de enero de 2000; en tanto que, por el contrario, no se libraron minutas por la cumplimentación de los cuestionarios de las sociedades “Andalucía Hotel, S.A.”, “Difusión y Comunicación 2000, S.L”, “Explotaciones Hoteleras del Club Marítimo de Marbella, S.A. (SPORCLUB, S.A)” y “Zuloil Suministros, S.L.”, que sí fueron cumplimentados y entregados el día 13 de octubre de 1999.

Fueron los acusados Julián Felipe Muñoz Palomo y Modesto Perodia Cruz-Conde, quienes, como presidente y secretario, respectivamente, de la sociedad “Control de Servicios Locales, S.L.”, autorizaron el pago de la mayoría de las minutas, mediante la firma en talones o en transferencias con cargo a la cuenta nº 0004 3070 00 0601485393, que la sociedad tenía en el Banco de Andalucía, sucursal Avda Ricardo Soriano, 23 de Marbella. El pago de las reseñadas minutas, que alcanzó un importe total de 73.203,27 €, provocó la exigencia de responsabilidad contable.

Los procedimientos de reintegro por alcance incoados al efecto terminaron con sentencia desestimatoria en primera instancia; pero, en apelación, la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas está estimando los recursos interpuestos por el Ministerio fiscal y el Ayuntamiento de Marbella y dictando sentencias en las que se revocan los pronunciamientos de instancia, en relación a los pagos de las minutas giradas por José María Del Nido

Benavente por su supuesta colaboración en la cumplimentación de los cuestionarios modelos SMM1 y declarando la existencia de alcance.

Así, la sentencia nº 16/2010, de fecha 8 de septiembre, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A19/07, referido a la sociedad municipal “Suelo Urbano 2000, S.L.”, declaraba la existencia de alcance como consecuencia del pago de la minuta nº 51/00, por importe de 3.458,87 €.

La sentencia nº 17/2010, también de 8 de septiembre, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A18/07, en relación a la sociedad municipal “Jardines 2000, S.L.”, declaraba la existencia de alcance generador de responsabilidad contable como consecuencia del pago de la Minuta nº 43/00, por importe de 3.458,87 €. La sentencia nº 18/2010, de fecha 8 de septiembre, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A14/07, referido a la sociedad municipal “Control de Servicios Locales, S.L.”, declaraba la existencia de alcance generador de responsabilidad contable como consecuencia del pago, entre otros, de dos minutas, cada una de ellas con un importe de 3.458,87 €, es decir, por un importe total de 6.917,74 €.

Se trata de las minutas nº 72 y 75 del año 2000 atribuidas ambas a la citada sociedad aun cuando una de ellas correspondía a la sociedad municipal “Control de Gestión Local, S.L.”. La sentencia nº 19/2010, de fecha 5 de octubre de 2010, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 55/07), en relación al pago de las minutas correspondientes a las sociedades municipales siguientes: “Activos Locales, S.L.”, (minuta nº 62/00); “Banana Beach, S.L.”, (minuta nº 63/00); “Nortia, S.L.”, (minuta nº 41/00); “Patrimonio Local, S.L.”, (minuta nº 90/00); “Tropicana 2000, S.L.”, (minuta nº 80/00); “Actividades Deportivas 2000, S.L.”, (minuta nº 59/00); “Plan Las albarizas, S.L.”, (minuta nº 40/00); “Sanidad y Consumo, S.L.” (minuta nº 47/00) y “Tributos 2000, S.L.” (minuta nº 81/00).

Por ultimo, la sentencia nº 21/2010, de 18 de noviembre, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A15/07, referida a la sociedad municipal “Contratas 2000, S.L.”, declaraba la existencia de alcance generador de responsabilidad contable como consecuencia del pago de la minuta nº 67/00, por importe, como en los anteriores casos, de 3.458,87 €.

En todas las sentencias de apelación referidas se declaraban responsables contables directos a los miembros del Consejo de administración de la sociedad que deberán reintegrar el importe y satisfacer los correspondientes intereses, a contar desde el momento en que se pagó cada una de dichas minutas.

+ Pagos de las sociedades municipales por la fiscalización: Por otra parte, y aunque tampoco hay constancia de que colaborara en forma alguna con los trabajos que venía realizando el equipo de fiscalización desplazado a Marbella, José María Del Nido Benavente libró al Ayuntamiento dieciséis minutas idénticas en cuanto al texto del concepto por el que se minutaba, pues en todas ellas se podía leer: “Por entrega a cuenta de mis honorarios profesionales en la fiscalización de la cliente, acordada por el Tribunal de Cuentas en el Pleno de 28 de Abril del pasado año.

Examen de la comunicación del Tribunal; reunión con representantes de la cliente a fin de analizar el contenido de la comunicación; ídem. con los responsables del departamento de contabilidad de la cliente, a fin de tomar conocimiento del estado de la Sociedad desde el punto de vista contable, fiscal y jurídico; examen de la documentación que se me exhibe; diversos escritos al Tribunal de Cuentas oponiéndose la cliente a la fiscalización pretendida; nuevos y varios traslados a la localidad de Marbella para mantener reuniones con los miembros del Tribunal de Cuentas acerca de la fiscalización, con exposición en algunos casos de argumentos jurídicos contrarios a la pretensión planteada y entrega en otros de la documentación requerida; evacuación de innumerables consultas, verbales y por escrito, en relación a dicha fiscalización y varias reuniones previas en Marbella con los representantes de la sociedad y los Contables de la misma, para el examen de la documentación a entregar seguidamente a los miembros del Órgano Fiscalizador.

Por entrega a cuenta de los trabajos realizados y a realizar, a liquidar su importe cuando finalicen las labores fiscalización xxx Ptas.” El texto citado se repetía en las siguientes minutas:

Del 10 de marzo de 2000: - Minuta 22/00, presentada a la sociedad municipal Control de Servicios Locales, S.L.”, por entrega a cuenta de honorarios devengados en la fiscalización de la sociedad “Andalucía Hotel, S.A.”, con un importe total de 8.564,42 € y abonada el 30 de marzo de 2000. - Minuta 23/00, presentada a la sociedad municipal “Actividades Deportivas 2000, S.L.”, con un importe total de 5.228,81 € y abonada el 30 de marzo de 2000 . - Minuta 24/00, presentada a la sociedad municipal “Sanidad y Consumo, S.L.”, con un importe total de 5.228,81 € y abonada el 30 de marzo de 2000. - Minuta 25/00, presentada a la sociedad municipal “Control Limpieza Abastos y Suministros 2000, S.L.”, con un importe total de 8.714,68 € y abonada el 30 de marzo de 2000 . - Minuta 26/00,

presentada a la sociedad municipal “Difusión y Comunicación 2000, S.L.”, con un importe total de 8.714,68 € y abonada el 30 de marzo de 2000 .

- Minuta 27/00, presentada a la sociedad municipal “Eventos 2000, S.L.”, con un importe total de 8.714,68 € y abonada el 30 de marzo de 2000. - Minuta 28/00, presentada a “Jardines 2000, S.L”, con un importe total de 8.714,68 € y abonada el 30 de marzo de 2000 . - Minuta 29/00, presentada a la sociedad municipal “Transportes Locales 2000, S.L.”, con un importe total de 8.714,68 € y abonada el 30 de marzo de 2000.

Del 13 de marzo de 2000: - Minuta 30/00, presentada a la sociedad municipal Explotaciones Hoteleras Club Marítimo Marbella, S.A.” , con un importe total de 17.777,86 € y abonada el 30 de marzo de 2000 . - Minuta 31/00, presentada a la sociedad municipal “Residuos Sólidos Urbanos, S.L.”, con un importe total de 17.429,35 € y abonada el 30 de marzo de 2000.

Del 2 de mayo de 2000: - Minuta 58/00, presentada a la sociedad municipal “Control de Servicios Locales, S.L.”, con un importe total de 12.200,54 €; abonados por el mismo procedimiento que las anteriores el día 12 de junio de 2000. - Minuta 60/00, presentada a “Activos Locales, S.L.”, con un importe total de 6.971,74 € y abonada el día 26 de junio de 2000. , - Minuta 61/00, presentada a Banana Beach, S.L.”, con un importe total de 6.971,74 € y abonada el día 31 de julio de 2000. - Minuta 64/00, presentada a “Nortia, S.L.”, con un importe total de 3.485,87€. - Minuta 65/00, presentada a “Patrimonio Local, S.L.”, con un importe total de 6.971,74 € y abonada el 29 de junio de 2000. Del 4 de mayo de 2000: - Minuta 68/00, presentada a “Tropicana 2000, S.L.”, con un importe total de 6.971,74 € y abonada el 31 de julio de 2000.

Del 8 de mayo de 2000: - Minuta 70/00, presentada a la sociedad municipal “Tributos 2000, S.L.”, por un importe total de 17.429,35 €, que, mediante transferencia bancaria realizada a su c/ nº 0000150666, le fueron abonados, con la correspondiente retención, por Rafael González Carrasco, como autorizado en la cuenta que la sociedad “Tributos 2000, S.L.” tenía abierta en la oficina principal del Banco de Andalucía en Marbella con el nº 0004-3070- 03-0601291098. - Minuta 71/00, presentada a la sociedad municipal “Turismo Ayuntamiento Marbella, 2000, S.L.”, por un importe de 12.200,54 €, que le fue abonado, con la correspondiente retención, mediante el cobro del talón firmado el 12 de julio de 2000 por el acusado Modesto Perodia Cruz-Conde, como autorizado en la cuenta de la sociedad “Turismo Ayuntamiento Marbella, 2000, S.L.” nº 0004-

3070-05-0601349576 abierta en la sucursal del Banco de Andalucía, sita en la avenida Ricardo Soriano nº 23 de Marbella.

El 30 de marzo de 2000 fueron abonadas, con la correspondiente retención, las diez minutas libradas el 10 de marzo mediante el cobro de los talones firmados por el acusado Modesto Perodia Cruz-Conde como autorizado en la ya citada cuenta de la sociedad “Control de Servicios Locales, S.L.” nº 0004-3070-00-0601485393 abierta en la sucursal del Banco de Andalucía en la avenida Ricardo Soriano nº 23 de Marbella. Lo inició el contable Antonio Calleja Rodríguez mediante la remisión por fax, el día 17 de marzo de 2000, al acusado Modesto Perodia Cruz-Conde, como secretario de “Control de Servicios Locales, S.L.”, de una relación de las mismas, con objeto de que, en su cualidad de secretario de la sociedad, solicitara de la Delegación de Hacienda fondos para el pago de las minutas, lo que efectuó el citado remitiendo la lista recibida al concejal de Hacienda D. Antonio Luque Pancorbo, mediante fax el día 24 de marzo de 2000.

El mismo día el meritado concejal receptor del fax dictó un Decreto aprobando el gasto en la misma fecha sin previa intervención del gasto y sin el más mínimo control económico o financiero de los componentes del Consejo de Administración de la sociedad pagadora. En algunas de las anteriores facturas la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas ya ha estimado la existencia de reintegro por alcance.

- Ampliación del objeto social de “Control de Servicios Locales, S.L.”: Los pagos referidos se habían canalizado por mediación de la sociedad “Control de Servicios Locales, S.L.” antes incluso de que ésta ampliara su objeto social, para incluir en él la prestación de servicios de asesoramiento jurídico, fiscal, contable y laboral a las sociedades municipales participadas directa o indirectamente por el M.I. Ayuntamiento de Marbella; lo que se llevó a efecto en la Junta General Extraordinaria y Universal de la sociedad referida celebrada el día 31 de marzo de 2000. Ese día fue una jornada de intensa actividad municipal, pues hubo una reunión del pleno municipal, previa a la Junta General Extraordinaria y Universal de la sociedad citada en la que se adoptó el acuerdo referido, y también hubo sesión de la Comisión de gobierno.

El día 1 de abril, un día después de la ampliación de su objeto social, la sociedad “Control de Servicios Locales, S.L.” contrató los servicios de la Letrada, D^a. Laura Sánchez Díaz, una de las más destacadas colaboradoras del despacho en Sevilla del acusado José María Del Nido Benavente. La sociedad “Control de Servicios Locales, S.L.”, con domicilio social en Marbella, Avenida Ricardo

Soriano nº 63, de tan destacado protagonismo en los pagos de las minutas objeto de este enjuiciamiento, había sido constituida el día 10 de octubre de 1994, mediante escritura otorgada ante la notaria de Marbella D^a. Amelia Berguillos Moratón, bajo el nº 2995 de su protocolo y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Málaga al tomo 1606 del Archivo, Libro 519 de la Sección de Sociedades General, Folio 181, hoja nº MA-18752.

Estaba adaptada a la nueva legislación sobre sociedades de responsabilidad limitada mediante escritura otorgada ante la misma notaria el día 28 de octubre de 1997, inscrita en el Registro Mercantil de Málaga al tomo 1606 del Archivo, Libro 519 de la Sección de Sociedades General, Folio 186, hoja nº MA-18752, sección 8, inscripción 2^a. Su Consejo de Administración estaba constituido por el acusado Julián Felipe Muñoz Palomo, como presidente; el acusado Modesto Perodia Cruz-Conde, como secretario; y por el acusado Estaban Guzmán Lanzat, como vocal. A ellos se confirió poder especial para actuar en nombre y representación de la sociedad solidariamente con amplias facultades para hacer toda clase de liquidaciones, cobros y pagos.

En la sociedad no existía la figura de gerente por lo que los vocales del Consejo de administración actuaban como consejeros delegados, sin que haya constancia de que exista documento alguno en el que se acuerde la delegación de funciones por el Consejo de Administración en relación a los hechos aquí enjuiciados.

- Pago por gerentes: Ya se dejó constancia, al hablar del pago de las minutas libradas por la cumplimentación de los formularios SMM-1, de que la mayoría de ellas fueron abonadas mediante firma de talones o transferencias bancarias autorizadas por los acusados Julián Felipe Muñoz Palomo y Modesto Perodia Cruz-Conde, como presidente y secretario, respectivamente, del Consejo de administración de la sociedad municipal “Control de Servicios Locales S.L.”; pero hubo cuatro minutas, en concreto, las minutas 59/00, 82/00, 47/00 y 81/00, libradas por el mismo concepto y la misma cuantía de 3.485,87€ cada una, cuyo pago se llevó a efecto por los gerentes de las sociedades a las que se libraban, esto es, por los acusados, Pedro Tomás Reñones Greco, Juan Flores González, María Luisa Alcalá Duarte y Rafael González Carrasco, en respectiva referencia a las sociedades municipales “Actividades Deportivas 2000, S.L.”, “Transportes Locales 2000, S.L.”, Sanidad y Consumo, S.L.” y “Tributos 2000, S.L.”; cuyos Consejos de Administración tenían la misma composición que “Control de Servicios Locales, S.L.”

Los tres primeros efectuaron los pagos mediante la firma de talones contra la cuenta de la respectiva sociedad abierta en el Banco de Andalucía. Rafael González Carrasco efectuó el pago de la minuta librada a la sociedad “Tributos 2000, S.L.” ordenando una transferencia bancaria con cargo a la cuenta bancaria de la sociedad en el mismo banco.

Idéntico método utilizó el referido para pagar otra de las minutas reseñadas entre las abonadas en relación a la fiscalización, la minuta 70/00 pues también fue abonada con cargo a la cuenta que la sociedad “Tributos 2000, S.L.” tenía abierta en la oficina principal del Banco de Andalucía en Marbella con el nº 0004- 3070-03-0601291098. Los citados acusados efectuaron los pagos relacionados de acuerdo con las amplias facultades que los Consejos de Administración respectivos les habían conferido al nombrarles gerentes de la sociedad, pero ninguno de ellos tuvo contacto alguno con el librador de las minutas y se limitaron a cumplir con lo dispuesto en el Decreto en el que se ordenaba el pago con la simple reseña de la minuta a la que hacía referencia.

En cada caso se les remitía junto al Decreto el documento contable ADOP firmado por los tres claveros y el cheque con el importe que debían satisfacer. Ninguno de ellos eran conscientes de la posible improcedencia de los cobros pretendidos, ni de la naturaleza del nombramiento de José María Del Nido Benavente.

En conclusión, el importe total de las minutas giradas a las sociedades municipales participadas en el concepto de entrega a cuenta de honorarios en la fiscalización alcanzó un importe total de 171.156,17 €. + Anteproyecto de Informe de Fiscalización: El 27 de julio del 2000 fue remitido al Ayuntamiento el anteproyecto de Informe resultante de la previa actuación fiscalizadora realizada, a fin de cumplimentar el trámite previsto en el artículo 44 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y posibilitar que la corporación municipal, como entidad fiscalizada, pudiera realizar alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estimase pertinentes en el plazo de treinta días.

El envío del anteproyecto dio motivo a José María Del Nido Benavente para insistir en su pretensión de que se le reconociera por el Tribunal de Cuentas como representante del Ayuntamiento de Marbella y, en nombre de la corporación, dirigió al tribunal una solicitud de prórroga del plazo concedido para formular las alegaciones.

De nuevo su pretendida mediación fue rechazada de forma tajante por el Consejero de la Sección de Fiscalización del Departamento de Corporaciones

Locales de dicho Tribunal, en escrito de fecha 24 de agosto de 2000, con una exposición harto esclarecedora de la argumentación de su decisión: Se decía en el oficio que el Tribunal de Cuentas era un órgano constitucional regulado en el artículo 136 de la Constitución Española, que lo define como el supremo órgano fiscalizador con independencia de su propia jurisdicción de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público y que la función fiscalizadora debía entenderse como aquella potestad encaminada a verificar si los recursos de las entidades públicas han sido gestionados por los responsables de las mismas conforme a los principios de legalidad, eficiencia y economía, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Esta configuración, se decía, otorga una especial naturaleza jurídica a los actos emanados del Tribunal en el ejercicio de su función fiscalizadora, que queda fuera del ámbito de la legislación reguladora del procedimiento administrativo, como ha señalado la Resolución del pleno del Tribunal de Cuentas de 17 de agosto de 1999, confirmada por el Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2000.

En consecuencia, en un procedimiento fiscalizador no puede admitirse la representación regulada en el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni la personación prevista en los artículos 55 y siguientes de la Ley de Funcionamiento del Tribunal, exclusivamente, para los procedimientos jurisdiccionales de exigencia de responsabilidad contable ante este Tribunal.

Se hacía hincapié en que el artículo 44 de la precitada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas disponía que las actuaciones practicadas por el Tribunal de Cuentas se habrían de poner de manifiesto a la Entidad fiscalizada a través de sus legítimos representantes, representación que en el presente supuesto ostentaba el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Marbella (Málaga), de conformidad con el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y artículo 41 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

El 28 de agosto de 2000, cuando la petición fue ya encabezada por el alcalde, D. Jesús Gil y Gil, como se había sugerido por el Consejero, la prórroga solicitada fue concedida en oficio de 28 de agosto, por un plazo de treinta días acumulables al plazo inicial fijado.

El 2 de agosto de 2000, Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental, designó a José María Del Nido Benavente para coordinar las alegaciones; en el Decreto dictado con el nombramiento se decía: “Visto el anteproyecto para alegaciones emitido por el Tribunal de Cuentas en relación con la fiscalización de este ayuntamiento relativas al periodo 1991-1999, de fecha 27 de julio del presente y, recibido por registro general de entrada el 28 del mismo, con núm. 030569, al amparo de las atribuciones conferidas por artículo 21.1 de la ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local y el art. 4.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (ROF) de las corporaciones vigente (sic) requerir al letrado D. José María Del Nido Benavente para el estudio y coordinación con los distintos departamentos municipales, así como la defensa de los intereses de la corporación, efectuando al respecto las oportunas alegaciones al anteproyecto emitido por el Tribunal de Cuentas, presentando cuantos escritos fueren necesarios para ello y aportando cuantos documentos fuesen pertinentes, cumpliendo en definitiva el trámite previsto en la ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.”

El 10 agosto de 2000, José María Del Nido Benavente se sirvió de esta designación para librar la Minuta 114/00, por un importe de 348.599,59 € y el siguiente tener literal: “Por entrega a cuenta de honorarios profesionales en relación con la fiscalización de todas las sociedades municipales participadas por el Ayuntamiento de Marbella, llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas del Reino, de los años 1990 a 1999, y en especial, en relación con el anteproyecto para alegaciones remitido a la corporación municipal por sus sociedades municipales participadas, remitido por dicho organismo con fecha 27 de julio pasado...”

El 16 de agosto de 2000, el acusado Julián Felipe Muñoz Palomo abonó al también acusado José José María Del Nido Benavente la cantidad de 348.599,59 €, mediante cheque nominativo T/ AG 6206752-6, que firmó como apoderado de la cuenta de la sociedad “Control de Servicios Locales, S.L.” nº 0601485393 abierta en la sucursal del Banco de Andalucía de la avenida de Ricardo Soriano nº 23 de Marbella.

Destacar la inusitada rapidez con la que se sucedieron los acontecimientos relatados, digna de la coordinación más eficiente: Al Decreto de 2 de agosto de Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde presidente, le sucedió el día 10 el libramiento de la minuta cuyo pago se efectuó el día 16 de agosto por el mismo Julián Felipe Muñoz Palomo. Todo ocurrió antes de que el referido 28 de agosto se concediera la prórroga de treinta días para formular alegaciones.

El anteproyecto de informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas se estructura en las siguientes partes: 1 introducción- 1.1 objetivos, alcance y limitaciones de la fiscalización.- 1.2 características del municipio y organización del ayuntamiento- 1.3 marco legal- 2. control interno- 3. presupuestos- 4. cuenta general- 5. convenios urbanísticos 6. otros aspectos gestión económico-financiera 7. sociedades mercantiles participadas. 8. conclusiones y documentación adjunta. Los seis primeros apartados se referían al Ayuntamiento y su cumplimentación se la distribuyeron el interventor, el depositario y el secretario del Ayuntamiento, adjudicándose cada uno la parte que se correspondía con su competencia dentro del organigrama.

De lo que en definitiva se trataba, en el trámite de alegaciones al anteproyecto de informe de fiscalización, era de dar respuesta a las cuestiones que se planteaban por el Consejero ponente y nadie más adecuado para ello que quien día a día se encargaba directamente de la concreta gestión de la parcela de actividad a que se refería el apartado.

Los capítulos de control interno, presupuestos, cuenta general y gestión económico-financiera fueron contestados por el interventor; mientras que el depositario se responsabilizó de dar respuesta a los capítulos de recaudación, pagos y personal incluidos dentro del bloque sexto. Lo mismo cabe argumentar respecto al capítulo de las alegaciones relativo a los convenios urbanísticos, que fue elaborada por las letradas contratadas por la sociedad "Planeamientos 2000 S.L.", D^a. María Antonia Castañón y D^a. Salvadora Martín, pues era el trabajo diario de ambas en la sociedad citada el informar sobre convenios.

Con el mismo criterio, el 31 de julio de 2000, se reunió el concejal de Hacienda, D. Antonio Luque Pancorbo, en su despacho con Víctor Cohen Zerón y Antonio Calleja Rodríguez, que estaban contratados para llevar la contabilidad de diversas sociedades, y acordaron repartirse el cometido y formular cada uno de ellos las alegaciones referidas a las sociedades cuya contabilidad tenían confiada.

De esta forma Víctor Cohen Zerón se encargaría de dar respuesta a la parte del informe de fiscalización referido a las sociedades "Andalucía Hotel, S.A.", "Activos Locales, S.L.", "Banana Beach, S.L.", "Control de Servicios Locales, S.L.", "Patrimonio Local, S.L.", "Tributos 2000, S.L." y "Tropicana 2000, S.L."; en tanto que Antonio Calleja Rodríguez se encargaría de la contestación de epígrafes correspondientes a las sociedades "Actividades Deportivas 2000, S.L.", "Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.", "Difusión y Comunicación 2000, S.L.", "Eventos 2000, S.L.", "Residuos Sólidos Urbanos,

S.L.”, “Sanidad y Consumo 2000, S.L.”, Transportes Locales 2000, S.L.”, “Tropicana Marbella, S.L.”, “Turismo Ayuntamiento Marbella”, Turismo en Marbella, S.A.”, “Zuloil Suministros,S.L.”, “Club Atlético Marbella S.A.D.” y Explotaciones Hoteleras Club Marítimo de Marbella, S.A.”.

Con las aportaciones de cada uno de los citados se habría cumplido el trámite de dar explicaciones a las cuestiones propuestas en el informe, pues la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas prevé aún muchos trámites para subsanar las deficiencias que se apuntaran en el anteproyecto por parte de los que pudieran resultar responsables contables de ellas, antes de entrar en la fase propia de exigencias de esa responsabilidad, que, por otra parte, en ningún caso podría dirigirse contra la entidad fiscalizada.

Muestra de cuanto decimos es lo ocurrido en las Actuaciones Previas 23/2002 de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, relativas a “Planeamientos 2000 S.L.”, pues el Delegado Instructor, al advertir que no se había aportado documentación alguna, requirió por fax a la sociedad a fin de que acompañara la oportuna documentación para el acta de liquidación provisional señalada para el día 26 de junio de 2002.

Fue la letrada D^a. María Castañón Fernández, quien cumplimentó el encargo. Con objeto de llegar a tiempo, un Range-Rover cargado con la documentación viajó durante la noche de Marbella a Madrid, en tanto que ella se desplazaba en avión. La oportuna llegada de la documentación y singularmente su considerable volumen determinó que se hiciera necesario aplazar para otro día la celebración del acta de liquidación provisional del presunto alcance.

Como había ocurrido con algunas de las minutas libradas por la colaboración en la cumplimentación de los formularios SMM-1 y con las emitidas por las labores de fiscalización, también se advirtieron indicios de responsabilidad contable en el pago de la minuta 114/00 y fue, asimismo, en apelación cuando la Sala del Justicia del Tribunal de Cuentas, en la sentencia nº 18/2010, de fecha 8 de septiembre, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 14/07, referido a la sociedad municipal Control de Servicios Locales, S.L.”, declaró la existencia de alcance generador de responsabilidad contable como consecuencia de su pago, que ascendió a la cantidad de 348.599,59 € y declaró responsables contables directos del mismo a los miembros del Consejo de administración, que deberían reintegrar su importe y satisfacer los correspondientes intereses a contar desde el momento en que se efectuó el pago.

En la elaboración de las alegaciones participaron, como hemos dicho, además del secretario, el interventor y el depositario del Ayuntamiento, Antonio Calleja Rodríguez, D^a. Salvadora Martín y D^a. María Antonia Castañón. Ninguno de ellos solicitó una remuneración extra por su colaboración en tal cometido, sino que consideraron que era una obligación derivada de su trabajo y que su pago estaba incluido en el sueldo que mensualmente cobraban.

No fue ésta la valoración de la situación que hizo el acusado Víctor Cohen Zerón quien, desde el 1 de febrero de 1998, prestaba servicios en las sociedades municipales como contable, en virtud de un contrato que firmó en tal fecha con Modesto Perodia Cruz-Conde, como secretario de la sociedad “Control de Servicios Locales S.L.”, por el que percibiría la cantidad de quinientas mil pesetas mensuales más IVA, cantidad que se incrementó, al renovarse el contrato el día 7 de enero de 2000, hasta la suma de setecientas mil pesetas mensuales más IVA.

El contrato lo había concertado actuando como representante de la sociedad “Cohen Asociados Consultores, S.L.” y en él se obligaba a realizar servicios de asesoría y gestión en materias fiscal y contable, así como a evacuar consultas, dictámenes e informes.

- “Gesconce, S.L.”: No obstante la existencia del contrato referido y la colaboración que para el desempeño de sus cometidos podría hallar, Víctor Cohen Zerón, por propia iniciativa, a través de la mercantil “Gesconce, S.L.”, otra de las sociedades que controlaba como administrador único, para el cobro de su aportación a las alegaciones al anteproyecto de fiscalización, giró el 9 de octubre de 2000 las siguientes minutas: - Factura 02/00, presentada a a la sociedad “Andalucía Hotel, SA”, con un importe total de 38.344,58 €; - Factura 03/00, presentada a a la sociedad “Tributos 2000, S.L.”, con un importe total de 38.344,58 €; - Factura 04/00, presentada a a la sociedad “Control Servicios Locales, S.L.”, con un importe total de 24.401,09 €; - Factura 05/00, presentada a a la sociedad “Control de Gestión Local, S.L.”, con un importe total de 24.401,09 €; - Factura 06/00, presentada a a la sociedad “Activos Locales, S.L.”, con un importe total de 3.485,87 €; - Factura 07/00, presentada a a la sociedad “Patrimonio Local, S.L.”, con un importe total de 3.485,87 €; - Factura 08/00, presentada a a la sociedad “Tropicana 2000, S.L.”, con un importe total de 3.485,87 €; - Factura 09/00, presentada a a la sociedad “Banana Beach, S.L.”, con un importe total de 3.485,87 €.

Las facturas referidas a favor de la empresa del acusado Víctor Cohen Zerón, “Gesconce, S.L.”, sumaban la cantidad total de 139.434,82 €. El concepto de las minutas era el estudio y preparación de la documentación necesaria para la formulación de diversos epígrafes del escrito de alegaciones al anteproyecto de informe de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades municipales participadas correspondientes a los ejercicios 1994-1999.

Entre el 25 de octubre y el 10 de noviembre de 2000, dichas facturas fueron abonadas mediante ocho talones librados a favor de la mercantil “Gesconce, S.L.” contra la cuenta nº 061485393, que la mercantil “Control de Servicios Locales, S.L.” tenía abierta en la sucursal del Banco de Andalucía de la Avenida Ricardo Soriano nº 23 de Marbella. Modesto Perodia Cruz Conde, como secretario de la sociedad pagadora, firmó los talones relativos a las sociedades “Andalucía Hotel, S.A.”, “Tributos 2000, S.L.” y “Control de Gestión Local, S.L.”; en tanto que Julián Felipe Muñoz Palomo firmó los restantes talones, incluso el correspondiente a la sociedad “Tropicana 2000, S.L.”, que estaba presidida en aquellas fechas por D. Antonio Sampietro Casarramona.

La colaboración por la que se cobraron las referidas minutas quedaba reflejada en cuarenta y nueve folios, que fueron finalmente incorporados al texto de las alegaciones con escasas modificaciones. También se acompañaban fotocopias de justificantes, documentos y anexos ordenados en quince archivadores “AZ”. Como en las ocasiones anteriores, el pago se efectuó sin comprobar la existencia de expediente de contratación en el que se encargara tal colaboración y sin control previo alguno.

- Asesoría Económica None, S.L.”: Por último, hemos de hacer referencia a la iniciativa que adoptaron los acusados Alfredo Chica Vera y Manuel Vázquez Cuesta de constituir la sociedad “Asesoría Económica None, S.L.” el 31 de octubre de 2000, pues el acusado Juan Antonio Roca Nicolás libró a favor de dicha sociedad el cheque nº 0856873 21002231, fechado el 21 de febrero de 2001, contra la cuenta nº. 2100 2231 36 0200075529 de la sociedad “Planeamiento 2000, S.L. Era el gerente y la única persona autorizada para disponer de la referida cuenta, que había abierto en la sucursal de la entidad bancaria La Caixa, sita en la Urbanización El Capricho de Marbella.

No hay contrato que acredite la realización de trabajo alguno por parte de la sociedad “Asesoría Económica None, S.L.”, lo único que ha podido comprobarse tras minuciosa investigación es que la sociedad Planeamientos 2000, S.L.”, cuyo objeto social estaba referido a la ordenación urbana de Marbella y formalización de

convenios urbanísticos, había recibido fondos del Ayuntamiento, en virtud de Decreto de 3 de octubre de 2000, ascendentes a la cantidad de 12.500.000 pesetas, para atender obligaciones contraídas por dicha sociedad, materializado en un cheque por dicho importe firmado por los tres claveros y fechado el 4 de octubre de 2000, tal como aparece en el AZ de dicha sociedad.

En la página 23 del libro de contabilidad de la sociedad “Planeamientos 2000, S.L. correspondiente al año 2001 quedó anotado que el día 22 de febrero de 2001 se habían producido dos ingresos procedentes del Ayuntamiento de Marbella en concepto de subvenciones, por importes respectivos de 12.500.000 pesetas y 5.620.182 pesetas.

El 26 de febrero de 2001 se efectuó el pago de 13.340.000 pesetas (80.175,01 €) a la sociedad “Asesoría Económica None, S.L.”, que ya había presentado la factura por el citado importe el 12 de enero de 2001, según aparece en la referida contabilidad. El extracto de la cuenta corriente de la Caixa referida, que aparece al folio 53.641 vuelto del tomo 116, nos lleva a la conclusión de que el pago analizado pudo realizarse merced al ingreso el día 22 de febrero de 2001 de fondos por cajero automático del cheque de 12.500.000 de 4 de octubre de 2000.

Pese a que el administrador de la sociedad “Asesoría Económica None, S.L. era el acusado Manuel Vázquez Cuesta, no fue él sino el acusado Alfredo Chica Vera el que recogió el cheque en la sede de la sociedad “Planeamientos 2000, S.L.” y lo ingresó, el día 26 de febrero de 2001, en la cuenta número 20980246310132002527 que a su nombre tenía en la Caja de Ahorros de El Monte.

Sobre los acuerdos que puedan haber mediado entre los tres protagonistas Juan Antonio Roca Nicolás, Manuel Vázquez Cuesta, Alfredo Chica Vera nada ha quedado acreditado, ni sobre la forma en que se distribuyó la cantidad referida, lo cierto es que el primero aparentaba estar al margen de la problemática derivada de la fiscalización y ha negado haber tenido relación alguna con los otros dos.

Manuel Vázquez Cuesta se atribuyó el mérito de haber recibido el encargo, extremo que, al igual que la realidad del trabajo, ha quedado sin acreditar. Pero es que aunque no hubiera sido así, la mecánica de proceder, sin haberse acreditado la necesidad del encargo y sin previo expediente de contratación, sería acreedora de idéntica valoración a los casos anteriores.

+ Proyecto de Informe de Fiscalización: Recibidas en el Tribunal de Cuentas las alegaciones, documentos y justificaciones pertinentes, el departamento formuló un proyecto de informe con el resultado de la fiscalización, que el

Consejero ponente envió tanto al Ministerio fiscal como al servicio jurídico del Estado en el Tribunal, para que formularan las pretensiones que estimaran oportunas. Cumplimentado este trámite, el mismo texto y además las alegaciones y los dictámenes emitidos por el fiscal y por el abogado del Estado en el Tribunal de Cuentas se enviaron al resto de los Consejeros del Tribunal.

El proyecto de informe pasa a continuación a ser debatido en la Sección de Fiscalización antes de someterse su aprobación al pleno del Tribunal. Cuando, como sucede en el informe de fiscalización a que se refiere este enjuiciamiento, algún miembro del pleno hubiese motivado por escrito su oposición al informe de fiscalización, el contenido del voto particular que elaborará se incorporará al texto del informe que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales y a los Plenos de las Corporaciones Locales en los casos en que proceda.

Una vez que se ha aprobado el informe, el Presidente del Tribunal lo presentará a la Comisión Mixta Congreso Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas y posteriormente se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

+ Informe de Fiscalización: El 1 de febrero de 2001, el pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el informe de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y sus sociedades mercantiles participadas correspondiente a los ejercicios 1990 a 1999 y acordó su elevación a las Cortes Generales, para su tramitación parlamentaria, y al Pleno de la Corporación Local correspondiente.

El 6 de febrero de 2001, a pesar de que la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas no prevé nuevas alegaciones del ente fiscalizado al informe de fiscalización aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas, Julián Felipe Muñoz Palomo, en funciones de alcalde presidente, dictó Decreto por el que: “Visto el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y Sociedades Mercantiles participadas (ejercicios 1990 a 1999), aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas en sesión celebrada el día 1 de febrero de 2001, recibido por Registro General de Entrada el 5 del mismo, con núm. 005324”, al (genérico) amparo de las atribuciones conferidas por artículo 21.1 de la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local y el art. 4.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (ROF) de las corporaciones vigente”.

A continuación, requería a José María Del Nido Benavente, en su condición de letrado, para “el estudio y coordinación con los distintos Departamentos Municipales, así como la defensa de los intereses de la Corporación, efectuando al respecto las oportunas alegaciones al informe emitido

por el Tribunal de Cuentas, presentando cuantos escritos fueren necesarios para ello y aportando cuantos documentos fuesen pertinentes, cumpliendo en definitiva el trámite previsto en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”.

El 7 de febrero de 2001, José María Del Nido Benavente dirigió al Ayuntamiento de Marbella una carta que por su relevancia reproducimos: “En relación con la fiscalización de que ha sido objeto ese Ayuntamiento por parte del Tribunal de Cuentas, que comenzó por resolución del propio Tribunal adoptada en 28 de Abril de 1999, y de la que me he venido haciendo cargo por designación de esa Corporación Municipal desde el inicio, participando no sólo en las primeras reuniones mantenidas en la sede del propio Tribunal de Cuentas, sino también en cuantas se han tenido en las dependencias municipales con los Técnicos de esa Administración Local y otros expresamente contratados para este asunto, asistiendo a numerosas sesiones de fiscalización, departiendo con los miembros del Tribunal al efecto designados, evacuando centenares de consultas y coordinando a los distintos departamentos para la formulación de alegaciones (en escrito con cerca de 800 paginas, acompañando docenas de miles de documentos) al anteproyecto de informe del Tribunal, y posteriores nuevas alegaciones al proyecto de informe, les acompaño minuta de honorarios profesionales por entrega a cuenta por importe de 20.000.000 Ptas.

+ I.V.A. - retención. Como quiera que en el día de ayer se recepcionó en ese Ayuntamiento el definitivo informe del Tribunal de Cuentas, ante el que he sido designado para volver a coordinar los trabajos de todas las dependencias municipales para preparar la defensa de esa Corporación Municipal en la fase de enjuiciamiento que ahora se inicie, por entrega a cuenta de los definitivos honorarios que por toda mi intervención profesional al final remita a ese Ayuntamiento, habrán de entregarme además la cantidad mensual de 5.000.000 Ptas. - I.V.A. -retención.

Sobre la complejidad de los trabajos realizados, diversidad de los mismos y horas dedicadas, así como Abogados de este despacho que han participado en ello, parece innecesario en este momento hacer un pormenorizado balance, que sin duda mas adelante se evaluará.” Junto con ella José María Del Nido Benavente acompañó la Minuta proforma 2/01, en la que reclamaba el pago de 139.434,81 €. El 8 de Febrero de 2001, Julián Felipe Muñoz Palomo se apresuró a introducir en el orden del día de los asuntos a tratar el pago de la citada minuta en la Comisión de gobierno del día siguiente.

El 9 de febrero de 2001, en el acta de la sesión consta que se dio cuenta de la citada minuta a los miembros de la comisión para su aprobación en el punto 2.20, sin hacer referencia a que existiera informe alguno del interventor municipal al respecto; en tanto que en los apartados precedentes, 2.18 y 2.19, figuraban dos gastos que también fueron aprobados en la misma sesión, en los que constaba que existía informe favorable del interventor municipal.

Interesa hacer constar también que, pese a haber sido introducida la aprobación de la citada minuta con el carácter de urgente, el acuerdo adoptado no figuraba entre los cinco asuntos que con tal carácter se trataron en la citada sesión y que se reseñan en el apartado 18 del acta, con los números 18.1, 18.2, 18.3, 18.4 y 18.5.

Asimismo y con referencia a la misma sesión, en el apartado de dación de cuenta, bajo el número 5.4, aparecía en el acta que se había informado del Decreto referido de 6 de febrero de 2001, cuya literalidad se reprodujo, y que la Comisión de gobierno se había dado por enterada. Ciertamente es que en el acta extendida por el secretario municipal consta que la Comisión de gobierno, presidida por Julián Felipe Muñoz Palomo y constituida por los acusados Rafael González Carrasco, María Luisa Alcalá Duarte, José Luis Fernández Garrosa y Alberto García Muñoz había autorizado dicho gasto, pero nada de ello ha quedado acreditado como hecho probado.

El interventor municipal asistió a la sesión y ha mantenido en el plenario que, en su presencia, nada se sometió a deliberación respecto a la minuta citada y que se ausentó de la sesión, como solía hacer, una vez que se hubieron tratado todos los asuntos económicos. Por otra parte, ya hemos dejado constancia de que el pago de la minuta no se ubicó en el acta debidamente entre los asuntos urgentes, cuando debió hacerse así.

El 20 de febrero de 2001, el informe del interventor refuerza sus manifestaciones en la vista porque días después de la sesión descrita en el acta reparó la minuta referida (2/01), por considerarla excesiva, con el argumento de que fueron el secretario, el Sr. Tesorero, los Jefes de los distintos departamentos municipales y él mismo los que elaboraron las alegaciones y que el Sr. Del Nido se había limitado a una labor derefundición.

Aun cuando los reparos del interventor formulados con posterioridad carecen de eficacia, no hay constancia de que esta minuta fuera abonada.

+ Diligencias preliminares del Tribunal de Cuentas: El 5 de diciembre de 2000, el Ministerio fiscal, a quien se había dado traslado para alegaciones del

proyecto de resultado de la fiscalización, en el trámite a que se ha hecho referencia del artículo 4.3 de la Ley 7/88, advirtió la existencia de irregularidades que podrían constituir presuntas responsabilidades administrativas, contables y penales.

En la misma fecha, en escrito suscrito por la Abogacía del Estado, se detectaban hasta veinte actuaciones que podrían ser constitutivas de alcance. El 2 de marzo de 2001, el Consejero del Departamento de Corporaciones Locales de la Sección de Fiscalización remitió mediante oficio al Excmo. Sr. Presidente de la Sección de Enjuiciamiento, tanto el informe de fiscalización como los dictámenes emitidos por el Servicio Jurídico del Estado y por el Ministerio fiscal; además de la documentación soporte que constaba de 17.429 folios.

El 19 de marzo de 2001, se dictó providencia por la que se incoaban las Diligencias Preliminares B 23/01, del Ramo Corporaciones locales, referidas al Ayuntamiento de Marbella, a la par que también se acordaba dar traslado a las partes para que informaran sobre la procedencia de proponer el nombramiento de Delegado Instructor. El 23 de marzo de 2001, el Consejero de Cuentas del Departamento Primero a quien por turno correspondió el envío de la Sección de Enjuiciamiento dictó providencia en la que acordaba la apertura de las Diligencias Preliminares nº A 25/01 y que se diera traslado a las partes, a fin de que se pronunciaran sobre la procedencia de nombrar un Delegado Instructor.

Las Diligencias Preliminares constituyen una fase sumaria previa a la primera instancia de los Procedimientos de Reintegro por Alcance, cuyo contenido se limita a escuchar al Ministerio fiscal y a la Entidad Pública que pudiera resultar perjudicada por los hechos que se han puesto de manifiesto, para que se pronuncien sobre la oportunidad de nombrar Delegado Instructor o de archivar las actuaciones, tal como se deriva del artículo 46 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

En este trámite, no precisa asistencia letrada la Entidad Local que pudiera resultar perjudicada, pues el procedimiento no va dirigido contra ella y, caso de detectarse la existencia de responsabilidad contable, es ella la principal legitimada para reclamarla y ser, en consecuencia, la parte actora del procedimiento. Tras la audiencia referida, las Diligencias Preliminares concluyen con el dictado de un auto en el que el Consejero de Cuentas propone el nombramiento de Delegado Instructor o archiva las actuaciones.

El 4 de abril de 2001, a la vista de la primera providencia a cuyo contenido se hacía referencia, se dictó un Decreto por Julián Felipe Muñoz Palomo, en el que, con el formato habitual se encomendaba a José María Del Nido

Benavente la defensa del Ayuntamiento en las Diligencias Preliminares nº B 23/01. El 16 de abril de 2001, a la vista de la segunda providencia a cuyo contenido se hacía referencia, se dictó un Decreto por Julián Felipe Muñoz Palomo, como el anterior, en el sin mediar expediente ni intervención del pleno municipal se encomendaba a José María Del Nido Benavente la defensa del Ayuntamiento en las Diligencias Preliminares nº A 25 /01.

El 17 de abril de 2001, José María Del Nido Benavente se personó en las citadas diligencias, en nombre y representación del Ayuntamiento de Marbella. Mostraba en el escrito su disconformidad con que no hubieran sido citados los representantes de las sociedades mercantiles de la corporación, negaba la existencia de alcance, invocaba el principio de presunción de inocencia y proponía la prescripción de la responsabilidad contable, por lo que interesaba se decretara sin más trámite el archivo de las diligencias.

El 19 de abril de 2001, el Ministerio fiscal solicitó por su parte que, antes de pronunciar sobre la procedencia de nombramiento de Delegado Instructor, se desglosaran las Diligencias en tantas Diligencias Preliminares como supuestos de responsabilidad contable había enumerado en el punto B) del escrito que motivó la incoación de las Diligencias Preliminares. Se trataba de una enumeración de veinticuatro irregularidades contables detectadas. A tal petición se adhirió el Abogado del Estado, en escrito de fecha 24 de abril de 2001.

El 28 de mayo de 2001, mediante auto se archivaron las Diligencias Preliminares nº B 23/01, al estimar que las irregularidades a que hacían referencia habían provocado otras diligencias, con lo que la decisión se justificaba en la necesidad de evitar una duplicidad de procesos que carecía de sentido. El 5 de junio de 2001, por providencia el Consejero concedía audiencia a la representación del Ayuntamiento de Marbella para que se pronunciara sobre el desglose de diligencias interesado por las acusaciones, propuesta a la que José María Del Nido Benavente se opuso en escrito de 26 de junio de 2001.

El 4 de julio de 2001, el Consejero, por auto propuso a la presidencia de la Sección de Enjuiciamiento que se desglosaran las Diligencias Preliminares A 25/01 en las dieciséis Diligencias Preliminares que se reseñaban en el fundamento de derecho tercero, esto es, en una por cada uno de los entes dotados de personalidad jurídica que enumeraba. La relación estaba encabezada por el Ayuntamiento de Marbella, para continuar con "Eventos 2000, S.L.", "Tributos 2000. S.L.", Andalucía Hotel. S.A.", "Explotaciones Hoteleras del Club Marítimo

de Marbella, S.A.”, “Difusión y Comunicación 2000, S.L.”, “Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.”, Transportes Locales. S.L.”, “Sanidad y Consumo. S.L.”, “Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L.”, “Control de Servicios Locales. S.L.”, “Actividades Deportivas 2000. S.L.”

“Banana Beach. S.L.”, “Patrimonio Local. S.L.2”, “Tropicana Marbella. S.L.” y “Planeamiento 2000. S.L.” El 20 de septiembre de 2001, una vez practicados los desgloses, el Ministerio fiscal interesó en las Diligencias Preliminares A 25/01 que se propusiera a la Comisión de gobierno el nombramiento de Delegado Instructor. El 19 de octubre de 2001, el Consejero desestimó por auto la pretensión de archivo formulada por José María Del Nido Benavente al considerar que no era el trámite adecuado para pronunciarse sobre ello y accedió a proponer a la Comisión de gobierno el nombramiento de Delegado Instructor.

El 19 de noviembre de 2001, el letrado citado presentó escrito de recurso contra el auto referido y, con la misma fecha, presentó otro escrito en el que se oponía a la pretensión del Fiscal formulada en el escrito de 20 de septiembre de 2001, en orden a que se afianzara con urgencia el importe provisional del alcance. El 5 de diciembre de 2001, el recurso fue desestimado por auto al tratarse de una cuestión a resolver por el Delegado Instructor.

- Minuta 48/01: Por las Diligencias Preliminares referidas José María Del Nido Benavente presentó a la sociedad municipal “Control de Servicios Locales, S.L.” la Minuta 48/01, de la que existen tres ejemplares distintos. La defensa de José María Del Nido Benavente, al formular sus conclusiones definitivas, ha señalado a una de las dos que figuran fechadas el 20 de julio de 2001, como la efectivamente cobrada, y no la de fecha 2 de julio de 2001, que era la que se proponía como cobrada por la misma defensa en sus conclusiones provisionales.

La minuta fechada el 2 de julio era del siguiente tenor literal: “Honorarios profesionales devengados hasta el día de la fecha en las Diligs. Prelim. A 25/01 y B 23/01, seguidas en la Sección de Enjuiciamiento del TCu, Departs. 1º y 2º, según carta detalle de fecha 20 de julio, de orden contencioso, para la defensa institucional de las Sociedades Mercantiles Municipales objeto de expediente, y asesoramiento a las Sociedades Municipales de forma extrajudicial y en diversos contenciosos judiciales.” 46.400.000 pesetas/278.869'61€” Hay un segundo ejemplar fechado el 20 de julio que el Ayuntamiento aportó a petición de las defensas antes del inicio del juicio oral, en el que el concepto era por entrega a

cuenta de honorarios profesionales en las Diligencias Previas Preliminares A 25/01 y B 23/01, seguidas en la sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, Departamentos 1º y 2º, según carta detalle de fecha 20 de Julio, en la que se aludía a una cuantía, a efectos de honorarios profesionales, de miles de millones de pesetas.

Por último, el tercer ejemplar, fechado igualmente el día 20 de julio de 2001, que es la que el acusado considera como cobrada, en el escrito de conclusiones definitivas, dice: "Por entrega a cuenta de honorarios profesionales en las Dilig.Prel A 25/01 y B 23/01, seguidas en la Sección de Enjuiciamiento del TCu, Depts 1º y 2º, según carta de detalle de fecha 20 de Julio, de orden contencioso, para la defensa institucional de las sociedades Mercantiles Municipales objeto de expediente ".

El 20 de julio de 2001, José María Del Nido Benavente en la carta citada en las minutas, junto a una reseña de todo lo actuado en las Diligencias Preliminares A 25/01, interesaba que para el expediente referido y los 16 procedimientos contables que se iban a abrir en el Tribunal, a la vista del Auto de 4 de julio, se le proveyera de fondos de acuerdo con la minuta de honorarios profesionales que les acompañaba. En la misma misiva solicitaba que se dieran instrucciones para que con periodicidad mensual, mientras durara la sustanciación del procedimiento, le fuera abonada la cantidad que pidiera.

El 30 de julio de 2001 la Minuta 48/01 fue abonada mediante transferencia firmada por Julián Felipe Muñoz Palomo, en su calidad de apoderado de la cuenta de la sociedad "Control de Servicios Locales, S.L." nº 0601485393 abierta en la sucursal del Banco de Andalucía de la avenida de Ricardo Soriano nº 23 de Marbella, a la que tantas veces se ha hecho referencia. Sin tomar en consideración que el nombramiento procedía del Ayuntamiento, en cuya representación exclusiva actuaba, pues ya en el escrito de personación, en las Diligencias Preliminares B-23/01, se quejaba expresamente de que no habían sido citadas ninguna de las sociedades mercantiles participadas.

También en relación con esta minuta nº 48/01, en la primera versión reseñada, se advirtieron indicios de responsabilidad contable, que finalmente fue declarada en la sentencia nº 18/2010, dictada en apelación por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A 14/07, donde se declaró su pago constitutivo de alcance por importe de 278.869,61 €. - Minuta 50/01: El 2 de octubre de 2001, José María Del Nido Benavente presentó a la sociedad municipal "Control de Servicios Locales, S.L." la Minuta 50/01; con

un importe total a pagar de 76.689,14 € y cuyo concepto es del siguiente tenor literal:

“Por entrega a cuenta de honorarios profesionales relativo a los meses de julio, agosto y septiembre, como asesoramiento legal en incidencias extrajudiciales, contencioso-judiciales y actuaciones judiciales de todo orden por las sociedades que se dirán: "Eventos 2000, S.L.", "Difusión y Comunicación, 2000, S.L.", "Actividades Deportivas 2000, S.L.", "Sanidad y Consumo 2000, S.L.", "Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros S.L.", "Transportes Locales 2000, S.L.", "Explotación Hotelera Club Marítimo Marbella S.L.", "Banana Beach, S.L.", "Patrimonio Local, S.L.", "Turismo Ayuntamiento Marbella 2000, S.L.", "Tropicana Marbella, S.L.", "Tributos 2000, S.L.", "Andalucía Hotel, S.A.", "Control de Servicios Locales, S.L."

"Planeamiento 2000, S.L.", "Gerencia de Compras y Contratación Marbella, S.L.", "Contratas 2000, S.L.", "Suelo Urbano 2000, S.L.", "Jardines 2000, S.L.", "Compras 2000, S.L.", "Nortia, S.L.", "Plan las Albarizas, S.L.", "Residuos Sólidos Urbanos, S.L." y "Gerencia de Obras y Servicios Marbella, S.L." El 28 de diciembre de 2001, esta minuta fue abonada mediante transferencia ordenada por el acusada Modesto Perodia Cruz-Conde a cargo de la cuenta de "Control de Servicios Locales, S.L." en el Banco de Andalucía a la que se alude de forma constante.

- Minuta 03/02: El 29 de enero de 2002, José María Del Nido Benavente presentó a la sociedad municipal "Control de Servicios Locales, S.L." la Minuta 03/02; con un importe total a pagar de 76.689,14 € y cuyo concepto es del siguiente tenor literal: “Por entrega a cuenta de honorarios profesionales (mes de Octubre) en las Diligencias Preliminares A115/01, A117/01, A 104,01, A 107/01, A 108/01, A 109/01, A 110/01, A 111/01, A 112/01, A 114/01, A 116/01 y A 25/01 y B 23/01, seguidas en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, Departamentos 10 y 2º, según carta detalle de fecha 20 de Julio, de orden contencioso, para la defensa institucional de las Sociedades Mercantiles Municipales objeto de expediente, y en concreto: “Eventos 2000, S.L.”, “Difusión y Comunicación 2000, S.L.”, “Actividades Deportivas 2000. S.L.”, “Sanidad y Consumo. S.L.”, “Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.”, “Explotaciones Hoteleras del Club Marítimo de Marbella, S.A.”, “Banana Beach. S.L. Patrimonio Local. S.L.”, “Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L.” y “Tropicana Marbella. S.L.”.

En el mes de octubre a que se refiere la minuta se habían presentado todos los escritos de personación en las Diligencias Preliminares referidas fechados el 8 de octubre de 2001, de un contenido idéntico. Se trataba de escritos de diez folios en los que únicamente se cambiaban los datos del procedimiento y la denominación de la sociedad correspondiente, pidiendo en todos ellos el archivo.

+ Acuerdo de 3 de Julio de 2001: El 28 de junio de 2001, el interventor municipal dirigió informe a la alcaldía, en el que recordaba la obligatoriedad de elaborar expediente administrativo en aquellos supuestos en los que la previsión de honorarios a letrados superasen los dos millones de pesetas, al decir: “En relación con prestaciones de servicios por asistencia jurídica en contiendas judiciales llevadas a cabo por el Letrado Sr. Del Nido Benavente, se están dictando Decretos suscritos por V. S. o acuerdos de Comisión Municipal de Gobierno, en los que sin indicar importe previsto como coste del servicio, se ordena el pago de una cantidad determinada mensualmente, hasta tanto se resuelva la contienda judicial, o se disponga lo contrario.

Dado que esta prestación de servicio es consecuencia de una previa contratación, debe existir un expediente administrativo en aquellos supuestos en los que la previsión de honorarios supere los 2.000.000 de pesetas, conforme a establece el artículo 201 del R.D.L. 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En estos expedientes deberá existir un contrato administrativo formalizado en escritura pública, o en caso contrario en documento administrativo, del cual da fe el Sr. Secretario Municipal conforme dispone el artículo 113, Regla 6ª del R.D.L. 781/86, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Por ello esta Intervención considera que de conformidad con lo establecido en los artículo 14 de R.D.L. 2/2000 que dispone “Los contratos tendrán siempre un precio cierto y artículo 1273 del Código Civil que establece “La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”, en los contratos que para cada prestación de servicios se concierte con el Sr. Del Nido Benavente, o con cualquier otro, deberá establecerse la previsión del gasto total que originará su asistencia jurídica, y una vez presentadas las minutas que procedan por servicios efectivamente prestados, se acuerde el sistema de abonos a cuenta conforme autoriza el artículo 99 del R.D.L. 2/2000.

En las Sociedades serán sus responsables quienes deberán informar con idéntico rigor al que he manifestado en este escrito, la labor efectuada por el Sr. Letrado ". El 3 de julio de 2001, sin expediente que justifique su necesidad y garantice la concurrencia y publicidad obligadas, José María Del Nido Benavente y Julián Felipe Muñoz Palomo, en representación de la mercantil "Control de Servicios Locales, S.L.", concertaron entre ambos un contrato de arrendamiento de servicios, en el que el primero se comprometía a prestar sus servicios como Letrado, en actividades tanto judiciales como extrajudiciales, en defensa de las veinticuatro sociedades municipales participadas que reseñaba a cambio de unos honorarios mensuales de 8.000.000 de pesetas brutas, más el IVA correspondiente, siendo de cuenta de la sociedad municipal el pago de los gastos y suplidos necesarios para el desarrollo de su actividad profesional arrendada.

El contrato prescindía por completo de la toda la normativa administrativa vigente en materia de contratación por parte de las Administraciones Públicas. Entre las sociedades receptoras de sus servicios jurídicos se incluía a la sociedad municipal "Gerencia de Compras y Contratación Marbella S.L.", que ya tenía un contrato de arrendamiento de servicios de asesoría jurídica con el acusado, secretario de la sociedad y también letrado en ejercicio, Modesto Perodia Cruz-Conde, firmado el 21 marzo 2000, en el que se fijaban unos honorarios mensuales de 478.049 pesetas.

Tras la firma del contrato de 3 de julio de 2001, José María Del Nido Benavente presentó a la sociedad municipal "Control de Servicios Locales, SL las siguientes minutas: Del 28 de junio de 2002: - Minuta 44/02, con un importe total de 167.321,76 € y referida a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2001. - Minuta 45/02, con un importe total de 167.321,76 € y referida a los meses de julio, agosto y septiembre de 2001. Del 3 de septiembre de 2002: - Minuta 50/02, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de abril.

Del 16 de septiembre de 2002: - Minuta 64/02, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de mayo. Del 19 de septiembre de 2002: - Minuta 65/02, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de junio. Del 19 de noviembre de 2002: - Minuta 72/02, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de julio. - Minuta 73/02, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de agosto.

Del 20 de diciembre de 2002: - Minuta 96/02, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de septiembre. Del 17 de enero de 2003: - Minuta 10/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de noviembre. -

Minuta 11/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de diciembre. Del 20 de enero de 2003: - Minuta 14/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de octubre. Del 12 de febrero de 2003: - Minuta 17/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de enero.

Del 20 de marzo de 2003: - Minuta 21/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de febrero. Del 25 de abril de 2003: - Minuta 29/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de marzo. Del 20 de mayo de 2003: - Minuta 32/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de abril. Del 30 de junio de 2003: - Minuta 53/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de mayo. Del 21 de julio de 2003: - Minuta 57/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de junio.

Del 1 de septiembre de 2003: - Minuta 69/03, con un importe total de 55.773,93 € y referida al mes de julio. Las minutas anteriores a favor de José María Del Nido Benavente, derivadas todas ellas del contrato de 2 de julio de 2001, sumaban la cantidad total de 1.227.026,40 € y su abono aparece acreditado en el extracto de movimientos de la cuenta bancaria nº 0075 3070 060 14853 de la sociedad "Control de Servicios Locales, S.L." en el Banco Popular en Marbella.

El concepto común de las minutas (sólo cambiaba para los meses a los que se refería) era: "Control de Servicios Locales, S.L." por entrega a cuenta de honorarios profesionales relativo a los meses de , como asesoramiento legal en incidencias extrajudiciales, contencioso-judiciales y actuaciones judiciales de todo orden por las sociedades que se dirán: "Eventos 2000, S.L.", "Difusión y Comunicación, 2000, S.L", "Actividades Deportivas 2000, S.L", "Sanidad y Consumo 2000, S.L.", "Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros S.L.", "Transportes Locales 2000, S.L", "Explotación Hotelera Club Marítimo Marbella S.L ", "Banana Beach, S.L", "Patrimonio Local, S.L.", "Turismo Ayuntamiento Marbella 2000, S.L", "Tropicana Marbella, S.L", "Tributos 2000, Sentencia Nº 660/2011 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga. Caso Minutas. S.L.", "Andalucía Hotel, S.A.", "Control de Servicios Locales, S.L." "Planeamiento 2000, S.L", "Gerencia de Compras y Contratación Marbella, S.L.", "Contratas 2000, S.L.", "Suelo Urbano 2000, S.L ", "Jardines 2000, S.L.", "Compras 2000, S.L.", "Nortia, S.L. ", "Plan las Albarizas, S.L. ", "Residuos Sólidos Urbanos, S.L." y "Gerencia de Obras y Servicios Marbella, S.L."

- Simulacro de concurso: Tras la firma del contrato de 3 de julio de 2001 y después del cobro de la controvertida Minuta 48/01, José María Del Nido Benavente remitió vía fax, entre los días 13 y 16 de agosto de 2001, a tres bufetes

de abogados de ámbito nacional (en concreto los despachos de Cuatre-Casas, de Garrigues&Andersen y de D. Antonio Muñoz Perea) comunicaciones en las que solicitaba que le informaran en el plazo de 48 horas sobre la disposición de su despacho para hacerse cargo de la defensa del Ayuntamiento de Marbella y de las sociedades municipales en los dieciséis procedimientos iniciados en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, con elaboración de un presupuesto en el que se indicara la cuantía de la provisión de fondos y la forma de pago del resto de los honorarios.

Dos de los despachos interpelados dieron cumplida respuesta a la propuesta, pero ninguno obtuvo contestación en la que se le informara del resultado del peculiar procedimiento negociado improvisado.

+ Actuaciones Previas ante el Tribunal de Cuentas: El 24 de enero de 2002, se acordó por la Comisión competente del Tribunal de Cuentas el nombramiento de Delegado Instructor, con lo cual se incoaron las Actuaciones Previas Nº 11/2002. En la misma reunión se acordó el nombramiento de delegados instructores en otras Diligencias Preliminares desglosadas y se incoaron, en consecuencia, las pertinentes Actuaciones Previas.

Los escritos de personación, oposición al nombramiento de Delegados Instructores y solicitud de archivo, por parte de José María Del Nido Benavente, se repitieron en todas las Diligencias Preliminares incoadas con el mismo infructuoso fin; con lo que su actuación procesal se redujo a solicitar el archivo de los expediente respectivos.

En esta fase ya se vislumbraba un conflicto de intereses entre, de una parte, el Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades municipales y, de la otra, los posibles responsables contables.

Pese a ello, José María Del Nido Benavente estuvo personado en nombre y representación del Ayuntamiento de Marbella y de las sociedades municipales participadas, mientras letradas incorporadas a su bufete cuasifamiliar de Sevilla estaban personadas en representación de presuntos responsables contables.

Juntos comparecieron en las distintas liquidaciones provisionales que se practicaron en cada una de las Actuaciones Previas y coincidieron en sus planteamientos tendentes a minimizar la exigencia de responsabilidades contables.

La conexión entre ambas defensas, la del Ayuntamiento y la de los presuntos responsables contables, llegó al extremo de encargarse José María Del Nido Benavente de entregar la escritura de afianzamiento de las responsabilidades civiles de los presuntos responsables contables mediante una operación que tuvo

eficacia extensiva a todas las piezas separadas de Medidas Cautelares que los Delegados Instructores incoaron en las distintas Actuaciones Previas, a medida que las liquidaciones provisionales de alcance dieron resultado positivo.

El 30 de septiembre de 2002, José María Del Nido Benavente envió desde su despacho de Sevilla, a la delegada instructora D^a. María José Jiménez Millán, que coordinaba las diferentes piezas separadas iniciadas, una copia de la escritura pública de compraventa otorgada el día 27 de septiembre de 2002, en Marbella, por la que el acusado, Esteban Guzmán Lanzat, presunto responsable contable, adquiriría por el precio de 3.800.133 € cuatro locales comerciales a la empresa Turasa.

Se trataba de una operación ficticia, pues el precio de la compra no había sido satisfecho por quien figuraba como comprador, con la que se pretendía evitar que se adoptaran medidas con respecto a los posibles responsables contables.

No fue esta compraventa simulada la única actuación concertada cuya iniciativa partió del aludido despacho: José María Del Nido Benavente también coincidió con las letradas de su despacho encargadas de las defensas de los presuntos responsables contables en la interposición de un recurso en las Actuaciones Previas 34/2002.

Se trataba del recurso contencioso contable que, con idéntico texto desde el mismo bufete y en la misma fecha, remitieron contra la liquidación provisional y el afianzamiento realizado en las meritadas Actuaciones relativas a la sociedad “Andalucía Hotel, S.A.” La letrada, D^a. Raquel Carrasco Sanz, en nombre y representación de la presunta responsable contable D^a. Dolores Zurdo Padilla, la letrada acusada Ángeles Carrasco Sanz, en nombre y representación de los presuntos responsables contables y acusados en este procedimiento, Julián Felipe Muñoz Palomo, Esteban Guzmán Lanzat y Rafael González Carrasco, y el letrado acusado, José María Del Nido Benavente, en nombre y representación del Ayuntamiento de Marbella y la sociedad “Andalucía Hotel, S.A.”.

+ Procedimientos de reintegro por alcance: Al iniciarse los distintos Procedimientos de Reintegro por Alcance como consecuencia de haber culminado las Actuaciones Previas origen de cada uno de ellos con acta de liquidación en la que se detectaba la existencia de presunto alcance contable, José María Del Nido Benavente no varió su estrategia:

Sus escritos de personación en los distintos procedimientos en nombre de las entidades públicas eran remitidos al Tribunal de Cuentas en la misma fecha y desde la misma oficina de correos que los escritos de personación que suscribían

letradas de su mismo despacho profesional, en nombre de presuntos responsables contables; como eran Esteban Guzmán Lanzat y Julián Felipe Muñoz Palomo, en su calidad de miembros del Consejo de administración de la sociedad municipal “Control de Servicios Locales S.L.”.

La llamativa coincidencia se produjo los días 18 de diciembre de 2001, 14 de noviembre de 2002 y 20 de diciembre de 2002, en los que se remitieron al Tribunal de Cuentas escritos de personación de José María Del Nido Benavente en nombre y representación por las entidades públicas y de la letrada de su despacho, D^a. Laura Sánchez Díaz, en nombre de Julián Felipe Muñoz Palomo.

Como era de esperar, esta circunstancia no paso desapercibida al Consejero de Cuentas que, en providencias dictadas en los distintos procedimientos, requirió a los letrados para que acreditaran que no formaban parte de un despacho colectivo; ya que, cabía la posibilidad de que fuera de aplicación el artículo 28.6 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, al estar integrados en un mismo despacho colectivo y actuar en defensa de intereses contrapuestos.

El requerimiento dio lugar, en cada uno de los procedimientos, a la presentación por parte de José María Del Nido Benavente y D^a. Laura Sánchez Díaz de un escrito conjunto en el que, tras mostrar su desacuerdo con la existencia de la incompatibilidad sugerida, el primero se apartaba de la representación del Ayuntamiento y de las diferentes sociedades municipales a medida que era requerido a tal fin en cada uno de los Procedimientos de Reintegro por alcance en los que estaba personado.

Así sucedió en el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A101/02, relativo a la sociedad municipal “Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.”, en cuyas Diligencias Preliminares 109/01 se había personado José María Del Nido Benavente, en representación del Ayuntamiento de Marbella y de la sociedad citada, y había comparecido en la indicada representación a la práctica de la liquidación provisional, en tanto que su esposa y letrada de su despacho, Ángeles Carrasco Sanz, lo hacía en representación de Julián Felipe Muñoz Palomo y Esteban Guzmán Lanzat, como presuntos responsables contables.

En dicho Procedimiento de Reintegro por Alcance, el letrado José María Del Nido Benavente se personó de nuevo por el Ayuntamiento y la sociedad indicada, como entidades perjudicadas, a la vez que se confiaba a la letrada de su despacho D^a. Laura Sánchez que se personara en defensa de los presuntos

responsables contables citados, circunstancia que conocía dadas las coincidencias apuntadas, hasta que el Consejero de Cuentas dictó la providencia referida que provocó el apartamiento de José María Del Nido Benavente, quien, en marzo de 2004, cuando ya había dejado de ser letrado del Ayuntamiento, asumió la defensa de Julián Felipe Muñoz Palomo y contestó la demanda que en su contra se formuló.

De forma similar se desarrollaron las incidencias procesales en el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A104/02, relativo a la sociedad municipal “Andalucía Hotel, S.A.”, en cuyo nombre se había personado José María Del Nido Benavente, tanto en la fase inicial de Diligencias Preliminares, que se registraron con el número 106/01, como en la fase siguiente de Actuaciones Previas, registradas con el número 34/02; en las que D^a. Raquel Carrasco Sanz, su cuñada y letrada de su despacho, se había personado por D^a. Dolores Zurdo Padilla; y su esposa Ángeles Carrasco Sanz, también letrada del mismo despacho, se había personado por Julián Felipe Muñoz Palomo, Rafael González Carrasco y Esteban Guzmán Lanzat, todos ellos presuntos responsables contables.

Pues bien, cuando se incoó el Procedimiento de Reintegro por Alcance los tres letrados se personaron en las representaciones referidas y con las coincidencias apuntadas, lo que determinó el dictado de la providencia ya comentada, que originó los mismos efectos que en la ocasión anterior, esto es, el desistimiento de José María Del Nido Benavente de continuar en la defensa de la sociedad y la permanencia de las letradas mencionadas.

Otro supuesto similar es el del Procedimiento de Reintegro por Alcance número A103/02, relativo a la sociedad municipal “Banana Beach, S.L.”, pues, como en los anteriores casos, José María Del Nido Benavente estaba personado, en nombre del Ayuntamiento y la sociedad, en las Diligencias Preliminares 115/01 y en las Actuaciones Previas 9/02, origen de este procedimiento.

Había coincidido en la práctica de la liquidación provisional con la letrada de su despacho, Ángeles Carrasco Sanz, que comparecía en defensa de los presuntos responsables contables Julián Felipe Muñoz Palomo, Pedro Román Zurdo y Esteban Guzmán Lanzat.

Ya en el Procedimiento de Reintegro por Alcance, José María Del Nido Benavente se personó en la representación que venía ostentando de las entidades perjudicadas, en tanto que la letrada de su despacho D^a. Laura Sánchez Díaz lo hacía en nombre de precitados presuntos responsables contables.

La coincidencia provocó el dictado de la consabida providencia y que otra vez se produjeran los mismos efectos de continuidad de la letrada y retirada de José María Del Nido Benavente.

Lo mismo ocurrió en el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A78/02, referido a la sociedad municipal “Explotaciones Hoteleras del Club Marítimo de Marbella, S.A.” (“SPORTCLUB, S.A.”). José María Del Nido Benavente se había personado, en nombre y representación de dicha sociedad, en las Diligencias Preliminares 107/01 de que deriva el procedimiento y, en la fase de Actuaciones Previas, que se registraron con el número 2/02, había comparecido a la práctica de la liquidación provisional, en tanto que las citadas letradas D^a. Laura Sánchez Díaz y D^a. Raquel Carrasco Sanz se habían personado en esas mismas actuaciones en representación de los presuntos responsables contables, Esteban Guzmán Lanzat y Julián Muñoz Palomo, la primera, y D. Manuel Calle Arcal, la segunda.

Como quiera que las personaciones citadas volvieran a repetirse en el Procedimiento de Reintegro por Alcance, se dictó la providencia de requerimiento que provocó el que se apartaran de la defensa José María Del Nido Benavente y D^a. Raquel Carrasco Sanz, permaneciendo únicamente D^a. Laura Sánchez Díaz.

Otro ejemplo de una evolución procesal similar es el del Procedimiento de Reintegro por Alcance número A75/02, referido a la sociedad municipal “Turismo Ayuntamiento de Marbella, S.L.”, si bien en esta ocasión, tanto en las Diligencias Preliminares 112/01 como en las Actuaciones Previas 7/02 de las que el procedimiento dimanaba, fue sólo el acusado José María Del Nido Benavente el que se personó en nombre de la sociedad y compareció a la práctica de la liquidación provisional, en representación de ella y del Ayuntamiento de Marbella.

Después, incoado ya el Procedimiento de Reintegro por Alcance, su personación en la representación referida coincidió con la de la letrada, D^a. Laura Sánchez Díaz, en representación de los presuntos responsables, D. Pedro Román Zurdo y Esteban Guzmán Lanzat; lo que, como en otras ocasiones, determinó el dictado de la providencia repetida con las consabidas consecuencias de apartamiento de José María Del Nido Benavente y permanencia en la defensa de D^a. Laura Sánchez Díaz.

Distinto fue el desarrollo de los acontecimientos procesales en el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A91/02 referido a la sociedad municipal “Patrimonio Local. S.L.”, pues José María Del Nido Benavente, tras personarse cuando se tramitaban las Diligencias Preliminares 116/01 de que el

procedimiento derivaba, en nombre y representación de dicha sociedad, en la fase de Actuaciones Previas 10/02 no compareció en la práctica de la liquidación provisional a cuyo acto sí acudió la letrada D^a. Laura Sánchez Díaz, en representación de los presuntos responsables, D. Pedro Román Zurdo y Esteban Guzmán Lanzat.

Ya en la fase de Procedimiento de Reintegro por Alcance volvieron a repetirse los acontecimientos referidos en el supuesto anterior. En el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A90/02, que afectaba a la sociedad municipal “Difusión y Comunicación 2000, S.L”, José María Del Nido Benavente se personó en nombre y representación de la sociedad, cuando se tramitaban las Diligencias Preliminares 108/01, así como cuando se incoaron las Actuaciones Previas Sentencia N^o 660/2011 de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Málaga.

Caso Minutas. 3/02, que de las anteriores se derivaron, y compareció en la práctica de la liquidación provisional, en representación del Ayuntamiento de Marbella y de la citada sociedad municipal, a cuyo acto también compareció la letrada D^a. Laura Sánchez Díaz, en representación de los presuntos responsables contables, D. Pedro Román Zurdo y Esteban Guzmán Lanzat. Después, incoado el Procedimiento de Reintegro por Alcance, volvieron a repetirse las vicisitudes procesales de los supuestos anteriores, esto es, coincidentes personaciones en defensa de intereses contrapuestos, providencia de requerimiento y apartamiento de José María Del Nido Benavente.

Distinta a la anterior fue la actuación del letrado acusado, José María Del Nido Benavente, en el Procedimiento de Reintegro por Alcance núm. A100/02, referido a la sociedad municipal “Transportes Locales, S.L.”, pues se personó en nombre y representación de dicha sociedad en las Diligencias Preliminares 110/01 de que dimana el procedimiento, pero en las subsiguientes Actuaciones Previas 5/02 no compareció en la práctica de la liquidación provisional a cuyo acto acudió la letrada D^a. Laura Sánchez Díaz, en representación de los presuntos responsables contables, Esteban Guzmán Lanzat, Julián Felipe Muñoz Palomo y Juan Flores González.

A partir de la incoación del Procedimiento de Reintegro por Alcance de nuevo se volvieron a repetir los acontecimientos que culminaron, como otras veces, con el desistimiento de José María Del Nido Benavente de la defensa del Ayuntamiento de Marbella y de la sociedad citada.

En el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A74/02, referido a la sociedad municipal Control de Servicios Locales, S.L.”, José María Del Nido

Benavente se había personado, en nombre y representación de dicha sociedad, en las Diligencias Preliminares 113/01 de que dimanaba el procedimiento, pero ya en las subsiguientes Actuaciones Previas 12/02, la letrada de su despacho D^a. Laura Sánchez Díaz se había personado en nombre de los presuntos responsables contables Julián Felipe Muñoz Palomo y Esteban Guzmán Lanzat y había presentado escrito en el que adelantaba alegaciones para la liquidación provisional, acto en el que estuvo presente el letrado citado, en representación del Ayuntamiento de Marbella y de la sociedad municipal afectada.

Una vez más la personación de ambos letrados en escritos de la misma fecha defendiendo intereses contrapuestos determinaron que en el Procedimiento de Reintegro por Alcance se dictara la providencia de requerimiento que provocó idénticos efectos que los narrados en las anteriores ocasiones.

En el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A77/02, referido a la sociedad municipal “Actividades Deportivas 2000. S.L.”, los acontecimientos procesales se sucedieron en la misma forma y con los mismos protagonistas que en el supuesto anterior, desde la fase de Diligencias Preliminares 114/01 de que deriva el procedimiento hasta en las subsiguientes Actuaciones Previas 8/02 e incoación del Procedimiento de Reintegro por Alcance número A77/02, con el repetido desistimiento de José María Del Nido Benavente como consecuencia de la providencia tantas veces aludida.

De nuevo, en el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A92/02, referido a la sociedad municipal “Planeamientos 2000, S.L.”, volvieron a repetirse los acontecimientos reseñados en las Diligencias Preliminares 118/01 de que dimana el procedimiento, en las subsiguientes Actuaciones Previas 23/02 y en la incoación del Procedimiento de Reintegro por Alcance, hasta la conclusión de la actuación de José María Del Nido Benavente como consecuencia de la repetida providencia.

En el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A99/02, que afecta a la sociedad municipal “Sanidad y Consumo. S.L.”, la actuación de José María Del Nido Benavente se mantuvo en la misma línea mostrada en los procedimientos anteriores, pues se personó en nombre y representación de dicha sociedad en las Diligencias Preliminares 111/01, origen del procedimiento, y, en las subsiguientes Actuaciones Previas 6/02, compareció a la práctica de la liquidación provisional del presunto alcance.

Por otra parte, en las Actuaciones Previas referidas, la letrada de su despacho Ángeles Carrasco Sanz compareció en nombre de los presuntos

responsables contables, Julián Felipe Muñoz Palomo, Esteban Guzmán Lanzat y María Luisa Alcalá Duarte.

La personación de los citados letrados en la misma fecha defendiendo intereses contrapuestos en el Procedimiento de Reintegro por Alcance, como en otras ocasiones, determinó el dictado de la providencia de requerimiento que provocó el desistimiento de José María Del Nido Benavente de su representación.

En el Procedimiento de Reintegro por Alcance número A35/03, relativo a la sociedad municipal “Eventos 2000, S.L.” las coincidencias de letrados del mismo despacho se produjeron sólo en la práctica de la liquidación provisional, pues durante la tramitación de las Diligencias Preliminares 104/01, que fueron antecedente de las subsiguientes Actuaciones Previas 1/02, origen del procedimiento, sólo consta que José María Del Nido Benavente se había personado, en nombre y representación de dicha sociedad, y fue en la fase de Actuaciones Previas en la que se produjo la personación de Ángeles Carrasco Sanz, letrada de su despacho, en nombre de los presuntos responsables contables Julián Felipe Muñoz Palomo y Esteban Guzmán Lanzat.

No hay constancia de que el letrado citado se personara en el presente Procedimiento de Reintegro por Alcance en representación de la sociedad citada y del Ayuntamiento, pues en esta fase sólo consta su intervención en defensa de Julián Felipe Muñoz Palomo. Por último, en el Procedimiento de Reintegro por Alcance numero A95/02, que se refiere a la sociedad municipal “Tributos 2000, S.L. José María Del Nido Benavente se personó en las Diligencias Preliminares 105/01, origen del procedimiento, en representación del Ayuntamiento de Marbella y de dicha sociedad, pero desistió de la defensa por escrito de 4 de febrero de 2003 y fue sustituido por el letrado D. Francisco Cobo Medina, como en todos los procedimientos referidos.

Recordar que de enero a marzo de 2003 los servicios del acusado José María Del Nido Benavente para la corporación municipal y sus sociedades disminuyeron en todos los procedimientos por los escritos de desistimiento relatados, mientras los cobros que recibía del Ayuntamiento no sólo no lo hicieron; sino que, por el contrario, al prorrogar el contrato el 3 de julio de 2003, incrementó sus honorarios un 12,5%.

Aunque, tras la moción de censura de agosto de 2003, el 1 de septiembre de 2003 el Consejo de administración de la sociedad Control de Servicios Locales S.L. resolvió el contrato.

VI.- INSPECCIÓN TRIBUTARIA: El 10 de enero de 2000, en los consejos de administración de “Compras 2000, S.L.”, “Contratas 2000, S.L.”, “Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.”, “Eventos 2000, S.L.”, “Jardines 2000, S.L.” Planeamiento 2000, S.L.”, ”Residuos Sólidos Urbanos, S.L.”, “Tributos 2000, S.L.” y “Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L.”, se aprobó un acuerdo cuyo tenor literal era el siguiente: “Actuaciones de Comprobación e Investigación de la Sociedad Municipal (se especificaba el nombre de la sociedad que celebraba la sesión), por parte de los Servicios de Inspección de la Agencia Tributaria.

El presidente da cuenta a este Consejo de Administración de que por los Servicios de Inspección de la Agencia Tributaria dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, se van a llevar a cabo cuantos actos considere dicho organismo necesarios en orden a inspeccionar la Sociedad Municipal (...) por lo cual se nombró al Letrado D. José María Del Nido Benavente, para que en nombre y representación de la entidad efectúe en nombre de la misma cuantos actos fueran necesarios ante los Servicios de Inspección de la Agencia Tributaria, en orden a defender los intereses de la Sociedad asesorando legalmente y coordinando y dirigiendo cuantas actuaciones fueran necesarias, devengándose las honorarios que en derecho correspondan y, además, se ha designado al economista D. Víctor Cohen Zerón, para comparecer ante el organismo en representación de la sociedad municipal (...), pudiendo firmar y suscribir cuantas diligencias y actas fueran necesarias, devengándose los honorarios que en derecho correspondan.

Por todo ello, el Presidente solicita al Consejo de Administración se dé por enterado del encargo hecho al Letrado D. José María Del Nido Benavente y al economista D. Víctor Cohen Zerón, y seguidamente, lo ratifique si así lo consideran oportuno los demás Consejeros.

A lo que el Consejo de Administración por unanimidad acuerda darse por enterado y ratificar el nombramiento y encargo efectuado al Letrado Don. José María Del Nido Benavente y al asesor fiscal D. Víctor Cohen Zerón.

Ha quedado acreditado que desde el mes de noviembre de 1999, la Inspección de Tributos de la Agencia Tributaria realizó actuaciones de comprobación tributaria respecto a las sociedades citadas: los días 23 y 26 de noviembre de 1999, 15 y 17 de diciembre de 1999; 17 y 19 de marzo, 6 y 13 de abril, de 12 y 15 de mayo, 6 y 13 de junio, 7 y 24 de julio de 2000; y 11 de febrero de 2003.

En alguna de tales sesiones compareció Víctor Cohen Zerón, sin que exista constancia de que José María Del Nido Benavente haya intervenido en ninguna de ellas o haya realizado trabajo alguno, pese a lo cual libró el 8 de mayo de 2000 y se le abonaron las siguientes minutas: - Minuta 73/00, presentada a Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.” y con un importe total a pagar de 17.429,35 €. - Minuta 74/00, presentada a “Eventos 2000, S.L.” y con un importe total a pagar de 17.429,35 €. - Minuta 76/00, presentada a “Tributos 2000, S.L.” y con un importe total a pagar de 17.429,35 €. - Minuta 77/00, presentada a “Jardines 2000, S.L.” y con un importe total a pagar de 17.429,35 €. - Minuta 78/00, presentada a “Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, S.L.” y con un importe total a pagar de 17.429,35 €.

En cada una de las minutas reseñadas puede leerse como concepto: “Por entrega a cuenta de mis honorarios profesionales, en el examen de la documentación contable y fiscal de la cliente, para su entrega posterior a la Agencia Tributaria en la Inspección de Hacienda de la Sociedad que se viene realizando por la Delegación Especial de Andalucía de la Agencia Tributaria. Traslado a la localidad de Marbella para mantener en las dependencias municipales reunión con representantes de la Sociedad, y con miembros del departamento de contabilidad; examen de las comunicaciones de la Agencia Tributaria; planning de trabajo para el control de la comunicación existente, examen de los libros de contabilidad, ingresos fiscales y documentación soportada; nuevas y varios traslados a la localidad de Marbella, para preparar las visitas previstas por los inspectores en los días previos (y en ellos mismos) al 17 y 30 de Marzo, 4 y 13 de Abril; evacuación de innumerables consultas verbales y telefónicas a cerca de determinada documentación solicitada; examen de diversos libros de contabilidad; y demás actuaciones complementarias.”

Las minutas anteriores a favor de José María Del Nido Benavente suman la cantidad total de 87.146,75 € que reclama en solitario la acusación particular. Al igual que en el resto de casos enjuiciados en este proceso no se incoó expediente alguno para la contratación.

VII.- DISOLUCIÓN y LIQUIDACIÓN de la sociedad municipal "CONTROL DE GESTIÓN LOCAL, S. L." El 20 de junio de 2000, José María Del Nido Benavente, presentó a la sociedad municipal “Control de Servicios Locales, S.L.” la Minuta 102/00; con un importe total a pagar de 46.013,48 € y cuyo concepto es del siguiente tenor literal: “Por toda mi intervención profesional a

instancias de "Control de Gestión Local, S.L." en las actuaciones realizadas para su disolución y liquidación.

Entrevistas con representantes de la citada entidad y personal contable y fiscal encargado de la realización de la disolución y liquidación de la sociedad; estudio de antecedentes para la disolución y liquidación simultánea de la mercantil Control de Gestión Local, S.L., con examen de la escritura de constitución de la Sociedad y demás documentación que al respecto me es entregada; estudio de antecedentes para la subrogación por parte del M.I. Ayuntamiento de Marbella en los contratos de arrendamiento financieros suscritos por la citada sociedad con la entidad Yberleasing dependiente del Banco de Andalucía, con examen de todos los documentos necesarios para ello; estudio y confección del acuerdo suscrito con Banco de Andalucía para la subrogación de los contratos de arrendamiento financieros celebrados con la mencionada sociedad; estudio de los antecedentes contables de la entidad necesarios para la formulación del balance de liquidación final y determinación de la cuota de liquidación según el activo dimanante del mismo; preparación de los antecedentes para la celebración de la Junta General Extraordinaria a celebrar para la aprobación del balance de liquidación final y solicitud al Registrador Mercantil de la cancelación de los asientos registrales referentes a la misma, con redacción de modelo para la misma y examen de los documentos necesarios para que tuviera lugar; demás actuaciones complementarias incluyendo 8 traslados a Marbella, para la realización de los trabajos relacionados, manteniendo otras tantas reuniones al respecto y evacuando todas y cada una de las consultas que de manera verbal al efecto me han sido solicitadas.”

La sociedad "Control de Gestión Local, S.L." se había constituido con aportaciones de las sociedades "Eventos 2000, S.L.", "Compras 2000, S.L." y "Planeamiento 2000, S.L." el día 10 de octubre de 1994 y su Consejo de Administración estaba integrado por Julián Felipe Muñoz Palomo, como presidente, Esteban Guzmán Lanzat, como vocal, y Modesto Perodia Cruz-Conde, como secretario.

El 2 de mayo de 2000, la Junta General Universal y Extraordinaria de socios en la que se acordó su disolución no se hizo coincidir con un Pleno municipal, con la convocatoria de todos los concejales de la Corporación municipal; sino que fueron los tres referidos, como si se tratara de la sesión de un Consejo de administración, quienes, reunidos en Junta universal de socios, adoptaron por unanimidad el acuerdo de: Disolver y liquidar simultáneamente la sociedad; cesar en sus cargos a todos los miembros del Consejo de administración;

nombrar una comisión liquidadora integrada por los miembros salientes del Consejo de administración; aprobar el balance final de liquidación y la cuota de liquidación correspondiente a cada socio; y facultar al secretario de la comisión liquidadora para que otorgara ante notario la oportuna escritura pública.

El 3 de mayo de 2000, Modesto Perodia Cruz-Conde otorgó ante notario la escritura de disolución y liquidación simultánea de la sociedad, con lo que quedó la sociedad disuelta, liquidada y extinguida.

Por lo que se refiere a la subrogación de los contratos aludidos en la minuta de José María Del Nido Benavente con la entidad Yberleasing”, en realidad los únicos contratos mercantiles de arrendamiento financiero (leasing) en los que se subrogó el Ayuntamiento de Marbella estaban suscritos con el Banco de Andalucía: dos pólizas firmadas los días 24 de octubre de 1997 y 28 de abril de 1998, en las que ya figuraba como fiador solidario el Ayuntamiento de Marbella y con cuotas pendientes de vencimiento hasta el mes de febrero de 2001.

El 7 de abril de 2000, la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Marbella aprobó la subrogación en las pólizas referidas, facultó a Julián Felipe Muñoz Palomo para la firma de la documentación necesaria para tal fin, y acordó que por la tesorería se comunicara al Banco de Andalucía la domiciliación de las cuotas pendientes de pago en una cuenta del Ayuntamiento.

El 22 de mayo de 2000, los dos contratos de subrogación (documentos tipo elaborados como es habitual por los empleados de la entidad bancaria) fueron firmados por D. José Antonio Mérida de la Torre, en su calidad de director de la sucursal del Banco en Marbella, y D. Rafael Marín Bueno, como interventor de la citada sucursal, ambos en representación del Banco de Andalucía, S.A., como arrendador y por Modesto Perodia Cruz-Conde, como representante de la entidad disuelta “Control de Gestión Local, S.L.”, y por Julián Felipe Muñoz Palomo, como representante del Ayuntamiento de Marbella.

En ambos contratos figuraba el sello acreditativo de la intervención del Corredor de Comercio. De la intervención del acusado José María Del Nido Benavente en este negocio no hay constancia.

El 26 de junio de 2000, José María Del Nido Benavente recibió el talón nº T/AG- 4080044-3, con cargo a la cuenta nº 0601485393 de “Control de Servicios Locales, S.L.” abierta en la sucursal del Banco de Andalucía de la avenida Ricardo Soriano nº 23 de Marbella, por importe de 6.468.000 pesetas (38.873,46€), que fue firmado por Modesto Perodia Cruz Conde.

El 8 de septiembre de 2010, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, tras considerar que con el abono de la minuta analizada se pagaron importantes cantidades de dinero por servicios irregularmente contratados y que únicamente se justificaban por declaraciones de testigos, declaró que este pago era constitutivo de alcance y había producido un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal por importe de 46.013,48 €.

Nada se ha probado en el presente procedimiento que aconseje variar la apreciación de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, pues sólo los acusados que intervinieron en la narrada disolución y liquidación de la sociedad municipal "Control de Gestión Local, S.L." respaldaron con sus testimonios la certeza de los trabajos reseñados en la minuta transcrita.

No se ha acreditado que José María Del Nido Benavente realizara trabajo alguno de los que reseñaba en la minuta; lo confirmado, como en el resto de casos, es la inexistencia del preceptivo expediente previo de contratación.

VIII.- VENTA DE APARCAMIENTOS, LOCALES Y TRASTEROS DEL MERCADO

MUNICIPAL. El 20 de enero de 2000, Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde en funciones, mediante Decreto (Tomo 11. Folios 4350 y 4351) acordó iniciar un expediente para la venta de un inmueble propiedad del Ayuntamiento de Marbella tasado, el 10 de enero de 2000, por el Jefe de valoraciones del Ayuntamiento, D. Antonio Belón Cantos, en la cantidad de 1.245.646.000 pesetas.

En la misma fecha también Julián Felipe Muñoz Palomo dictó otro Decreto (Tomo 113. Folio 52040) por el que se designaba a José María Del Nido Benavente para su intervención en la venta de dicho inmueble. El 24 de enero de 2000, tras el informe tanto del Interventor como del Secretario municipales, se elaboró un pliego de cláusulas económico administrativas para la venta del inmueble en el expediente 3/2000 incoado.

El 21 de febrero de 2000, la Comisión de gobierno del Ayuntamiento acordó enajenar, mediante subasta los bienes a que se refería el expediente citado. Por edicto de la alcaldía se anunció la subasta pública en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento.

El 4 de abril de 2000, el secretario dio cuenta a la mesa de licitación de que no se había presentado ninguna proposición. El 7 de abril de 2000, la Comisión de gobierno declaró desierta la subasta y facultó al alcalde a fin de que procediera a la venta del inmueble por el procedimiento negociado, para lo que habría de solicitarse que al menos la formulación tres ofertas.

El 31 de mayo de 2000, Julián Muñoz Palomo dictó Decreto por el que abría el procedimiento negociado sin publicidad y en la misma fecha el director de promoción de la entidad “CINTRA Aparcamientos”, del grupo Ferrovial, comunicó en carta dirigida al alcalde accidental de Marbella el interés de su empresa por proceder a la valoración del inmueble, para efectuar su oferta.

El 2 de junio de 2000, Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde en funciones, dirigió tres cartas de idéntico contenido a nombre de tres empresas: la citada “CINTRA Aparcamientos”, “Ferrovial Aparcamientos S.A” y “Dornier S.A”; pero que fueron remitidas a la misma dirección de calle Isla Cartuja s/n de Sevilla y recibidas el 9 de junio por una misma persona.

El 7 de julio de 2000, la Comisión de gobierno a instancia de Julián Felipe Muñoz Palomo, acordó adjudicar el inmueble a la empresa “CINTRA Aparcamientos” por un precio de 1.121.081.400 pesetas; lo que suponía una rebaja del 10% del precio de inicio de la subasta. El 24 de julio de 2000, el representante de la empresa adjudicataria puso en conocimiento del Ayuntamiento sus dificultades para proceder al pago convenido en la fecha estipulada, por lo que interesaba se le concediera un plazo de prórroga de dos meses.

El 25 de julio de 2000, el acusado José María Del Nido Benavente firmó, en la localidad de Sevilla, un escrito en representación del Ayuntamiento de Marbella, con D. José María Aguilar de Jódar, que actuaba en nombre y representación de la entidad “Cintra Aparcamientos, S.A.”, por el que concedía a la mercantil citada un plazo de quince días para proceder al pago del precio estipulado en la adjudicación.

El 27 de julio de 2000, D. José Antonio Corros remitió a José María Del Nido Benavente petición de que se le diera traslado de la valoración de la obra ejecutada a dicha fecha. Valoración que debía ser ratificada por los técnicos municipales, pues su resultado condicionaba el primer pago a efectuar tras la firma del contrato. El 3 de agosto de 2000, la Comisión de gobierno concedió la prórroga de dos meses solicitada para efectuar el pago.

El 11 de agosto de 2000, D. Francisco Javier Mateos Jiménez, como representante de la entidad compradora y Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde en funciones y asistido del secretario del Ayuntamiento, firmaron el contrato de adjudicación de bienes en documento administrativo. En el contrato se plasmaba, a la hora de describir los bienes objeto de venta, el pliego de cláusulas económico administrativas firmado por el alcalde accidental y el secretario el 24 de enero de 2000.

El precio de venta fijado en contrato de 11 de agosto de 2000 se correspondía con la deducción del 10% legalmente establecida respecto al tipo de la subasta y se fijaba, por tanto, en 1.121.081.400 pesetas; a abonar en dos plazos: una primera entrega de 821.081.400 pesetas, a la firma de dicho contrato, y la cantidad restante de 300.000.000, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que fuera requerida la adjudicataria una vez hubieran finalizado las obras.

El Ayuntamiento se comprometía en el citado documento a tenerlas terminadas antes del 1 de marzo de 2001. El 10 de agosto de 2000, José María Del Nido Benavente emitió la Minuta 115/00, que dirigió al Ayuntamiento de Marbella por importe de 26.014.362 pesetas (156.349,46 €), por su intervención en la venta a la sociedad “Cintra Aparcamientos, S.A.” de varias plazas de garaje, locales comerciales y trasteros del edificio municipal (Mercado Municipal de Abastos) sito en c/. Mercado de Marbella.

En la minuta se detallaban los siguientes conceptos: “1.- Entrevistas con representantes del cliente.-

2.- Examen de toda documentación que me es aportada al respecto, en especial de los títulos de propiedad de la finca objeto de venta, del expediente de valoración de la misma por los técnicos municipales y de todo lo relativo al estado de las obras.

3.- Reunión con varios miembros del equipo de Gobierno Municipal y con técnicos municipales, para conocer la situación de la obra, el estado de los gastos producidos por su realización a cargo de la Corporación Municipal, el costo de las obras pendientes de ejecutar y el plazo para su realización.

4.- Participación activa en el precio y valoración del objeto de enajenación y de la obra pendiente de ejecutar, con estudio de planos, certificaciones de obras y costos de las mismas, beneficio para el cliente en su ejecución y costo del suelo, al haber participado en la valoración del bien en unión de los Técnicos Municipales, y por acuerdo con éstos) (4 reuniones a unas 4 horas de media de duración más los trabajos necesarios al fin descrito).

5.- Varias reuniones con representantes de varias empresas (siempre con la participación de miembros del equipo de Gobierno y del Secretario Municipal, y en ocasiones de algún técnico de la obra) a fin de sondear el mercado de venta, las posibilidades de la enajenación de la finca en pública subasta y las posibles condiciones del pliego de adjudicación; 4 reuniones con una media de más de 3 horas de duración.

6.- 10 traslados a la localidad de Marbella desde mi despacho profesional en Sevilla, con obligación de pernoctar a efectos de lo previsto en los puntos 1 a 5 anteriores. 7.- 25 (al menos) gestiones telefónicas a tal fin. 8.- Gastos de locomoción de 10 viajes a Marbella.

9.- Gastos teléfono. 10.- Gastos de comida. 11.- Gastos autopista. 12.- Redacción del pliego de cláusulas económico-administrativas y de las bases técnicas para la adjudicación de los locales comerciales y plantas de garajes del edificio del Mercado Municipal.

13.- 2 reuniones con miembros del equipo de gobierno municipal, técnicos de las obras (Arquitecto Superior, Arquitecto Técnico y Encargado de Obra) y Secretario municipal a fin de examinar su contenido y matizar su redacción (Regla 3.3) (2 reuniones).

14.- Reunión con representantes de varias empresas interesadas en la licitación, a fin de sondear el contenido del pliego de cláusulas y bases técnicas mencionadas.

15.- Redacción definitiva de las bases técnicas, con amplísimo clausulado estipulados y seguimiento del cumplimiento de los requisitos legales de publicación.

16.- Examen de la proposición que, para tomar parte en la venta mediante procedimiento negociado de locales comerciales y aparcamientos del Mercado Municipal, es presentada por "Cintra Aparcamientos S.A.", y de todos los documentos adjuntos al mismo.

17.- Reunión con el representante legal de la citada Compañía para arbitrar el mecanismo para la aceptación de la oferta y definitiva adjudicación, en el despacho del Secretario Municipal.

18.- Ídem. en 3 ocasiones (con 3 horas de duración) con los técnicos encargados de la obras (Arquitecto Superior, Arquitecto Técnico y encargado de la obra) a fin de conocer una modificación no sustancial del proyecto inicial que contenía una variación en el número de plazas de aparcamiento, cuartos trasteros y número de locales comerciales:

19.- Traslado de ello a los representantes legales de "Cintra Aparcamientos S.A."; mantenimiento al menos 10 conversaciones telefónicas con el Letrado, Técnico y Representante Legal de la adjudicataria en orden a negociar la modificación de la obra adjudicada con cruce de fax y documentos, lo que no se consiguió pese al interés municipal y las negociaciones mantenidas.

20.- Varias reuniones con los legales representantes de la adjudicataria, dándoles traslado del Decreto de Adjudicación definitiva y redactando varios documentos ampliando el plazo previsto en las condiciones de la subasta para la definitiva adjudicación.

21.- Nuevas y varias reuniones con los técnicos de la obra, a fin de modificar el contenido de la valoración del coste de las obras realmente ejecutadas, y pendientes de ejecutar, participando activamente en la confección de los números a trasladar a la adjudicataria, participación que provoca el que, definitivamente, la cantidad inicialmente entregada por "Cintra Aparcamientos S.A." al Ayuntamiento de Marbella sea de más de 60 millones de pesetas más de los previsto por ellos.

22.- Nuevas y varias reuniones (3 de 2 horas de duración) con los representantes de la adjudicataria, en Sevilla y Marbella, negociando los términos del contrato administrativo de adjudicación de los bienes, las cantidades a entregar, la fecha de la firma, el precio de las obras ejecutadas, el de las pendientes de ejecutar y el plazo para su ejecución, con conversaciones múltiples con los técnicos de la cliente, los Arquitectos de "Cintra Aparcamientos S.A." y los Abogados de esta Compañía, con cruces de numerosas conversaciones orales y vía fax.

23.- Redacción del contrato administrativo de adjudicación, con numerosas negociaciones con el Letrado y Técnicos (Arquitectos Superiores) de la adjudicataria en cuanto a su contenido, hasta su redacción definitiva, con cruces de llamadas telefónicas y numerosos fax introduciendo, aceptando y negociando numerosas modificaciones a su amplio clausulado estipulador, hasta su confección definitiva, conciliando las numerosas diferencias existentes entre los contratantes.

24.- Nuevo traslado a la localidad de Marbella para asistir a la firma del contrato y percepción de las cantidades previstas en el mismo, con examen e incorporación de numerosos documentos, incluyendo un total de 14 traslados; demás actuaciones complementarias.”

En el presente supuesto, como en la mayoría de los casos vistos en el actual procedimiento, no se ha acreditado la necesidad de contratar los servicios de un abogado externo, pues los funcionarios municipales y los letrados incorporados a la plantilla mediante contratos de arrendamiento de sus servicios hubieran podido atender las incidencias que pudieran surgir; como se habría puesto de manifiesto en la preparación del imprescindible expediente previo a la contratación de los servicios de un letrado externo por tan elevadas cuantías.

Cierto es que, en diciembre de 1999, José María Del Nido Benavente solicitó del tasador municipal, D. Antonio Belón Cantos, que procediera a la tasación pericial del valor de los terrenos y de la edificación por plantas.

También lo es que, sin girar minuta alguna por la tramitación del expediente de subasta, D^a. María Antonia Castañón Fernández, contratada por la sociedad municipal “Planeamientos 2000, S.L.”, fue la abogada que figuraba en todos los oficios en los que se dio traslado de los diferentes acuerdos y actos administrativos del expediente 2/2003 y la letrada que se encargó de la tarea ligada a la declaración de obra nueva, trámite previo y necesario para poder formalizar la escritura pública de adjudicación a la empresa Cintra.

Por contra, la prueba practicada en el plenario no ha evidenciado que los conceptos expuestos bajo los números 4, 5, 12, 13, 14, 15, 18, 21 y 24 hayan acaecido.

Ni el arquitecto técnico de la obra, D. Javier Herrera Viano, ni el arquitecto superior, D. Óscar Ignacio García de la Peña Razquin recordaban haber tenido las reuniones con José María Del Nido que se detallaban en la Minuta 115/00.

Además de que en el citado expediente no figuraba el Decreto de nombramiento de José María Del Nido Benavente de 20 de enero de 2000, que se unió a esta causa cuando el referido lo aportó en el mes de marzo de 2009. En él se le encarga que defienda los intereses municipales en dicho expediente de enajenación, así como la supervisión de la tramitación de las escrituras que sean necesarias para la materialización de dicha venta, concepto que no aparece reflejado en la amplia reseña de conceptos minutados.

- Intervención del Colegio de Abogados de Málaga: El 26 de septiembre de 2000, José María Del Nido Benavente presentó en el Colegio de Abogados de Málaga una solicitud de informe sobre la procedencia de los honorarios devengados en la minuta 115/00.

Al escrito adjuntaba, además de las copias de la minuta, de las bases técnicas y del contrato de adjudicación, un documento expedido por el acusado Leopoldo Barrantes Conde, como secretario del Ayuntamiento, con el siguiente tenor literal: “INFORME DE SECRETARIA.- Objeto:

Minuta de honorarios profesionales 115/00, presentada por el Letrado DON José María Del Nido Benavente, con motivo de su intervención en la venta de plazas de garajes, locales comerciales y trasteros del edificio municipal del garajes de Abastos de esta localidad.

Criterio de Secretaría: Presenta el Letrado DON José María Del Nido Benavente minuta de honorarios profesionales por su intervención en el referido asunto, teniendo que hacerse con respecto a la minuta presentada las siguientes observaciones: 1. Que efectivamente el citado Letrado, bien con la participación activa en dichas reuniones del Secretario Municipal, bien del Alcalde Accidental, ha mantenido las reuniones que indica en su minuta de honorarios referida.

Es sabido que el citado Letrado tiene su despacho profesional en Sevilla, por lo que para dichas reuniones ha tenido que trasladarse (260 km.) a esta localidad.

2. Que de la misma forma es cierto que la mayor parte de dichas reuniones que cita se han mantenido en dependencias municipales, por el indicado Letrado con los técnicos municipales (Arquitecto Superior, Arquitecto Técnico y Jefe de Obras) en orden a concretar el valor de licitación de los bienes objeto de enajenación en pública subasta, hasta fijar definitivamente su importe en 1.245.646.000 Pesetas como precio de licitación, que a mí como Secretario Municipal me fue facilitado por el mencionado Abogado.

3. Que igualmente el citado Letrado redactó el pliego de cláusulas económico-administrativas y bases técnicas (sic) para técnicas para la adjudicación de los locales comerciales y plazas de garajes del edificio del mercado municipal, celebrando 2 reuniones al respecto a las que asistieron el Alcalde Accidental, el Secretario Municipal, Técnicos de la obra en cuestión y representantes de empresas interesadas en la pública licitación, sondeando el interés del Mercado y hasta fijarse por el Letrado citado cuáles serían las máximas condiciones admisibles por los licitadores para participar en la subasta, conciliando las diferencias entre los interesados hasta su redacción definitiva.

4. Que el citado Letrado participó en el control de la subasta celebrada, examinó la proposición presentada por la que después resultó ser empresa adjudicataria, "CINTRA APARCAMIENTOS, S.A.", mantuvo las reuniones que indica en su minuta de honorarios en orden a la modificación del proyecto de construcción, tanto con los técnicos municipales como con los representantes de la adjudicataria; de la misma forma llevó el Letrado minutante todas las relaciones con "CINTRA APARCAMIENTOS S.A." que indica en su minuta, negociando con sus representantes legales los términos del contrato administrativo de venta, conciliando las diferencias existentes y pactando sus términos, contrato que redactó, con amplio y complejo clausulado estipulador (al igual que el pliego de cláusulas económico-administrativas de la misma (sic) o mayor amplitud y

complejidad), consiguiendo en dichas negociaciones incluso que "CINTRA APARCAMIENTO, S.A." pagase a la firma del contrato 60.000.000 Ptas más de lo previsto con arreglo al pliego de cláusulas económico administrativas que sirvió de base a la adjudicación, asistiendo a la firma del contrato en Marbella y percibiendo en nombre del M.I. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA el importe inicial de la venta (952.454.424 Ptas), conviniendo mediante negociación que llegó el Letrado - con los representantes de CINTRA APARCAMIENTO, S.A. el plazo de entrega del objeto de la compraventa (cuyas obras se encuentra en fase de ejecución), los términos de la cláusula penal fijada en el contrato para el caso de no terminación de las obras en el tiempo convenido, y demás estipulaciones del mismo, que negoció, efectuando los traslados que en su minuta indica.

5. Que el precio de salida en pública subasta de los bienes municipales enajenados fue de 1.245.646.000 Ptas (fijado en el pliego de cláusulas económico-administrativas) y el de venta (10% inferior) fue de 1.121.081.400 Ptas (precio fijado en el contrato), siendo la cantidad entregada por la adjudicataria al momento de la firma del contrato; la suma de 952.454.424 Ptas.

Y para que conste a los efectos del dictamen a solicitar al Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, de conformidad con este Ayuntamiento que se somete al mismo, firmo el presente en Marbella a doce de Septiembre de dos mil”.

En lo que se refiere al contenido de este escrito firmado por el secretario, el acusado Leopoldo Barrantes Conde, no han quedado acreditadas en el proceso las gestiones que en tal documento se relatan.

El 27 de septiembre de 2000, el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga contestó la solicitud presentada el día anterior con un escrito en el que se le informaba al letrado acusado de “la imposibilidad de opinar sobre honorarios en ausencia de sometimiento de ambas partes y de contradicción y que unilateralmente solo es posible orientar sobre las dudas respecto a la interpretación y aplicación de las normas de honorarios profesionales”.

La respuesta no satisfizo a José María Del Nido Benavente, quien volvió a insistir mediante un escrito en el que era el propio Ayuntamiento el que se dirigía al Colegio de Abogados de Málaga y le daba traslado del Decreto dictado por Julián Muñoz Palomo, el 11 de octubre de 2000, con el siguiente tenor literal:

"Habiendo sometido a la consideración del M.I. Colegio de Abogados de Málaga el estudio e informe acerca de la procedencia de los honorarios profesionales devengados por el letrado D. José M^a. Del Nido Benavente por intervención profesional en la enajenación y venta de plazas de garaje, locales

comerciales, y trasteros del edificio municipal “Mercado de Abastos”, y a la vista de la resolución adoptada por el mismo, que determina que exista previo sometimiento de ambas partes a la resolución que en su día deba adoptar la Junta de Gobierno del citado Organismo.

Esta Alcaldía, al amparo de las atribuciones conferidas por artículo 21.1 de la Ley 11/1999 de 21 de abril de Modificación de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local y el artículo 41.1 del R.O.F. de las corporaciones vigentes HA DISPUESTO:

Primero.- Ratificar la resolución adoptada por el M.I. Colegio de Abogados, y someter y aceptar la minuta presentada por el letrado D. José M^a. Del Nido por la intervención profesional en la formalización del expediente descrito en el párrafo anterior.

Segundo.- Dar cuenta del presente Decreto a la Comisión de gobierno en la próxima sesión que se celebre."

El 2 de noviembre de 2000, el Colegio de Abogados aceptó la intervención arbitral propuesta y requirió a las partes para que propusieran prueba, a cuyo requerimiento el Ayuntamiento, con fecha 6 de noviembre de 2000, comunicaba que la alcaldía reiteraba la aceptación ya efectuada y seguía de acuerdo con el concepto y contenido de la minuta presentada por el Letrado D. José María Del Nido Benavente, por lo que no veía inconveniente para que pudiera ser abonada en su totalidad y añadía: dado que las cantidades sobre las que se han aplicado los porcentajes, ya han sido determinadas en el expediente de contratación pública instruido al efecto”.

El 21 de febrero de 2001, el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga dictó laudo en que declaraba que “dada la ausencia de controversia real y dada la expresa aceptación de ambas partes, y supuesta la reconocida realidad del encargo, del trabajo realizado, de la venta y de su cuantía, los honorarios sometidos a arbitraje no pueden ser sino considerados conformes a los pactos existentes y actos realizados entre el Ayuntamiento de Marbella y D. José María Del Nido Benavente.”

- Reparó del interventor municipal a la Minuta 115/00: El 26 de julio de 2001, el Interventor del Ayuntamiento interesó la suspensión del pago de la minuta, en nota interior que dirigió al Alcalde.

El funcionario municipal, tras analizar el expediente instruido para la enajenación y venta del edificio municipal, no encontró documento alguno redactado por el letrado que guardara relación con los trabajos que en la minuta se

decían realizados; por lo que solicitaba que los documentos redactados por el letrado se incorporaran a dicho expediente y que el secretario los informara de forma favorable como emitidos en su día.

Advertía, asimismo, posible duplicidad al facturar el 20% en la determinación de las bases técnicas del contrato y repetir de nuevo dicha facturación por otro porcentaje del 20% en relación con la redacción del contrato que incluye dichas bases.

En una nota sin fechar (folios 260-264 del Tomo 1 de las actuaciones), José María Del Nido Benavente, como respuesta al reparo del interventor, dirigió una nota interna al alcalde con el siguiente tenor literal: “Contestando a las cuestiones planteadas por el interventor Municipal en su informe de 26 de Julio pasado, paso a informarle de las numerosas incidencias surgidas en relación con la enajenación y venta de plazas de garaje, locales comerciales y trasteros del edificio municipal de la Calle Mercado:

1º.- Que al margen de la minuta que me es exhibida por el Concejal Delegado de Hacienda, el Letrado que suscribe hizo llegar al "ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA" la que por copia se acompaña, en la que de una forma más detallada constan todos los trabajos realizados en relación con este asunto, de la que envié copia a la Secretaria Municipal y ahora remito otra.

Documento Núm. 1. 2º.- Que al objeto de verificar la verdadera participación de este Letrado en todos y cada uno de los trabajos que detalla en su minuta, el Secretario Municipal emitió a requerimiento del "ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA" el Informe que por copia se adjunta en 12 de Septiembre de 2000, que obra unido al expediente incoado en el mencionado Colegio para dictaminar sobre la minuta presentada, por haber sido remitido por la Secretaria, que por copia le acompañó bajo el Núm. 2, y que despeja todas las dudas planteadas en el informe del interventor Municipal en cuanto a la verdadera realización de los trabajos minutados, por cuanto que en dicho informe del Fedatario municipal se constata la realización de todos los trabajos facturados.” Para subsanar la carencia detectada por el interventor, José María Del Nido Benavente envió a la alcaldía junto a la nota indicada el informe de Secretaria de fecha 12 de septiembre del 2000, el contrato de adjudicación de bienes en documento administrativo, las bases técnicas para la adjudicación de locales comerciales y planta de garajes del edificio mercado municipal, el pliego de cláusulas económico administrativas que sirvió de base para la adjudicación de las obras y otros documentos complementarios.

El 10 de diciembre de 2001, el interventor municipal, en nuevo informe dirigido en esta ocasión a la Comisión de gobierno, concluyó que los honorarios deberían haber sido rectificadas a la baja, pasando de la cantidad de 26.014.362 pesetas facturadas a la cantidad de 13.158.148 pesetas.

Conclusión a la que llegó tras pasar revista a los distintos conceptos detallados en la minuta, al mostrar su disconformidad con el hecho de que se facturara a la vez por la redacción del pliego de condiciones y por la realización del contrato, cuestionado que se minutara por intervenir en la fijación del precio, tarea que estimaba ajena al letrado, y por un supuesto beneficio para el Ayuntamiento en la negociación, que no advirtió, corrigiendo además error aritmético de valorar tres reuniones en 150.000 pesetas, cuando con antelación se había valorado cada una de ellas en 15.000 pesetas.

No obstante los reparos aludidos, el Alcalde no elevó al Pleno el informe de intervención para su resolución. - Reclamación por incumplimiento de la compradora: El 15 de mayo de 2003, por Decreto de alcaldía, se encargó a José María Del Nido Benavente presentar demanda de resolución de contrato contra la sociedad "Cintra Aparcamientos S.A.".

Desde el Ayuntamiento se estimaba que la empresa adjudicataria no estaba ajustando su actuación a las condiciones pactadas en las bases técnicas del contrato de adjudicación, pues vendía por encima del precio establecido en las bases las plazas de garaje y buscaba compradores de dichas plazas sin tomar en consideración el requisito de ser vecinos o residentes en la zona o casco antiguo.

El 19 de mayo de 2003, José María Del Nido Benavente presentó la referida demanda que inició el el Procedimiento Ordinario número 508/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella. En base a la citada demanda emitió dos minutas pro-forma con idéntico contenido, tanto en concepto como en cuantía:

El 20 de mayo de 2003, José María Del Nido Benavente libró la minuta pro-forma 41/03 en concepto de <<entrega a cuenta por mis honorarios profesionales en el juicio ordinario que por resolución de contrato de adjudicación ha interpuesto ese Ayuntamiento contra "Cintra Aparcamientos, S.A.", de fecha 11 de agosto de 2000 y posterior escritura de compraventa otorgada el 5 de julio de 2002. Cuantía 6.736.834,91 euros. Total honorarios I.V.A. Incluido ... 139.434,81 €>>.

El 25 de julio de 2003, José María Del Nido Benavente libró la minuta pro-forma 55/03 en idéntico concepto de <<entrega a cuenta por mis honorarios

profesionales en el juicio ordinario que por resolución de contrato de adjudicación ha interpuesto ese Ayuntamiento contra Cintra Aparcamientos, S.A., de fecha 11 de agosto de 2000 y posterior escritura de compraventa otorgada el 5 de julio de 2002 ... total honorarios I.V.A. Incluido ... 139.434,81 €>>.

El pago de ambas minutas fue aprobado por Decretos de 21 de mayo y 26 de julio de 2003, ambos firmados por Julián Muñoz Palomo sin reparar siquiera en que se trataba de cobrar dos veces el mismo concepto.

Las minutas pro-forma citadas se presentaron al cobro junto una carta dirigida al Ayuntamiento de Marbella, con copia del Decreto de nombramiento y de la demanda interpuesta. Dichos pagos, con un importe total de 278.869,62 €, se evitaron porque el interventor, en la tramitación del pago de dichas minutas, interesó que quedaran en suspenso a resultas de lo que dijera la sentencia.

El 8 de julio de 2003, el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella dictó auto en que, con arreglo al informe del Ministerio fiscal, estimó que era la contencioso-administrativa la jurisdicción competente para pronunciarse sobre la cuestión debatida; por lo que no entró a decidir sobre el fondo del asunto planteado con la demanda y se abstuvo de conocer del litigio.

Meses después el asunto terminó en un acuerdo transaccional que determinó la presentación de escrito de desistimiento por parte del Letrado D. Francisco Cobo Medina, quien había obtenido con antelación la venia del acusado José María Del Nido Benavente.

IX.- CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: El 3 mayo de 2001, en la línea marcada en sus informes del 20 de febrero y 8 de marzo de 2001, el interventor municipal, en una nota dirigida a la atención del alcalde, interesó la devolución de cantidades cobradas a cuenta por José María Del Nido Benavente. Aludía el interventor a dos cuestiones, una de ellas que afecta a este procedimiento: Se refería a la procedencia del pago de honorarios profesionales por la defensa del Ayuntamiento, como responsable civil subsidiario, cuando el letrado tenía encomendada, al mismo tiempo, la defensa de los Concejales en vía penal y civil.

En consonancia con ello, interesaba que se requiriera a José María Del Nido Benavente para que reintegrara a la Tesorería Municipal las cantidades que le fueron entregadas para el ejercicio de tales defensas, pues no había aportado ante la intervención documentación alguna que pusiera de manifiesto la defensa que había realizado de los intereses económicos del Ayuntamiento en los procedimientos que reseñaba y respecto a los cuales interesaba la devolución.

En concreto de las siguientes minutas: - Minuta 37/00, de 6 de abril de 2000, por las Diligencias Previas 265/99 ante el Juzgado de Instrucción número 3 de Marbella y con un importe total a pagar de 27.886,96 euros. - Minuta 107/00, de 25 de julio de 2000, por las Diligencias Previas 813/99 ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella y con un importe total a pagar de 27.886,96 euros. - Minuta 127/00, de 19 de octubre de 2000, por las Diligencias Previas 2026/99 ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella y con un importe total a pagar de 17.429,35 euros. Se trataba de minutas giradas por entrega a cuenta y también sin que mediara expediente de contratación, como en todos los supuestos enjuiciados.

Al final de la nota hacía constar que si bien estos informes no tenían el carácter de vinculantes, sin embargo, debería dar cuenta de todo cuanto se contiene en el escrito al Pleno del Ayuntamiento conforme establece el artículo 199 de la Ley 39/88, Reguladora de las Haciendas Locales.

El 28 de junio de 2001, Julián Felipe Muñoz Palomo respondió a la propuesta del interventor de obtener de José María Del Nido Benavente el reintegro de las cantidades reflejadas en las minutas reseñadas con un escrito dirigido al funcionario en el que se decía: “Recibido su informe datado en 3 del actual, con fecha de entrada al siguiente día 4, no puedo menos que expresarle mi perplejidad por el contenido íntegro del mismo, dejándole constancia escrita de lo siguiente:

1. Que según se me informa por la Secretaria del Ayuntamiento, entre sus funciones no se encuentran las de estar informado por los Abogados que este Ayuntamiento tenga designados para la defensa de esta Corporación, del estado de los procedimientos que tengan encomendados, y mucho menos que tengan que aportarle dichos Abogados los documentos que pongan de manifiesto la defensa que viene realizando de este Ayuntamiento.

2. Que como conoce ese interventor por haber asistido a las Comisiones de Gobierno donde fueron aprobadas las minutas que refleja en el informe al que este se refiere, minutas a las que por cierto no opuso objeción alguna, la Comisión de gobierno fue informada de qué clase de procedimientos se trataba, cuál era la misión encomendada al Abogado Sr. Del Nido Benavente y qué trabajo habría de realizar, todo ello antes de la aprobación de las mismas.

3. Que para su tranquilidad, aun cuando no ha lugar a ello, le indico que esta Alcaldía, así como la Secretaria Municipal, se encuentran informados y al día del estado de los procedimientos que cita en su informe, del estado procesal en el

que se encuentran, y de las actuaciones que el mencionado Abogado viene realizando en defensa de los intereses de este Ayuntamiento.”

Con esta respuesta se atajó el reintegro a las arcas municipales del Ayuntamiento de Marbella de las cantidades cuya devolución instaba el interventor municipal por lo que han sido incluidas en la acusación que ejercita en este proceso la citada Corporación.

X.- INTERVENCIÓN EN LOS CONTENCIOSOS PROMOVIDOS CONTRA EL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA POR LAS SOCIEDADES “RUZAR, S. L.” y “PAVIMENTOS SIERRA BLANCA, S. L.”: Las mercantiles “Ruzar, S.L.” y “Pavimentos Sierra Blanca S.L.” eran dos sociedades dedicadas a la construcción con las que el Ayuntamiento de Marbella firmó diversos convenios entre los años 1997 y 2002. Ambas sociedades pertenecían a D. Juan Rueda Tovar, fallecido en Marbella en el año 2002.

- Primer convenio: El 21 de mayo de 1997, se firmó el primer convenio por Julián Felipe Muñoz Palomo, como alcalde accidental del Ayuntamiento de Marbella, y D. Juan Rueda Tovar, en representación de la mercantil “Ruzar, S.L.”.

Era un convenio de dación en pago de deudas, en el que el Ayuntamiento asumía el compromiso de entregar diversas parcelas, que se valoraban en 2.030.079,45 euros (337.776.800 pesetas.), para saldar así una deuda que reconocía tener con la citada sociedad ascendente a la cantidad de 1.137.313,89 euros (189.233.109 pesetas).

- Recurso contencioso administrativo Nº 1283/00: Pese a este compromiso, la Comisión de gobierno celebrada el 25 de julio de 2000 acordó la subasta de una serie de parcelas entre las que se encontraban dos que habían sido incluidas en el precitado convenio, por lo que la representación procesal de la mercantil “Ruzar S.L.” interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo referido. En una pieza separada del procedimiento, por auto de 11 de septiembre de 2000, se decidió la suspensión cautelar de la referida subasta.

En Decreto de alcaldía de 14 de septiembre de 2000 se encomendó la defensa del Ayuntamiento de Marbella en dicho recurso contencioso administrativo a la abogada D^a. María Antonia Castañón Fernández, de cuya vinculación a la corporación ya hemos dejado constancia.

Fue la citada letrada la que se personó en el meritado recurso contencioso administrativo, así como en la citada pieza separada, mediante escrito de 18 de septiembre de 2000, asistió a la vista e interpuso recurso de súplica contra la resolución por la que se acordaba la medida cautelar.

El recurso referido finalizó por auto 1.274/02, de 4 de noviembre de 2002, en el que se accedía al desistimiento del recurrente, aceptado en escrito presentado el 4 de septiembre de 2002 por el abogado José María Del Nido Benavente en representación del Ayuntamiento de Marbella, sin imposición de costas.

- Segundo convenio: El 18 de abril de 2001, se firmó el segundo convenio por los mismos protagonistas, pero en esta ocasión D. Juan Rueda Tovar intervenía también en representación de su otra sociedad “Pavimentos Sierra Blanca, S.L.”, que se subrogaba en la posición de “Ruzar, S.L.”.

En este convenio el Ayuntamiento reconocía adeudar a la primera entidad citada la cantidad total de 4.449.187,03 euros, pues admitía deberle 942.626,90 euros, como consecuencia de endosos pendientes de pago, incrementados con los intereses de demora, y la cantidad de 3.506.560,13 euros en que se valoraban las obras que “Pavimentos Sierra Blanca S.L.” estaba realizando.

- Recurso contencioso administrativo Nº 2467/01: La mercantil “Pavimentos Sierra Blanca, S.L.”, con objeto de evitar la entrada en el recinto de las obras que venía llevando a cabo en polígono industrial de San Pedro de Alcántara de personas ajenas, lo que podría determinar, aparte de otros perjuicios en su mantenimiento, la infracción de normas de prevención de riesgos, procedió al cerramiento de la urbanización hasta la recepción por el Ayuntamiento de las obras una vez terminadas. La decisión no debió ser del agrado del Ayuntamiento, pues sus servicios operativos procedieron a la retirada de distintos cerramientos efectuados por la mercantil.

Este fue el motivo alegado por la citada sociedad para la interposición del recurso contencioso administrativo, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en demanda de que se declarara el derecho de la actora a mantenerse en la pacífica posesión de las obras de urbanización hasta que terminaran y fueran recepcionadas.

Por medio de otrosí, en la misma demanda, se solicitó, como medidas cautelares, que se mantuviera a la actora en la pacífica posesión de los terrenos que venía urbanizando y que se requiriera al Ayuntamiento para que cesaran unas actuaciones que conllevaban despojo.

En dicho recurso contencioso administrativo, que se registró con el número 2467/01, el Ayuntamiento encomendó al acusado José María Del Nido Benavente y a su compañera de despacho D^a. Laura Sánchez Díaz la defensa de los

intereses municipales, mediante Decreto de 16 de octubre de 2001; como sucedió en todas las ocasiones: sin que mediara expediente de contratación.

El trámite de este recurso se redujo, como en el supuesto anterior, al dictado del auto de 30 de septiembre de 2002, en el que se declaró terminado el recurso contencioso por desistimiento de la actora, sin expresa imposición de costas.

- Recurso contencioso administrativo N° 2475/01: La misma parte actora del anterior procedimiento, por medio de escrito fechado el 8 de octubre de 2001, presentado ante la misma Sala, solicitó la anotación preventiva en el registro de la propiedad de Marbella del convenio de 18 de abril de 2001.

La Sala incoó el recurso contencioso administrativo número 2475/01 en el que, con fecha 30 de noviembre de 2001, dictó auto acordando no haber lugar a la adopción de la medida cautelar interesada, al no haber quedado acreditada la concurrencia de las circunstancias urgentes que la justifiquen.

La parte actora reiteró la solicitud de la medida y la Sala dio audiencia por diez días al Ayuntamiento de Marbella, por ser la corporación la titular de las fincas. El día 18 de abril de 2002 tuvo entrada en la Sala un escrito que firmaba como letrado José María Del Nido Benavente, en defensa del Ayuntamiento de Marbella, en el que se oponía a la adopción de la medida interesada.

Por auto de 20 de junio de 2002 la Sala desestimó la medida, al no haberse acreditado el cumplimiento de la condición suspensiva consistente en la ratificación del convenio por el órgano competente del Ayuntamiento de Marbella, sin que se hiciera expresa imposición de costas.

- Juicio Ordinario N° 228/01: Por otra parte, la sociedad mercantil “Safamotor, S.A.” formuló demanda, que tuvo entrada en el Decanato de Marbella el 13 de junio de 2001, contra D. Juan Rueda Tovar, pues dicha sociedad había adquirido de la mercantil “Pavimentos Sierra Blanca S.L.”, mediante contrato de compraventa fechado el 5 de abril de 2001, las parcelas n.º 33 y 35 del Polígono Industrial de San Pedro de Alcántara, sin que vendedora hubiera adquirido aún la propiedad de las parcelas que transmitía, pues no se había firmado todavía el convenio de 18 de abril de 2001.

En dicha demanda, por medio de otrosí digo, se interesaba, como medidas cautelares, junto a la anotación de la demanda en el registro de la propiedad, la de prohibir a la mercantil “Pavimentos Sierra Blanca S.L.” la realización de actos de disposición sobre las citadas parcelas y la de requerir al

Ayuntamiento de Marbella, para que se abstuviera de otorgar escritura pública a la sociedad citada hasta que recayera sentencia en el procedimiento que entablaba.

La demanda se admitió a trámite y dio lugar a la incoación de los autos de juicio ordinario número 228/01 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número Cinco de Marbella. En el auto de 13 de junio de 2001 se acordó, además de la admisión a trámite de la demanda y el traslado de ella a la parte demandada, que se diera también traslado al M.I. Ayuntamiento de Marbella, a los efectos del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El 12 de julio de 2001 tuvo entrada en el juzgado el escrito de contestación a la demanda que firmaba como letrado José María Del Nido Benavente, en defensa del Ayuntamiento de Marbella, oponiéndose a la adopción de la medida cautelar interesada.

Este proceso terminó el 29 de julio de 2002 en un escrito presentado por todas las partes al Juzgado en el que se pide el archivo del procedimiento sin imposición de costas.

- Tercer convenio: El 29 de julio de 2002, se firmó el tercer convenio por los mismos protagonistas del anterior y en la misma representación citada; en el que se acordaba: 1) la entrega por parte del Ayuntamiento de un conjunto de fincas valoradas (según la tasación sin actualizar del convenio anterior) en 4.346.519,50 euros en pago de las obras que “Pavimentos Sierra Blanca, S.L.” había ejecutado (valoradas en 2.553.302,49 euros aunque faltaba terminarlas) y en pago también de los endosos pendientes de pago e intereses de demora (cuantificados en 1.100.999,25 euros como deuda que el Ayuntamiento reconocía); y 2) la entrega al Ayuntamiento de la diferencia: 692.217,76 euros mediante endoso de cheque bancario.

En concreto el Ayuntamiento entregó una vivienda que, en un dictamen pericial efectuado el 4 de mayo de 2001 con motivo del convenio celebrado el día 18 de abril de 2001, se valoró en 146.326,34 euros, y siete parcelas, una menos que en el convenio anterior, con una extensión total de 22.185,82 metros cuadrados edificables que, en el referido dictamen, se valoraban a razón de 189,32 euros el metro cuadrado.

Como se ha apuntado, la no revisión de las tasaciones a precios de verano de 2002 conllevó una infravaloración de los inmuebles entregados por el Ayuntamiento según los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

La estipulación 3 del convenio de 29 de julio de 2002 era del siguiente tenor literal: PAVIMENTOS SIERRA BLANCA S.L. y RUZAR S.L desisten de

los contencioso-administrativos que ha interpuesto contra el Ayuntamiento de Marbella, obligándose PAVIMENTOS SIERRA BLANCA S.L. al pago de las costas ocasionadas que, por todos los conceptos, suman un total 420.708 €, más IVA. menos retención, suma por la que se endosa en este mismo acto, cheques bancarios a favor del Letrado Don José María Del Nido.”

El convenio de 29 de julio de 2002 comentado fue elevado a público el mismo día de su celebración, ante el notario D. Joaquín María Crespo Candela, con el n.º 4.493 de su protocolo.

En el documento público figuran Julián Felipe Muñoz Palomo, en representación del Ayuntamiento (como alcalde accidental, pero sin que mediara delegación alguna del Pleno), y D. Juan Rueda Tovar, en representación de las mercantiles Pavimentos Sierra Blanca, S.L” y “Ruzar S.L.”

En la escritura pública se omitió el contenido de la estipulación 3 del convenio, con lo que no se reflejaba el endoso del cheque como pago de costas al acusado José María Del Nido Benavente por importe de 420.708 euros más IVA.

- Cobros de José María Del Nido Benavente: Por los asuntos relatados en este epígrafe el acusado José María Del Nido Benavente emitió y le fueron abonadas las siguientes minutas: - Minuta 36/02, de 18 de junio de 2002, presentada al Ayuntamiento por el recurso contencioso administrativo número 2467/01 y con un importe total a pagar de 13.943,00 euros. - Minuta 69/02, de 30 de septiembre de 2002, presentada al Ayuntamiento por el recurso contencioso administrativo número 2475/01 y con un importe total a pagar de 23.200,00 euros.

El pago de ambas minutas fue aprobado por Decretos del alcalde accidental, el acusado Julián Felipe Muñoz Palomo.

Por Decretos de 2 de octubre de 2001 a 9 de enero de 2002 con relación al Juicio Ordinario 228/01, sin que conste nombramiento alguno, el acusado José María Del Nido Benavente cobró cuatro recibos por importe de 38.344,57 €.

- Minuta 49/02, de 29 de julio de 2002, a nombre de la mercantil “Pavimentos Sierra Blanca, S.L” y con un importe total a pagar de 488.021,28 €. Como concepto minutable de la Minuta 49/02 se incluía la totalidad de su intervención “a instancias del M.I. Ayuntamiento de Marbella, en los procedimientos contenciosos núms. 1283/00, seguido a instancias de Ruzar contra el Ayuntamiento de Marbella; Recurso contencioso-administrativo 2.467/01, seguido a instancias de “Pavimentos Sierra Blanca, S.L.”, contra el Ayuntamiento de Marbella; y recurso contencioso-administrativo 2.475/01, seguido a instancia de

“Pavimentos Sierra Blanca, S.L.”, contra el Ayuntamiento de Marbella; en T.S.J.A.... Total honorarios 420.708,47 €”.

Interesa recordar que en ninguno de los procedimientos reseñados había mediado condena en costas y que el letrado actuaba en nombre del Ayuntamiento, no de la sociedad “Pavimentos Sierra Blanca, S.L” a cuyo nombre emitió la Minuta 49/02.

XI.- EPÍLOGO: El 11 de agosto de 2003, se realizó el último pago del Ayuntamiento de Marbella al acusado José María Del Nido Benavente.

El 13 de agosto de 2003, se aprobó una moción de censura que determinó la remoción de Julián Felipe Muñoz Palomo de la alcaldía de Marbella y el nombramiento para tal cargo de Soledad Yagüe Reyes; quien nada más tomar posesión del cargo prescindió del letrado sevillano de todos los asuntos del Ayuntamiento por su estrecha vinculación con el anterior alcalde.

El 15 de septiembre de 2006, José María Del Nido Benavente presentó declaración como imputado por las presentes actuaciones ante el Juzgado de Instrucción número uno de Marbella.

El 28 de septiembre de 2006, el acusado José María Del Nido Benavente presentó ante el Departamento correspondiente del Ayuntamiento de Marbella reclamaciones de pago de sus honorarios pendientes mediante carta fechada.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a ANTONIO CALLEJA RODRÍGUEZ de un delito continuado de Asociación Ilícita y del delito continuado de Malversación de uso de Bienes Inmuebles de los que venía siendo acusado por ambas acusaciones hasta que, en el trámite de conclusiones definitivas, retiraron la acusación por ambos delitos tanto el Ministerio fiscal como la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio dos cuadragésimas parte de las costas. Asimismo, debemos absolver y absolvemos a RAFAEL GONZÁLEZ CARRASCO, a MARÍA LUISA ALCALÁ DUARTE, a JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ GARROSA y a ALBERTO GARCÍA MUÑOZ del delito de Prevaricación del que venían siendo acusados tanto por el Ministerio fiscal como por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

De la misma manera, debemos absolver y absolvemos a RAFAEL GONZÁLEZ CARRASCO del delito Malversación de Caudales Públicos del que venía siendo acusado tanto por el Ministerio fiscal como por la acusación particular

ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

De igual forma, debemos absolver y absolvemos a MARÍA LUISA ALCALÁ DUARTE, a JUAN FLORES GONZÁLEZ y a PEDRO TOMÁS REÑONES GREGO del delito Malversación de Caudales Públicos en cuantía inferior a 4000 euros del que venían siendo acusados por el Ministerio fiscal y, la primera, también por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas. Asimismo, debemos absolver y absolvemos a LEOPOLDO BARRANTES CONDE del delito de Asociación Ilícita, por retirada de acusación, y de los delitos de Falsedad Documental, Prevaricación y Fraude en concurso medial con el delito continuado de Malversación de Caudales Públicos de los que venía siendo acusado por la acusación particular y también por el Ministerio fiscal, en cuanto a la Falsedad Documental y a la Prevaricación se refiere, declarando de oficio cuatro cuadragésimas partes de las costas.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE, a MODESTO FRANCISCO DE ASÍS PERODIA CRUZ-CONDE, a ESTEBAN GUZMÁN LANZAT y a VÍCTOR COHEN ZERÓN (además de los delitos por los que se ha retirado la acusación de Asociación Ilícita y Malversación de uso de Bienes Inmuebles) del delito Societario continuado y del delito Societario del que venían siendo acusados, respectivamente, por el Ministerio fiscal y por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

De la misma forma, debemos absolver y absolvemos a JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE, y a ÁNGELES CARRASCO SANZ, de un delito continuado de Falsedad Documental de que venían siendo acusados, el primero por las dos acusaciones, el segundo y la tercera sólo por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a ÁNGELES CARRASCO SANZ, del delito de Prevaricación que le imputa la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

De la misma forma, debemos absolver y absolvemos a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE del delito de Tráfico de Influencias del que venía

siendo acusado por el Ministerio fiscal, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE del delito de Apropiación Indevida del que venía siendo acusado por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

De igual manera, debemos absolver y absolvemos a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE del delito de Presentación de documento falso del que venía siendo acusado por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

Del mismo modo, debemos absolver y absolvemos a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE del delito de Falsedad en Documento Oficial del que venía siendo acusado por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

De la misma forma, debemos absolver y absolvemos a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE del delito de Deslealtad Profesional, del que venía siendo acusado tanto por el Ministerio fiscal como por la acusación particular ejercida por el M.I. Ayuntamiento de Marbella, declarando de oficio una cuadragésima parte de las costas.

Por el contrario: Debemos condenar y condenamos a JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y quince años de Inhabilitación absoluta; así como al pago de cinco cuadragésimas partes de las costas del juicio.

De la misma forma, debemos condenar y condenamos a JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE como cooperador necesario criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pese a no ser autoridad ni funcionario público, a las penas de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho

de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y quince años de Inhabilitación absoluta; así como al pago de cinco cuadragésimas partes de las costas del juicio.

De igual manera, debemos condenar y condenamos a MODESTO FRANCISCO DE ASÍS PERODIA CRUZ-CONDE como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y trece años de Inhabilitación absoluta; así como al pago de tres cuadragésimas partes de las costas del juicio.

Asimismo, debemos condenar y condenamos a ESTEBAN GUZMÁN LANZAT como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y trece años de Inhabilitación absoluta; así como al pago de tres cuadragésimas partes de las costas del juicio.

De igual forma, debemos condenar y condenamos a JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS como autor criminalmente responsable de un delito de Fraude en concurso medial con un delito de Malversación de Caudales Públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis años de Inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el delito de Fraude; y a las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis años de Inhabilitación absoluta, por el delito de Malversación de Caudales Públicos; así como al pago de una cuadragésima parte de las costas del juicio.

De igual manera, debemos condenar y condenamos a VÍCTOR COHEN ZERÓN como cooperador necesario criminalmente responsable de un delito de Fraude en concurso medial con un delito continuado de Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad

criminal por no ser autoridad ni funcionario público, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y tres años de Inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el delito de Fraude; y a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis años de Inhabilitación absoluta, por el delito continuado de Malversación de Caudales Públicos; así como al pago de dos cuadragésimas partes de las costas del juicio.

Asimismo, debemos condenar y condenamos a ÁNGELES CARRASCO SANZ como cooperadora necesaria criminalmente responsable de un delito defraude en concurso medial con un delito continuado de Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por no ser autoridad ni funcionario público, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y tres años de Inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el delito de fraude; y a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis años de Inhabilitación absoluta, por el delito continuado de Malversación de Caudales Públicos; así como al pago de dos cuadragésimas partes de las costas del juicio.

De la misma forma, debemos condenar y condenamos a ALFREDO CHICA VERA como cooperador necesario criminalmente responsable de un delito de fraude en concurso medial con un delito de Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por no ser autoridad ni funcionario público, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y tres años de Inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el delito de fraude; y a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis años de Inhabilitación absoluta, por el delito de Malversación de Caudales Públicos; así como al pago de una cuadragésima parte de las costas del juicio.

De igual manera, debemos condenar y condenamos a MANUEL VÁZQUEZ CUESTA como cooperador necesario criminalmente responsable de un

delito de fraude en concurso medial con un delito de Malversación de Caudales Públicos en concepto de cómplice, con la concurrencia en el primero de ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por no ser autoridad ni funcionario público, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y tres años de Inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el delito de fraude; y a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis años de Inhabilitación absoluta, por el delito de Malversación de Caudales Públicos, así como al pago de una cuadragésima parte de las costas del juicio.

En el ámbito de la responsabilidad civil, el condenado Julián Felipe Muñoz Palomo indemnizará al M.I. Ayuntamiento de Marbella en las siguientes cantidades: 1º) En la cantidad de 126.885,67 euros; importe conjunto de las Minutas 93/00 y 37/01, libradas en el contencioso-administrativo interpuesto con el fin de oponerse la fiscalización acordada por la Cámara de Cuentas de Andalucía.

2º) En la cantidad de 17.429,35 euros; importe de la Minuta 53/99, librada en relación con la fiscalización llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas.

3º) En la cantidad de 27.346,04 euros; importe conjunto de las Minutas 15/00, 46/00 y 112/00, libradas como consecuencia de la presentación de los primeros recursos desestimatorios.

4º) En la cantidad de 171.156,17 euros; importe conjunto por las dieciocho Minutas giradas a las sociedades municipales participadas, en concepto de entrega a cuenta de su actuación en las labores de fiscalización, con inclusión de las inactivas.

5º) En la cantidad de 73.203,27 euros; importe conjunto de las veintiún minutas emitidas con el pretexto de la cumplimentación de los formularios SMM1.

6º) En la cantidad de 348.599,59 euros; importe de la Minuta 114/00.

7º) En la cantidad de 278.869,61 euros, importe de la Minuta 48/01.

8º) En la cantidad de 1.380.404,68 euros; importe total de los pagos realizados por las Minutas 50/01, 03/02 y las reseñadas en el epígrafe “Acuerdo de 3 de julio de 2001” (incluida la 21/03 no listada por la acusación particular, pero sí por el Ministerio fiscal).

9º) En la cantidad de 87.146,75 euros; importe total de las cinco Minutas libradas por la supuesta intervención de José María Del Nido Benavente con motivo de la inspección tributaria de cinco sociedades municipales.

10º) En la cantidad de 46.013,48 euros; importe de la Minuta 102/00, librada por la supuesta participación de José María Del Nido Benavente en la disolución y liquidación de la sociedad municipal “Control de Gestión Local S.L.”

11º) En la cantidad de 156.349,46 euros; importe de la Minuta nº 115/00 librada por la supuesta intervención de José María Del Nido Benavente en la venta de aparcamientos, locales y trasteros del Mercado Municipal.

12º) En la cantidad de 73.203,27 euros; importe total de las tres Minutas (37/00, 107/00 y 127/00) libradas por indebidas personaciones de José María Del Nido Benavente en nombre del Ayuntamiento de Marbella, como responsable civil subsidiario, en Diligencias Previas incoadas como consecuencia de delitos Contra la Ordenación de Territorio.

13º) En la cantidad de 139.434,82 euros; importe de las ocho facturas libradas por la sociedad “Gestora de Consultoría Ceutí, S.L.”.

14º) En la cantidad de 132.463,06 euros; importe total de las diez minutas pagadas a Ángeles Carrasco Sanz. La cantidad total que debe indemnizar Julián Felipe Muñoz Palomo al M.I. Ayuntamiento de Marbella asciende a TRES MILLONES, CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO EUROS, CON VEINTIDÓS CÉNTIMOS (3.058.505,22 €).

En el mismo ámbito, el condenado José María Del Nido Benavente indemnizará, de forma conjunta y solidaria con Julián Felipe Muñoz Palomo al M.I. Ayuntamiento de Marbella, en las mismas cantidades reseñadas a excepción de las cantidades de 139.434,82 € y de 132.463,06 €, que se citan en último lugar, importes respectivos de las minutas satisfechas a la entidad “Gestora de Consultoría Ceutí, S.L” y a Ángeles Carrasco Sanz. Por tanto, la cantidad total que deberá indemnizar asciende a DOS MILLONES, SETECIENTAS Y OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SIETE EUROS, CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (2.786.607,34 €).

Con el mismo motivo, los acusados Modesto Francisco Asís M^a. Perodia Cruz-Conde y Esteban Guzmán Lanzat, también como miembros del Consejo de Administración de la sociedad municipal “Control de Servicios locales, S.L.”, indemnizarán, cada uno de ellos, al M.I. Ayuntamiento de Marbella, de forma conjunta y solidaria con los anteriores: 1º) En la cantidad de 126.885,67 €, importe conjunto de las dos minutas (nº 93/00 y nº 37/01).

2º) En la de 171.156,17 €, por las dieciocho minutas giradas a las sociedades municipales participadas, en concepto de entrega a cuenta de su actuación en las labores de fiscalización, con inclusión de las inactivas.

3º) En la cantidad de 73.203,27 €, importe de las veintiún minutas emitidas por la cumplimentación de los formularios SMM1.

4º) En la cantidad de 348.599,59 €, importe de la minuta nº 114/00 .

5º) En la cantidad de 278.869,61 €, importe de la minuta nº 48/01.

6º) En la cantidad de 1.380.404,68 €, importe de los pagos realizados por las minutas reseñadas en el epígrafe “Acuerdo de 3 de julio de 2001”.

7º) En la cantidad de 87.146,75 €, importe total de las cinco minutas libradas por la supuesta intervención de José María Del Nido Benavente con motivo de la inspección tributaria de cinco sociedades municipales.

8º) En la cantidad de 46.013,48 €, importe de la minuta nº 102/00. 9º) En la cantidad de total de 139.434,82 €, importe de las ocho facturas libradas por la sociedad “Gestora de Consultoría Ceutí, S.L”, por la elaboración de alegaciones al proyecto de informe de Fiscalización.

La cantidad total que deben indemnizar de forma solidaria los condenados Modesto Francisco Asís M^a. Perodia Cruz-Conde y Esteban Guzmán Lanzat, como miembros del Consejo de Administración de la sociedad municipal “Control de Servicios locales, S.L.”, al M.I. Ayuntamiento de Marbella asciende a DOS MILLONES, SEISCIENTAS CINCUENTA IÚN MIL SETECIENTOS CATORCE EUROS, CON CUATRO CÉNTIMOS (2.651.714,04 €).

En el mismo ámbito, el condenado Víctor Cohen Zerón indemnizará al M.I. Ayuntamiento de Marbella, de forma conjunta y solidaria con Julián Felipe Muñoz Palomo, Modesto Francisco Asís M^a. Perodia Cruz-Conde y Esteban Guzmán Lanzat, en la cantidad total de CIENTO TREINTA NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (139.434,82 €), por el indebido pago de ocho facturas libradas por la sociedad “Gestora de Consultoría Ceutí, S.L”.

De esta cantidad responderá de forma subsidiaria la sociedad “Gestora de Consultoría Ceutí, S.L.” (Art. 120.4 CP).

En el mismo ámbito, la condenada Ángeles Carrasco Sanz indemnizará, de forma conjunta y solidaria con Julián Felipe Muñoz Palomo, al M.I. Ayuntamiento de Marbella, en la cantidad total de CIENTO TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS CON SEIS CÉNTIMOS (132.463,06 €).

En el mismo ámbito, los condenados Juan Antonio Roca Nicolás, Alfredo Chica Vera y Manuel Vázquez Cuesta indemnizarán al M.I. Ayuntamiento de Marbella, de forma conjunta y solidaria, en la cantidad total de 80.175,01 €, por

la factura cobrada por la sociedad “Asesoría Económica None, S.L.”, que responderá de forma subsidiaria de su abono (Art. 120.4 CP).

Los pronunciamientos de esta resolución sobre responsabilidades civiles no impiden que el Tribunal de Cuentas se pronuncie sobre la responsabilidad contable.

Si bien, en la fase de ejecución de las sentencias, deberá tenerse en cuenta lo abonado en una y otra jurisdicción, con la finalidad de evitar duplicidad en el reintegro al Erario Público, por un mismo concepto. Reclámese del juzgado instructor el envío de la piezas separadas de responsabilidad civil de los condenados concluidas conforme a derecho.

Llévese nota de estas condenas al Registro Central de Penados y Rebeldes. Déjense sin efecto cuantas medidas cautelares se hayan adoptado sobre la persona o bienes de los acusados absueltos Antonio Calleja Rodríguez, Alberto García Muñoz, José Luis Fernández Garrosa, Pedro Tomás Reñones Grego, Juan Flores González, María Luisa Alcalá Duarte, Rafael González Carrasco y Leopoldo Barrantes Conde.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal** y por las representaciones de los acusados **Julián Felipe Muñoz Palomo, José María Del Nido Benavente, Modesto Perodia Cruz-Conde, Victor Cohen Zerón, Angeles Carrasco Sanz, Juan Antonio Roca Nicolás, Manuel Vázquez Cuesta**, 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 el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida del art. 392 en relación con el art. 390.1.2º y art. 74 todos ellos Código Penal; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida del art. 467.1 C.P.; Tercero.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación

indebida del art. 390.1.3º y 4º C.P.; Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida del art. 435.1 C.P.; Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 77 C.P.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 del art. 851 L.E.Cr., cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados o resulte manifiesta contradicción entre ellos o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implique la predeterminación del fallo; Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 3 o también del nº 1 del art. 851 L.E.Cr., por no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la defensa y que entendemos que puede centrarse en la justificación en nuestras conclusiones provisionales; en las definitivas y en general en nuestra defensa y argumentación de inexistencia de los delitos de prevaricación; malversación de caudales y fraude por los que se ha condenado a Julián Felipe Muñoz Palomo; Tercero.- Por vulneración de los preceptos constitucionales de: presunción de inocencia y a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, establecido en el art. 24.2 de nuestra Constitución, al amparo del art. 54 de la L.O.P.J.; Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849 nº 1 de la L.E.Cr. por haberse infringido el art. 404 del C. Penal, por cuanto se aplica indebidamente; Quinto.- Por infracción de ley del art. 849 nº 1 L.E.Cr., por haberse infringido el art. 432 del C. Penal, por cuanto se aplica indebidamente; Sexto.- Por infracción de ley del art. 849 nº 1 L.E.Cr., por haberse infringido el art. 436 del C. Penal por indebida aplicación del mismo.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto por los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin sufrir indefensión, garantizado por el art. 24 C.E., en cuanto han sido objeto de enjuiciamiento hechos que no fueron objeto de imputación en fase de instrucción y por lo que no se abrió el juicio oral; Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto por los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por

infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el art. 24 de la C.E. por vulneración del principio acusatorio al haber integrado y completado la sentencia el escrito de acusación en cuanto al delito de fraude; Tercero.- Por infracción de precepto constitucional: Al amparo de lo previsto por los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el art. 24 de la C.E. por vulneración del principio acusatorio al haber condenado la sentencia por hechos por los que no fue acusado el recurrente con relación a la intervención profesional del recurrente en el proceso de inspección tributaria; Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto por los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., por infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el art. 24 de la C.E. y sin que se haya valorado en forma lógica, coherente, racional y no arbitraria las pruebas de las que dispuso la Ilma. Sala de instancia; Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º de la L.E.Cr., se denuncia el error padecido por la sentencia recurrida en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; Sexto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 C.E. por vulneración del principio de legalidad penal y la prohibición de aplicación analógica de la norma penal y del art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 432.1º y 2º del C. Penal, que tipifica el delito de malversación de caudales públicos, que ha sido indebidamente aplicado al recurrente; Séptimo.- Por infracción constitucional e infracción de ley, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. en relación con los arts. 9.3 y 25 de la C.E., por vulneración del principio de legalidad penal y al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 432.2º en relación con el art. 74.2 C.P., por aplicación indebida del tipo agravado de malversación de caudales públicos por razón de la cuantía; Octavo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E.; Noveno.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 74 del C. Penal, por indebida aplicación al delito de fraude; Décimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 404 del C.

Penal en relación con el art. 28.b), que ha sido indebidamente aplicado; Undécimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 77 del C. Penal, por indebida apreciación de un concurso de delitos entre el delito de fraude y el de malversación; Duodécimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 74.1, por aplicación indebida, en relación con el art. 77 del C. Penal, por inadecuada individualización de la pena del delito de malversación de caudales públicos a los efectos de su punición por separado, lo que se ha traducido en una inflación punitiva; Decimotercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 65.3º del C. Penal por inaplicación; Decimocuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el art. 2º del C. Penal, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **MODESTO PERODIA CRUZ-CONDE**, lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**: Primero.- Se formula al amparo del art. 851 nº 1, inciso primero, de la L.E.Cr. por falta de claridad en los hechos probados, concretamente porque se presume, que no se puede dar por probado, en el Hecho Probado I, que por la creación de más de treinta sociedades municipales con objetos sociales de enorme amplitud y en muchas ocasiones comunes, Don Jesús Gil y Gil, alcalde electo de Marbella desde el año 1991, pretendía una huída constante de los controles marcados por el derecho administrativo; Segundo.- Por oscuridad en la descripción de los hechos; Tercero.- Sin precisar; Cuarto.- Sin precisar; Quinto.- Sin precisar; Sexto.- Sin precisar; Séptimo.- Al amparo del art. 851.3º L.E.Cr., por no resolverse en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la acusación y defensa; Octavo.- Por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión, art. 24.2 C.E.; por conculcación de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia; y por conculcación del principio de legalidad del art. 25.1 en relación con el art. 9.3 ambos C.E.; Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º y 2º en relación con el art. 855 L.E.Cr., por error en la aplicación de los arts. 74 y 77 C.P. y art. 17.3 L.E.Cr.; Décimo.- Por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **VICTOR COHEN ZERÓN** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O. 5/1985; Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 852 de la L.E.Cr. y 5.4 L.O. 5/1985; Tercero.- Por infracción de ley del número 1 del art. 849 L.E.Cr.; Cuarto.- Por infracción de ley del número 1 del art. 849 L.E.Cr.

VI.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **ANGELES CARRASCO SANZ**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de preceptos y normas penales de carácter sustantivo (Art. 849.1 L.E.Cr.). Infracción de lo dispuesto en el art. 432.1 del C. Penal (delito de malversación), en el sentido de su improcedente e indebida aplicación; Segundo.- Por infracción de preceptos y normas penales de carácter sustantivo (art. 849.1 L.E.Cr.). Infracción de lo dispuesto en el art. 436 del C. Penal (delito de fraude), en el sentido de su improcedente e indebida aplicación; Tercero.- Por no expresarse de forma clara y terminante los hechos que se consideran probados para llegar a la condena de Doña Angeles Carrasco Sanz (art. 851.1 L.E.Cr.); Cuarto.- Por no resolverse o manifestarse la sentencia en relación a los puntos y argumentos que fueron esgrimidos por esta parte en ejercicio del legítimo derecho de defensa de Doña Angeles Carrasco Sanz (art. 851.3º L.E.Cr.); Quinto.- Por infracción de preceptos constitucionales (art. 851 L.E.Cr.).

VII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., al haberse producido condena a pesar de que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia del Sr. Roca, ya que, lo que debería ser la valoración probatoria de la supuesta participación objetiva del Sr. Roca en el delito de malversación de caudales públicos (tipo objetivo), en realidad no existe (no hay valoración probatoria externalizada), y en la parte que existe no tiene fuerza probatoria alguna conforme a las máximas de la experiencia, habiendo sido valorada la prueba pues, por todo ello, de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea; Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., al haberse producido

condena a pesar de que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia del Sr. Roca, ya que, lo que debería ser la valoración probatoria de la supuesta participación objetiva del Sr. Roca en un delito de malversación de caudales públicos (tipo objetivo), si es que se considerara frente al motivo 1º que existe y que tiene fuerza probatoria, de todas formas no reúne los requisitos suficientes para enervar la presunción de inocencia mediante la prueba de indicios, habiendo sido valorada la prueba pues, por todo ello, de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea; Tercero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuada la presunción de inocencia del Sr. Roca, ya que, lo que debería ser la valoración probatoria de la supuesta participación objetiva del Sr. Roca en un delito de malversación de caudales públicos (tipo objetivo), si es que se considerase frente a los motivos 1º y 2º que existe y que tiene fuerza probatoria, así como que reúne los requisitos de la prueba de indicios, de todas formas atenta contra las estrictas reglas de la lógica y es además reflejo de las dudas que tuvo el juzgador a quo plasmadas en la sentencia, habiendo sido valorada la prueba pues, por todo ello, de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea; Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., al haberse producido condena a pesar de que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia del Sr. Roca, ya que, lo que debería ser la valoración probatoria de la supuesta participación objetiva del Sr. Roca en un delito de malversación de caudales públicos (tipo objetivo), si es que se considerara frente a los motivos 1º, 2º y 3º que existe, que tiene fuerza probatoria, que reúne los requisitos de la prueba de indicios, y que no atenta contra las estrictas reglas de la lógica en general, de todas formas es irracional porque no ha tenido en cuenta en absoluto, ni para descartarla, la prueba de descargo ofrecida (en este sentido atenta contra las máximas de la experiencia y contra las reglas de la lógica), habiendo sido valorada la prueba pues, por ello, de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea; Quinto.- Al amparo del art. 850.1º L.E.Cr., así como el art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.2 de la C.E. -derecho de defensa y derecho a la presunción de inocencia-, al no haberse practicado una prueba que, propuesta en tiempo y forma por la defensa del Sr. Roca y admitida por la Sala, finalmente no se practicó; Sexto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.1 C.E., al haberse producido quebranto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, tal y como hemos visto en

los cuatro motivos precedentes lo que se quiere hacer ver que es prueba de cargo bastante sobre la participación objetiva del Sr. Roca Nicolás respecto del delito de malversación de caudales públicos (tipo objetivo), en realidad no es sino una prueba valorada irracionalmente, luego no es de cargo; Séptimo.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24 de la C.E., al haberse producido condena a pesar de que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia, ya que la aplicación de la autoría (art. 28) en un delito de malversación de caudales públicos se ha producido ajena a la interpretación de la teoría de la imputación objetiva, pese a que el resultado de despatrimonialización de 80.175 € producido no era imputable al Sr. Roca (tipo objetivo), puesto que su acción podía ampararse en el principio de confianza y era un acto neutral, de modo tal que la interpretación probatoria solo puede considerarse arbitraria; Octavo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuado el principio de presunción de inocencia, ya que la participación subjetiva dolosa del Sr. Roca en el delito de malversación de caudales públicos (tipo subjetivo) ha sido afirmada sin más, sin dato alguno ni subsunción, habiendo sido valorada la prueba por ello de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea; Noveno.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr., por vulneración del art. 24.1 de la C.E., al haberse producido vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, lo que se quiere hacer ver que es prueba de cargo bastante sobre la participación subjetiva dolosa del Sr. Roca respecto del delito de malversación de caudales públicos y el de fraude (tipo subjetivo), en realidad no es sino una prueba valorada irracionalmente, luego no es de cargo; Décimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 436 del C. Penal, al entender la Sala juzgadora, erróneamente, que ha concurrido el delito de fraude sin poder hacerlo puesto que el Sr. Roca no es funcionario, y todo ello, sin haber llevado a cabo subsunción en dicho delito en modo alguno, luego se ha producido también infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 de la C.E.; Undécimo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por vulneración del art. 436 del C. Penal, al haberse producido condena por el delito de fraude sin tener en cuenta que el mismo entra en concurso de leyes del art. 8 C.P. -y decae- con el delito de malversación, por el que también ha recaído condena, es decir, que el mismo no concurre de forma ideal con este delito, sino que se trata de un concurso de leyes (consunción); Decimosegundo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por vulneración

de los arts. 436, así como 131 y 132 del C. Penal en relación con la prescripción del delito, por cuanto el delito de fraude estaba prescrito, y ningún precepto, en contra del principio de legalidad penal autoriza a modificar las normas de prescripción por el hecho de que en la sentencia se haya entendido que un delito concurre junto a otro.

VIII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **MANUEL VÁZQUEZ CUESTA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y del art. 852 L.E.Cr. y en particular, por el quebrantamiento en la sentencia que se recurre, del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E.; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por inaplicación del art. 21.6 del C. penal y vulneración del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías; Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por inaplicación del art. 65.3 del C. Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación de todos sus motivos, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las partes recurridas, impugnando los recursos, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 5 de noviembre de 2013, con la asistencia de los siguientes Letrados recurrentes: 1º) D. Julio Perodia Cruz-Conde en defensa de Julián F. Muñoz Palomo y Modesto F. Perodia Cruz; 2º) D. Javier Sánchez-Vera Gómez Trellez por Juan Antonio Roca Nicolás; 3º) D. José A Choclán Montalvos en defensa de José Mª del Nido Benavente; 4º) D. Juan Sánchez Zabala en defensa de Angeles Carrasco Sanz; 5º) D. Ernesto Osuna Martiner por Víctor Cohen Zerón; 6º) D. Jaime F. Cros Cecilia en defensa de Manuel Vázquez Cuesta y el Excmo. Sr. Fiscal D. Carmelo Quintana Jiménez que informaron sobre los motivos. Los Letrados recurridos D. Alberto Peláez Morales y D. Enrique Sánchez González por el Ayuntamiento de Marbella. D. Salvador Guerrero Palomares por Leopoldo Barrantes Conde y Dª Rosa Mª Gracia Montalbán por Estéban Guzmán Lanzat que informaron sobre los motivos y se ratificaron en sus escritos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL FISCAL

PRIMERO.- El primero de los cuatro motivos que alega el Fiscal (en su momento renunció al 4º de los cinco formulados), lo canaliza a través del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación del art. 390.1.2º, en relación al 392 y 74 C.P.

1. La sentencia recurrida absuelve a José María del Nido del delito de falsedad en documento mercantil por considerar que nos hallamos ante una falsedad ideológica realizada por particular que no se halla tipificada. El Fiscal entiende que los hechos imputados constituyen una falsedad documental por simulación.

La imputación de un delito continuado de falsedad en documento mercantil estaría integrado, según su tesis, por la emisión de minutas por parte del acusado en concepto de facturación de honorarios profesionales por rellenar los formularios modelos SMM1 y por la intervención en la fiscalización llevada a cabo por el equipo de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas desplazado al Ayuntamiento de Marbella. Por tal concepto pasó minutas por importe de 73.203,27 euros, que le fueron abonadas por las respectivas sociedades municipales participadas. No existía documento alguno de designación para estas actividades de rellenar impresos, propias de funcionarios, sin que conste que las labores que se atribuía en la confección de las minutas las hubiere realizado.

Por otra parte, también pasó al cobro de las respectivas sociedades participadas en el concepto de entrega a cuenta de honorarios por la intervención en la fiscalización realizada por el Tribunal de Cuentas, una cantidad que ascendió a 171.156,17 euros, sin que existiera nombramiento realizado en forma para la intervención de un letrado externo en tales cometidos, amén que desde el inicio, cuando tomó la palabra ante el director técnico del Departamento del Tribunal de Cuentas, éste se la retiró por carecer de legitimación para ello. Las labores de colaboración con los Servicios del Tribunal de Cuentas las realizaron dos funcionarios designados al efecto.

El Fiscal estima en relación a los formularios que se crearon las minutas sin base real alguna, si nos atenemos a los propios argumentos del Tribunal de instancia, que pone de manifiesto que si se hubiera iniciado el preceptivo expediente de contratación se hubiera evidenciado la innecesariedad del encargo. Ninguna

constancia existe de la intervención del acusado, que no sea la recepción de las copias de los formularios en blanco que le remitía Julián Muñoz, tan pronto las recibía.

Junto a ese dato solo se justificaría cierta intervención para maquillar una hipotética actividad profesional por los **testimonios de los coacusados** (folio 280). Tampoco existe constancia de que los Consejos de Administración de las sociedades participadas adoptaran decisión alguna sobre esas labores. A ellas comunicó Julián Muñoz, tres meses después de cumplimentados los impresos, la designación verbal del acusado Sr. del Nido, tiempo antes.

Finalmente el Tribunal de Cuentas, en sentencias dictadas en trámite de apelación ha considerado que no estaba justificada la intervención del acusado en la cumplimentación de los formularios y le ha declarado responsable por alcance del importe de las minutas.

En relación a la intervención del recurrente en las labores de fiscalización se explicita en la sentencia impugnada:

- Que su presencia, a efectos del trabajo, era irrelevante.
- No se ha acreditado más contacto con el equipo fiscalizador que los simples saludos protocolarios.
- No consta que haya colaborado en forma alguna en los trabajos del equipo visitante. Es más, en la primera visita no se le reconoció como interlocutor válido de la entidad fiscalizada y se le retiró la palabra.
- La única colaboración que exigía el Tribunal de Cuentas es la que pudiera prestarle el personal adscrito a la entidad fiscalizada.
- Ninguno de los conceptos reflejados en las minutas ha quedado acreditado en la prueba practicada en el plenario.
- Por último, la Sala 3ª del Tribunal Supremo dictó sentencia de 2 de marzo de 2012, en recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de septiembre de 2010 de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, resolviendo la procedencia del reintegro por alcance de las cantidades percibidas por el concepto de las minutas. Dicha sentencia declara:
 - a) Que no hay constancia del nombramiento del recurrente para labores de cumplimentación de impresos y de colaboración en la fiscalización.
 - b) Que no hay constancia de que el citado realizara esos trabajos, y que en todo caso **hubieran sido innecesarios e irrelevantes.**

c) Que los conceptos reflejados en las minutas libradas no respondían a la verdad, lo que determinó la generación de responsabilidad contable en los miembros de los Consejos de Administración de las sociedades.

Con todo ello el Fiscal considera que el contenido de las minutas, esto es, los conceptos reflejados en las mismas para obtener un cobro, no suponen una simple alteración de la verdad en una operación real, sino unos documentos de origen fraudulento que reflejan unas intervenciones que no han tenido lugar y que por tanto deben ser calificados de documentos no auténticos a los efectos del art. 390.1.2º C.P. El acusado debe ser condenado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

2. La parte recurrida se opone abiertamente a la pretensión condenatoria, haciendo notar que el cauce procesal utilizado (art. 849.1º L..Cr.), obliga al pleno respeto a los hechos probados y lo que pretende el Fiscal es llevar a cabo una nueva valoración de los elementos fácticos acreditados obrantes en la causa, y lo cierto es que -según señala- en el hecho probado no se contienen los requisitos fácticos necesarios para aplicar la norma penal sustantiva. Concurriendo pruebas personales y no pudiendo ser oídos ni los acusados ni los testigos en sede casacional por no contar el recurso de casación dentro de su marco legal con un trámite específico que habilite la práctica de la prueba, es claro que a tenor de la doctrina de Tribunal Supremo, del Constitucional y del Europeo de Derechos Humanos, no resulta viable modificar el sentido del relato fáctico de la recurrida ni la convicción de la Audiencia Provincial en aquellos pronunciamientos absolutorios (véanse SS.T.S. 694/2012, de 24 de septiembre; 689/2012, de 20 de septiembre; 670/2012, de 19 de julio; 602/2012, de 10 de julio, etc.).

El Tribunal Constitucional ha sido reiterativo a partir de la sentencia 167/2002, a la que siguieron 170/2002; 197/2002; 198/2002; 230/2002; 41/2003; 68/2003; 118/2003; 189/2003; 50/2004; 75/2004; 192/2004; 200/2004; 14/2005; 43/2005; 78/2005; 105/2005; 181/2005; 199/2005; 202/2005; 203/2005; 229/2005; 90/2006; 309/2006; 360/2006; 15/2007; 64/2008; 115/2008; 177/2008; 3/2009; 21/2009; 118/2009; 120/2009, 184/2009; 2/2010; 127/2010; 45/2011 y 142/2011. A todas ellas deben añadirse como más recientes las de, SS.T.S 450/2011, de 18 de mayo; 1217/2011, de 11 de noviembre; 1223/2011, de 18 de noviembre; 1385/2011, de 22 de diciembre; 209/2012, de 23 de marzo y 236/2012, de 22 de marzo.

En todas ellas se protege el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. También el derecho de defensa, en estos mismos casos ha sido

salvaguardado por dicho Tribunal cuando afecta a los aspectos subjetivos del hecho delictivo, entre cuyas sentencias cabe citar la 184/2009, de 7 de octubre y la 142/2011, de 26 de septiembre.

Por último, de las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo podemos citar entre las más recientes la de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España y la de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España.

3. Descendiendo a nuestro caso y acudiendo a los hechos probados, resulta de sumo interés la afirmación de que "no hay otra circunstancia de que éste (Sr. del Nido) interviniera en su cumplimentación, que este dato (el conocimiento de los impresos a rellenar), según testimonio acreditado de Julián Muñoz, reflejado en los faxes remitidos y **los testimonios de los coacusados**. De hecho la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencias dictadas en apelación, ha considerado **que no estaba justificada la intervención** de José María del Nido Benavente en la cumplimentación de tales formularios".

Lo cierto es que en la relación de hechos probados no se contiene la afirmación de una relación jurídica absolutamente inexistente. Muy al contrario en la fundamentación jurídica de la combatida se dice a los folios 440 y 441 que: "La autenticidad subjetiva de los documentos nunca se ha cuestionado y en cuanto a la objetiva según el criterio de autenticidad lata, aunque se trate de asuntos donde era innecesaria la intervención de abogado externo del Ayuntamiento, **no ha quedado probado con el rigor procesal exigible que la actuación del acusado en los mismos fuera inexistente**. El principio in dubio pro reo impone el dictado de un pronunciamiento absolutorio a este respecto.

Conforme a la doctrina jurisprudencial aducida por el recurrido, aunque el Fiscal aporta abundantes datos para entender inexistentes los servicios que se minutan, esta Sala de casación no puede sustituir la duda de la Sala de instancia por la realización del hecho delictivo, sin haber practicado con inmediación la prueba, en particular sin haber oído a los coimputados y al Sr. del Nido, que provocaron duda en la Sala de instancia.

En la causa no se acreditó y plasmó en el factum con contundencia la deliberada actuación del acusado en la confección de un documento **inauténtico** con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica **absolutamente inexistente**.

Es cierto que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de febrero de 1999 consideró delictiva la conducta cuando la mendacidad del documento afecta a

su conjunto, recogiendo un acto inexistente, es decir, cuando es **absolutamente inveraz**. El Tribunal Constitucional ha recogido esta idea avalando la interpretación lata del concepto de autenticidad (art. 390.1.2 C.P.) en la aplicación de la modalidad falsaria de simulación documental, declarando que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001 de 4 de junio).

Pero como quiera que el obstáculo con el que tropieza el motivo, afecta al ámbito valorativo de unas pruebas personales y a la ausencia de audiencia del acusado en casación, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal el Fiscal, con apoyo en el mismo cauce procesal (art. 849.1º L.E.Cr.) denuncia la inaplicación del art. 467 C.P.

1. La sentencia absolvió a José María del Nido del delito continuado de deslealtad profesional por el que se acusaba al reputar atípica la conducta, por cuanto su punición supondría ampliar el sujeto activo del delito a los miembros de un despacho colectivo y además tenía el consentimiento de quienes defendía.

Los hechos, repetidos en las distintas sociedades participadas del Ayuntamiento, seguían la siguiente tónica: el acusado Sr. del Nido se personaba por el Ayuntamiento y sociedades participadas al objeto de ejercer la defensa, mientras que los cuentadantes o posibles responsables del expolio de tales sociedades eran defendidos por letrados de su propio despacho a pesar de existir intereses contrapuestos. Tales personaciones se efectuaron en las diligencias previas y preliminares desarrolladas por el Tribunal de Cuentas, pero al iniciarse los distintos procedimientos por alcance el Consejero de Cuentas requirió a los letrados que compartían despacho con el Sr. del Nido y a éste mismo haciéndoles ver la posibilidad de infringir el art. 28.6 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Decreto 658/2001 de 22 de junio. Tras el requerimiento el Sr. del Nido se apartó de la defensa del Ayuntamiento y sociedades participadas, designándose un nuevo letrado para actuar en los procedimientos de reintegro por alcance, eliminándose de esta forma la incompatibilidad sugerida.

La Audiencia consideró que la conducta imputada no resultaba subsumible en el art. 467.1 C.P., interpretado en términos rigurosos como impone la ley penal (art. 4.1 C.P y 25.2 C.E: principio de legalidad).

La incompatibilidad por concurrencia en la defensa de intereses contrapuestos de abogados del mismo despacho colectivo viene fijada en una norma que carece de rango legal, concretamente el art. 13 del código deontológico

de la Abogacía, teniendo prevista su sanción en los arts. 80 y ss. del Real Decreto 658/2001, ya citado.

Los hechos imputados de deslealtad profesional alcanzarían a supuestos de representación sucesiva de partes contrarias realizada por un despacho colectivo en el contencioso sobre la segregación de San Pedro de Alcántara del municipio de Marbella, en cuya situación se encontrarían compañeras del bufete de José María del Nido, sin que sean aludidas en los escritos acusatorios.

2. El Fiscal insiste en que en el factum se describen diversos hechos que ponen de relieve la conexión entre las dos defensas y llega a decirse en relación al acusado que toda su actividad profesional estuvo desplegada en defensa de los posibles cuentadantes, no del Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades municipales. Por otro lado la jurisprudencia admite la comisión del delito sin perjuicio de la naturaleza administrativa o cuasijurisdiccional de las actuaciones previas ante la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

Acerca del consentimiento de quienes defendía, el Fiscal entiende que no puede considerarse consentimiento válido el prestado por el alcalde accidental, el acusado Julián Muñoz, ya que la propia sentencia declara que se puso de acuerdo con el acusado Sr. del Nido para defraudar los intereses municipales.

3. Por estrictas razones de tipicidad el motivo, aunque bien estructurado y fundado, no debe prosperar.

El acusado no representó a los posibles responsables contables, que lo hicieron otros abogados, si bien incorporados a su propio bufete, pero a pesar de ello el delito de deslealtad profesional no tiene como sujeto activo un **despacho colectivo**, sino que se refiere a cada abogado individual, y en nuestro caso no se da el supuesto de hecho previsto en el tipo penal de que "un mismo abogado asuma la defensa de intereses contrapuestos sin consentimiento de sus defendidos", o dicho en otros términos, los titulares de la función de defensa que regula la normativa deontológica son los abogados considerados individualmente y no las sociedades profesionales en las que se integran.

Desde otro punto de vista y a efectos del consentimiento del defendido es evidente que en nuestro caso se da una situación irregular o anómala, ya que el consentimiento es una incidencia más del acuerdo planificado de expoliar al Ayuntamiento de Marbella a través de minutas ficticias, pero en cualquier caso no pudo existir oposición o reparo a tal maniobra, ya que ello era consecuencia de una situación harto compleja. En definitiva no puede decirse que se actúa sin el

consentimiento del Ayuntamiento o sociedades, ya que quienes debían representarlos estaban implicados en una trama delictiva de mayor alcance.

Por otro lado, en los procedimientos de reintegro por alcance la actuación conjunta del acusado, Sr. del Nido, y la letrada de su despacho profesional que ostentaba la representación de los presuntos responsables contables se limitó a la personación en los mismos, ya que puesta de manifiesto la incompatibilidad por el Consejero de Cuentas, de inmediato se regularizó la situación.

En cualquier caso, por razón de la supuesta incompatibilidad inicial, al representar intereses contrapuestos, no se ha concretado un daño distinto al que es consecuencia y efecto de los demás delitos cometidos.

Finalmente, el motivo tropieza para su estimación, con la falta de audiencia por este Tribunal de casación de la persona acusada que resultó absuelta en la instancia, con vulneración del derecho de defensa, sobre todo en la determinación del tipo subjetivo del injusto o dolo del autor.

La pretensión deberá rechazarse.

TERCERO.- En el ordinal del mismo número el Fiscal, vía art. 849.1º L.E.Cr., denuncia la inaplicación del art. 390.1.3º y 4º .P.

1. La sentencia absolvió al Secretario del Ayuntamiento de Marbella Leopoldo Barrantes del delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público.

Los hechos se produjeron del siguiente modo: a consecuencia de una enajenación de unos aparcamientos, locales y trasteros pertenecientes al Ayuntamiento, el alcalde accidental, Julián Muñoz, designó innecesariamente en un Decreto al letrado José María del Nido para que interviniera en la venta del inmueble. Éste presenta al Ayuntamiento la minuta 115/00 por 156.349'46 euros detallándose una serie de conceptos, muchos de ellos no habían sido realizados. Para justificar la procedencia, interesa del Colegio de Abogados de Málaga que declare la corrección de la minuta por los trabajos realizados, lo que éste se niega en un principio por no existir controversia entre el cliente y el abogado. De nuevo insiste acompañándolo de un "informe del Secretario" efectuado por el acusado Sr. Barrantes, reconociendo la realización de las actividades profesionales por parte del letrado Sr. del Nido.

2. La sentencia en el apartado 16 de los fundamentos jurídicos (folios 446 y 447 de la sentencia) argumenta para absolver al acusado del modo siguiente:

"El escrito que dirigió al Colegio de Abogados de Málaga el 12 de septiembre de 2000 (transcrito en los hechos probados) ha motivado que ambas acusaciones le imputen la comisión de este delito. El hecho fue objeto de detallado interrogatorio por parte del Ministerio Fiscal, en el que el acusado manifestó: que no era un informe jurídico ni tampoco una certificación, sino una constatación de hechos; que el informe no era esencial; que su interés era que el Colegio de Abogados de Málaga analizara la regularidad de la minuta, pese a que su función no era económica. También declaró que la petición de que hiciera el escrito se la hizo el alcalde; que no entendió la misma porque "si las partes estaban de acuerdo para qué pedir opinión a nadie"; y que como no había estado presente en las reuniones no certificó, se limitó a constatar hechos".

"Esta Sala tiene dudas sobre la naturaleza de documento público del escrito aludido y del dolo falsario del acusado: el informe no es una certificación de las previstas en el art. 204 a 206 del Real Decreto 2568/1986 y artículo 2 del Real Decreto 1174/1987 ni un informe preceptivo (de los previstos en el artículo 173 del Real Decreto 2568/1986 y artículo 3 del Real Decreto 1174/1987). Incluso a la Sala le resulta difícil enmarcarlo dentro del art. 174.1 del Real Decreto 2568/1986 ("Sin perjuicio de los informes preceptivos que deban emitir el responsable de la Secretaría y el responsable de la intervención, el Presidente podrá solicitar otros informes o dictámenes cuando lo estime necesario") porque se refiere a hechos y no a cuestiones jurídicas, por lo que esta Sala lo considera un documento atípico que no reúne la condición de público, que ni siquiera entraría dentro de la definición del art. 317.5 de la L.E.Civil".

"Tampoco esta Sala ha alcanzado la convicción exigible para desvirtuar el principio de presunción de inocencia del dolo falsario del acusado. Por lo tanto, en aplicación del principio in dubio pro reo procede el pronunciamiento absolutorio para esta imputación".

3. Frente a tales argumentos absolutorios el M^o Fiscal discrepa de la sentencia, apoyándose en las siguientes razones jurídicas:

a) La existencia de una falsedad punible depende de que afecte a elementos trascendentales "ad ultra" para probar hechos relevantes en el tráfico jurídico o susceptibles de producir una prueba mendaz.

b) En las falsedades documentales además del daño material que pueden causar, se produce un efecto dañino inmaterial integrado por la ruptura de la credibilidad de las instituciones y la confianza que deben merecer a los ciudadanos.

c) Que el debate sobre la naturaleza pública o privada de un documento es estéril o secundaria, pues en todo caso se integraría en el concepto del art. 26 del C. Penal.

d) En el caso de autos se declaran no probados muchos de los hechos o aspectos que el escrito del Secretario daba por ciertos.

Como consecuencia de todo ello nos hallamos ante un documento confeccionado por un funcionario público en el ámbito de las funciones de su cargo, de contenido mendaz y destinado a producir como efecto que el Colegio de Abogados de Málaga considerara correcta la minuta presentada por el acusado del Nido y el Ayuntamiento procediera al abono de la misma.

4. La tesis que sostiene la Audiencia para excluir el tipo penal de la falsedad documental atribuida por el Ministerio Fiscal al acusado Leopoldo Barrantes no puede ser compartida por esta Sala, ni en lo que se refiere a la inexistencia del elemento objetivo del tipo penal, ni tampoco en lo que atañe al elemento subjetivo.

Para argumentar la **discrepancia** se hace preciso transcribir el documento-informe que confeccionó y suscribió el acusado, documento que figura plasmado en la premisa fáctica de la sentencia impugnada. Dice literalmente así:

"INFORME DE SECRETARIA.-

Objeto: Minuta de honorarios profesionales 115/00, presentada por el Letrado Don José María del Nido Benavente, con motivo de su intervención en la venta de plazas de garajes, locales comerciales y trasteros del edificio municipal del (sic) garajes de Abastos de esta localidad. Criterio de Secretaría: Presenta el Letrado Don José María del Nido Benavente minuta de honorarios profesionales por su intervención en el referido asunto, teniendo que hacerse con respecto a la minuta presentada las siguientes observaciones:

1. Que efectivamente el citado Letrado, bien con la participación activa en dichas reuniones del Secretario Municipal, bien del Alcalde Accidental, ha mantenido las reuniones que indica en su minuta de honorarios referida. Es sabido que el citado Letrado tiene su despacho profesional en Sevilla, por lo que para dichas reuniones ha tenido que trasladarse (260 km.) a esta localidad.

2. Que de la misma forma es cierto que la mayor parte de dichas reuniones que cita se han mantenido en dependencias municipales, por el indicado Letrado con los técnicos municipales (Arquitecto Superior, Arquitecto Técnico y Jefe de Obras) en orden a concretar el valor de licitación de los

bienes objeto de enajenación en pública subasta, hasta fijar definitivamente su importe en 1.245.646.000 Pesetas como precio de licitación, que a mí como Secretario Municipal me fue facilitado por el mencionado Abogado.

3. Que igualmente el citado Letrado redactó el pliego de cláusulas económico-administrativas y bases técnicas para técnicas (sic) para la adjudicación de los locales comerciales y plazas de garajes del edificio del mercado municipal, celebrando 2 reuniones al respecto a las que asistieron el Alcalde Accidental, el Secretario Municipal, Técnicos de la obra en cuestión y representantes de empresas interesadas en la pública licitación, sondeando el interés del Mercado y hasta fijarse por el Letrado citado cuáles serían las máximas condiciones admisibles por los licitadores para participar en la subasta, conciliando las diferencias entre los interesados hasta su redacción definitiva.

4. Que el citado Letrado participó en el control de la subasta celebrada, examinó la proposición presentada por la que después resultó ser empresa adjudicataria, CINTRA APARCAMIENTOS, S.A.", mantuvo las reuniones que indica en su minuta de honorarios en orden a la modificación del proyecto de construcción, tanto con los técnicos municipales como con los representantes de la adjudicataria; de la misma forma llevó el Letrado minutante todas las relaciones con "CINTRA APARCAMIENTOS S.A." que indica en su minuta, negociando con sus representantes legales los términos del contrato administrativo de venta, conciliando las diferencias existentes y pactando sus términos, contrato que redactó, con amplio y complejo clausulado estipulador (al igual que el pliego de cláusulas económico-administrativas de la misma (sic) o mayor amplitud y complejidad), consiguiendo en dichas negociaciones incluso que "CINTRA APARCAMIENTO, S.A." pagase a la firma del contrato 60.000.000 Ptas más de lo previsto con arreglo al pliego de cláusulas económico administrativas que sirvió de base a la adjudicación, asistiendo a la firma del contrato en Marbella y percibiendo en nombre del M.I. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA el importe inicial de la venta (952.454.424 Ptas), conviniendo mediante negociación que llegó (sic) el Letrado -con los representantes de CINTRA APARCAMIENTO, S.A. el plazo de entrega del objeto de la compraventa (cuyas obras se encuentra en fase de ejecución), los términos de la cláusula penal fijada en el contrato para el caso de no terminación de las obras en el tiempo convenido, y demás estipulaciones del mismo, que negoció, efectuando los traslados que en su minuta indica.

5. *Que el precio de salida en pública subasta de los bienes municipales enajenados fue de 1.245.646.000 Ptas (fijado en el pliego de cláusulas económico- administrativas) y el de venta (10% inferior) fue de 1.121.081.400 Ptas (precio fijado en el contrato), siendo la cantidad entregada por la adjudicataria al momento de la firma del contrato la suma de 952.454.424 Ptas.*

Y para que conste a los efectos del dictamen a solicitar al Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, de conformidad con este Ayuntamiento que se somete al mismo, firmo el presente en Marbella a doce de septiembre de dos mil."

A continuación de la transcripción de este documento-informe la Sala de instancia afirma: "En lo que se refiere al contenido de este escrito firmado por el secretario, el acusado Leopoldo Barrantes Conde, no han quedado acreditadas en el proceso las gestiones que en tal documento se relatan".

Visto el contenido del informe del acusado Leopoldo Barrantes, Secretario del Ayuntamiento de Marbella, es claro que no se puede asumir el argumento jurídico de que no se trata de una de las clases de documentos que tipifica el C. Penal, pues todo viene a constatar que se trata de un documento oficial.

En efecto, según la jurisprudencia de esta Sala se consideran documentos oficiales los que provienen de las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales (SSTS 835/2003, de 10-6; 1046/2009, de 27-10; y 1082/2009, de 5-11).

En el supuesto específico del caso enjuiciado el documento-informe que se ha transcrito ha sido confeccionado y suscrito por el Secretario de un Ayuntamiento en el ejercicio de su función pública, y se emite con el fin de respaldar ante el Colegio de Abogados de Málaga el contenido de una factura que ha de abonar el Ayuntamiento de Marbella por una cantidad de nada menos que 26.014.362 pesetas (156.349'46 euros).

Por consiguiente, se trata de un documento emitido con carácter oficial por el Secretario de un Ayuntamiento que tiene notable relevancia para los intereses del Municipio y, por lo tanto, de los ciudadanos que lo integran, pues se halla directamente relacionado con el pago de una factura de elevada cuantía con cargo al erario municipal. Factura que queda reforzada ante otros organismos,

corporaciones y entidades merced a ese informe que permite hacer frente a posibles objeciones e impedimentos en el momento de presentarla al cobro, dificultades que, lógicamente, acabaron surgiendo, vistos los reparos que formuló el interventor municipal a las diferentes partidas de su contenido (folios 335 y 336 de la sentencia), llegando a reducir la cantidad de 26.014.362 pesetas a 13.158.148 pesetas.

Para excluir el elemento objetivo del tipo de falsedad la sentencia hace una serie de elucubraciones que cuestionan el carácter público del documento, al considerar que no está comprendido dentro de la definición del art. 317.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que describe qué documentos tienen la condición de públicos, rebatiendo también la sentencia que tenga la condición de informe con que se rotula y que se trate de un informe preceptivo.

Estamos, sin embargo, ante argumentos que crean problemas jurídicos donde realmente no los hay. Y ello porque el documento tiene el carácter de oficial, según ya se ha explicado, y el escrito de calificación del Ministerio Fiscal imputa precisamente una falsedad en documento oficial, no en documento público. Los razonamientos exculpatorios de la Audiencia operan, pues, con un concepto estricto de documento público que en este caso está fuera de lugar, una vez que nos hallamos ante la imputación de una falsedad en documento oficial. Como es sabido, para que un documento sea oficial no se requiere que dé fe pública de su contenido y por lo tanto no tiene por qué estar comprendido en el art. 317.5 de la LEC., precepto que enumera los documentos públicos.

Por lo demás, según se explica en la sentencia (folio 447), el propio acusado afirmó en respuesta a las preguntas del Ministerio Fiscal que el documento era “una constatación de hechos”, lo que no puede significar otra cosa que se emitía a los efectos de dejar constancia de unos hechos como ciertos, actuando el Secretario del Ayuntamiento en el ejercicio de su función, ya que incluso describe hechos en los que afirma estar presente precisamente en su condición de Secretario del ente municipal. Y no cabe olvidar que esos hechos, tal como asume la Audiencia, no se acogieron como ciertos.

Las inveracidades que, según se admite expresamente en la sentencia recurrida, contiene el documento, sí tienen relevancia para el tráfico jurídico, pues contribuyen a avalar y legitimar oficialmente una factura que contiene datos sustanciales que no se ajustan a la realidad, dándole el acusado una virtualidad de certeza que facilita y favorece su pago en un caso que no procede, cuando menos en los términos sumamente desproporcionados en que viene cuantificada.

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que no se precisa para que opere el tipo penal que la falsedad cause un perjuicio determinado en el caso concreto en el tráfico jurídico, sino que es suficiente un *perjuicio meramente potencial* en la vida del derecho a la que está destinado el documento (SSTS 279/2010, de 22-3; 888/2010, de 27-10; y 312/2011, de 29-4, entre otras). No resulta, pues, necesario acreditar que el documento en este caso haya ocasionado finalmente unos perjuicios tangibles al presentarlo ante el Colegio de Abogados o ante cualquier organismo público o entidad privada.

Y en lo que respecta al tema del bien jurídico protegido, tiene ya reiterado esta Sala de Casación en ocasiones precedentes que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3-3; 845/2007, de 31-10; 1028/2007, de 11-12; 377/2009, de 24-2; 165/2010, de 18-2; y 309/2012, de 12-4, entre otras). Y también se ha establecido, contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9; 845/2007, de 31-10; 165/2010, de 18-2; y 309/2012, de 12-4, entre otras).

Visto lo que antecede, esta Sala considera que sí se dan aquí los elementos del tipo objetivo de la falsedad en documento oficial, pues el documento tiene ese carácter (elemento normativo del tipo penal); concurre una mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del C. Penal (en este caso el art. 390.4º); la alteración de la verdad afecta a elementos esenciales del documento en orden al tráfico jurídico; y cuando menos ha producido un perjuicio potencial para el bien jurídico.

Acreditados los elementos objetivos del tipo penal, es ahora el momento de abordar los problemas que suscita el elemento subjetivo del delito

imputado, que es el segundo punto en que esta Sala discrepa de la sentencia de la Audiencia.

5. La resolución recurrida se limita a decir sobre el **elemento subjetivo** del delito que “no ha alcanzado la convicción exigible para desvirtuar el principio de presunción de inocencia del dolo falsario del acusado”. Esta es toda la argumentación que contiene la sentencia sobre la inexistencia del dolo falsario en la conducta del acusado.

Nos encontramos, pues, una vez más ante la volatización de los elementos subjetivos de un tipo penal a través del blindaje que propicia la opacidad del argumento de la intermediación. La Sala de instancia no está convencida de la existencia del dolo en la conducta del acusado, pero no motiva en modo alguno su convicción probatoria sobre la base psicológica del dolo (conocimiento y voluntad), sino que omite cualquier clase de razonamiento al respecto, a pesar de tratarse de un supuesto en que concurren algunos indicios relevantes de la existencia del dolo falsario, indicios que no examina en ningún aspecto. Dirime tan fundamental cuestión con una línea y media, guardando así para su conciencia la razonabilidad de la duda que alberga.

Afirma la jurisprudencia de esta Sala que concurre el dolo falsario cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. El aspecto subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue o no a causarse. La voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando el dolo la conciencia y voluntad de trastocar la realidad al convertir en veraz lo que no lo es (SSTS. 1235/2004, de 25-10; 900/2006, de 22-9; y 1015/2009 de 28-10).

Pues bien, en este caso el acusado conocía el contenido del documento y también tuvo la voluntad de suscribirlo para que fuera remitido al Colegio de Abogados de Málaga para que surgiera los efectos pertinentes cuando este informara sobre la factura presentada por el coacusado José María del Nido. Pese a lo cual, la Sala de instancia afirma que el acusado Leopoldo Barrantes no actuó con dolo.

El acusado, en el curso de los cinco apartados del documento, va constatando como ciertos -así se desprende de la redacción desde su inicio- una serie de hechos que, según la propia sentencia, no constan acreditados. Llegados a este punto, solo caben dos posibilidades: o que el acusado hubiera afirmado

como ciertos unos hechos que sabía que eran inveraces, en cuyo caso el dolo falsario sería patente; o como segunda opción que hubiera hecho constar como ciertos unos hechos que no sabía si lo eran o no, por no haberse preocupado de investigarlos o contrastarlos.

A pesar de que concurren algunos indicios consistentes de que sabía que algunos datos no eran ciertos -de hecho el acusado refiere en el documento haber estado presente en algunas reuniones que reseña-, vamos a situarnos en la postura que más favorece al reo y entender que no sabía que tan importante número de datos eran inveraces. Pues bien, esta ignorancia determina necesariamente, sin que pueda barruntarse otra alternativa, que el Secretario del Ayuntamiento no adoptó la más elemental diligencia o cautela para cerciorarse de si varios de los datos relevantes y esenciales que constaban en el documento oficial eran o no ciertos. Con lo cual estaba incurriendo en la imprudencia grave que prevé el art. 391 del C. Penal, en relación con el art. 390.1.4º del mismo texto legal.

No puede cuestionarse que en este caso se dan los requisitos del tipo de imprudencia grave. Pues, en cuanto a la infracción del deber de cuidado externo o deber objetivo de cuidado, resulta obvio que al no cerciorarse debidamente de si eran ciertos los hechos relevantes de que daba constancia en el documento estaba generando un riesgo prohibido para el tráfico jurídico, al introducir en él un documento que era bastante factible que fuera falso en sus aspectos esenciales. Y en lo que concierne al deber de cuidado interno o deber subjetivo de cuidado, es claro que era perfectamente previsible y cognoscible la situación de riesgo que generaba para el tráfico jurídico su omisión de diligencia al no asegurarse de la certeza de los datos objetivos documentados.

Y en lo que atañe a la entidad de la imprudencia, es claro que se está ante una imprudencia grave, calibrando para alcanzar tal conclusión la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por su conducta con respecto al bien que tutela la norma penal, esto es, la seguridad del tráfico jurídico, riesgo que era importante porque la falsedad reforzaba la fehaciencia y veracidad de una factura cuyo cobro entrañaba el pago indebido de una importante suma de dinero perteneciente al erario municipal (156'349'46 euros). Y la gravedad también se ve confirmada por el elevado grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la inveracidad de

los hechos y de la situación de riesgo que generaba en el tráfico jurídico, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto.

Así pues, el acusado Leopoldo Barrantes ha de ser condenado como autor del tipo penal imprudente del art. 391 del C. Penal, en relación con el art. 390.1.4º), a las penas que se dirán en la segunda sentencia.

6. Un último punto queda por tratar: el relativo a los problemas que suscita dictar una **sentencia condenatoria ex novo** en la segunda instancia, debido a la posible infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, en concreto de los principios de inmediación y contradicción, así como del derecho de defensa, cuando no se celebra en la segunda instancia una nueva vista oral previa a la condena. Sin embargo, ha de entenderse que tal infracción no concurre en el presente caso.

En primer lugar, porque no se alteran en la sentencia de casación los hechos probados de la resolución recurrida, sino que se mantienen en los mismos términos en que figuran expuestos.

En segundo lugar, porque, respetándose los hechos objetivos externos que se plasman en la premisa fáctica, en esta instancia no se condena por una conducta dolosa sino imprudente. Ello tiene una especial relevancia, ya que así como el dolo alberga un importante componente factual referido a los hechos psíquicos que integran el sustrato fáctico del componente normativo, no sucede lo mismo con la imprudencia, dado que esta presenta una estructura típica con un grado mucho más acentuado de normatividad. Pues para apreciar una conducta como imprudente ha de atenderse sustancialmente a la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. A tal efecto, ha de operarse fundamentalmente con las pautas normativas aplicables a la conducta exigible a un ciudadano que se hallara en la misma situación que el autor de la acción delictiva. De modo que para condenar por imprudencia no se precisa el conocimiento de la inveracidad del hecho integrante de la falsedad, sino que es suficiente con que sea cognoscible o previsible y el acusado tenga el deber de conocerla y preverla.

Por último, y en lo que respecta al derecho de defensa, no ha de entenderse infringido por la circunstancia de que el tipo imprudente del art. 391 del C. Penal no haya sido postulado por las acusaciones, toda vez que se está ante un supuesto en que, una vez descartado -no sin importantes reparos- el tipo doloso del art. 390.1.4º del C. Penal, la conducta del acusado consistente en confeccionar y suscribir un documento en el que se vierten hechos inveraces solo puede deberse a una falta elemental de diligencia a la hora de verificar o

contrastar la certeza fáctica de que daba constancia, omisión de diligencia que debe necesariamente subsumirse en el tipo imprudente.

A este respecto, conviene subrayar que el Tribunal Constitucional tiene declarado que cuando los hechos indiciarios no han sido alterados en la apelación o la casación, el órgano *ad quem* podría deducir otras conclusiones distintas a las del Tribunal de instancia, pues este proceso deductivo, dice el TC, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales (SSTC 272/2005; 153/2011 y 201/2012).

Además, la jurisdicción constitucional tiene también afirmado que el hecho de condenar por un delito culposo en un supuesto en que la acusación se formula por delito doloso no conlleva necesariamente la vulneración del derecho de defensa, dependiendo ello de las “circunstancias singulares” de cada caso.

Así, en la STC 105/1983, de 23 de noviembre, al examinar la condena por dos delitos de imprudencia temeraria con resultado de dos asesinatos cuando la acusación había sido formulada por una inducción dolosa, el Tribunal analiza la indefensión relacionada con la cuestión de la homogeneidad y afirma que desde el punto de vista del derecho constitucional a defenderse frente a la acusación es innecesario pronunciarse acerca de si la imprudencia es un tipo específico o un modo de comisión de otros tipos penales, esto es, si entre el delito culposo y el doloso correspondiente existe sólo una diferencia de culpabilidad, o la diferencia afecta también al injusto. Lo decisivo es que el elemento diferencial lo establece el art. 565 CP en la presencia o no de la "malicia" acerca de lo cual se controvertió con toda amplitud en el transcurso de todo el proceso penal, poniéndose siempre de relieve si concurría o no en la conducta del procesado un comportamiento consciente y deliberadamente dirigido al logro del resultado letal acaecido, o más bien su actuación profesional debía encuadrarse en el campo del menosprecio, olvido, ligereza y descuido más o menos graves, aunque conducentes a igual previsible resultado. Y añade la referida sentencia que existe entre ambas formas de imputar el resultado una homogeneidad básica que permite entender a un responsable sector doctrinal que la responsabilidad a título de dolo consume la que pudiera exigirse a título de culpa, y que, en consecuencia, la acusación a título doloso contiene "a fortiori" la culposa.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el auto de 6 julio 1983 (recurso de amparo núm. 320/1983), al establecer que es inocuo el cambio de calificación operado por la Sala de instancia, sin hacer uso de la facultad del art. 733 LECr., si existe una verdadera homogeneidad y no se impone una pena mayor que la instada por la acusación. Y también en el auto 426/2005, de 12 de diciembre.

Así pues, el acusado Leopoldo Barrantes ha de ser condenado como autor del tipo penal imprudente del art. 391 del C. Penal, en relación con el art. 390.1.4º, a las penas que se dirán en la segunda sentencia.

CUARTO.- Por renuncia al motivo cuarto, en el quinto y último el Fiscal considera indebidamente aplicado el art. 77 C.P., acudiendo al cauce casacional de la corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr.).

1. Nos dice que la sentencia ha condenado a cuatro de los acusados como autores de un delito continuado de malversación, de un delito continuado de fraude y de un delito continuado de prevaricación, y en aplicación del art. 77.2 C.P., ha impuesto una pena única por los tres delitos.

A ello se opondría:

a) La necesidad de **objetivar** la conexión o relación medial entre un delito y otro, no bastando con el ánimo del sujeto. En tal sentido cabría cuestionarse si el delito de prevaricación se halla o no en relación objetiva de necesidad con los demás delitos.

b) Pero aunque se diera tal conexión medial se plantearían tres opciones:

1. Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2. Apreciar un solo concurso medial entre dos delitos, en concurso real con el delito o delitos sobrantes que se penarían con independencia

3. Penar todos los delitos en concurso con una sola pena.

Para el Fiscal el criterio correcto sería el segundo, y de ello ya han existido antecedentes jurisprudenciales en nuestro derecho, tal como el caso de un delito de robo con tres detenciones ilegales, en que esta Sala consideró que procedía el castigo de dos detenciones por separado y la tercera en concurso con el único robo (STS 1194/2009, de 27 de noviembre).

2. Esta Sala al entender que no concurre el delito de fraude en los acusados por hallarse consumido en el de malversación de caudales, no existiría el problema porque únicamente nos hallaríamos ante dos infracciones en concurso. El único problema que podría subsistir es el de la procedencia de aplicar el art. 77 C.P.

por las dos infracciones que actúan en concurso medial o penar ambas por separado. En los casos en que el recurrente haya contemplado esta previsión y así lo haya expuesto en su recurso esta Sala decidirá lo procedente. En los demás casos habrá que optar por la solución más beneficiosa para el acusado.

El motivo se desestima por inoperante.

RECURSO DE JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO

QUINTO.- El primero de los motivos lo formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º L.E.Cr., por existir manifiesta contradicción en los hechos probados.

1. El motivo lo divide en tres apartados diferentes. En el primero de ellos manifiesta -como fielmente resume el Fiscal en su escrito de oposición- que si la condena del recurrente se quiere deducir de la existencia de un acuerdo con los otros acusados para emprobreceer al erario público municipal a través del libramiento de facturas irregulares e improcedentes, como reflejan los folios 389 y 390 de la combatida, ello entra en abierta contradicción con el hecho de que la persona que trajo a Marbella a los letrados del Nido y Angeles Carrasco fue el alcalde Jesús Gil y Gil (fallecido en 2004).

Estos hechos los recoge la sentencia en varios apartados:

- a) Arribada del Sr. del Nido al Ayuntamiento de Marbela (folio 255).
- b) El interventor del Ayuntamiento, en relación a las minutas del letrado Sr. del Nido, remitió una nota interior al alcalde-presidente (folios 261 y 262).
- c) Jesús Gil y Gil encabezaba la petición hecha al Tribunal de Cuentas solicitando una prórroga del plazo para formular alegaciones (folios 290 y 291).
- d) Declaraciones de María Antonia Castañón, Francisca Aguilar, Diego Maldonado y Francisca Caracuel (folios 395 y 396).
- e) La contratación de Angeles Carrasco fue una iniciativa de Jesús Gil.
- f) Las conclusiones del Fiscal en las que se afirma que Jesús Gil contrató al Sr. del Nido para todas las cuestiones jurídicas del Ayuntamiento.

2. Antes de dar respuesta a este apartado y a los dos siguientes, resulta imprescindible recordar una vez mas las condiciones o requisitos que deben concurrir para estimar este vicio formal según la jurisprudencia, invariable y definitivamente asentada de esta Sala.

Estas exigencias las podemos resumir en las siguientes:

- a) Que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras.

b) Debe ser insubsanable, pues si aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede resolverse en el contexto de la sentencia no incidiría en este vicio; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) Que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica.

d) Que sea completa, es decir que afecte a los hechos y a sus circunstancias

e) La contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) Que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica.

3. A la vista de tal doctrina resulta patente la improcedencia de la pretensión. El primer obstáculo es que contraponen afirmaciones del factum (folios 389 y 390) con expresiones y afirmaciones de la fundamentación jurídica (carentes de carácter fáctico) cuando la contraposición entre afirmaciones ha de ser exclusivamente fáctica. La contradicción ha de ser gramatical y no conceptual, y a pesar de ello en el motivo se señalan y constatan dos ideas o conceptos, invocando argumentos de la fundamentación jurídica en apoyo de la segunda tesis.

Pero es que además las dos ideas reflejadas en distintos pasajes de la sentencia no son contradictorias, sino por el contrario perfectamente compatibles. Es cierto que Jesús Gil introdujo al Sr. del Nido en el Ayuntamiento para sustituir a José Luis Sierra, pero una vez en el Ayuntamiento en el año 1.999 entablaría relación dicho letrado con Julián Muñoz, precisamente en el mismo año que éste es nombrado Primer Teniente de Alcalde, Alcalde accidental y Presidente de las sociedades municipales, y en tal calidad dictó las resoluciones (lógicamente prevaricadoras) que consciente y planificadamente pretendían encubrir con minutas irregulares, innecesarias, improcedentes e injustificadas, un expolio al Ayuntamiento de Marbella.

Sobre ello Julián Muñoz tenía el dominio del hecho y actuó, por propia iniciativa, sin ningún condicionamiento por parte de Jesús Gil que le obligara a moverse por la senda de la ilegalidad con fines depredatorios.

De ello existen datos en la sentencia. Entre éstos, como el Fiscal apunta, los siguientes:

a) Fue Julián Muñoz quien dirigió un requerimiento a José Luis Sierra para que otorgara su venia a José M^a del Nido (fol. 260).

b) Firmó los Decretos designando al letrado Sr. del Nido para interponer recursos ante el Tribunal de Cuentas (fols. 267 y 269).

c) El recurrente y dicho letrado fueron los que recibieron en su primera visita al equipo de fiscalización del T. de Cuentas (fol. 274).

d) Dio cuenta a los Consejos de administración de las sociedades participadas del nombramiento de dicho letrado para representarlas en la fiscalización que estaba realizando el T. de Cuentas (f. 279), etc.

4. En el segundo apartado del motivo considera contradictorio que la mayoría de las minutas fueran autorizadas o pagadas por Julián Muñoz y Modesto Perodia con el reconocimiento y concurrencia de los ADOP (documento contable o mandamiento de pago que supone una transferencia genérica, pero sin existir un control sobre la prestación efectiva del servicio a cuyo abono atiende) firmados por el Interventor, el Tesorero y el Concejal Delegado de Hacienda, y sin embargo a otros acusados absueltos y que se hallan en la misma situación les considera meros intermediarios, cuando el recurrente se limitó a cumplir con lo dispuesto en esos Decretos, autorizaciones y envíos de dinero.

Como observamos tampoco se denuncia en este caso una contradicción gramatical, sino conceptual o argumental.

Por otra parte debemos tener en cuenta que el objetivo perseguido con la creación de las sociedades municipales -como se indicaba en el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2001 y en la sentencia de 25 de enero de 2010 dictada por esta Sala en el conocido caso "Saqueo-I"- fue la consecución de una situación de opacidad y de neutralización de los mecanismos jurisdiccionales llamados a fiscalizar el uso de los fondos públicos.

Con este sistema de sociedades implantado en el Ayuntamiento, el interventor no tenía facultades para realizar un control financiero sobre las mismas. Las transferencias de los fondos para efectuar los pagos se conseguían en base a los Decretos dictados por el recurrente.

En las cuatro minutas que fueron abonadas por gerentes de las sociedades, contra la documentación presentada, se limitaron dichos gerentes a cumplir con lo dispuesto en el Decreto en el que se ordenaba el pago, sin haber tenido contacto alguno con el letrado de las minutas, ni siendo concedores de las maniobras ilegales tramadas por los acusados condenados.

5. En el apartado tercero se alega contraposición entre la alegación de que el interventor municipal no ejercía ningún tipo de control financiero, con el contenido de los mandamientos de pago (ADOP) y con la corrección efectuada a la petición de dinero de Tomás Reñones.

Asimismo, en relación a las asistencias jurídicas del Sr. del Nido, remitió el 28 de junio de 2001 una nota al alcalde indicando que en cada caso se debería aportar una minuta precisando los honorarios totales a percibir. A su vez, el interventor, en una nota dirigida a la atención del alcalde de 3-5-2001, interesaba la devolución de cantidades cobradas a cuenta por el Sr. del Nido por no haber aportado la documentación que acreditara las actuaciones realizadas en defensa del Ayuntamiento.

Sin embargo, estos puntuales extremos tenían su explicación que en ningún caso tiene que ver con expresiones contradictorias e irreconciliables en el relato fáctico.

Sobre la rectificación de Tomás Reñones se trataba de un mero error contable por no haber efectuado la retención del IRPF. Acerca de la nota del interventor de 28-6-2001 éste advertía, después de haberse aprobado el pago de diez minutas mediante Mociones y Decretos del recurrente, que en cada supuesto en el que interviniera el Sr. del Nido y se efectuaran pagos a cuenta, debía facilitar una minuta concretando los totales a percibir.

Por último, respecto a la de 3-5-2001 hemos de hacer constar que tal nota fue contestada por el impugnante expresando al interventor la perplejidad por el contenido de la misma, dejando constancia de que no era función del interventor estar informado del desarrollo de los procedimientos encomendados al abogado Sr. del Nido, ya que de ello ya se encargaban la Comisión de Gobierno y la Secretaria municipal.

En ninguno de estos casos se trataba de un auténtico control financiero, y si lo que pretendía la nota del interventor de 3-5-2001 era evitar abusos, es obvio que su intención fue abortada.

En resumidas cuentas, es patente que en el motivo formulado no acredita ninguna contradicción interna o gramatical entre las distintas afirmaciones del factum.

El motivo se rechaza.

SEXTO.- El segundo de los motivos articulados lo canaliza, por quebrantamiento de forma, a través del art. 851.3 L.E.Cr., al entender que no

existió pronunciamiento sobre la inexistencia de los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y fraude.

1. Esta alegación por incongruencia omisiva la divide en dos apartados:

a) Quien exigía y ordenaba todo lo relacionado con el Ayuntamiento era Jesús Gil y Gil, limitándose el recurrente a obedecer y cumplir con lo ordenado, citando los testimonios de acusados y testigos que así lo acreditaban. El Fiscal en el escrito de conclusiones definitivas también indicó que el recurrente era mero portavoz de Jesús Gil y se avenía a firmar la mayoría de los Decretos de designación, siguiendo sus directrices.

b) Asimismo fue Jesús Gil quien contrató al letrado del Nido, por lo que él nada tuvo que ver con los trabajos que dicho letrado realizara y el abono de sus honorarios y participación en lo percibido.

Para justificar el motivo se razona que las omisiones de pronunciamiento no son cuestiones de hecho, en cuanto inciden sobre los tres delitos por los que ha sido condenado.

En definitiva el Tribunal ha silenciado aspectos como quién decidía y ordenaba todo en el Ayuntamiento y en las sociedades municipales participadas.

2. Conforme una afirmada jurisprudencia de esta Sala los condicionamientos que deben concurrir para la estimación de este vicio formal, pueden reducirse a los siguientes:

1) Que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho.

2) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.

3) Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución.

3. Aunque los alegatos del recurrente constituyan fundamento de su responsabilidad criminal, son simples cuestiones de hecho y no pretensiones jurídicas, lo que impediría la prosperabilidad del motivo. El Tribunal se ha pronunciado directa o indirectamente sobre todas ellas y al condenar por los tres delitos imputados, está negando la concurrencia de cualquier circunstancia eximente o excluyente de la responsabilidad criminal.

Es indudable que el marco propio para efectuar el proyectado expolio fue obra en todo o en parte de Jesús Gil. Pero concurriendo una causa de extinción de responsabilidad criminal (muerte del reo), sin perjuicio de las responsabilidades en las que en su caso podía haber incurrido, en la causa se juzgan actos, comportamientos o conductas del recurrente y otros implicados, pero no de Jesús Gil.

El censurante pretende aparecer en la escena delictiva como un instrumento sin voluntad en manos de un tercero, cuando no consta ningún constreñimiento serio capaz de anular su voluntad. Jesús Gil y Gil pudo cometer delitos y establecer el marco propicio para ello, pero el dominio del hecho lo ejerció el recurrente, que llevó a cabo los actos precisos dentro de la trama para expoliar en los términos relatados en el factum al Ayuntamiento. Sin su participación consciente ninguno de los tres delitos que se le atribuyen se habría cometido.

No puede por tanto otorgarse protagonismo absoluto y excluyente a Jesús Gil, por cuanto los actos, comportamientos y decisiones del recurrente fueron fruto de la libertad personal, en ningún caso debidos a maniobras coactivas que eliminaran su capacidad de decisión, ni a ningún tipo de anomalía o alteración psíquica que le hubieren impedido comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a tal comprensión, ni al convencimiento invencible de estar cumpliendo con un ineludible deber.

En conclusión, habiendo determinado la sentencia las responsabilidades en que incurrió, se pronunció sobre la comisión de los tres delitos que definitivamente se imputan.

El motivo ha de rechazarse.

SÉPTIMO.- En el motivo tercero se alega, con sede procesal en el art. 5.4 L.O.P.J., la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

1. Los argumentos fundamentales los hace residir en la falta total de prueba de cargo, falta de argumentación razonablemente fundada, falta de respuesta a las cuestiones principales alegadas y falta de pluralidad de indicios de naturaleza inequívocamente acusatoria: A)Respecto a la falta de respuesta se concreta en los extremos siguientes: 1) que fue Jesús Gil y Gil quien contrató a José M^a del Nido y que era él quien ejercía un control unipersonal sobre el Ayuntamiento y las Sociedades Municipales, no decidiendo Julián Muñoz nada; 2) que el Interventor

Municipal ejercía control sobre los pagos; y 3) que se remitía al Ayuntamiento un listado y justificante de los pagos que había que realizar. B) Respecto a la prueba indiciaria se manifiesta que el recurrente tuvo una relación indirecta con José M^a Del Nido, que no podía saber si los trabajos que éste hacía eran innecesarios o improcedentes y que se limitó, conforme le obligaba Jesús Gil y Gil, a pagar los trabajos realizados; que el recurrente no creó el ambiente propicio a la comisión de los hechos delictivos a que se hace referencia en la sentencia y que la mención a un acuerdo suyo con José M^a Del Nido es arbitraria.

2. La función de un Tribunal de casación en el control del respeto a los derechos fundamentales invocados, especialmente el de presunción de inocencia, se ciñe a comprobar que el órgano jurisdiccional de instancia ha dispuesto de suficiente prueba de cargo, regularmente obtenida y aportada al proceso, practicada en él con respeto a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, y valorada por el Tribunal sentenciador de acuerdo a los principios de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para hacer un repaso del ingente arsenal probatorio el Fiscal del Tribunal Supremo ha realizado un meritorio y ordenado resumen de las probanzas habidas, apoyándose como no podía ser de otro modo, en el relato probatorio y en la fundamentación jurídica (folios 258 y ss.).

Ello hace que resulte esclarecedor reseñar, en su esencial estructuración, los aspectos que dan satisfactoria respuesta a los argumentos impugnativos.

En primer término y con apoyo esencial en la prueba documental son de citar los Decretos, resoluciones y decisiones del recurrente, que por la constancia escrita (documento público) no ha sido impugnada por la parte recurrente, sin perjuicio de que a tales documentos se les atribuya otro sentido, interpretación e incluso justificación.

Así pues, los datos documentales que ponían de manifiesto la actuación ilícita del recurrente Julián Muñoz, según el factum, serían los siguientes:

A) Contencioso segregación San Pedro de Alcántara. Se declara probado que Julián Muñoz fue quien, con fecha 10 de mayo de 2000, dictó el Decreto encomendando la defensa del Ayuntamiento a la acusada Ángeles Carrasco, esposa de José M^a Del Nido; que el nombramiento se efectuó sin mediar pronunciamiento del pleno y sin incoar expediente previo; que Julián Muñoz, que había sido teniente alcalde de San Pedro de Alcántara, era concedor de la existencia de ese procedimiento y de la incompatibilidad de José M^a Del Nido para hacerse cargo de la defensa del Ayuntamiento (había sido el letrado de la comisión promotora de la

segregación); y que Ángeles Carrasco facturó diez minutas por un importe de 132.463,06 euros, cuyo pago fue aprobado mediante mociones y Decretos de Julián Muñoz.

B) Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía. En relación con un incidente surgido en ese tema con el interventor municipal, se declara probado que Julián Muñoz firmó, con fecha 11 de diciembre de 2000, un Decreto por el que se incoaba un expediente al citado; el expedientado interpuso recurso contencioso-administrativo en el que José M^a Del Nido defendió la postura del Ayuntamiento; el juez dictó auto resolviendo paralizar la ejecución del Decreto; y, después, el Alcalde, ante la posible resolución judicial del procedimiento, procedió al archivo del expediente.

C) Tribunal de Cuentas. En relación con la fiscalización del Tribunal de Cuentas en el Ayuntamiento y sociedades municipales de Marbella se declara probado que, tras haberse informado del acuerdo de llevar a cabo la fiscalización y de haber recibido Jesús Gil y Gil a dos directivos del Tribunal, Julián Muñoz dictó, con fecha 23 de julio de 1999 el Decreto designando a José M^a Del Nido para interponer recurso contra el acuerdo de fiscalización; que José M^a Del Nido, aún a pesar de haberse recibido un informe de un prestigioso despacho de abogados en el que se indicaba que el acuerdo de fiscalización no era susceptible de recurso y del precedente de la Cámara de Cuentas de Andalucía -se dictó un auto poniendo de manifiesto que la actividad fiscalizadora estaba excluida del control jurisdiccional contencioso-administrativo-, presentó un escrito interesando que se suspendieran los actos; que el escrito fue inadmitido por el Pleno del Tribunal de Cuentas argumentando que el acuerdo de fiscalización no era susceptible de ser impugnado; que Julián Muñoz, en base a un informe del sustituto del secretario titular del Ayuntamiento, dictó, con fecha 24 de agosto de 1999, un Decreto disponiendo que José M^a Del Nido interpusiera recurso de reposición y de amparo contra la resolución del Tribunal de Cuentas, por resultar gravemente lesiva para los intereses municipales, y presentara escrito de recusación contra uno de los Consejeros de ese Tribunal; que José M^a Del Nido presentó recursos de reposición, contencioso-administrativo y de amparo que fueron inadmitidos, habiendo alegado el Abogado del Estado, en uno de ellos, que el letrado no había aportado el acuerdo del Pleno municipal para acreditar su representatividad y que no podían confundirse los intereses de la entidad fiscalizada con los de los cuentadantes; que José M^a Del Nido, por el incidente de recusación, el recurso contencioso-administrativo y el recurso de amparo

presentó tres minutas por importe total de 27.886,96 euros; que en la primera visita del equipo de fiscalización del Tribunal de Cuentas, el comité de recepción estaba encabezado por Julián Muñoz y junto a él se encontraba José M^a Del Nido, a quien cuando tomó la palabra, el director técnico del departamento de fiscalización le comunicó que no se le reconocía como interlocutor válido de la entidad fiscalizada; que cuando el equipo de fiscalización anunciaba sus visitas, que fueron ocho, Julián Muñoz reenviaba los faxes a José M^a Del Nido quien acudía a Marbella pero no ha quedado acreditado que tuviera contacto alguno con los integrantes del equipo, ya que la fiscalización dependía, en exclusiva, del equipo desplazado y de dos empleadas municipales; que Julián Muñoz dictó, con fecha 22 de diciembre de 1999, Decreto autorizando y aprobando el pago de la minuta presentada por José M^a Del Nido por importe de 17.429,35 euros, en concepto de entrega a cuenta por honorarios profesionales en la fiscalización.

D) Formularios SMM1. En relación con la cumplimentación por las sociedades municipales de los formularios SMM1 remitidos por el Tribunal de Cuentas se declara probado que el presidente de todas las sociedades era Julián Muñoz y el secretario Modesto Perodia; que quien firmó y entregó, con fecha 13 de octubre de 1999, al equipo de fiscalización los formularios fue Modesto Perodia; que Julián Muñoz con fecha 10 de enero de 2000, dio cuenta a los consejos de administración de veintidós de las sociedades del nombramiento de José M^a Del Nido para representar a las sociedades en la fiscalización, sin que exista constancia documental del nombramiento; que no hay constancia de que José M^a Del Nido interviniera en la cumplimentación de los formularios, excepto que Julián Muñoz le reenviaba las copias a su despacho, y los testimonios de los coacusados, y la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencias dictadas en vía de apelación ha considerado que no estaba justificada su intervención para esa labor; que José M^a Del Nido, con fechas 6 de abril y 2, 3, 4 y 8 de mayo de 2000 libró veintiuna minutas, idénticas en su contenido, por la cumplimentación de los formularios de veintiuna sociedades, por un importe total de 73.203,27 euros, indicándose que una minuta era respecto a una sociedad que no había celebrado consejo de administración el 10 de enero y que no presentó minutas respecto a cuatro sociedades cuyos formularios sí habían sido presentados; que los acusados Julián Muñoz y Modesto Perodia autorizaron el pago de la mayoría de las minutas mediante firma de talones o transferencias; que el Pleno del Tribunal de Cuentas ha estimado los recursos interpuestos por el Ministerio

Fiscal y el Ayuntamiento de Marbella, y con ello declarando la existencia de alcance en relación con el pago de esas minutas.

E) Pagos de las sociedades municipales por la fiscalización. Se declara probado que no hay constancia de que José M^a Del Nido colaborara en forma alguna con los trabajos que venía realizando el equipo de fiscalización, pero presentó dieciseis minutas, todas por el mismo concepto; en relación con la ampliación del objeto social de la sociedad “Control de Servicios Locales, SL”, entidad de la que era presidente el recurrente y a la que se habían canalizado los pagos de las minutas, se declara probado que se contrataron los servicios de la letrada Laura Sánchez, colaboradora del despacho de José M^a Del Nido; y que se confirió a los acusados Julián Muñoz, Modesto Perodía y Esteban Guzmán poder especial para efectuar toda clase de liquidaciones, cobros y pagos en nombre de la sociedad, sin que haya constancia de que exista documento en que se acuerde la delegación de funciones por el consejo de administración en relación con los hechos aquí enjuiciados.

F) Anteproyecto de Informe de Fiscalización. Se declara probado que José M^a Del Nido solicitó una prórroga para formular alegaciones y de nuevo, en oficio del Tribunal de Cuentas, fue rechazada su mediación; que se concedió una prórroga cuando la petición la encabezó Jesús Gil y Gil; que Julián Muñoz firmó, con fecha 2 de agosto de 2000, un Decreto designando a José M^a Del Nido para coordinar las alegaciones; que éste libró una minuta, con fecha 10 de agosto, por un importe de 348.599,59 euros, en concepto de entrega a cuenta de honorarios profesionales, y el día 16 siguiente fue abonada mediante cheque nominativo firmado por Julián Muñoz; se declara probado que con las aportaciones de los encargados de las diversas parcelas a las que se refería el Anteproyecto se hubiese cumplido el trámite de dar explicaciones a las cuestiones propuestas en el informe; que en la elaboración de las alegaciones participaron además del secretario, el interventor y el depositario del Ayuntamiento, dos personas que estaban contratadas para llevar la contabilidad de diversas sociedades y dos letradas contratadas por una de las sociedades, no habiendo solicitado ninguna una remuneración extra por ese cometido, excepto Víctor Cohen; y que, en ningún caso, la responsabilidad de la fiscalización puede dirigirse contra la entidad fiscalizada. Se añade que, en resoluciones del Tribunal de Cuentas, se ha declarado la existencia de alcance generador de responsabilidad contable en el pago de la minuta reseñada. En este mismo apartado, en relación con la entidad "Gesconce, SL", utilizada por Víctor Cohen para cobrar ocho minutas por un

importe de 139.434,82 euros, se declara probado que Julián Muñoz firmó cinco talones entregados en pago, aún no siendo presidente de una de las sociedades, y sin comprobar la existencia de expediente de contratación.

G) Informe de Fiscalización. Se declara probado que, tras haber aprobado el Proyecto de Informe de Fiscalización, el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el 1 de febrero de 2001 el Informe; que, aunque la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas no prevé nuevas alegaciones del ente fiscalizado, Julián Muñoz dictó, con fecha 6 de febrero de 2001, un Decreto requiriendo a José M^a Del Nido para la defensa de los intereses de la Corporación efectuando, al respecto, las oportunas alegaciones; que al día siguiente, José M^a Del Nido dirigió una carta al Ayuntamiento haciendo referencia a la minuta por las actuaciones realizadas y diciendo que, a partir de entonces, deberían de entregarle, además, la cantidad mensual de cinco millones de pesetas; que el citado acompañó una minuta de 139.434,81 euros, sin que exista constancia, aunque Julián Muñoz introdujo el tema del pago en la orden del día de la Comisión de gobierno celebrada el día 9 de agosto, que fuera abonada; que el Interventor había presentado un informe considerando la minuta excesiva, ya que las alegaciones las habían elaborado el Secretario, el Tesorero, los jefes de los distintos departamentos municipales y él, y José M^a Del Nido se había limitado a una labor de refundición.

H) Diligencias Preliminares del Tribunal de Cuentas. En relación con la apertura de dos Diligencias Preliminares referidas al Ayuntamiento se declara probado que Julián Muñoz dictó, con fechas 4 y 16 de abril de 2001, dos Decretos encomendando a José M^a Del Nido la defensa del Ayuntamiento, y se precisa que en ese trámite la Entidad Local no requiere la asistencia letrada pues el procedimiento no va dirigido contra ella, y que el Decreto se dictó sin mediar expediente ni intervención del pleno municipal; que José M^a Del Nido solicitó el archivo de las diligencias, petición que fue desestimada, que recurrió esa resolución, siendo desestimado el recurso, y que presentó una minuta por importe de 278.869,61 euros, que fue abonada mediante transferencia firmada por Julián Muñoz a cuenta de la sociedad "Control de Servicios Locales, SL", aunque el nombramiento procedía del Ayuntamiento; que el pago de esa minuta ha sido declarado constitutivo de alcance; que presentó una segunda minuta que fue abonada mediante transferencia ordenada por Modesto Perodía; y una tercera minuta, referida al mes de octubre que era cuando se habían presentado los

escritos de personación de las sociedades, todos ellos con el mismo contenido y solicitando el archivo.

I) Acuerdo de 3 de julio de 2001. Se declara probado que, tras un informe del interventor municipal sobre la necesidad de elaborar un expediente administrativo para abonos de honorarios que superasen los dos millones de pesetas, se concertó entre José M^a Del Nido y Julián Muñoz, éste en representación de la mercantil "Control de Servicios Locales, SL", prescindiendo por completo de toda la normativa administrativa en materia de contratación por parte de las Administraciones Públicas, un contrato de arrendamiento de servicios para defensa de las veinticuatro sociedades municipales participadas, a cambio de unos honorarios de ocho millones de pesetas mensuales; que una de las sociedades ya tenía firmado un contrato similar con Modesto Perodia con unos honorarios de 478.049 pesetas; que tras la firma del contrato, entre el 28 de junio de 2002 y el 1 de septiembre de 2003, José M^a Del Nido presentó dieciocho minutas por un importe total de 1.227.026,40 euros, cuyo abono aparece acreditado en el extracto de la cuenta de la entidad "Control de Servicios Locales, SL".

J) Inspección Tributaria. Se declara probado que el Presidente de nueve de las sociedades municipales (el recurrente), dio cuenta a los Consejos de Administración de las mismas del nombramiento, sin expediente de contratación, de José M^a Del Nido como letrado y de Víctor Cohen como economista para efectuar los actos que fueran necesarios en orden a la Inspección de la Agencia Tributaria; que consta que Víctor Cohen compareció en alguna de las sesiones pero que no consta que José M^a Del Nido interviniera en alguna de ellas o realizara trabajo alguno; que José M^a Del Nido presentó, en relación con los hechos de este apartado, cinco minutas por un importe total de 87.146,75 euros.

K) Venta de aparcamientos, locales y trasteros del mercado municipal. Se declara probado que Julián Muñoz, con fecha 20 de enero de 2000 dictó dos Decretos, uno acordando iniciar el expediente para la venta y otro designando a José M^a Del Nido para que interviniera en el mismo; que el asunto se solucionó con un procedimiento negociado, por el que el citado emitió una minuta por 26.014.362 pesetas; que no se ha acreditado la necesidad de contratar a un letrado externo, que en el asunto participó la letrada M^a Antonia Castañón, contratada por una de las sociedades municipales, sin girar minuta alguna, y que de los veinticuatro conceptos expuestos en la minuta, nueve de ellos no se ha evidenciado que hayan acaecido. En este apartado, en relación con la intervención del Colegio de

Abogados de Málaga, se declara probado que José M^a Del Nido solicitó un informe sobre la procedencia de los honorarios devengados en la minuta referida, y que, habiendo contestado el Colegio que en ausencia de sometimiento por ambas partes no se podía opinar sobre los honorarios, Julián Muñoz dictó un Decreto, con fecha 11 de octubre de 2000, en el que se dirigía al Colegio de Abogados y decía que aceptaba la minuta presentada; el Colegio de Abogados, con fecha 21 de febrero de 2001, dictó laudo manifestando que dada la expresa aceptación por ambas partes y supuesta la reconocida realidad del encargo, se consideraban conformes los honorarios. Así mismo, en este apartado, se declara probado que el Interventor municipal interesó la suspensión del pago de la minuta 155/00 (tema mercado municipal) por no encontrar documento alguno redactado por el letrado que guardara relación con los trabajos que en la minuta se decían realizados; que José M^a Del Nido envió a la alcaldía una nota con un informe de Secretaría; que el Interventor dirigió un nuevo informe concluyendo que los honorarios deberían de ser rectificadas a la baja; y que el Alcalde no elevó al Pleno el informe de la intervención para su resolución. Y también en este apartado, en relación con la reclamación por incumplimiento de la compradora en el asunto del mercado municipal, se declara probado que José M^a Del Nido presentó dos minutas por el mismo concepto y Julián Muñoz dictó Decretos aprobando las dos, evitándose el pago porque el Interventor interesó que quedaran en suspenso a resultas de lo que dijera la sentencia.

L) Contra la ordenación del territorio. Se declara probado que, en relación con tres causas contra la ordenación del territorio, José M^a Del Nido presentó, entre el 6 de abril y el 19 de octubre de 2000, tres minutas por un importe total de 73.203,27 euros, en concepto de entrega a cuenta y sin haber mediado expediente de contratación; que el Interventor municipal dirigió una nota al Alcalde interesando la devolución de cantidades cobradas ya que el letrado tenía a la vez la defensa de los Concejales en vía civil y penal y la del Ayuntamiento como responsable civil subsidiario y que Julián Muñoz, con fecha 28 de junio de 2001, dirigió un escrito al funcionario diciéndole que no era su función estar informado por los abogados del estado de los procedimientos encomendados; que esa respuesta impidió el reintegro de las cantidades que el interventor indicaba.

M) Intervención en los contenciosos promovidos contra el Ayuntamiento de Marbella por las Sociedades "Ruzar, SL" y "Pavimentos Sierra Blanca, SL". Se declara probado que el Ayuntamiento encomendó a José M^a Del

Nido su defensa en los dos procedimientos y que finalizaron el primero por desistimiento de la actora y el segundo en un escrito presentado por todas las partes pidiendo el archivo, y que también se firmó un tercer convenio por los mismos protagonistas; que José M^a Del Nido presentó dos minutas por un importe total de 37.143 euros cuyo pago fue aprobado por Decretos de Julián Muñoz.

3. En esta vasta reseña de actuaciones documentadas del recurrente se evidencia la ausencia de expedientes de contratación, en los que imperativamente se deberían hacer constar la necesidad de una contratación externa que deberá estar justificada si la Administración no quiere incurrir en arbitrariedad (art. 9.3º C.E.).

También se descubre que se intentó obstruir la labor del Tribunal de Cuentas y confundir los intereses generales con los de los cuentadantes.

Aparece claro el incumplimiento del requisito de la determinación del precio, que constituía una incógnita hasta la presentación de las facturas, que se pagó en concepto de provisión de fondos cuando la norma es la de "servicio realizado", que los importes pagados, aunque partiéramos de la hipótesis de la certeza de los conceptos minutados, éstos serían absolutamente exorbitantes.

Por otra parte las irregularidades administrativas se produjeron una y otra vez, desde el momento que el recurrente ejerció funciones vetadas a la delegación, y a los contratos que existieron a efectos de procedimiento a seguir se les dio el tratamiento de "contratos menores".

La prueba documental quedó reforzada, uniendo a los Decretos, acuerdos y decisiones del recurrente, las minutas presentadas y los Decretos aprobando el abono, así como los escritos del Interventor municipal, denunciando la dificultad o imposibilidad de controlar financieramente a las sociedades municipales.

Además cabe destacar, como documentos incriminatorios, el informe de Fiscalización aprobado por el Tribunal de Cuentas poniendo de manifiesto la situación de falta de control financiero existente en el Ayuntamiento; y las posteriores sentencias del Tribunal de Cuentas declarando la responsabilidad por alcance de la mayoría de las minutas reflejadas en los hechos probados. En este punto hay que añadir, por un lado, que la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2012, ha confirmado la sentencia declaratoria del alcance dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, con fecha 8 de septiembre de 2010, en trámite de apelación; y, por otro lado, indicar que en la

STS. 25 de enero de 2010, referente también a actuaciones delictivas llevadas a cabo en el Ayuntamiento de Marbella -caso Saqueo-I-, se hablaba, en base al contenido del informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, del "*panorama de absoluto descontrol del gasto municipal, de neutralización de todos los mecanismos jurídico-contables llamados a fiscalizar el uso de fondos públicos*".

A todas esas probanzas se unieron los testimonios de personas que contribuyen al desenmarañamiento de la trama urdida. Entre éstos cabe citar las declaraciones de los concejales de la oposición, de funcionarios, de otros profesionales contratados por el Ayuntamiento, del Interventor municipal e incluso de miembros del Tribunal de Cuentas que participaron en la fiscalización.

Estos testimonios pusieron de relieve la destacada posición de José María del Nido en el Ayuntamiento de Marbella, su estrecha relación con Julián Muñoz, la innecesariedad de la intervención de dicho letrado en la práctica totalidad de los encargos encomendados, la no realización de algunos de los trabajos minutados, las exorbitantes sumas de dinero pasadas como minutas de actuaciones profesionales improcedentes, así como la imposibilidad de realizar un control financiero sobre las sociedades municipales.

4. A todas esas pruebas se deben añadir los indicios probatorios, de indudable contundencia incriminatoria que nos conducen al entendimiento de su participación consciente en los hechos delictivos.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se analizaron las circunstancias o elementos contextuales, que permitieron concluir que la principal motivación de todos los nombramientos y pagos objeto de acusación era el lucro de los designados, esquilmando los recursos municipales.

El Tribunal de instancia no ha dudado de la existencia de los acuerdos fraudulentos entre los acusados, aunque no consta el clausulado exacto de los mismos.

La Audiencia analizó y valoró para llegar a dicha conclusión aspectos tales como:

a) Un ambiente propicio, puesto de relieve por diversas pruebas, como los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas, cuando con las sociedades participadas con clara opacidad y falta de transparencia de la gestión, impidieron al Ayuntamiento el control financiero, o la justificación del empleo dado a las transferencias dinerarias o la procedencia de las deudas asumidas. La **propuesta** del Interventor, justifica la improcedencia de esa irregular estructura administrativa, retirándola el acusado de la orden del día sin justificación. Las demandas de los

concejales de la oposición no atendidas. No importa que tal estructura no la creara el recurrente y su origen se atribuyera a Jesús Gil y Gil, pero Julián Muñoz la utilizó para los fines torcidos con que fueron creadas.

b) Campaña contra el interventor general, el cual fue acusado de deslealtad por el recurrente y le suspendió provisionalmente de empleo y sueldo, suspensión que el juzgado contencioso-administrativo dejó sin efecto.

c) Posición del letrado del Nido en el Ayuntamiento, convirtiéndose en el principal adlátere de Julián Muñoz, invadiendo funciones del Secretario municipal. Usaba dependencias municipales, daba órdenes a funcionarios y técnicos municipales y se arrogó facultades para visar minutas de otros contratados (testimonios de Soledad Yagüe, la letrada María Antonia Castañón y otros concejales de la oposición).

d) Reiteración de conductas delictivas. No perdieron ocasión para facturar al Ayuntamiento, incluso antes de haberse iniciado el expediente (fax remitido por José María del Nido), pago de la minuta 114/00 de 348.599,59 euros antes de que el T. de Cuentas concediera la prórroga solicitada.

e) Conciencia irrefutable de las desviaciones de poder.

El acuerdo de oposición a la fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía, a pesar de hacer notar este Tribunal que el Ayuntamiento nunca podía tener la condición de entidad demandada, sino de actora. Ello nos está indicando que toda la intervención obstruccionista del recurrente y del letrado Sr. del Nido la hacían en perjuicio de los intereses del Ayuntamiento y además es éste el que tiene que abonar sus facturas.

f) Ausencia del enriquecimiento injusto del Ayuntamiento. La razón es que además de ser innecesarios los encargos, se evidenciaba la nula utilidad de la inmensa mayoría de los conceptos cobrados por lo que la práctica totalidad de los pagos cuestionados son sinónimos de pérdida de recursos municipales sin ninguna contraprestación (testimonios de los consejeros de cuentas y del Oficial Mayor D. Juan Bautista Casanova), que hicieron notar que el Ayuntamiento contaba con funcionarios cualificados para la mayoría de las actuaciones objeto de facturación.

g) Ajeneidad del trabajo facturado. La cumplimentación de los formularios SMM1 no ofrecía la menor dificultad para cualquier persona que trabajase en la sociedad. El subdirector técnico del Tribunal de Cuentas afirma que nunca fue requerido el Sr. del Nido para que interviniera en ese cometido.

Respecto a la disolución de la sociedad municipal "Control de Gestión Local, S.L.", el director y subdirector de la sucursal del Banco de Andalucía en

Marbella manifestaron que los contratos que tuvieron que firmarse fueron preparados por el servicio jurídico del Banco.

h) Inmediación del pago. Siendo la prima por impago alta los acusados cobraban con una rapidez inexplicable. Se citan como ejemplo tres minutas abonadas a los dos, a los seis y a los diez días respectivamente de su presentación.

i) Renuncias siempre a favor de los cuentadantes. En los conflictos de intereses en los procedimientos por alcance al defender los mismos letrados al Ayuntamiento y a los cuentadantes el acusado Sr. del Nido se apartó de la defensa del Ayuntamiento asumiendo la del recurrente y demás acusados.

j) Elaboración artificiosa de justificaciones. Entre éstas la farsa del arbitraje en la que involucraron el recurrente y Sr. del Nido al Colegio de Abogados de Málaga; el ofrecimiento de la venta de los locales a tres empresas que pertenecían al mismo grupo empresarial; el simulacro de concurso remitiendo faxes a letrados destacados de ámbito nacional, para defender al Ayuntamiento de Marbella, cuando el Sr. del Nido ya había firmado el contrato y cobrado la minuta 48/01; reclamación de honorarios efectuada por el Sr. del Nido para aparentar una relación de servicios normal, unos días después de haber prestado declaración como imputado en esta causa.

Con todos esos datos indiciarios decae la estrategia defensiva de que el recurrente se limitaba a ejecutar todo lo que Jesús Gil y Gil le mandaba sin reparar en la posible ilegalidad de los cometidos, a lo que se une:

a) El testimonio de los concejales de la oposición, al hallarse en el pleno convencimiento por el desarrollo de los hechos de que el recurrente en los Plenos actuaba con soltura, llevando la "voz cantante".

b) Ante una ilegalidad flagrante, presenciando el recurrente la violenta escena en la que los Consejeros de Cuentas rechazaron la intervención del letrado Sr. del Nido, se aviniera después al pago de unas minutas que carecían de la más mínima justificación.

Con todo lo hasta ahora dicho resulta patente que la Audiencia ha motivado la sentencia, dando respuesta a las pretensiones argüidas con respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, resultando acreditados los elementos integrantes de los delitos por los que se le condena con prueba válida, suficiente, y razonablemente valorada, que puso de relieve la existencia de un concierto entre los acusados para lucrarse a costa de las arcas municipales, dictando resoluciones administrativas improcedentes para alcanzar este objetivo ilícito.

El motivo ha de rechazarse.

OCTAVO.- El motivo cuarto lo canaliza, vía art. 849.1° L.E.Cr. (corriente infracción de ley), por considerar indebidamente aplicado el art. 404 C.P. que regula la prevaricación administrativa.

1. El Tribunal sentenciador de instancia -según nos dice- no tuvo en cuenta los abundantes testimonios de acusados y testigos, los cuales manifestaron que los Decretos sobre nombramientos y autorizaciones de pago de honorarios los ordenó Jesús Gil y Gil, limitándose el recurrente a estampar su firma sin tener conciencia de obrar injustamente o que los Decretos fueran improcedentes o arbitrarios.

Tampoco se ha podido acreditar el elemento intencional, fáctico o normativo, de saber el recurrente que estaba dictando una resolución injusta, habida cuenta de que la ilegalidad o injusticia ha de ser evidente, patente, flagrante o clamorosa como proclama la jurisprudencia.

A su vez es un hecho notorio y conocido que nunca ha existido expediente de contratación para utilizar los servicios de otros abogados y tampoco es la regla general en el país, además que la ausencia de expediente nunca podría constituir un ilícito penal, reseñando contrataciones de letrados y otros profesionales por ese informal procedimiento, esto es, prescindiendo del expediente administrativo.

2. Antes de dar respuesta al precedente reproche resulta de interés dejar sentados los criterios caracterizadores de esta figura típica, según lo viene fijando la jurisprudencia de esta Sala y que el Fiscal se encarga de recordar.

Sobre la prevaricación administrativa esta Sala ha manifestado que:

a) El bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, b) la acción, consistente en dictar una resolución injusta en un asunto administrativo, implica su contradicción con el derecho, que puede manifestarse bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder; c) respecto del elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad),

se ha estimado, en algunas resoluciones desde una óptica objetiva, que el acento debe hallarse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho; y en otras resoluciones se ha resaltado como elemento decisivo el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad" (STS. 16-10-2009).

3. El primer condicionamiento del motivo formulado lo impone la naturaleza del mismo, que siendo por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., obliga al pleno respeto del relato probatorio que en este trance procesal se torna intangible (art. 884.3 L.E.Cr.).

En segundo término, las razones expuestas para trasladar la responsabilidad a Jesús Gil y Gil no son de recibo, por cuanto nadie niega la posible responsabilidad penal de éste de haber podido ser enjuiciado, pero al haber sobrevenido una causa de extinción de la responsabilidad criminal (muerte del reo: art. 130.1º C.P.), la cuestión es inoperante.

Es cierto que el recurrente no tuvo participación en el establecimiento del sistema de sociedades municipales, ni tampoco quien llevó al Sr. del Nido al Ayuntamiento de Marbella, pero partiendo de tal situación o estado de cosas, el acusado por propia iniciativa y con conocimiento y voluntad tomó múltiples decisiones que aceptando y asumiendo la situación creada por Jesús Gil, favoreció y mantuvo el descontrol con el solo objetivo de obtener una desviación de caudales públicos a finalidades distintas a las fijadas por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no fueron tanto los procedimientos inadecuados seguidos para adoptar los Decretos y demás resoluciones los que determinaron el carácter injusto y arbitrario de los mismos, sino la desviación de poder de manera que el objetivo único de las designaciones a favor del letrado Sr. del Nido, era un pretexto para que aquél librara minutas por actividades innecesarias, no realizadas e improcedentes por no hallarse previstas en la ley, etc. El recurrente, casi de forma inmediata a la presentación de la minuta, dictaba la resolución pertinente para el efectivo pago de la misma.

Es factible incluso que, con determinados límites, un Ayuntamiento puede contratar un servicio externo de asistencia jurídica, pero no es menos cierto que excediendo de dos millones de pesetas debía hacerse con expediente administrativo o por escrito, lo que permitiría calibrar su necesidad, en tanto el nombramiento, debía estar al margen de toda arbitrariedad (art. 9.3 C.E.). Si

existen razones para tal contratación y el profesional desempeña el trabajo encomendado con solvencia y pasa una factura razonable, dentro de los parámetros establecidos para la retribución de tales actividades, no podemos hablar de prevaricación alguna. Pero ese no es el caso.

4. Por otro lado, el recurrente que acepta su condición de funcionario público y el dictado de los Decretos de designación de letrado y pago de minutas, niega la existencia de dolo, esto es, el conocimiento de la injusticia o arbitrariedad en que incurría, que nunca podría calificarse de patente, grosera o esperpéntica.

La propia sentencia concreta en la fundamentación jurídica los catorce Decretos prevaricadores firmados bajo su exclusiva responsabilidad por el recurrente, desde el 23 de julio de 1999 a 26 de julio de 2003, designando al letrado Sr. del Nido para determinadas actividades, autorizando y aprobando el pago de las minutas que el letrado presentó, siendo el denominador común en todos ellos, el haberse saltado el procedimiento establecido para hacer el encargo de la cuantía de los encomendados (aunque esta circunstancia no fuera determinante para la calificación delictiva) con el fin de evitar cualquier control (las decisiones se adoptan de espaldas al Pleno) y no existir ninguna razón jurídica para su dictado, ni necesidad que lo aconseje, teniendo como única base la mera voluntad del recurrente, pero además con la finalidad inequívoca de vaciar injustificadamente las arcas municipales en beneficio personal y propio o/y de terceros.

El dolo, por su parte, como en toda clase de delitos, consiste en conocer y querer los elementos objetivos correspondientes al tipo penal y en nuestro caso -como puntualiza el Fiscal- resulta evidente, no solo por las advertencias del interventor, sino por la finalidad perseguida, que el recurrente no podía desconocer ni dejar de representarse la ilegalidad e injusticia de los Decretos que dictaba.

Recordemos los flagrantes supuestos de ilegalidad de decisiones reflejadas en el motivo anterior, extraídos de los hechos probados, tales como:

- El caso de la segregación de San Pedro de Alcántara.
- Incoación de expediente disciplinario al Interventor el 11 de diciembre de 2000.
- El recurso interpuesto contra el expediente de fiscalización cuando no era susceptible de recurso, según informa al Ayuntamiento un prestigioso letrado.

- El caso de los formularios SMM1.

- Etc., etc.

En todos los expedientes analizados al examinar el motivo por presunción de inocencia, debidamente destacados por el Fiscal, el recurrente no podía dejar de representarse la atrocidad jurídica-administrativa que cometía, apreciable por cualquiera.

El motivo ha de rechazarse.

NOVENO.- En el motivo número cinco, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., estima infringido el art. 432 C.P.

1. La alegación impugnativa se desarrolla en cuatro apartados:

a) Que a José M^a Del Nido y a Ángeles Carrasco los contrató Jesús Gil y Gil, que el Interventor realizaba el control financiero y que los pagos se aprobaban en comisión de gobierno y mediante el correspondiente mandamiento de pago firmado por el Interventor, el Tesorero y el Concejal Delegado de Hacienda.

b) Que las sociedades municipales no disponían de fondos, que los mismos venían de la propia corporación marbellí, una vez que los tres claveros autorizaban el pago.

c) Que resulta poco creíble que los trabajos de José M^a Del Nido fueran innecesarios y que el recurrente conociera y consintiera las supuestas ilegalidades.

d) Que no se ordenó ningún pago existiendo reparos de la intervención.

Concluye afirmando que no existe prueba de que él tuviera a su cargo los caudales o de que se haya beneficiado de las minutas cobradas.

2. Antes que nada debe excluirse de la protesta, dado el anclaje procesal de la misma, todas aquellas afirmaciones que se refieran a la ausencia de prueba o a aspectos que a juicio del recurrente resultan poco creíbles, ya que se ha de partir necesariamente de la intangibilidad del hecho probado (art. 884.3 L.E.Cr.).

Esta Sala de casación debe examinar el juicio de subsunción, partiendo del relato fáctico, ilustrado y desarrollado en la fundamentación jurídica.

Según doctrina de esta Sala los presupuestos del delito de malversación de caudales públicos se pueden reducir a los siguientes:

a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del C.P., bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una

efectiva disponibilidad material; c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; d) sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo; e) ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (SSTS 1074/2004, de 18-10 y 98/1995, de 9-2) (STS 132/2010, de 18-2).

3. La Audiencia de origen ha razonado y explicitado el juicio de subsunción destacando los hechos que se insertarían en el tipo descrito en el art. 432 C.P. Allí se concretan los abonos a través de los cuales se sustrajo o se consiguió que los terceros concertados hicieran propios y se lucraran sin justificación de los fondos municipales.

Los abonos a José M^a del Nido consistieron en 79 minutas y cuatro pagos más por un importe total de 2.862.094,91 euros; a Victor Cohen ocho facturas a nombre de Gesconce, S.L. por importe de 139.434,82 euros y a Angeles Carrasco diez facturas que harían un total de 132.463,66 euros.

Es indudable que el recurrente tenía la facultad dispositiva de los caudales, primero, como presidente del Consejo de Administración de la sociedad facilitaba que un tercero, sin razón e innecesariamente, presentara una factura que solo formalmente describía unas actividades, claramente improcedentes, asignándole una retribución exorbitante en los casos en que se simuló el despliegue de alguna actuación profesional, para posteriormente dictar sendos Decretos ordenando la extracción de fondos del Ayuntamiento y el consiguiente pago de la factura.

Es cierto -como apunta el Fiscal- que había un interventor municipal y que los fondos con los que las sociedades municipales pagaban procedían del Ayuntamiento, pero precisamente, y como se ha destacado en el Informe de Fiscalización aprobado por el Tribunal de Cuentas que se cita en la sentencia, a través del sistema de las sociedades municipales, que se había instaurado, el Ayuntamiento no ejercía la función de control financiero ni exigía la justificación del empleo dado a las transferencias ni la procedencia de las deudas asumidas. El único control existente era de carácter contable, se examinaba si había una minuta, una factura o un recibo, pero no se ejercía un control financiero para determinar si el pago que se abonaba procedía de un servicio aprobado en el correspondiente

expediente y si el mismo se había prestado efectivamente en beneficio de la entidad.

Los pagos realizados con fondos públicos que Julián Muñoz aprobó y autorizó, y que la sentencia detalla, sin perjuicio de los controles formales que se llevaban a cabo, no respondían a la satisfacción de un interés público, ni se hacían en beneficio de los intereses del Ayuntamiento de Marbella, sino que tenían como objetivo la satisfacción del ánimo de lucro de los acusados, y el hecho de que, como la sentencia reconoce, no se hayan llegado a conocer los acuerdos internos existentes entre los acusados, a los efectos de precisar su participación en los caudales ilegalmente obtenidos, por lo que ahora respecta, el desconocimiento del concreto beneficio obtenido por el recurrente en relación con estos hechos, no es óbice para declarar su responsabilidad por la comisión del delito de malversación de caudales públicos dados los términos en que está redactado el tipo penal, ya que, en todo caso, consintió la sustracción de los caudales.

Por último en aquellas excepcionales ocasiones en que el interventor protestó por la ausencia de control financiero, se le abrió un expediente gubernativo por el recurrente, o se le acusó de desleal y de inmiscuirse en funciones que no le correspondían.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO.- Por infracción de ley, amparado en el art. 849.1º L.E.Cr., en el sexto motivo estima indebidamente aplicado el art. 436 C.P.

1. A su juicio no concurren los elementos típicos del delito de fraude por las razones siguientes:

a) Quien contrató a José M^a del Nido, a Angeles Carrasco y a Víctor Cohen fue Jesús Gil y Gil, pero no él que se limitó a firmar los Decretos de nombramiento y el contrato de arrendamiento de servicios requerido por el alcalde titular.

b) No puede hablarse de la existencia de un concierto para defraudar cuando las actuaciones profesionales de los contratados fueron reales.

c) Además él no tenía conciencia de la ilicitud de lo que hacía, porque no era letrado y consideraba legítimo que el abogado y demás profesionales recibieran los pagos compensatorios de su trabajo, que en aquella época era intenso en el Ayuntamiento marbellí.

d) Finalmente, los pagos se hacían con la aprobación de la Comisión de gobierno, del Interventor, del Secretario y del Concejal delegado de Hacienda.

2. La sentencia recurrida ha estimado, según apunta el Fiscal, la comisión por parte del acusado de cuatro delitos de fraude, diferenciando los delitos en función de las malversaciones cometidas por idénticos protagonistas. De esa forma ha considerado un primer delito, en el acuerdo entre Julián Muñoz y José M^a Del Nido, abarcando la actuación que deparó el cobro de tres minutas y cuatro ingresos relacionados con un contencioso, siendo causa del desvío de dinero público por importe de 837.836,97 euros; un segundo delito, en el acuerdo entre Julián Muñoz, Modesto Perodia y Esteban Guzmán con José M^a Del Nido, siendo causa de desvío de dinero público por importe de 2.512.279,22 euros; un tercer delito, en el acuerdo entre Julián Muñoz, Modesto Perodia y Esteban Guzmán con Víctor Cohen, siendo causa de desvío de dinero público por importe de 139.434,82 euros; y un cuarto delito, en el acuerdo entre Julián Muñoz y Ángeles Carrasco, siendo causa de desvío de dinero público por importe de 132.463,06 euros.

Estos hechos -según el Fiscal- son perfectamente incardinables en el art. 436 C.P., que describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Bastaría la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo.

Ello hace que la efectiva apropiación de caudales no pertenezca a la perfección del delito y debe sancionarse, como ha hecho la Audiencia en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos (véase, por todas, STS 1537/2003 de 27 de septiembre).

3. Descendiendo a los reparos concretos formulados, de nuevo hemos de reiterar que Jesús Gil y Gil pudo tener las responsabilidades pertinentes por lo que hizo en su momento y por la creación de la estructura facilitadora de la comisión de delitos, pero la aceptación y aprovechamiento de esa estructura, adoptando las pertinentes decisiones, con plena conciencia de la ilicitud de los actos realizados y total dominio del hecho, es atribuible individualmente al recurrente.

Hallándonos ante un motivo por corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr.) nos obliga a aceptar los hechos probados y no poner en entredicho los

artifícios falaces y mecanismos aparentes de una inexistente regularidad de las minutas.

También quedó acreditado el carácter formal y contable de los créditos que, a medio de Decreto, obligaba a librar a la Corporación marbellí.

Tales conclusiones fueron obtenidas a través de la prueba indiciaria, complementada por otras de naturaleza directa, especialmente, la documental. Así, el concierto defraudatorio era perfectamente deducible, entre otras, de las siguientes circunstancias:

- La respuesta al interventor cuando pidió que se devolvieran unas minutas a José M^a del Nido.

- El que no perdieran ocasión para facturar al Ayuntamiento, adelantándose, en ocasiones, a los acontecimientos.

- El que los acusados fueran conscientes desde un principio -por el auto del Tribunal de Cuentas de 12 de julio de 1999-, de que toda su intervención obstruccionista la hacían en perjuicio de los intereses del Ayuntamiento, que era, además, quien abonaba las facturas.

- El que la mayoría de los trabajos cobrados fueran innecesarios y, a veces, inexistentes. -

- El que los pagos se hicieran con una rapidez inexplicable.

- El que las renunciaciones de José M^a Del Nido en los procedimientos de reintegro por alcance se hicieran a favor de los cuantadantes.

- El que Julián Muñoz interviniera en la farsa de arbitraje en la que José M^a Del Nido involucró al Colegio de Abogados de Málaga

- Etc., etc.

De todo ello se concluye en el sentido de que existieron los acuerdos fraudulentos entre los implicados, aunque no se conocieran los términos exactos de los mismos.

4. El recurrente que se limita a atacar la existencia del concierto delictivo, que se ha demostrado existió, sin embargo dentro del juicio de subsunción del delito de fraude en el art. 436 C.P., es posible acudir a un argumento, estrictamente jurídico, no invocado por este recurrente, pero sí por otros que se hallan en la misma o análoga situación.

Nos referimos a la absorción o consunción del delito o delitos de fraude, cuando todos los actos de concierto están dirigidos única y exclusivamente al delito de malversación de caudales públicos, que a su vez, se perfecciona y lleva a cabo, expoliando las arcas del Ayuntamiento de Marbella.

La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de **progresión cuantitativa**, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 C.P.) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico.

Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.

5. La escasa jurisprudencia aplicable al caso, no excluye, sino que al contrario refuerza la tesis que esta Sala mantiene. Las tres sentencias dictadas sobre el particular se contraen a:

1) STS 566/1995 de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.

2) La STS número 1537/2002 de 27 de septiembre, explica que es posible la condena por fraude y por malversación, cuando los hechos enjuiciados, unos no pasaron del concierto para defraudar y en otros se produjo efectivamente la defraudación.

3) La STS nº 257/2003 de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2.002.

De esta escueta jurisprudencia se concluye, que es posible la concurrencia de ambos delitos (concurso medial) cuando en unas actuaciones delictivas se realizan conductas objeto del concierto previo, que luego se consuman y otras que quedan en ese proyecto delictivo, que no pudo ser concluido.

En nuestro caso, sin apartarse de tales principios jurisprudenciales, se ha producido la plena consunción en el delito consumado de malversación de caudales, porque todos los pactos estaban única y exclusivamente dirigidos al objetivo malversador, que se consiguió plenamente. La concertación para defraudar se ha traducido en una lesión efectiva del patrimonio público, situación global, única que debe ser sancionada.

El motivo debe estimarse.

DECIMOPRIMERO.- En el séptimo y último motivo se alega error facti a que se refiere el art. 849.2 L.E.Cr.

1. En el relato fáctico pretende introducir tres afirmaciones o puntos de vista, recurriendo para ello a toda clase de documentos. Lo divide en tres apartados, que pueden resumirse del modo siguiente:

a) En el primero se designan el poder general para pleitos otorgado por el referido Alcalde Sr. Gil y Gil, a favor del Letrado Don José María del Nido Benavente, el 25 de febrero del año 1999, ante el Notario de Marbella, Don Alvaro E. Rodríguez Espinosa que obra en las actuaciones al folio 53.473 y ss. del Tomo 116.

b) En el segundo El Decreto del propio Alcalde (no alcalde accidental) de 22 de diciembre de 1.999, de cuya existencia y traslado da fe el Sr. Secretario Municipal al folio 322 del Tomo I.

c) En el tercero el Decreto del propio Alcalde de 2 de agosto de 2.000, de cuya existencia y traslado da fe el Sr. Secretario Municipal al folio 1.150 del Tomo 3.

2. Esta Sala viene señalando invariablemente los requisitos o condicionamientos que deben concurrir para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza, que son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

3. Ninguno de los documentos por sí solo o en relación con los demás evidencia lo que pretende acreditar el recurrente si el tenor de dichos documentos no es objeto a continuación de una interpretación valorativa.

Respecto al insistente argumento de trasladar responsabilidades a Jesús Gil y Gil, ya afirmamos que podría tener las suyas, incluso de carácter penal, pero su fallecimiento provoca la extinción de la responsabilidad criminal. La Sala de instancia admite y acepta como afirmación inconcusa que al Sr. del Nido inicialmente le contrató el Sr. Gil y que también fue él, solo o con el apoyo

de otros concejales, el que creó la maraña de sociedades municipales, pero la responsabilidad del recurrente lo es por sus personales y exclusivos actos.

Respecto a la necesidad de expediente administrativo para la contratación o en cualquier caso su plasmación por escrito, ha sido resuelto en la sentencia, que ha estimado que al margen de irregularidades, ilegalidades puestas de manifiesto en el informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, y en los escritos del interventor, el recurrente actuó con desviación de poder.

Las contrataciones anteriores por vía irregular no impedían la necesidad de llevar a cabo el servicio contratado, la correcta realización del mismo y la percepción de la prudente y justificada retribución por el servicio. En nuestro caso los Decretos de contratación y órdenes de pago, no obedecían a verdadera necesidad, no eran imprescindibles, muchos de los encargos no se realizaron, además que las minutas resultaban acentuadamente escandalosas. En suma, se trataba de envolver en un formalismo de aparente legitimidad un acuerdo para expoliar al Ayuntamiento de Marbella.

Por último, trasladar la responsabilidad de los pagos ordenados por Decreto a los tres claveros es desconocer el sistema de pago instaurado en las sociedades participadas en las que los funcionarios municipales solo pueden realizar un control contable o formal que les viene impuesto por Decreto. El control económico-financiero brillaba por su ausencia, dada la maraña de sociedades creadas por el Ayuntamiento, con plena autonomía financiera.

El motivo ha de rechazarse.

RECURSO DE JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE

DECIMOSEGUNDO.- Al amparo de lo previsto por los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., en el motivo primero denuncia infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin sufrir indefensión (art. 24 C.E.).

1. El recurrente alega que fueron objeto de enjuiciamiento hechos no imputados en fase de instrucción y por los que no se abrió juicio oral, por lo que no existió correlación entre el auto de hechos punibles (acomodación a procedimiento abreviado) y los escritos de acusación, habiéndose introducido nuevos hechos en el trámite de conclusiones definitivas que no se contenían de forma expresa en el escrito de calificación provisional que delimitó el objeto del proceso.

Ya desde un principio las acusaciones en su calificación provisional introdujeron nuevos hechos sobre los que no versó la instrucción sumarial y que debían haber sido objeto de un nuevo sumario a tenor del art. 650 L.E.Cr.

El impugnante desglosa el motivo en tres apartados:

A) Ausencia de correlación entre el auto de hechos punibles y los escritos de acusación.

B) Introducción de nuevos hechos en el trámite de conclusiones definitivas.

C) Ampliación de la acusación a la minuta 74/2000.

2. Respecto al **primer extremo impugnativo** afirma que sobre determinadas minutas no se tomó declaración al imputado, y la atribución de un delito continuado no dispensa de las exigencias constitucionales respecto a la necesidad de precisar e imputar al denunciado cada hecho individual objeto de enjuiciamiento. Al no haberse hecho así se le ha producido indefensión, porque el número total de acciones que forman el delito continuado no es irrelevante en la individualización de la pena y porque la imputación tardía de nuevos hechos puede dilatar el "dies a quo" para la prescripción o afectar a la imposición de la pena en el delito continuado.

La Audiencia Provincial en las cuestiones previas, bajo el epígrafe "Respecto al derecho fundamental de información al acusado sobre la imputación" (páginas 354-358 de la sentencia), da adecuada respuesta a la cuestión planteada, declarando que el derecho a ser informado de la acusación es un **derecho de concreción progresiva** durante la tramitación del proceso, no existiendo indefensión si el acusado ha tenido ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que compongan el tipo delictivo por el que se sanciona en la sentencia. Como argumento de refuerzo recuerda la naturaleza de acto de imputación formal que tiene el auto de acomodación, equiparable al auto de procesamiento, y precisa que la documentación relativa a las imputaciones contenidas en los escritos de conclusiones provisionales figuraba unida a las actuaciones y había sido objeto de interrogatorio durante la instrucción.

3. Antes de dilucidar la cuestión conviene recordar algún principio sobre la doctrina constitucional recaída sobre el derecho a no sufrir indefensión y sobre el principio acusatorio.

Sobre el primero es doctrina inconcusa del T. Constitucional que "por indefensión constitucionalmente relevante solo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso de un proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones

contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la actuación judicial produzca un **efectivo y real menoscabo** del derecho de defensa".

Así pues, la indefensión que el art. 24.1º proscribe es aquélla que efectivamente se produce materialmente, de tal suerte que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso al privar o limitar las posibilidades de alegación, defensa y prueba.

Sobre el segundo principio (principio acusatorio) también constituye doctrina asentada de esta Sala que su contenido "consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria" (STS. 29-01-2002).

La "correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer **inalterables en su aspecto sustancial**, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido de la acusación" (STS. 25-03-2010).

4. Sobre esta particular queja procede afirmar -siguiendo las certeras alegaciones del Fiscal- que la acción penal únicamente se entiende fijada y promovida en el escrito de calificación de la acusación y es en esos escritos iniciales de calificación donde se delimita el objeto del proceso; y son las conclusiones definitivas el verdadero instrumento procesal de la acusación, donde se definen las pretensiones jurídicas que deben ser objeto de resolución en la sentencia (STS. 5-07-2006). Según doctrina consolidada de esa Sala, el auto de procesamiento, de naturaleza similar al auto de transformación, "*no supone ejercicio de la acción penal, sino que se trata de un presupuesto de acceso del*

proceso a la fase plenaria, acordado en resolución motivada por Juez de Instrucción en periodo sumarial, por la que estima que de unos determinados hechos, de carácter ilícito, resultan provisionalmente indicios racionales de criminalidad atribuibles a persona concreta, pero no el instrumento de ejercicio de la acción penal que únicamente se entiende fijada y promovida en el escrito de calificación de la acusación” (STS 863/2010, de 10 de noviembre).

En el caso enjuiciado, consta que el recurrente se refiere a una concreción de los hechos imputados con carácter previo a la formulación de las conclusiones provisionales de las partes acusadoras, alegando unos teóricos motivos de indefensión -individualización de la pena y prescripción- cuya efectiva trascendencia en la causa no se concreta. En todo caso, no consta que esa parte haya sufrido ninguna limitación en el ejercicio de su defensa.

Por otro lado, la identidad de todos los hechos imputados al recurrente viene determinada por referirse los mismos a las relaciones del acusado con el Ayuntamiento de Marbella y las únicas variaciones que se indican en el motivo son referentes a la inclusión, en el auto de transformación o en los escritos de calificación provisional, de determinadas minutas -o exclusión de otras como se dice en la sentencia-, en base, en todo caso, a la documentación ya obrante en la causa que, insistimos, ha sido objeto de interrogatorio durante la instrucción.

Por todo lo expuesto entendemos que el recurrente no ha sufrido indefensión según el primer alegato.

5. En relación al **segundo apartado** (ap. B), la defensa se queja de que en el trámite de conclusiones definitivas la acusación introdujo como hecho nuevo las minutas expedidas en base al contrato de prestación de servicios de 3 de julio de 2001, a pesar de no haberse incluido en el escrito de acusación provisional del Fiscal.

Aunque el tema de estas minutas no formara parte de una previa imputación en las conclusiones provisionales del M^o Fiscal, en ellas sí se hace referencia a que formaban parte de la mecánica defraudatoria utilizada por los acusados para obtener ingresos de los fondos públicos. A su vez en el juicio oral el acusado fue interrogado sobre las minutas derivadas del contrato de prestación de servicios y por último, tras la formulación de las conclusiones definitivas la defensa no hizo uso de la facultad concedida en el art. 788.4 L.E.Cr.

Ello nos indica, que la introducción de la imputación en conclusiones definitivas, habiendo sido objeto de debate en juicio, no ocasionó ninguna concreta indefensión, ya que el recurrente tuvo todas las posibilidades legales de

defenderse de tal acusación o por lo menos no se precisa ninguna especial indefensión.

6. Finalmente en el **apartado tercero** (ap. C), se nos dice que la minuta 74/2000 por importe de 17.429,35 euros nunca fue objeto del procedimiento. No se contempló en la querrela, ni se tomó declaración al acusado sobre ella, ni se incorporó al auto de acomodación del procedimiento ni a las acusaciones provisionales.

La razón de la no expresa o específica inclusión se debió a un error o "lapsus calami", ya que el dato figuraba o se deducía inevitablemente de otros pasajes o afirmaciones de los escritos acusatorios.

En cualquier caso tal protesta constituye el contenido del motivo tercero. Allí completaremos las razones de su rechazo.

El submotivo (ap. C) junto con los dos anteriores (ap. A y B) deben rechazarse.

DECIMOTERCERO.- Igualmente el segundo motivo se formula con sede en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 C.E.), en particular por vulneración del principio acusatorio.

1. El principio acusatorio, que sin mencionar expresamente, posee su asiento legal en el art. 24 C.E., según tiene manifestado el T. Constitucional, exige la necesaria congruencia entre el fallo de la sentencia y los términos de la acusación, correspondiendo a las partes la carga de aportar al proceso los hechos en que se fundamenta la acusación, pero es lo cierto, -argumenta el recurrente- que la acusación ha formulado un escrito acusatorio inconcreto e indeterminado en cuanto a los hechos que integran el fraude, pues el Fiscal imputa unos delitos de fraude, pero sin explicar su desglose, lo que determinó que la Sala sin interesarlo el Fiscal, hiciera un desglose de los varios delitos de fraude que se imputaban al recurrente.

Ello supondría infracción del principio acusatorio al exceder la sentencia de lo peticionado, concretando lo inconcreto.

2. La mejor réplica a tal motivo casacional la expone el Fiscal recordando el contenido de las conclusiones referidas al delito de fraude, así como la misma imputación de la acusación particular de las que se deduce que existió suficiente concreción en el escrito calificadorio y la sentencia se movió dentro de los límites pretendidos.

Examinaremos la calificación del Mº Fiscal.

En la conclusión segunda de las definitivas consideró que los hechos eran constitutivos:

c) De un delito de fraude de los arts. 436 y 437 CP (que por aplicación del art. 8 CP, subsume el art. 295 CP), en concurso ideal con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432.1 y 2 CP, en relación con el art. 74.2 CP (hechos apartados iv.f y iv.g).

g) Un delito de fraude del art. 436 CP en concurso ideal con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 y 2 CP (que subsumirá el art. 252 por aplicación del art. 8 CP) (hechos apartado VI); y

m) Un delito de fraude del art. 436 CP (hechos apartado VIII).

En la conclusión tercera se consideraba a José Mª Del Nido cooperador necesario de los delitos indicados en los apartados señalados. Y en la conclusión quinta se interesaban para el citado las penas siguientes: por el delito del apartado c), ocho años de prisión y quince años de inhabilitación absoluta; por el delito del apartado g), seis años y un día de prisión y quince años de inhabilitación absoluta; y por los hechos del apartado m), tres años de prisión y seis años de inhabilitación especial.

Tal calificación recaía sobre los hechos siguientes:

iv.f) Bajo el epígrafe “Nuevo enfoque ideado para evitar los reparos del interventor” se describían los hechos relativos al contrato de arrendamiento de servicios profesionales de 3 de julio de 2001, a la prorroga del contrato y al abono de las minutas presentadas por José Mª Del Nido con ese motivo.

iv.g) Bajo el epígrafe “Irregularidades relacionadas con la facturación y abono de cantidades como honorarios profesionales por intervención profesional ante la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas”, se describían los hechos relativos a las distintas fases de la fiscalización del Tribunal de Cuentas -Diligencias Preliminares, Actuaciones Previas, Procedimientos de Reintegro por alcance- y al abono de las minutas presentadas por José Mª Del Nido con ese motivo.

VI) Bajo el epígrafe “Intervención en los contenciosos promovidos por las sociedades “Ruzar, SL” y “Pavimentos Sierra Blanca, SL” contra el Ayuntamiento de Marbella”, se describían los hechos relativos a los contenciosos citados y al abono de las minutas presentadas por José Mª Del Nido con ese motivo; y

VIII) Bajo el epígrafe “Intervención de José M^a Del Nido Benavente y Ángeles Carrasco Sanz en el recurso contencioso-administrativo núm. 1017/94” se hacía referencia a los hechos relativos al contencioso sobre la segregación de San Pedro de Alcántara y al abono de las minutas presentadas por José M^a Del Nido y por Ángeles Carrasco con ese motivo.

3. Por su parte la acusación particular ejercida por el Ayuntamiento de Marbella formuló acusación:

2.- Delito continuado de fraude tipificado en el art. 436 CP por las siguientes conductas:

a) La desviada y fraudulenta actuación profesional de oposición del Sr. Del Nido, utilizando recursos no previstos en la Ley para oponerse a la fiscalización. Lo mismo cabe señalar de oposición a la fiscalización acordada por la Cámara de Cuentas de Andalucía en nombre de Contratas 2000 SL.

b) Con relación a la minuta 114/00 su pago se produjo incluso antes de la solicitud de prórroga para presentación de alegaciones, que no estaban aún realizadas, y sin saber si el aplazamiento se concedería; alegaciones que en todo caso no fueron realizadas por José M^a Del Nido.

c) La utilización de la Sociedad Control de Servicios Locales SL, en buena parte por personal externo que participaba en las decisiones colaborando a eludir los controles y a desviar fondos públicos y duplicando supuestas tareas y cobros.

d) Artificial sometimiento de la minuta 115/00 al arbitraje del Colegio de Abogados a fin de dar cobertura a su cobro.

e) Suposición de intervención profesional en la subrogación de contratos de leasing por el Ayuntamiento a la disolución de Control de Gestión Local SL; y

f) Facturación periódica y fraccionada en minutas iguales, de forma excesiva e injustificada y puesta de acuerdo con José M^a Del Nido quien cobraba buena parte de los pagos por minutas giradas por su esposa. Se consideraba autor del delito continuado de fraude a Julián Muñoz y cooperador necesario a José M^a Del Nido; y, así mismo, se consideraban cooperadores necesarios, precisando los apartados respectivos, a Víctor Cohen, Ángeles Carrasco, Esteban Guzmán, Modesto Perodia y Leopoldo Barrantes. Por el delito de fraude, en concurso con el delito continuado de malversación de caudales públicos, se solicitaba para José M^a Del Nido la pena de cuatro años de prisión y cuatro años de inhabilitación absoluta.

4. La sentencia recurrida ha imputado -concluye el Fiscal- a José María del Nido **dos delitos de fraude**, uno por el acuerdo con Julián Muñoz abarcando la actuación que deparó el cobro de las minutas 36/02, 49/02 y 69/02 y cuatro ingresos relacionados con el contencioso con “Safamotor, SA” (contenciosos promovidos por Ruzar, SL, y Pavimentos Sierra Blanca, SL), siendo causa de desvío de dinero público por importe de 837.836,97 euros; y un segundo delito, por el acuerdo con Julián Muñoz, Modesto Perodia y Esteban Guzmán, siendo causa de desvío de dinero público por importe de 2.512.279,22 euros. Y en el fallo se ha condenado a José M^a Del Nido como cooperador necesario de un delito continuado de fraude en concurso medial con los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos a las penas de siete años y seis meses de prisión y quince años de inhabilitación absoluta.

Con todo ello se comprende que ni la imputación fue indeterminada, aunque el Tribunal la precisó dentro de los términos de los escritos acusatorios, ni tampoco el Tribunal ha aplicado el art. 436 por hechos distintos a los relatados por las acusaciones, ni se ha condenado por delitos distintos o más graves.

Cuestión diferente es que este motivo carezca de aplicación práctica, si consideramos que el delito de fraude, se hallaría consumido en el delito de malversación de caudales al culminar el pacto fraudulento con la efectiva apropiación de los caudales públicos.

En cualquier caso el motivo se desestima.

DECIMOCUARTO.- Con igual apoyo procesal que los dos anteriores motivos, en el tercero se estima infringido el derecho a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, habiéndose vulnerado el principio acusatorio.

1. La sentencia recurrida condena al acusado por 5 minutas (pág. 321), las numeradas con 73/200, 74/00, 76/00, 77/00 y 78/00, correspondientes a la actuación profesional en el proceso de Inspección tributaria, a pesar de que la única acusación formulada (la particular del Ayuntamiento) solo acusó por cuatro. Estas cinco minutas suman la cantidad de 87.146,75 euros. Sin embargo, la acusación particular en su escrito de acusación, folios 6 y 7, pese a que no enumera las minutas, dice literalmente al referirse a ellas "que generó un perjuicio para las arcas municipales por importe de 69.717,40 euros", por lo que hay que llegar a la conclusión de que como las 5 minutas por las que se condena son todas de un importe igual de 17.429,35 euros, la acusación particular,

teniendo en cuenta el monto de la responsabilidad civil pretendida por este hecho, habría formulado acusación únicamente por cuatro de las cinco minutas, a pesar de lo cual la sentencia condena por las cinco emitidas. Así, en la página 57 del escrito de la acusación particular en el apartado de responsabilidad civil, dentro del epígrafe de malversación de caudales públicos, se pide una R.C. de 69.717,48 euros (resultado de multiplicar 4 de las 5 minutas por las que se condena al recurrente, por 17.429,35 euros, cada una de ellas).

2. El dato resaltado por la defensa es consecuencia de una omisión, error o "lapsus calami", que puede calificarse de involuntario, en una parte del escrito de la acusación particular, y que se encuentra salvada por la inclusión de ese dato en otras partes de la calificación. Efectivamente, como apunta el Fiscal, en la sentencia recurrida se recoge, en las conclusiones del Ayuntamiento, al hacer referencia a las minutas presentadas por José M^a Del Nido en relación con las inspecciones tributarias a las sociedades municipales, y es cierto que se mencionan únicamente a cuatro sociedades, pero, sin embargo, al concretar las conductas determinantes del delito de malversación de caudales públicos, se indica ya que eran cinco las sociedades y que la cantidad cobrada por el acusado a cada una de ellas fue la de 17.429,35 euros; y al determinar la responsabilidad civil se detallan los nombres de las cinco sociedades y se solicita una indemnización total, por ese concepto, de 87.146,75 euros, que ha sido la concedida por la sentencia.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

DECIMOQUINTO.- Al amparo de lo previsto en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. en el motivo cuarto se desarrolla con amplitud inusitada los argumentos que justificarían la infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizados en el art. 24 C.E.

Complementariamente se alude también a la infracción de la tutela judicial efectiva y derecho a obtener una resolución motivada, conforme al art. 120.3 C.E.

1. La violación del derecho presuntivo la ancla en cuatro pilares argumentales esenciales:

a) Incumplimiento de las exigencias formales de la prueba de indicios, utilizada para fundamentar la condena, conforme a los patrones ya consolidados de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala.

b) La irracional valoración de la prueba.

c) La preterición de un razonamiento plausible sobre los abundantes medios probatorios de descargo que fueron aportados a la causa y de los que ha prescindido la Sala de instancia de modo arbitrario.

d) Formulación de proposiciones en el discurso de la Audiencia que implican "ausencia de certeza", incompatibles con la afirmación de culpabilidad.

En el desarrollo minucioso y exhaustivo del motivo analiza detalladamente cuantos aspectos se relacionan con los siguientes extremos:

En el primer submotivo explica que los supuestos **indicios** que utiliza la Sala sentenciadora para obtener la conclusión condenatoria, a su juicio, no son tales y no es sostenible la afirmación del Tribunal de origen de que las designaciones de letrado objeto de acusación tenían como principal justificación la de proporcionar excusas para el libramiento de improcedentes facturas para satisfacer el ánimo de lucro de los acusados. A continuación analiza los indicios, de todo lo cual viene a destacar que las minutas del recurrente no causaban lesión patrimonial al Ayuntamiento. A pesar de todo esos servicios pasados al cobro no se prestaron por los técnicos municipales, a quienes se les liberó de ese encargo.

Rechaza el recurrente la afirmación de que el pago se hiciera depender de que se obtuviera la contraprestación, entendida como éxito procesal. La sentencia sostenía que las minutas injustificadas o improcedentes es sinónimo de pérdida de recursos municipales sin ninguna contraprestación, a la vista de la casi totalidad de resoluciones desestimatorias, lo que supone la incorrección de verificar la utilidad del servicio en función del resultado del éxito procesal.

No se ha acreditado -sostiene el recurrente- que los trabajos facturados por el Sr. del Nido se hayan hecho por otra persona. El impugnante sigue haciendo un repaso a todos los indicios utilizados por el Tribunal, rebatiéndolos.

En el segundo submotivo, bajo el epígrafe "sobre la indebida interacción e influencia recíproca entre el Tribunal Penal y la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas", la defensa alega que el Tribunal Penal y el Tribunal de Cuentas se han remitido uno a otro y han prescindido de la valoración autónoma de la prueba; que las reglas de valoración de la prueba del Tribunal de Cuentas son contrarias al derecho a la presunción de inocencia, justificando la inversión de la carga de la prueba; que el Informe de Fiscalización no es una prueba pericial; que se ha rechazado el testimonio prestado por los acusados con la única

explicación de tener esa condición; y que se ha acreditado la realidad del trabajo prestado.

En el tercer submotivo, bajo el epígrafe “Sobre la contratación de un abogado externo y los antecedentes de contrataciones análogas en el Ayuntamiento de Marbella”, la defensa alega que la contratación de abogados externos era un hecho habitual en el Ayuntamiento de Marbella. Que sobre la posible designación de abogado sin concurso público, no se ha tenido en cuenta que el control por parte del Alcalde, la Comisión de Gobierno, el Secretario Municipal y el Interventor Municipal era suficiente filtro para garantizar la necesidad del servicio; que el testimonio del Secretario Municipal, el informe del Interventor, y el testimonio de D. Luis Martí Mingarro, fueron favorables a esa opción; que el Decreto emitido por la actual alcaldesa de Marbella designando letrado para esta causa, era idéntico a los cuestionados; y que el Ayuntamiento ha reconocido honorarios a favor del recurrente. Que el criterio de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, respecto a la designación de abogado, es exigir contrato escrito pero no concurso público y que en esta causa se firmó el contrato de 3 de julio de 2001; y que, en todo caso, no son imputables al contratista los vicios administrativos de la contratación. Que el Alcalde tenía competencia para el ejercicio de acciones y defensa del Ayuntamiento, por lo que los Decretos dictados lo fueron en el ámbito de su competencia; y la dación de cuenta de la contratación, el Pleno la había delegado en la Comisión de Gobierno. Y que existía un precio cierto de los honorarios fijados por el recurrente, al venir determinado por remisión a las Normas del Colegio de Abogados de Málaga. Se concluye este submotivo manifestando que no puede cuestionarse la existencia de contrato de prestación de servicios con un objeto y precio cierto, y que, como consecuencia del contrato, queda acreditado el servicio prestado, por lo que los honorarios le eran debidos al recurrente por el Ayuntamiento como contraprestación de los trabajos efectivamente desarrollados.

En el cuarto submotivo, bajo el epígrafe “La irracionalidad del proceso discursivo y las conclusiones de la Sala y la arbitraria valoración de la prueba, fijando conclusiones contrarias a la prueba de los hechos”, la defensa valora los distintos apartados contenidos en la declaración de hechos probados de la sentencia relativos a:

- a) Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía.
- b) Sobre la intervención respecto al Tribunal de Cuentas:

- 1) Actuaciones previas.
- 2) Fase de fiscalización.
- 3) Diligencias preliminares.
- c) Contrato de prestación de servicios con retribución mensual.
- d) Intervención profesional del recurrente en el proceso de inspección tributaria.
- e) Intervención profesional en la disolución y liquidación de la sociedad municipal "Control de Gestión Local, S.L."
- f) Intervención profesional en la venta de aparcamientos, locales y trasteros del mercado municipal.
- g) Intervención en la defensa de concejales en causas por delito contra la ordenación del territorio.
- h) Intervención en los contenciosos promovidos por las sociedades "Ruzar" y "Pavimentos Sierra Blanca".

Sobre todos estos extremos el recurrente propugna otra valoración probatoria, citando y cuestionando la prueba documental y testifical contradictoria con la utilizada por la Audiencia y a la que -según él- se le da especial valor y relevancia. Estas pruebas eran, en general, en materia documental, todos los documentos que trataban de aparentar una regularidad en las contrataciones y supuestos controles que el Tribunal sentenciador consideró que no existieron, y en el plano testifical, eran declaraciones en su mayor parte de coimputados.

2. Ante este extensísimo motivo cuarto, cabe hacer algunas precisiones que restringirían la cognitio judicial a los límites que el cauce procesal que lo autoriza permite.

Esta Sala de casación no puede realizar una nueva valoración de la prueba al analizar el recurrente todos los extremos objeto del juicio, tomando en consideración un conjunto de pruebas (documentos y testigos, fundamentalmente de imputados en la causa), tratando de provocar un nuevo juicio, teniendo a la vista el material probatorio que éste invoca, alegando que fue preterido, cuando realmente ese dato no ha quedado acreditado, y muy al contrario, de la propia sentencia se infiere que el Tribunal de instancia era conocedor de tales elementos probatorios, pero con certero criterio, no les otorgó eficacia probatoria, cuando se enfrentaban a tesis, más razonables y fundadas, apoyadas en otras pruebas más fiables para el Tribunal de instancia.

A esta Sala de casación no le cabe duda que existen y son posibles otras alternativas interpretativas, pero su función no puede extenderse, como indirectamente pretende el recurrente, a efectuar una nueva consideración del material probatorio, función que tiene asignada en exclusiva el Tribunal de instancia. Esta Sala examina si en la causa existió material probatorio, lícito y suficiente para fundar una condena, esto es, si se obtuvo con plena regularidad constitucional y se sometió a la debida contradicción en el plenario, siendo objeto por parte del Tribunal de un discurso argumental razonable y acomodado a las leyes de la lógica, la ciencia y la experiencia.

El segundo aspecto a matizar es el carácter de la prueba indiciaria. Una cosa es el rigor de su existencia y eficacia en un proceso penal en el que solo o fundamentalmente se cuenta con prueba de indicios, y otra muy distinta es que interactúe con otras pruebas directas y lícitas para el acreditamiento de los distintos extremos de la causa.

La prueba indiciaria puede concebirse, como oportunamente expresa la sentencia, como un sistema o mecanismo intelectual para la fijación de los hechos relacionados con la prueba. Son datos, circunstancias, acontecimientos o elementos de todo orden, que apuntan vehementemente o constituyen rastro, vestigio o huella de un hecho sometido a prueba y que demuestran su existencia a través de un razonamiento lógico. Pero lo determinante es que en el caso concernido tales hechos o datos conclusivos, calificados de indiciarios, se alcanzan a su vez a través de pruebas directas que el Tribunal expresa y valora.

Esta Sala ha de concentrar su atención en el limitado objeto de la "cognitio" que le corresponde, por el rango procesal y la ausencia de inmediatez, analizando si los indicios o pruebas indirectas y las demás pruebas directas avalan y garantizan la hipótesis sostenida en la sentencia, por gozar de una posibilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas alternativas.

3. Como introito de la valoración probatoria, la Audiencia hace referencia a tres características o circunstancias dominantes en todo el desarrollo de las actuaciones ilícitas objeto del proceso, tiéndolas de ilegalidad. Estas notas se concretan en:

- a) La **innecesariedad de los encargos** realizados por el Ayuntamiento o sociedades municipalizadas al recurrente.
- b) **Indeterminación del precio** del servicio.
- c) **Ilegalidades administrativas.**

El primero de estos aspectos y de conformidad a la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se autoriza a la celebración de contratos "... siempre que no sean **contrarios al interés público**, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración" y en ellos deberá determinarse "... su **necesidad** para los fines del servicio público correspondiente que se justificará en el **expediente de contratación**".

Entre los principios de buena administración a los que se refiere la Ley 13/1995 se incluye "... la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones", como reconoce también el art. 9.3 y 31.2 y 103.1 de la Constitución Española. Pues bien, en los asuntos objeto de acusación en este proceso nunca se hizo un informe justificativo de su necesidad como era preceptivo por su cuantía y se adjudicaron encargos que no hubieran pasado la fase de preparación de un contrato administrativo con el consiguiente perjuicio para las arcas públicas. Así, advertimos, a la vista del relato probatorio, que la intervención del acusado ante el Tribunal de Cuentas se limitó a intentar obstruir la labor del órgano constitucional y confundir los intereses generales con el de los cuentadantes.

El segundo aspecto se refiere a la **indeterminación del precio**. En el art. 14.1 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas se establecían tres exigencias: **precio cierto**; se abonara el importe al contratista por **prestación realizada**; el **precio** de la prestación ha de ser **adecuado al mercado**.

En realidad, según señala certeramente la combatida:

a) En la mayoría de las ocasiones el precio a pagar era una incógnita hasta la presentación de las facturas, ni determinado ni determinable.

b) Se pagó en concepto de provisión de fondos cuando la regla que rige en los contratos administrativos es la del servicio hecho.

c) Los importes pagados eran exorbitantes, incluso aunque hubieran sido ciertos los conceptos por los que se cobraron.

Ejemplo de ello es la fijación en el contrato de 3 de julio de 2001, en favor del recurrente una iguala frente a la sociedad municipal "Control de Servicios Locales, S.L.", de 8 millones de pesetas mensuales más IVA, sin importar la necesidad y valor de los servicios recibidos.

No puede considerarse precio cierto, cualquiera que sea la opinión del Interventor municipal, el remitirse con carácter general a las **normas orientadoras** de honorarios del Colegio de Abogados de Málaga, dado que son una simple y general referencia dentro de la cual caben cantidades dinerarias muy dispares.

Por último, el tercero de los aspectos que ilustran la ilicitud de la actuación del recurrente son las ilegalidades administrativas, considerando que el teniente de alcalde, Julián Muñoz, aunque ejerciera funciones de alcalde accidental, era incompetente para el ejercicio de las atribuciones del Alcalde recogidas en el apartado "K" del art. 21.1 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, al estar vetadas a la delegación tales facultades. Tampoco sería legal la delegación citada en los Decretos, hecha por el Pleno del Ayuntamiento de Marbella (Decreto 16 de julio de 1999) en favor de la Comisión de Gobierno para "el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales y la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria", porque se incumpliría la prohibición de doble delegación a que se refiere el art. 13.5 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dentro de las ilegalidades la sentencia cita oportunamente lo inadecuado en orden al ejercicio de las acciones, siempre sin el dictamen jurídico previo preceptivo a que se refiere el art. 221.1 del Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales).

La indeterminación del precio y falta de formalidad de los encargos hizo que se actuara como si fueran contratos menores, cuando el importe facturado siempre rebasaba la suma de dos millones de pesetas y la duración de los mismos era superior a un año, límites que fija la Ley 13/1995 y que fueron sistemáticamente incumplidos. Ni siquiera acudieron al subterfugio de fraccionar los importes, que también prohíbe el art. 69.2 de la Ley citada 13/1995.

4. Los elementos probatorios indiciarios que la Sala utiliza, como pruebas complementarias, tienen por objeto acreditar que las designaciones y encargos hechos en favor del recurrente tenían como principal justificación el proporcionar excusas para el libramiento de improcedentes minutas, evidenciado por los acuerdos fraudulentos entre los partícipes para lucrarse a costa de las arcas públicas. Como tenemos dicho tales elementos probatorios indiciarios se acreditan en buena medida por pruebas directas, particularmente documentales y

testificales. Para ello solo basta repasar los argumentos de la sentencia debidamente desarrollados en las páginas 390 a 402.

Resumidamente podemos comprobar esta afirmación en cada una de ellas, aunque suponga reiterar aspectos ya tratados en el recurso de Julián Muñoz:

1) Un ambiente propicio. Existencia de sociedades municipalizadas en número creciente que creaban una situación de opacidad y falta de transparencia apto para encubrir ilegalidades. No hubo control sobre el destino de las partidas de dichas sociedades, acerca del dinero que recibían (coincidencia de todos los informes de fiscalización del T. de Cuentas: prueba documental); testimonio del Interventor municipal Juan Antonio Castro Jiménez, que planteó realizar un control interno de la actividad de dos sociedades, pero no se lo permitieron (véase propuesta del Interventor de 10 de marzo de 1995).

Durante el período en que se desarrollaron las actividades ilícitas el Ayuntamiento no tuvo información, ni ejerció ningún control sobre la gestión económica de las actividades municipales en general y de las sociedades participadas en particular. Sobre este punto existieron testimonios: Antonio Martín Sánchez, Francisca Aguilar María, Diego Maldonado Carrillo y María Francisca Caracuel García, concejales del PSOE y PP.

Como también se acredita por prueba documental (Plenos municipales) la inexistencia de control financiero de las sociedades que se planteó en diversos Plenos, sin que fuera atendida por el gobierno municipal.

Esta misma Sala ya manifestó en la sentencia de 25 de enero de 2010 (Caso Saqueo-I) que el panorama del Ayuntamiento era de absoluto descontrol del gasto municipal y de neutralización de todos los mecanismos jurídico-contables, llamados a fiscalizar el uso de fondos públicos.

Otro dato que refleja la situación fue el excepcional acuerdo del gobierno de la Nación de disolución del Ayuntamiento que tuvo lugar por Real Decreto 421/2006 de 7 de abril.

2) Campaña contra el interventor municipal, Juan Antonio Castro Jiménez, acreditado por el testimonio de éste. Por considerar procedente el control financiero y solicitarlo se le abrió un expediente de deslealtad y se le suspendió provisionalmente de empleo y sueldo, conforme a un Decreto dictado por Julián Muñoz (prueba documental del Mº Fiscal: testimonio del expediente aportado a juicio en el trámite del art. 786.2 L.E.Cr.).

Como prueba documental debe tenerse en cuenta el escrito que dirigió Julián Muñoz al Interventor el 28 de junio de 2001 frente a la solicitud de este último de que el recurrente devolviera minutas percibidas (hechos probados).

3) Posición de José María del Nido en el Ayuntamiento de Marbella.

La intervención del impugnante en el Ayuntamiento no se reducía a la esfera jurídica sino que era el principal adlátere de Julián Muñoz. No solo usaba dependencias municipales, sino que también daba instrucciones y órdenes a funcionarios y técnicos municipales. Sobre el particular constan los testimonios de Isabel García Marcos, concejala del PSOE y de Antonio Belón Cantos, tasador municipal, así como los de la concejala M^a Soledad Yagüe Reyes, después alcaldesa de la Corporación; María Antonia Castañón Fernández, letrada contratada por una sociedad municipal; Francisca Aguilar María, concejala; Diego Maldonado Carrillo, concejal y M^a Francisca Caramel García, también concejala.

4) Reiteración de las conductas ilícitas.

La indeterminación del precio y la búsqueda de pretextos para el libramiento de facturas por intervenciones jurídicas innecesarias fue constante.

Ejemplo de ello es el fax fechado el 19 de diciembre de 1999 (prueba documental) por el que se iniciaba por el recurrente gestiones para cobrar 156.349,46 euros, un mes antes de que se iniciara el expediente oficial; o el pago de la minuta al recurrente (nº 114/2000) por importe de 348,549,59 sin esperar a que el T. de Cuentas concediera la prórroga que necesitaban para que el concepto de la minuta tuviera un mínimo de viabilidad.

5) Conciencia irrefutable de las desviaciones de poder.

La desviación de poder ("ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico") fue ya detectada por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, la cual en el auto de 12 de julio de 1999 en Diligencias Preliminares 83/99 del departamento segundo, había resuelto el recurso de súplica en el que se cuestionaba la competencia de la Cámara de Cuentas de Andalucía para llevar a efecto la fiscalización. En dicho auto se decía que conforme al art. 55.1 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del T. de Cuentas al Ayuntamiento le correspondería en una fase ulterior la condición de parte actora del proceso y nunca de demandado, por lo que resultaba contradictorio con los intereses públicos la oposición al proceso adoptada por los responsables del Ayuntamiento de Marbella. Por tanto los acusados eran plenamente conscientes de que su actuación obstruccionista la hacían en perjuicio

de los intereses del Ayuntamiento que, además, era el que pagaba. De haberse incoado expediente de contratación nunca se hubiera adjudicado contrato a un letrado externo para oponerse a las fiscalizaciones tanto de la Cámara de Cuentas de Andalucía como del Tribunal de Cuentas.

6) Ausencia de enriquecimiento injusto del Ayuntamiento de Marbella por impago.

La innecesariedad de los encargos se evidenció también en la nula utilidad de la inmensa mayoría de los conceptos cobrados. La práctica totalidad de los pagos es sinónimo de pérdida de recursos municipales sin ninguna contraprestación, como lo corrobora la multitud de resoluciones desestimatorias obtenidas por los acusados.

La Sala alcanza la convicción fundada de que el Ayuntamiento contaba con funcionarios cualificados para la mayoría de las actuaciones objeto de facturación. Sobre este punto el Tribunal contó con la opinión de los consejeros de cuentas que depusieron en el plenario y con el testimonio de Juan Bautista Casanova García, oficial mayor del Ayuntamiento, quien sostuvo que facilitó a José María del Nido el modelo del pliego de condiciones para la venta del mercado municipal y que en menos de un día él mismo hubiera podido realizar todo el trabajo.

7) Ajeneidad del trabajo cobrado.

Una muestra más de la innecesariedad de los encargos -nos dice la combatida- es el cuestionamiento de la autoría que hacen los destinatarios del supuesto trabajo del recurrente.

Ejemplos de ellos los tenemos en la cumplimentación de los formularios SMM1, que resultaba sencillo para cualquier persona familiarizada con la sociedad cuyos datos se pedían.

Como pruebas directas la Audiencia contó con el testimonio de los miembros del Tribunal de Cuentas que testificaron, D. Antonio Calleja Rodríguez y D. Joaquín Escosa Vicente-Celvera, subdirector técnico del T. de Cuentas, que explicó que las relaciones con las sociedades y Ayuntamiento siempre se mantuvieron con las autoridades y personal de los mismos, no habiendo requerido en ningún momento por parte del Tribunal de Cuentas del equipo de fiscalización la presencia de D. José María del Nido ni ningún otro letrado de su despacho profesional.

En la disolución y liquidación de la sociedad municipal "Control de Gestión Local, S.L." declararon el director e interventor del Banco de Andalucía,

sucursal de Marbella. El primero, D. Antonio Mérida de la Torre, sostuvo que los contratos fueron preparados por el Servicio Jurídico del Banco de Andalucía de Sevilla sin intervención alguna del recurrente, pues se trataba de una subrogación normal sin complicaciones. El Interventor, D. Rafael Martín Bueno, reiteró la afirmación de que el documento venía ya hecho de Sevilla y no recordaba intervención alguna del impugnante.

8) Inmediación de pago. La alta prima de riesgo y los retrasos en los pagos del Ayuntamiento de Marbella lo confirman los letrados de los despachos de Garrigues y Andersen, D. Francisco Romero Romero y D. Jorge León Gross, situación corroborada por el arquitecto técnico D. José Luis Gea Cámara, y la letrada Dña. María Antonia Castañón Fernández.

Sin embargo los acusados cobraban con una rapidez inexplicable. De esa llamativa celeridad existe prueba documental (vrg. minuta 53/99, cobrada a los dos días; minuta 114/2000, pagada seis días después; minuta 48/2001, pagada 10 días después, etc., etc.).

9) Renuncias siempre en favor de los cuentadantes.

En las renunciaciones hechas en los procedimientos de reintegro por alcance, al poner de manifiesto el T. de Cuentas el conflicto de intereses por defender los mismos letrados al Ayuntamiento y a los cuentadantes, cuando las defensas fueron requeridas, el recurrente era el que siempre se apartaba de la defensa del Ayuntamiento y de las sociedades participadas, manteniéndose las letradas de su despacho en defensa de los cuentadantes. La intervención en el Tribunal de Cuentas se revelaba como intervención en defensa de los intereses de los posibles responsables.

10) Elaboración artificiosa de justificaciones.

Para conferir apariencia de legalidad y regularidad a las actuaciones del acusado y personas concertadas se instrumentaron:

a) La farsa del arbitraje del Colegio de Abogados de Málaga. La respuesta del Colegio, fue la inexistencia de controversia real.

b) Expediente de enajenación y venta de locales y plazas de aparcamiento del edificio "Mercado municipal", vía procedimiento negociado, que ofrecen la compra a tres empresas, pero todas ellas tienen el mismo domicilio y pertenecían al mismo grupo empresarial (Ferrovia).

c) Simulacro de concurso al remitir a tres bufetes de abogados de ámbito nacional solicitud de presupuesto, informando en 48 horas para hacerse cargo de la defensa del Ayuntamiento de Marbella y de las sociedades

municipales de los 16 procedimientos iniciados por la Sección de Enjuiciamiento del T. de Cuentas. Tales envíos se realizan cuando ya se ha firmado con el acusado el contrato de 3 de agosto de 2001 y después del cobro de la controvertida minuta 48/01.

d) Reclamación de honorarios, pasados más de tres años de haber cesado la prestación de servicios profesionales al Ayuntamiento, pero trece días después de que prestara declaración como imputado en las presentes diligencias.

El panorama que dibuja esta prueba que se ha considerado indiciaria, es que las designaciones para la prestación de los servicios encomendados al recurrente, se verificaron con manifiesta contravención de la normativa administrativa ya que en ningún caso se tramitó el pertinente expediente ni se determinó la cuantía del servicio. Ese es un dato que también se recoge en las conclusiones del Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas (7.12) y ha sido admitido por el recurrente.

Por otro lado los trabajos atribuidos al impugnante o eran innecesarios, porque los podían realizar letrados o funcionarios municipales; o eran inexistentes, porque se dispone de datos de las personas que los llevaron a cabo y, en sentido contrario, no hay constancia de la intervención del recurrente; o eran, incluso, contrarios a los intereses municipales, como el obstaculizar la fiscalización del Tribunal de Cuentas, actuación que sólo favorecía a los cuentadantes.

No es admisible el argumento aducido por el recurrente de que la mayor parte de los trabajos encomendados a él no fueron efectuados por otros funcionarios del Ayuntamiento, lo que supuso un enriquecimiento para la entidad, y ello porque ante una específica designación se producía la exclusión de los servicios ordinarios del Ayuntamiento. De no existir tal exclusión los funcionarios municipales, técnicos y juristas, con poco esfuerzo hubieron llevado a cabo los cometidos en cuestión, o se hubieran abstenido de ellos, cuando la ley no les amparaba, pues actuar en los términos en que lo hizo el recurrente era tanto como ir contra los intereses del Ayuntamiento, ya que -como tenemos dicho-, las actuaciones del censurante se dirigían todas a la defensa de los cuentadantes.

5. Dentro de la valoración de la prueba la Audiencia analiza uno por uno los conceptos por los que el recurrente pasó al cobro las minutas para llegar a la conclusión de que eran improcedentes, lo que se justificó con pruebas complementarias a las ya vistas en el acreditamiento de los denominados

indicios. Para evitar más reiteraciones nos remitimos a los folios 403 a 461 de la sentencia.

El acusado recurrente ya desde sus primeras declaraciones reconoció que su contratación no fue precedida de expediente administrativo. A su vez la Sala de origen ha considerado certeramente que los esfuerzos por justificar las minutas parten del error de que el Ayuntamiento de Marbella actúa como empresa privada y no como una entidad pública de Derecho Administrativo. De ahí que correctamente se rechace el dictamen del Colegio de Abogados de Madrid, por partir sus conclusiones de ese error. Tampoco los dos informes de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento de Marbella arrojarían luz pues la cifra que considera pudo ser debida al recurrente de 300.000 euros, partiría de que los trabajos fueron necesarios y se habían hecho, y aún así se remiten a los baremos colegiales, lo que supone una absoluta inconcreción, como ya puntualizamos. En cualquier caso tales dictámenes dejan constancia de las irregularidades en la contratación cuya procedencia cuestionan.

Tampoco puede considerarse éxito profesional de un letrado la reducción de los presuntos alcances contables, pues la sociedad o cualquier funcionario lo hubiera conseguido con solo aportar toda la documentación de la sociedad, con sus ingresos y sus gastos. El propio D. Luis Martín Mingarro reconoció en el plenario la necesidad de un presupuesto previo que fije el precio de los servicios a pagar, cosa que no se hizo.

La Audiencia ha cimentado los hechos probados en prueba lícita, legítimamente practicada en juicio con observancia de los principios que lo rigen, especialmente a medio de prueba documental y testifical, que fue racionalmente valorada, con acomodación a los principios de la lógica, la ciencia y la experiencia.

6. Frente a ello, las alegaciones del recurso -como bien apunta el Fiscal- carecen de consistencia. Desde un punto de vista administrativo se hace referencia a la existencia de designaciones, de control del interventor, de realización de trabajos reales y de órdenes de pago, y, así mismo, a la posibilidad de contratar un Ayuntamiento a un letrado externo. Pero, ya se ha puesto de manifiesto, por un lado, que, por la carencia de expediente e indeterminación del precio, hubo un incumplimiento de la normativa sobre contratación administrativa, y que el control de los pagos era meramente contable pero no financiero; y, por otro lado, y es el dato relevante, que la actuación de los acusados se llevó a cabo con desviación de poder. Por lo tanto, resulta irrelevante

que el recurrente pudiera ser contratado por el Ayuntamiento y que, en algunos casos, ejecutara realmente el trabajo o simulacro de trabajo, ya que la finalidad perseguida por los acusados con esas actuaciones era contraria a los intereses municipales y la ausencia de los expedientes fue para burlar la ley. Sobre la contratación de abogados externos, indudablemente que es posible y Ayuntamientos carentes de suficientes servicios jurídicos propios se ven obligados a hacerlo, pero en el caso que nos ocupa existían letrados especializados en D. Administrativo en el Ayuntamiento y las intervenciones letradas que se pusieron al cobro no poseían especial dificultad, amén que el recurrente no era un experto en esta materia jurídica, actuando en ocasiones cuando ni siquiera la ley lo permitía o preveía la intervención o interposición de un recurso.

Respecto a las sentencias recaídas en el ámbito del Tribunal de Cuentas hay que hacer referencia a la sentencia dictada por la Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, con fecha 8 de septiembre de 2010. En esa resolución se estimaron parcialmente los recursos deducidos por el Ayuntamiento de Marbella y el Ministerio Fiscal, declarándose la responsabilidad por alcance generadora de responsabilidad contable en relación con hechos que son objeto de enjuiciamiento en esta causa, en concreto las minutas libradas por los asuntos Diligencias Preliminares, Disolución y liquidación de la sociedad municipal “Gestión Local, SL”, y Cumplimentación de los formularios del Tribunal de Cuentas.

Esa sentencia fue confirmada en trámite casacional por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2012 (Rec. 6338/10), declarándose que el cambio de criterio de la sentencia recurrida respecto a dos anteriores, sobre la misma cuestión del Ayuntamiento de Marbella, dictadas por el mismo Tribunal en sentido contrario, constaba advertido y explicado; no apreciándose infracción de normativa constitucional ni de legalidad ordinaria.

En cuanto al tema de la interacción del Tribunal Penal y el Tribunal de Cuentas que se indica en el recurso hay que decir que no es tal. El Tribunal de Cuentas, en la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha declarado la existencia de responsabilidad contable por alcance, efectuando la valoración de la prueba que compete a esa jurisdicción y manifestando que, acreditado el dato del pago con fondos públicos, la prueba sobre la realidad y legitimidad de la prestación abonada corresponde al cuentadante, cuestión que se considera de fácil acreditación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia de

Málaga ha reflejado el hecho de haberse declarado la responsabilidad por alcance, al tratarse de un dato objetivo proveniente de la jurisdicción contable, pero ello no ha obviado la valoración de las pruebas existentes en relación con cada uno de los apartados en los que se ha articulado el relato de hechos probados. La sentencia recurrida no se ha basado en su motivación en la sentencia del Tribunal de Cuentas, y en la valoración de la prueba no ha aplicado un principio de inversión de la carga probatoria.

Respecto a la mención en el recurso a la prueba de descargo, debe decirse que la sentencia recurrida ha valorado en conjunto la prueba practicada, haciendo referencia expresa a la prueba de descargo propuesta por la defensa. Y en los casos en los que se ha negado credibilidad a las declaraciones de los coacusados, vertidas a favor de la postura mantenida por el ahora recurrente, se ha dejado constancia de que se trataba de la única prueba existente en ese sentido, y que resultaba contraria a otras pruebas practicadas. Por lo tanto, la prueba de descargo también ha sido valorada, aunque no lo haya sido en el sentido pretendido por la defensa.

También es oportuno, -como puntualiza el Fiscal- indicar que, en contra de lo manifestado en el recurso (pág. 230), la minuta 49/02 no ha sido incluida en la sentencia (pág. 429) como una de las configuradoras del delito de malversación.

7. En la formalización del motivo se hacía referencia también a las dudas o falta de certeza del Tribunal de origen respecto a alguna de las imputaciones realizadas al acusado recurrente.

En esta línea impugnativa hace referencia a tres supuestos:

a) En el proceso de inspección tributaria en la pág. 320 in fine de la sentencia se dice "... **sin que exista constancia** de que el recurrente haya intervenido en ninguna de ellas o haya realizado trabajo alguno, pese a lo cual libró las siguientes minutas".

Cuando el Tribunal claramente dice que no consta que el recurrente haya intervenido, no quiere manifestar que al no acreditarse, pudo haber intervenido, sin que fuera posible probarlo. Esa interpretación alambicada no es la que se desprende de todo el contexto.

La Sala de instancia oyó al interesado, que no convenció en sus explicaciones, y al no existir el más mínimo dato o rastro documental de su intervención, unido a testimonios de quienes intervinieron, ha permitido al Tribunal concluir que el acusado no desarrolló la actividad profesional que se le

atribuye. Se niega, por tanto, abiertamente que el trabajo lo realizara el recurrente.

2) En relación a la intervención en la disolución y liquidación de la sociedad municipal "Control de Gestión Local, S.L.", en la pág 324 de la sentencia se afirma que "... **de la intervención** del acusado José María del Nido en este negocio **no hay constancia**" (párrafo 1º, in fine) y en la misma página (último párrafo in fine) se dice "**no se ha acreditado que José Mª del Nido realizara trabajo alguno** de los que señala la minuta".

Sobre este particular el sentido de las frases no puede tergiversarse. El acusado, acreedor por el desarrollo de una actividad profesional, ha de acreditarla para percibir el importe de la misma, pero no solo no da explicaciones convincentes, sino que no existe dato o prueba alguna que acredite que hizo el trabajo. Es mas, por el testimonio del director e interventor del Banco de Andalucía, se probó que el trabajo era sencillo y elemental y vino realizado por la central bancaria desde Sevilla, sin intervención alguna del recurrente.

3) En la misma página 324, también se afirma que "**nada se ha probado** en el presente procedimiento que aconseje variar la apreciación de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, pues solo los acusados que intervinieron en la narrada disolución y liquidación de la sociedad municipal "Control de Gestión Local, S.L." respaldaron con sus testimonios la certeza de los trabajos reseñados en la minuta transcrita". "**No se ha acreditado que José María del Nido realizara trabajo alguno**".

La respuesta ha de ser idéntica a los casos anteriores. En la disolución de tal sociedad amén de la convicción alcanzada por el Tribunal por las pruebas antes reseñadas y la ausencia de cualquier indicio o dato de su intervención, el Tribunal de Cuentas alcanzó la misma convicción, por lo que no existe razón alguna para separarse de tal aserto conclusivo.

El submotivo, por tanto, ha de rechazarse.

8. Por último, con carácter secundario, el recurrente estima violado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 120.3 C.E.).

Sobre este punto es obvio y patente, como evidencia la amplitud de la sentencia, que el Tribunal ha dado respuesta a las pretensiones jurídicas justificando con la prueba practicada, que analiza y valora, el relato de hechos probados sobre los cuales ha realizado el pertinente juicio subsuntivo, concretando en la fundamentación jurídica el encaje de los mismos en las distintas figuras

delictivas, cuyos elementos constitutivos han quedado acreditados. Los delitos cometidos serían:

a) Delito de prevaricación: se ha considerado al recurrente cooperador necesario del delito por los Decretos en los que se autorizaba el pago de las minutas libradas y por el contrato firmado el 3/07/2001, formando parte las prevaricaciones de la ejecución del fraude a las arcas municipales; pero no se le ha considerado responsable de los Decretos de designación.

b) Delito de malversación: se han considerado objeto de malversación setenta y nueve minutas; que en relación con los contenciosos de Ruzar, SL y Pavimentos Sierra Blanca, SL, no se ha incluido la minuta 49/02 emitida a nombre de “Pavimentos Sierra Blanca, SL”, por considerar que la emisión de la misma puede constituir otros delitos pero no el de malversación, y se han incluido las minutas 36/02 y 69/02 y los cuatro ingresos relacionados con “Safamotor, SA”, excluyendo la responsabilidad civil al no haber sido pedida.

c) Delito de fraude: se ha estimado la comisión de un delito por el acuerdo entre Julián Muñoz y el recurrente; y otro delito por el acuerdo entre Julián Muñoz, Modesto Perodia y Esteban Guzmán con el recurrente. Sobre este último tipo delictivo esta Sala verificará las pertinentes correcciones en el motivo de este recurrente que específicamente plantea.

Por todo lo expuesto el motivo no puede prosperar.

DECIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.2º L.E.Cr. en el motivo quinto aduce error de hecho en la apreciación de la prueba (error facti) basado en documentos que obran en autos.

1. El error de hecho obedece -según el recurrente- a la indebida declaración como probadas de ciertas irregularidades en la contratación de determinados servicios profesionales y la ausencia del control municipal del gasto.

El censurante denuncia la **omisión de la valoración** de determinados documentos que contradicen las conclusiones fácticas alcanzadas, de modo que el factum debió ser integrado con determinadas circunstancias incompatibles con los presupuestos de hecho de los tipos penales por los que ha sido condenado.

Los documentos designados lo son por remisión a los distintos hechos probados. En esencia consisten en la relación de minutas emitidas por el recurrente que acreditarían que hubo efectivo control político, económico y

financiero del gasto, aunque no se englobara formalmente en un expediente administrativo.

En particular y por remisión a los hechos probados tales documentos consisten sustancialmente en:

- Cartas del recurrente solicitando el pago de la minuta.
- Las propias minutas.
- Las comunicaciones entre la sociedad municipal y el Delegado de Hacienda.
- Las autorizaciones y órdenes de pago.
- Decretos de autorización y aprobación del gasto.
- Los pagarés.
- Las transferencias de fondos.
- Informes de interventor y del Secretario.
- Actas de los Consejos de administración de las sociedades participadas, etc.

2. Como ya expusimos en el homónimo motivo de Julián Muñoz la jurisprudencia de esta Sala ha venido estableciendo una serie de condicionamientos para la prosperabilidad del motivo.

El recurrente explica que en el motivo 4º se estableció la significación de tales documentos, esto es, hizo una interpretación personal de ellos acerca del alcance probatorio. Sin embargo el art. 849.2º L.E.Cr. está restringido a los casos de directa oposición o contradicción entre una afirmación fáctica de la sentencia y lo que un documento con valor casacional acredite por su propia literosuficiencia o autónoma capacidad demostrativa sin que haya otras pruebas que lo contradigan.

El Tribunal de origen conoció, tuvo en cuenta y valoró los documentos enunciados, pero les atribuyó otro alcance probatorio.

Es cierto que los pagos realizados al recurrente se documentaban y existía un cierto control contable de los mismos, pero ello no significa que existiera un control financiero. Como recuerda el Fiscal, en la sentencia quedó claro que en las sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella no había una función interventora previa, de ahí que los documentos reseñados en el motivo solamente acreditan, desde una perspectiva formal, el mecanismo seguido para pagar las minutas, pero no acreditan por sí solos, que los gastos realizados respondieran al interés municipal.

Por otra parte la relación factual combatida en el motivo se imponía por otras pruebas directas e indirectas (existencia de prueba contradictoria) lo que hacía decaer automáticamente la pretensión.

Entre estas probanzas cabe citar:

- Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas.
- Resoluciones de ese mismo Tribunal.
- Informes del interventor.
- Declaraciones de los concejales de la oposición (prueba testifical directa), etc.

A todo ello debe añadirse la prueba indiciaria que constituyó el sustrato o presupuesto apto para favorecer la actuación delictiva.

Por todo lo expuesto el motivo debe decaer.

DECIMOSÉPTIMO.- En el motivo sexto se denuncia por corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr.), la indebida aplicación del art. 432.1º y 2º C.P. que tipifica el delito de malversación de caudales públicos.

1. El impugnante sostiene que de los hechos probados no se deduce participación alguna en la acción de sustraer caudales públicos, que se atribuye al alcalde del Ayuntamiento de Marbella. La sentencia recurrida -nos dice- no explica el proceso de subsunción, limitándose a afirmar la concurrencia del tipo, interpretándolo de forma analógica en contra del reo con infracción del principio de legalidad. Los argumentos impugnativos los podemos resumir en los siguientes apartados:

a) La Audiencia condenó al recurrente por la **falta de justificación** del gasto que es distinto a una apropiación. También se alude a la falta de **necesidad del servicio** por disponer el Ayuntamiento de funcionarios y letrados especializados en Derecho administrativo, capaces de realizar el servicio, pero no se justifica que éstos realizaran el trabajo minutado por el recurrente.

b) No existió perjuicio, considerando que el trabajo del acusado reportó utilidad al Ayuntamiento; que dicha utilidad no está en función del éxito procesal de la labor realizada; y la fijación del precio se hacía por remisión a los honorarios de un Colegio profesional.

c) Inexistencia de elemento subjetivo. De los hechos declarados probados no se deduce que el acusado tuviera conocimiento de que con su acción produjera un perjuicio a las arcas municipales.

2. Ya tuvimos ocasión de examinar, al resolver el recurso de Julián Muñoz, los requisitos típicos que configuran este delito. Recordamos ahora, resumidamente los que poseían carácter objetivo:

a) Condición de funcionario público o autoridad (art. 24 C.P.).
b) Facultad material o jurídica para disponer de los bienes malversados.

c) Carácter público de estos bienes.

d) Conducta de sustraer o permitir que otro sustituya dichos caudales. Sustracción equivalente a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes públicos de su destino y desviándolos del mismo.

El elemento subjetivo lo integra el ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción. En el tipo subjetivo, es suficiente el dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado, a las Administraciones, o se hallan depositados, secuestrados o embargados por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos, caudales o efectos públicos (STS 545/1999, 26 de marzo).

La concurrencia de tales elementos típicos ha de ponerse en relación con el relato fáctico, dada la intangibilidad del mismo ante un motivo por infracción de ley (art. 884.3 L.E.Cr.). En el factum se declara probado que el recurrente libró y presentó al cobro setenta y nueve minutas con el objetivo de obtener fraudulentamente fondos del Ayuntamiento, lo que hace que sin perjuicio de la conducta del que, concertado con él, le facilitara la obtención ilícita de esos fondos, el comportamiento desplegado por el recurrente tuvo una transcendencia y protagonismo decisivo para la extracción irregular de esos fondos públicos, comportamiento incardinable dentro de la modalidad conductual de la cooperación necesaria.

3. En definitiva, unas veces por la falta de necesidad del servicio, otras por la irregular e improcedente encomienda de tales servicios, por la prescindibilidad de los mismos o por la falta de constancia de su realización, lo cierto es que simplemente se creaba una apariencia formal, que pretendía encubrir un cobro legítimo, extrayendo caudales públicos para hacerlos propios. Todas esas circunstancias unidas a la cantidad de inútiles designaciones efectuadas, las importantes sumas de dinero facturadas, la realización de servicios a cargo del Ayuntamiento, pero en contra de sus intereses y además pagando el propio Ayuntamiento, han permitido a la Sala inferir, que la conducta enjuiciada era fruto

de un plan tendente a la creación formal de minutas, no desaprovechando ocasión para ello, al objeto de distraer fondos municipales.

Por otra parte, el cauce procesal no permite analizar la inconsistente declaración del Secretario municipal de que los funcionarios y técnicos municipales no estaban preparados para la fiscalización, y no se disponía de asesoría jurídica municipal, pues realmente quien no estaba preparado, si atendemos a las actuaciones con características y apariencia de regularidad desplegadas por el Sr. de Nido, era este último ya que en su actividad profesional no evidenciaba especialización alguna, sino que se podía calificar de una flagrante incuria, si no fuera porque no trataba seriamente de ejecutar una actividad jurídica, sino simular que se realizaba.

En cuanto a la ausencia de perjuicio, por existir servicios realmente prestados, el *factum* pone de manifiesto que todos los hechos que se le imputan al recurrente eran contrarios a los intereses municipales. Se declara probado que el censurante libró minutas por trabajos manifiestamente contrarios al interés del Ayuntamiento y por trabajos no efectuados o bien por trabajos innecesarios. Tales servicios podían haber sido llevados a cabo, con mucha mayor solvencia que el Sr. del Nido, por los letrados municipales expertos en derecho administrativo, por lo que todo lo percibido por tales conceptos era una detracción apropiativa injusta de los fondos municipales.

Por último, en relación al dolo o elemento subjetivo del tipo el recurrente como letrado conocía la improcedencia de las minutas que cargaba al erario público, dañando el patrimonio municipal con el propósito de enriquecerse a costa de aquél.

El motivo ha de decaer.

DECIMOCTAVO.- En el motivo séptimo, con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr., se considera infringido el art. 432.2º C.P., en relación con el 74.2 en el mismo cuerpo legal.

1. La indebida aplicación del tipo agravado de malversación se produce - en tesis del recurrente- por dos fundamentales razones:

a) La sentencia ha tenido en cuenta el perjuicio total causado, conforme al art. 74.2 C.P. para determinar la **especial gravedad**, que el legislador limita a dos criterios: valor de las cantidades sustraídas y entorpecimiento o daño producido al servicio público, y al hacerlo así, excluye la aplicación del párrafo 1º del art. 74 para impedir el "non bis in idem", lo que a juicio de recurrente es incorrecto.

El recurrente cita jurisprudencia en la que se manifiesta que en el **delito de malversación**, dada su naturaleza, resulta de aplicación el párrafo 1º del art. 74 C.P., y ello porque tal delito no constituye una infracción punitiva contra la propiedad o el patrimonio exclusivamente, sino de forma especial contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos. Aplicar el párrafo 2º del art. 74 C.P., supondría una interpretación extensiva de la norma en perjuicio del reo, que infringe el principio de legalidad penal.

Para aplicar simultáneamente la especial gravedad y la continuidad delictiva del párrafo 1º del art. 74 C.P. sería preciso que alguna de las acciones de la serie continuada, valorada en su individualidad, llene el supuesto de hecho del tipo agravado (S. 156/2010 de 3 de febrero, 611/2011 de 9 de junio, 1393/2011 de 9 de diciembre, 202/2011, de 20 de marzo).

b) La segunda razón que haría inaplicable la cualificación del 432.2º C.P. sería la necesidad de la simultánea concurrencia de los dos elementos cualificantes, no bastando que concurra uno (alto valor de la cantidad sustraída y entorpecimiento del servicio público), por lo que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores.

Invoca el recurrente alguna sentencia, singularmente la de 24 de abril de 2007, que entre otras cosas nos dice: "La agravación por especial gravedad es única y ello nos obliga a distinguir tres supuestos:

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

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

3) Caso en que la suma malversada sea una cantidad importante pero no en esos extremos muy cualificados a que nos referimos en el caso anterior. Varios millones de pesetas, 10 millones ó 18 millones, como en el supuesto presente. Parece que en estos casos habrá que acudir al otro criterio especificado en la norma penal: combinando esa cuantía, que por sí sola ya tiene alguna relevancia, con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento público, se podría resolver la cuestión.

Si a esta cantidad moderadamente importante se une un daño o entorpecimiento acreditado, habría de aplicarse la cualificación del delito por su "especial gravedad", y no cuando este último elemento falta".

Finalmente el recurrente concluye que en ninguno de los hechos individuales que se integran en el factum se ha acreditado la concurrencia de los dos requisitos exigibles en la norma. Prueba de que los criterios en la malversación de caudales no son equiparables a la de los delitos patrimoniales, es que en estos últimos basta la concurrencia de un solo elemento (vg. la estafa o apropiación indebida: art. 250.1º, 4º, 5º); en que respecto a Victor Cohen y Angeles Carrasco no se estimó la cualificación a pesar de alcanzar la sustracción a 139.434,82 y 132.346,06 euros respectivamente, cantidades superiores a 50.000 euros.

2. El Fiscal por su parte acepta que son precisos la concurrencia de los dos criterios normativos para configurar la cualificación, porque así lo viene entendiendo la más moderna jurisprudencia (véase, por todas, S.T.S. 21-3-2012), pero que el delito de malversación de caudales públicos afecta simultáneamente a la administración pública y al patrimonio y ante tal naturaleza compleja la Sala Segunda del T. Supremo ha considerado aplicable la figura del **delito continuado** manifestando que "cuando son varias las acciones típicas ejecutadas, expresivas de un propósito unitario, la figura del delito continuado resulta de obligada aplicación (STS 25-1-2010, 5-2-2008, 17-3-2010 y 21-3-2012). Téngase presente además que en nuestro caso la suma indebidamente extraída del peculio del Ayuntamiento marbellí, atribuida al recurrente en un período de tres años, ascendió a la cifra de 2.786.607,34 euros, y la sentencia excluyó la aplicación del art. 74.1 C. Penal.

3. Esta Sala entiende que es posible recurrir a una tercera vía más garantista y alejada de interpretaciones extensivas en contra del reo.

Es preciso, como apunta el recurrente, que una de las sustracciones individuales dentro de la continuidad reúna los dos criterios o parámetros normativos exigidos para la aplicación de la cualificación y a la vez la continuidad delictiva. Pero a salvo tal hipótesis, sería posible la consideración conjunta de todas las sustracciones por así establecerlo el art. 432.2º, sin necesidad de acudir al art. 74.2º del C.Penal, ya que textualmente el precepto habla en plural ("atendiendo al valor de **las cantidades sustraídas**") y en este caso el conjunto de todas ellas, atribuidas al recurrente, ascenderían, como tenemos dicho, a más de 2.700.000 de euros.

De tal enfoque interpretativo se ha hecho eco la jurisprudencia de esta Sala, que refiriéndose al subtipo del art. 432.2º nos dice que en los casos de delito

continuado, es posible la aplicación del art. 74.1 cuando alguno de los delitos que integran el continuado conforman la cualificación. En caso contrario habrá de atenderse al perjuicio total causado. En el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 interpretamos la norma específica de penalidad del delito continuado en el sentido de entender que éste siempre se castiga con la mitad superior de la pena, salvo que se trate de delitos patrimoniales en los que esta regla queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración (nos remitimos para un desarrollo más detenido a la S.T.S. 527/2010, de 4 de junio).

4. Finalmente y en orden a la necesidad de la concurrencia de ambos parámetros cualificantes, esta Sala acepta la pretensión del recurrente de que han de ser conjuntas, ya que si no interactúa el segundo criterio con el primero puede darse el caso de que una cantidad ridícula para el presupuesto de un Ayuntamiento, constituya una cifra exorbitante para otro más humilde, y viceversa.

En la descripción típica del Código la cualificación no habla de "grave" daño o entorpecimiento, sino simplemente de daño o entorpecimiento cualquiera que éste sea.

En nuestro caso, de la propia sentencia aflora la demora llamativa en los pagos a terceros que el Ayuntamiento debía realizar, frente a las rápidas percepciones o cobros realizados por el recurrente, incluso, anticipando el pago a cuenta antes de desarrollar el hipotético trabajo. La Audiencia toma en consideración este dato para llegar a la conclusión de la voluntad delictiva que guiaba a los implicados. Incluso en alguna ocasión el propio Julián Muñoz en Decreto de 20 de noviembre de 2000, reseñado en hechos probados, reconocía tal situación, afirmando que el Ayuntamiento "no dispone de medios económicos suficientes". Es obvio que con las cantidades malversadas se hubieran satisfecho puntualmente multitud de deudas de pequeños proveedores del Ayuntamiento, que tuvieron que esperar bastante tiempo para hacerse efectivas.

La queja del recurrente carece de contenido casacional habida cuenta de que en la fundamentación jurídica se excluye a efectos penológicos la aplicación de la continuidad delictiva (art. 74.1 C.P.) en ese subtipo (ver páginas 251, 252 y 262 de la sentencia). La posible compatibilidad entre cualificación y continuidad pudiera producirse excepcionalmente si una sustracción lo es de enorme valor hasta el punto de causar daño por sí sola a la causa pública, y junto a ella existen en el plan delictivo diversas sustracciones más, dañinas para la causa pública.

En consecuencia, aún existiendo continuidad delictiva, sus efectos en la penalidad han sido tenidos en cuenta en la figura cualificada de la malversación, y ese concreto extremo no ha sido objeto de impugnación por las acusaciones y por tanto la sanción impuesta no resulta alterada por este fenómeno jurídico.

El motivo se desestima.

DECIMONOVENO.- Los motivos octavo, noveno y decimoprimeros deben ser analizados conjuntamente, dada la interrelación existente entre ellos, en la que los dos primeros dependen de la suerte del último, lo que hará innecesario su análisis. Los tres se formalizan por corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr.), considerando infringido el art. 436 C.P. por no ser los hechos constitutivos del delito de fraude (octavo), por no hallarse diferenciadas las infracciones integrantes de ese delito a efectos de aplicar la continuidad delictiva (infracción del art. 74 C.P.) (noveno) y finalmente en el motivo undécimo, por aplicación indebida del art. 436 C.P. en relación al 432 C.P., al existir un concurso de normas y no de delitos, ya que la norma penal relativa al delito de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta de fraude, sin que quepa la consideración separada o medial, so pena de infringir el principio non bis in idem.

1. En el desarrollo argumental del motivo número decimoprimeros las alegaciones impugnativas se agrupan en los tres apartados siguientes:

A) La doctrina, generalmente, distingue los supuestos en que entre las lesiones de preceptos penales cometidas por un autor existe una relación de exclusión recíproca, es decir, un concurso aparente de leyes, de aquellos casos en que varias prescripciones reclaman su aplicación conjunta, diciéndose entonces que concurren auténticamente. Por lo tanto, la diferencia entre el concurso de leyes y el de delitos, señaladamente el ideal, depende de que las diversas normas penales que entran en la múltiple valoración de hecho no se excluyan entre sí.

La relación en la que se encuentran el tipo penal de fraude y el de malversación es una relación de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales es -como tenemos dicho- de progresión cuantitativa.

B) La propia sentencia afirma que no es concebible una malversación de la que participa un tercero sin concierto para ello. Pues la participación como **cooperador necesario** en un delito de funcionario público, aquí la malversación, tiene como presupuesto el concierto de voluntades inherente a toda situación de participación conjunta en el hecho.

Por ello, sin desconocer que la jurisprudencia ha admitido en ocasiones el concurso entre los delitos de fraude y malversación, lo ha sido en ocasiones en las que no se ha producido perjuicio efectivo con relación a determinados hechos, que concurren con otros en los que sí se ha producido. Es el caso de la STS 1537/2002, de 27 de septiembre.

Pero la cuestión aquí planteada es diferente: en opinión del recurrente se produce un concurso de normas, no de leyes, entre (i) el hecho de participación por cooperación necesaria del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos y (ii) el concierto del particular del delito de fraude, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringir el principio non bis in idem, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

C) En consecuencia, para la valoración de la conducta del partícipe resulta de aplicación el art. 8.3 del Código Penal, conforme al cual, el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. El concierto para el fraude, desde la perspectiva del extraneus que participa en un delito de malversación es un hecho típico acompañante, pues no es posible definir el dolo del cooperador necesario sin la referencia a ese acuerdo de voluntades previo.

O, alternativamente, conforme al art. 8.2, entendiéndose que únicamente es posible la sanción como cooperador necesario en un delito de fraude, cuando no sea posible aplicar la norma penal de la cooperación necesaria en un delito de malversación de caudales públicos, entendiéndose que puede apreciarse subsidiariedad entre el hecho de la participación en un delito de peligro (el fraude) y de resultado (la malversación).

2. Al recurrente no le falta razón según demuestra en la amplia fundamentación que desarrolla, que por cierto pone el acento en la naturaleza de la conducta de participación en el hecho de otro (cooperación necesaria)

A su vez, si la actividad delictiva del fraude se refiere a la concertación con los interesados (con exclusión del empleo de cualquier otro artificio), es obvio que si el concierto es para malversar y efectivamente se malversa, el concierto, en tanto actúa el tercero como **cooperador necesario**, ello ya implica concierto para defraudar, que constituye la esencia del delito de fraude. El delito de fraude es un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) con la finalidad de llevarlo a cabo. *"En todos los casos imputados la concertación llegó a ejecutarse mediante el pago por los responsables del dinero público de las facturas presentadas por los extranei respectivos"*, según reza la sentencia.

Por otro lado el bien jurídico protegido no difiere en el delito de fraude (preludio o preparación de la definitiva sustracción) y la malversación de caudales públicos.

3. Conforme a todo lo razonado procederá la estimación del motivo, en el que a los argumentos explicitados en relación a la conducta de Julián Muñoz, deben añadirse los presentes.

A la vista de tal declaración huelga analizar si existe un delito independiente o autónomo de fraude y mucho menos si es o no continuado, por lo que se hace inútil el examen de los motivos 8º y 9º, todos los cuales deberán estimarse en los términos explicitados.

VIGÉSIMO.- En el motivo nº 10, el recurrente a través del cauce previsto en el art. 849.1º L.E.Cr., considera infringido el art. 404 en relación al 28 b) ambos del C. Penal, por considerar improcedente la condena como cooperador necesario de un delito de prevaricación.

1. El recurrente desarrolla el motivo en tres apartados que el Fiscal resume del siguiente modo:

a) Ausencia de la adecuada fundamentación de la subsunción del hecho. Alega que los Decretos dictados por Julián Muñoz designando al recurrente para determinados servicios han podido incurrir en alguna ilegalidad administrativa pero que ello no supone la evidencia que requiere el tipo penal.

b) Inadecuada apreciación de la cooperación necesaria: alega que la presentación de una factura no significa cooperar en el dictado de una resolución que se considera injusta; que las irregularidades administrativas no son

imputables al contratado; y que la sentencia no describe la participación del recurrente en la toma de decisión.

c) Inexistencia del elemento subjetivo: alega que el recurrente no tenía razones para dudar de la adecuación a la legalidad administrativa de los encargos realizados; y que el posible error sobre esa legalidad excluye el dolo que requiere el tipo penal de la prevaricación.

2. Respecto al primer punto hemos de dejar claro que los Decretos prevaricadores eran los que autorizaban el pago improcedente de honorarios consecuencia de las minutas presentadas por el recurrente, pero no los de designación como letrado para que actuara. No se trataba de una mera ilegalidad el dictado de los Decretos, habida cuenta que acordaban el pago no solo de minutas irregulares en su contratación, sino que además no especificaban la cantidad a percibir, o si los servicios encomendados eran innecesarios o no se realizaron o simplemente se dio apariencia de realización, circunstancias todas que de sobra conocía el recurrente, lo que nos indica que era consciente de la flagrante injusticia que implicaban.

En orden al segundo apartado la presentación de una factura cuyo pago era improcedente supone una participación material en el hecho, ya que sin ese simulacro de las minutas los Decretos para su percepción no se hubieran dictado, ni tenían razón de ser.

En la causa se ha acreditado un inevitable concierto entre el alcalde y los terceros que presentaban las minutas, y ello aunque no se condene por tal delito (fraude), ya que no se niega que existiera el concierto, sino que tal acuerdo para defraudar se hallaba embebido o consumido en el delito de malversación. Así pues, en nuestro caso, la aportación material al hecho del recurrente fue imprescindible y decisiva, pues de no haber presentado la minuta irregular el Decreto no se hubiera dictado por el Alcalde.

Por último, a la vista del concierto fraudulento entre el recurrente y el alcalde, es evidente que no podía desconocerse que era un acto arbitrario acordar el pago de unas cantidades que no debía pagar la entidad municipal.

Por lo expuesto es correcta la condena del recurrente como cooperador necesario del delito de prevaricación.

El motivo se desestima.

VIGESIMOPRIMERO.- En el motivo duodécimo, al amparo del art. 849.1° L.E.Cr. considera infringido el art. 77, en relación al 74.1 C. Penal por aplicación indebida.

1. El censurante exige un razonamiento sobre la conveniencia de aplicar la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, cuando concurren varios, en este caso delito continuado de fraude y la malversación continuada, ya que la exasperación, vía art. 77.2 C.P., del marco penal hasta la mitad superior del tipo ya agravado de malversación arroja una magnitud penal que excede de la sanción de los delitos concurrentes por separado.

2. El planteamiento del motivo carece de sentido.

En primer lugar porque al estimar el delito de fraude consumido en la malversación debemos absolver por tal infracción. Ya no existen tres infracciones jurídicas, sino dos que pueden perfectamente pensarse por separado como sugiere el recurrente. Ello no quita que pueda discurrir la pena privativa de libertad por todo el arco penológico previsto en la ley (de 4 a 8 años), con la única limitación de que la mitad superior de la pena más grave no rebase la suma de las que individualmente podrían imponerse, penando autónomamente los delitos en concurso.

En nuestro caso, dada la heterogeneidad de las sanciones (privación de libertad en la malversación, inhabilitación especial para empleo o cargo público en la prevaricación) no existirá problema alguno, en trance de realizar la comparación a que se refiere el n° 3 del art. 77, sobre todo por la escasa o nula influencia de la sanción por prevaricación en quien no es autoridad o funcionario público.

Por otro lado, no cabe olvidar a la hora de individualizar las nuevas penas, que la comparación exigida en el art. 77.3 versa sobre la penalidad en concreto (véanse SS.T.S. 135/2000 de 31 de enero, 745/2005 de 16 de junio, 513/2006 de 5 de mayo, etc.).

Por todo lo expuesto y dada la inutilidad del motivo procede su desestimación.

VIGESIMOSEGUNDO.- En el motivo número 13 al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1° L.E.Cr., denuncia infracción del art. 65.3° C.P., por inaplicación.

1. Los delitos especiales de malversación y prevaricación son delitos de infracción del deber y cuando se condena al recurrente como extraneus en

concepto de cooperador necesario la responsabilidad de éste solo puede venir a título de partícipe del art. 28 del C. Penal.

Tal base legal sustentadora de la condena resulta incompatible con la apreciación de un dominio del hecho, propio del autor en sentido propio. Es la infracción de un deber específico del funcionario el que agrava la conducta con respecto a los delitos patrimoniales comunes de apoderamiento. Lo que no resulta posible es sostener al mismo tiempo el dominio del hecho por el intraneus y el extraneus.

La dicción del nº 3 del art. 65 C.P., establece una facultad potestativa de descender en un grado la pena, pero cabe no hacerlo en supuestos especiales que la norma no concreta.

A juicio del recurrente es posible que en delitos especiales el extraño acceda al dominio típico (subrogándose en la posición del intraneus), en cuyo caso sería factible no aplicar la atenuación del art. 65 C.P., pero solo en este caso.

Cita abundante jurisprudencia de esta Sala, en la que la equiparación de la punición del extraneus y el intraneus haría desaparecer la categoría de los delitos especiales, haciendo al autor y al partícipe propios coautores a pesar de no concurrir en el impugnante ninguna particular obligación de protección o garantía del bien jurídico, de modo que no puede entenderse que realiza **como autor** el ilícito penal (véanse STS 776/2001 de 8 de mayo; 71/2004 de 2 de febrero; 1074/2006 de 18 de octubre; 575/2007 de 9 de junio; 661/2007 de 13 de julio; 1300/2009 de 23 de diciembre, etc.). En esta última se dice que "la ausencia de cumplimiento de deberes exigibles al autor propio, ya reclama, **salvo excepción**, esa disminución de pena en comparación al autor".

Pero la razón determinante para la inaplicación de la atenuación del 65.3 C.P. según la sentencia es "la permanencia y continuidad del ilícito". Mas, en la medida en que la **permanencia y continuidad** ya se están teniendo en cuenta al aplicar las reglas del delito continuado, esta circunstancia no puede ser reprochada al recurrente doblemente ni servir de fundamento para descartar la atenuación del art. 65.3 C.P.

3. Es obvio el carácter potestativo de la atenuación, pero su no aplicación ha de ser absolutamente excepcional. El propio recurrente admite supuestos en que el extraño accede al dominio del hecho subrogándose en la posición del intraneus, mas, la parquedad del precepto no permitiría excluir hipótesis en que nos hallemos ante un comportamiento que merece el mismo

grado de reprochabilidad, siempre que se justifique y fundamente por el Tribunal.

En nuestro caso es patente que en todo momento ha tenido el dominio del hecho el intraneus, en quien concurre la condición específica de autor. Con la expresión de la Audiencia, en trance de justificar la parigual sanción, de que el recurrente "se encontraba integrado en el núcleo de la gestión de las decisiones" parece que quiere destacarse la relevante aportación al hecho y la conjunta e indistinta actuación ilícita, por igual de Julián Muñoz y el recurrente, lo que nos está transmitiendo la idea de una aportación al hecho relevante, imprescindible y necesaria, que son las notas que caracterizan la cooperación necesaria, pero el deber funcional de lealtad solo afecta al autor principal, añadiendo una mayor carga de responsabilidad, precisamente la que determina la razón de ser de la conducta punible.

Dicho esto, es evidente que al recurrente le asiste parcialmente razón al permanecer como fundamento de la no aplicación del art. 65.3 -según la Audiencia- además de la relevante participación en el hecho (dentro de la cooperación necesaria, caben gradaciones) **la permanencia y continuidad del comportamiento**, según explicita la sentencia recurrida.

Pues bien, como quiera que ello ya se computa en el **delito de prevaricación** que se considera continuado y por tal se condena, no procederá equiparar la punición con el autor de este delito, debiendo rebajarse un grado en el castigo autónomo, resultante de la argumentación referida en el motivo 7º (fundamento jurídico 18).

No ocurre lo mismo respecto al **delito de malversación de caudales públicos**, pues aunque se tuvieron en cuenta las diversas infracciones para alcanzar la cualificación por razón de la cuantía, **persistía la abundante repetición de ilícitos y la permanencia en el tiempo**, a lo que se debía añadir como dato influyente la condición de letrado del recurrente, circunstancia que le daba un especial protagonismo en el plan trazado, dados sus conocimientos jurídicos. Asimismo es el acusado el que personal y directamente se beneficiaba con los caudales sustraídos, sin perjuicio de que compartiera el botín con otros implicados.

De ahí que estimemos que concurren razones suficientes para mantener la misma sanción a Julián Muñoz y al recurrente en el delito de malversación, aplicando a este último la atenuación del art. 65.3 C.P. en el delito de prevaricación continuado.

El motivo se estima parcialmente.

VIGESIMOTERCERO.- En el último motivo, con sede en el art. 849.1º L.E.Cr., estima inaplicada la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 C.P.) como muy cualificada o como simple.

1. Las razones fundamentales de tal pretensión impugnativa es que han transcurrido más de 11 años entre la fecha del último hecho delictivo y la del enjuiciamiento, y que el retraso, aunque no se impute al órgano jurisdiccional, puede atribuirse al Estado, pues el Mº Fiscal conocía los hechos por su intervención ante el Tribunal de Cuentas. Asimismo la complejidad de la causa debe conciliarse con su enjuiciamiento en un plazo razonable.

En definitiva, manifiesta una abierta discrepancia con el criterio del Tribunal, cuando considera que el plazo de seis años entre la imputación formal y la sentencia no justifica la estimación de la atenuante.

2. La atenuación pretendida, inicialmente de construcción jurisprudencial, ahora con plena plasmación legal, recoge los criterios utilizados por el Tribunal Supremo, en consonancia con los del T. Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos.

El recurrente debió plantearla en la instancia, y no lo ha hecho, formulando la pretensión "per saltum", lo que la abocaría a su desestimación. Sin embargo, si el factum o en general la sentencia encierra datos capaces de configurarla, fruto del juicio de instancia en que han tenido participación las partes, podrían en este trance procesal alegarla con éxito.

No obstante la Audiencia Provincial en las páginas 456, 457 y 458 de la sentencia da adecuada respuesta a la pretensión que otro acusado planteó, denegándola.

Es opinión comúnmente aceptada el atribuir un carácter conceptual abierto o indeterminado a la atenuación, que demanda en cada caso una específica valoración. En su concreción no debemos confundir la atenuación con el cumplimiento o incumplimiento de los plazos procesales ni con la duración global del proceso. Habría pues que atender a un cúmulo de circunstancias como el número de delitos imputados o de acusados, la complejidad de la materia, la duración usual de casos similares, la actitud del acusado y del órgano jurisdiccional, etc.

3. El Tribunal de instancia ha resuelto solventemente la cuestión dejando sentada la afirmación de que el tiempo a computar en la dilación es el

que se produce desde que se inicia el proceso judicial o mejor desde que se formula imputación contra el recurrente. A partir del momento en que se comete el delito los potenciales denunciadores (querellante particular, querellante popular, fiscal, policía judicial, órgano jurisdiccional instructor, etc.) no tienen por qué lanzar una imputación inconsistente contra cualquier persona.

El proceso se inicia, cuando a ciertos indicios, no definitivos ni concluyentes, se unen las sentencias jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. Por todo ello hemos de concluir que el proceso dilatorio debe computarse desde su inicio procedimental.

A su vez, la jurisprudencia existente antes de la introducción legal de la atenuante, exigía (y sigue siendo válida tal jurisprudencia) la indicación de los concretos períodos de paralización o inactividad procesal, cosa que no se hace en el recurso, ni tampoco se acredita un particular perjuicio por el supuesto retraso, más allá del inherente al propio retraso.

Por lo demás la complejidad de la causa es palmaria, a la vista de la cantidad de imputados, el número de delitos atribuidos, la gran cantidad de pruebas, especialmente la documental, que integra cuarenta cajas de aproximadamente medio metro cúbico de capacidad cada una, llenas de todo tipo de documentos, y como dice el Fiscal, un recurso del ahora impugnante que abarca 319 folios da idea de la complejidad de la causa.

El motivo, consecuentemente, debe decaer.

RECURSO DE MODESTO PERODIA CRUZ-CONDE

VIGESIMOCUARTO.- El primer motivo lo formula por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º L.E.Cr., concretamente, por falta de claridad en hechos probados.

1. En el extracto del motivo alega que no puede darse por probado, en el apartado I del factum, que por la creación de más de treinta sociedades municipales con objetos sociales de enorme amplitud y en muchas ocasiones comunes, Jesús Gil, alcalde electo de Marbella desde el año 1991, pretendiera una huída constante de los controles marcados por el derecho administrativo. Dicho entramado -se dice en el factum- constituía un holding privado del alcalde, siendo prueba de ello que el mismo se dirigía desde una de sus propiedades, el Club Financiero Inmobiliario.

2. Una vez más resulta oportuno recordar la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que para la prosperabilidad de este motivo exige las siguientes condiciones:

a) Que en el contexto del relato fáctico exista imprecisión, bien por utilizarse términos o frases ininteligibles, o bien, por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción del resultado probatorio sin expresión de lo que se considera probado. Esa falta de claridad debe ser interna, esto es, dentro del relato fáctico, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, que deberá articularse por otras vías, como es el error de derecho; b) que la incomprensión, ambigüedad, etc., debe estar causalmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia; y c) que la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho probado (SSTS. 13-04-2004, 14-05-2009, 20-12-2010, 11-02-2011).

3. Contrastando el reproche casacional y la doctrina de esta Sala, es evidente que el recurrente no demuestra la existencia de falta de claridad ni concreta los aspectos, términos o frases no comprensibles, imprecisos o ininteligibles. En el motivo se limita a realizar o manifestar una valoración, opinión, criterio o punto de vista sobre un aserto probatorio con el que discrepa.

Con ello bastaría para rechazar el motivo. Sin embargo, cabe añadir que esa "ausencia de control financiero" que proclama la sentencia tuvo su apoyo probatorio. Entre otros cabe citar:

1) El escrito del interventor del año 1995 y posteriores intentos del mismo para controlar las transferencias de fondos del Ayuntamiento a las sociedades municipales.

2) La insistencia acerca del control presupuestario puesta de manifiesto por los diversos testimonios de los concejales de la oposición, no atendidos por el alcalde.

3) Informes de fiscalización aprobados por el Tribunal de Cuentas entre los ejercicios 1990 a 2006.

4) Definitiva intervención y disolución del Ayuntamiento de Marbella, único de España, que se produjo por Decreto 421/2006 de 7 de abril del Consejo de Ministros, a solicitud del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, con informe favorable del Consejo Nacional de Administración Local, del Senado y del Consejo de Estado.

Consiguientemente la discrepancia valorativa del recurrente no proclama ningún efecto o alteración del probatum que solo puede ser atacado por "error facti" (art. 849.1º) o por presunción de inocencia (art. 5.4 L.O.P.J. y 852

L.E.Cr.), nunca por falta de claridad, ya que los términos en que se expresa ese apartado I del factum, son claros e inequívocos, aunque se disienta de ellos.

El motivo ha de rechazarse.

VIGESIMOQUINTO.- En este motivo (segundo de los formalizados) se expresa simplemente que se interpone por razón de "oscuridad", lo que nos permite entender que el cauce procesal ha de ser igualmente el art. 851.1º L.E.Cr., pues tanto da calificar el factum de falta de claridad como de oscuro.

1. El censurante critica el contenido de la sentencia por la consideración que se hace del Decreto de delegación de competencias como un acto presuntamente ilícito; porque se pretende reflejar como hecho probado que pudiera existir una amistad entre Julián Muñoz y José M^a Del Nido; por la insistencia en probar que existió una trama ilegal, sin entrar en los hechos que han sido probados por la defensa; porque se indica que el recurrente tenía antecedentes penales, pero no se dice que no estaban vigentes; y porque se olvida mencionar que la firma del contrato de arrendamiento de servicios de éste con la entidad municipal "Gerencia de Compras y Contratación Marbella, SL" fue posterior a dejar su cargo de secretario del consejo de administración de casi todas las sociedades municipales.

2. Vuelve el recurrente a desarrollar opciones o puntos de vista contrarios al relato sentencial, deteniéndose en la mera formalidad de las actuaciones documentales. Entre otras cosas se dice que un Decreto de delegación de facultades en los Tenientes de Alcalde no es delictivo, pero puede serlo el uso que se hizo de la delegación en el Ayuntamiento y propósitos que la guiaban.

Como en el motivo anterior el impugnante no consigna cuestiones que provoquen confusión u oscuridad en la comprensión del relato fáctico de la sentencia.

El motivo se desestima.

VIGESIMOSEXTO.- Los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto, han de ser tratados conjuntamente, pues todos ellos adolecen de un vicio común, cual es, la ausencia del cauce procesal que se utiliza y la inconcreción de la pretensión que se ejercita, siquiera sea, con carácter formal, como

quebrantamiento de forma, infracción de ley, error facti, vulneración de algún derecho fundamental, etc., pero nada de ello se menciona.

1. Así, en el motivo 3º, el recurrente engloba una serie de cuestiones referentes a los informes de fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía y del Tribunal de Cuentas y, tras transcribir varios párrafos de la sentencia, va exponiendo su discrepancia con el contenido de la misma. En concreto alega: que las decisiones en el Ayuntamiento las adoptaba Jesús Gil y Gil -incluidas la apertura de expediente al Interventor y la realización de encargos a José Mª Del Nido- y no los acusados; que el recurrente dejó su cargo en marzo de 2002 por lo que no pudo reclamar la liquidación de las minutas finales; que la cumplimentación de los formularios SMM1 no era tan simple ya que había que examinar una cantidad ingente de escrituras y actas de consejos de administración y buscar y controlar documentos; que el pago de las minutas de los formularios se hizo previa fiscalización, sin que nadie pusiera reparos; y que no se entiende la absolución de los gerentes de las sociedades que también pagaron minutas.

Las cuestiones planteadas, aparte de referirse a opiniones valorativas o enfoques personales de lo acaecido, han sido tratadas y resueltas en motivos propios de otros recurrentes. En el presente caso la imposición de otro relato probatorio o puesta en entredicho del que contiene la sentencia solo puede obtenerse, como tenemos dicho, por la vía del error facti o de la presunción de inocencia, desconociéndose en realidad la precisa pretensión del recurrente.

2. En el cuarto motivo el impugnante, con el mismo planteamiento que el anterior y haciendo referencia al epígrafe de la sentencia "Ampliación del objeto social de Control de Servicios Sociales, S.L.", sostiene que es clara la celebración de la Junta y que se le ha acusado de forma injusta por su falsedad.

Tales alegatos se contraponen a la declaración de los hechos probados. La respuesta es idéntica a la del motivo anterior, dada la intangibilidad o inamovilidad de los mismos. De todos modos el recurrente no ha sido condenado por un delito de falsedad.

3. En el motivo 5º con el mismo planteamiento que en los dos anteriores y haciendo referencia a los epígrafes de la sentencia "Pago por gerentes" "Anteproyecto de informe de Fiscalización" y "Gesconce, S.L.", manifiesta que los pagos de las minutas por la cumplimentación de los formularios fueron finalistas, estuvieron fiscalizados y que también los hicieron unos gerentes que han sido absueltos; que la contratación de letrado para

formular las alegaciones no requería expediente de contratación, que la hizo Jesús Gil y Gil y que el recurrente siguió instrucciones; que hubo abono de minutas a José M^a Del Nido sin reparo por la Intervención; y que las contrataciones efectuadas por las sociedades municipales antes del año 2000 podían producirse sin necesidad de publicidad y concurrencia, cuestión que no ha sido incorporada a los hechos probados.

Al igual que en las anteriores hipótesis las cuestiones planteadas han sido resueltas en otros motivos de otros recurrentes. Cabe recordar respecto a la contratación administrativa, además de la incompetencia de Julián Muñoz para ejercer determinadas funciones y del procedimiento inadecuado seguido en la contratación, como si fueran contratos menores, la causa de ilicitud de los contratos fue la finalidad defraudatoria de los mismos, actuando los partícipes con desviación de poder, es decir, ejecutando actos dañinos a los intereses municipales.

El motivo ha de rechazarse.

4. Por último el motivo sexto, en la misma línea defectuosa de formulación que los tres anteriores, se refiere a afirmaciones o manifestaciones de la sentencia contenidas en los epígrafes "Informe de Fiscalización", "Diligencias Preliminares del Tribunal de Cuentas", "Minuta 48/01", "Minuta 50/01", "Minuta 03/02" y "Acuerdo de 2 de julio de 2001", en los que manifiesta que el Interventor ha mantenido declaraciones contradictorias, que la designación de letrado es competencia del Alcalde y que las minutas eran pro forma, no en firme.

La respuesta denegatoria ha de ser idéntica a la de los anteriores motivos, y por las mismas razones.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Al amparo del art. 851.3º L.E.Cr., se alega en el motivo séptimo incongruencia omisiva, por no haberse resuelto todos los puntos que han sido objeto de la acusación y la defensa.

1. Tres puntos o aspectos entiende no debidamente resueltos:

a) Sobre la competencia del Alcalde para contratar al Sr. Del Nido y la necesidad o no de expediente administrativo para esa contratación, alega que la contratación se basaba en la confianza; que la contratación fue para encargos determinados, sin que Del Nido ejerciera la jefatura de ninguna Asesoría Jurídica municipal, y cobraba a través de minutas.

b) Respecto a la realización efectiva de los trabajos por parte de José M^a Del Nido y de Víctor Cohen, aduce que el Tribunal se confunde al considerar que los trabajos eran innecesarios; y que el pago de las minutas por la interposición de recursos por la fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía no había sido objeto de acusación.

c) Acerca del abono de las minutas originadas por la Fiscalización del Tribunal de Cuentas, alega, que todos los abonos realizados desde las sociedades municipales habían sido aprobados e intervenidos por Decretos del Ayuntamiento; y que no se hace referencia a la fecha de cese del recurrente en los consejos de administración de las sociedades.

2. El propio enunciado del motivo lo aboca al fracaso. En su desarrollo muestra, como en los motivos anteriores, discrepancias valorativas, considerando regulares las actuaciones del alcalde y del Sr. del Nido. Pero como quiera que este vicio de forma implica la ausencia de pronunciamiento sobre las pretensiones jurídicas formuladas normalmente en los escritos de conclusiones definitivas, es lo cierto que el recurrente propone otra argumentación o valoración de las pruebas habidas, pero no se acredita que hayan dejado incontestadas las peticiones jurídicas formuladas. A lo sumo podría reconducirse el reproche a un déficit de argumentación efectiva, pero en el caso enjuiciado todos los puntos expuestos en el recurso han sido tratados en la sentencia, como se ha puesto de manifiesto en las alegaciones formuladas a los anteriores recursos.

El motivo ha de rechazarse.

VIGESIMOCTAVO.- En el motivo octavo, con sede en el art. 852 L.E.Cr. denuncia vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión (art. 24.2 C.E.), por conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. No estima justificado el acreditamiento de los hechos que permiten la subsunción como delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y fraude.

1. En nueve líneas el recurrente considera que en ningún momento se planteó la solicitud de condena sobre los pagos de las minutas referentes a los recursos planteados contra la fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

2. No obstante como se refleja en la sentencia, la acusación particular, ejercida por el Ayuntamiento de Marbella, incluyó en sus conclusiones -apartado

r) del delito continuado de malversación de caudales públicos- el pago por Modesto Parodia de las minutas 93/00 y 37/01, que fueron las libradas por José M^a Del Nido con referencia a la Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

3. Respecto al acreditamiento de los hechos imputados, a través fundamentalmente de la prueba documental resulta lo siguiente en relación a los respectivos delitos, siguiendo en este punto el fundado informe del Fiscal:

a) Delitos de prevaricación: el recurrente ocupaba el cargo de secretario o apoderado de la mayoría de las sociedades municipales, habiendo contribuido a la creación de alguna de ellas, y además del contrato de arrendamiento de servicios que tenía concertado con el Consistorio, trabajaba como letrado de una de las empresas. Por ello, al desempeñar cargos retribuidos con dinero municipal y desde los que participaba en el ejercicio de funciones públicas, se ha estimado que, conforme al art. 24 C.P., podía ser considerado funcionario público. En cuanto a las actuaciones prevaricadoras imputadas, lo han sido las llevadas a cabo en los veintidós consejos de administración celebrados el 10 de enero de 2000, en los que se ratificó el encargo hecho al letrado José M^a Del Nido para que defendiera los intereses de las sociedades ante el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de instancia ha considerado que esa actuación, asumiendo obligaciones para las sociedades a las que representaba, fue arbitraria y se realizó con dolo directo.

b) Delitos de malversación: el recurrente tenía firma autorizada en las cuentas desde las que extrajo las cantidades mediante transferencias bancarias o libramientos de cheques. Se le imputa el abono de sesenta y ocho minutas a José M^a Del Nido por un importe total de 2.512.279,22 euros; y de ocho facturas a Víctor Cohen -a nombre de Gesconce, SL- por un importe total de 139.434,82 euros.

c) Delitos de fraude: se han incardinado en esos delitos los acuerdos fraudulentos realizados, por un lado, entre el recurrente, junto con Julián Muñoz y Esteban Guzmán, con José M^a Del Nido; y por otro lado, entre el recurrente, junto con Julián Muñoz y Esteban Guzmán, con Víctor Cohen. Esos acuerdos fueron la causa del desvío de dinero público en las cuantías ya indicadas.

Consecuentes con lo manifestado se ha acreditado que el Tribunal de instancia ha efectuado una valoración racional de las pruebas de cargo legítimamente obtenidas, siendo suficientes para fundar una sentencia de condena. Ahora bien, a pesar de haberse acreditado la concurrencia de los

elementos constitutivos del tipo de fraude y existiendo prueba que le sustente, los hechos deberán ser consumidos por el delito de malversación.

El motivo, en este particular, debe estimarse.

VIGESIMONOVENO.- Residenciado en el art. 849.1º y 2º L.E.Cr., en el noveno motivo alega aplicación indebida de los arts. 74 y 77 C.P. y 17.3 L.E.Cr.

1. El recurrente realiza entre otras las siguientes afirmaciones: que no se ha acreditado que los hechos se ejecutaran según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal; no se ha acreditado que dicho recurrente actuara con ánimo de lucro, ni que los fondos estuviesen a su cargo por razón de sus funciones; que se ha probado la veracidad de la celebración de la Junta de 31 de marzo de 2000; que existe contradicción al decir que Julián Muñoz era incompetente para el ejercicio de las funciones de Alcalde y decir que firmaba todos los Decretos de la Alcaldía; que respecto al tema de la innecesariedad de los trabajos de José Mª Del Nido, se le ha condenado al recurrente como si fuera el autor de un concierto con el letrado y los miembros del Ayuntamiento para la comisión de los delitos reseñados; y que se han infringido normas sustantivas de carácter civil y administrativo que han contribuido a adulterar la aplicación de la norma penal en su conjunto.

2. Tampoco este motivo puede prosperar por esenciales vicios de planteamiento. Invoca una base procesal contradictoria haciendo referencia al nº 1º y 2º del art. 849 L.E.Cr. Mas, en relación al error facti, no cita ningún documento literosuficiente que sea capaz de provocar una modificación factual, sin que existieran pruebas en contra, y tampoco, con base en el apartado 1º, se evidencia error alguno de subsunción respecto a los arts. 74 (continuidad delictiva) y 77 (punición en el concurso medial), habida cuenta de que la naturaleza del motivo obliga a partir del más escrupuloso respeto a los hechos probados (art. 884.3 L.ECr.). Ante tal falta de determinación o previsión procede desestimar el motivo.

TRIGÉSIMO.- En el último motivo (10º), alega error facti, en la valoración de la prueba (art. 849.2º L.E.Cr.).

1. El recurrente invoca una serie abundante de documentos con la pretensión de analizar dos extremos:

a) Que la contratación de José M^a del Nido para los asuntos del Ayuntamiento y de las sociedades municipales de Marbella la realizó Jesús Gil.

b) El recurrente nunca ha tenido la facultad de disposición de los caudales públicos ya que solo cumpliría las órdenes de Jesús Gil y hacía falta la firma de los tres claveros.

2. Los documentos invocados no son literosuficientes, porque existieron otras pruebas que las contradecían, en particular atribuyendo una interpretación diferente plenamente fundada.

Es cierto que el nombramiento inicial del Sr. del Nido corrió a cargo de Jesús Gil. Pero ya designado, concertado con Julián Muñoz y por actos propios y responsables del letrado y del alcalde accidental, se ejecutaron conductas de expolio de las arcas municipales.

Respecto a la facultad de disposición, la apariencia formal de que el libramiento de las cantidades correspondía al Ayuntamiento (tres claveros), a éstos le venía impuesta la decisión, porque la contratación la hizo la sociedad participada, esto es el recurrente, y es éste quien recibe la factura, la aprueba y solicita el simple trámite formal de que el Ayuntamiento, sin conocer la necesidad, alcance, cuantía y conveniencia de los servicios a retribuir, se limita a expedir los mandamientos correspondientes.

De lo expuesto se desprende que el recurrente reinterpreta las pruebas documentales y no tiene en cuenta otras por lo que no es posible alterar los hechos probados, ya que -insistimos- solo se pretende una interpretación personal e interesada de los documentos.

El motivo ha de rechazarse.

RECURSO DE VICTOR COHEN ZERÓN

TRIGESIMOPRIMERO.- En el primer motivo, al amparo del art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., considera infringidos los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24.1º y 2º, en relación al 9.3 y 120.3 C.E.).

1. El censurante pasa revista a todos los aspectos de la sentencia que a él se referían, así como a las pruebas y valoración de las mismas que sustentan su condena, estimando que la convicción alcanzada por la Audiencia ha sido contraria a la lógica, concretando la impugnación esencial en tres apartados, que el Fiscal en su escrito impugnatorio resume del siguiente modo:

A) Que el contrato de arrendamiento de servicios existente entre él y la entidad "Control de Servicios Locales, S.L." no comprendía la actuación llevada a cabo por el citado en relación con las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento de Marbella al Anteproyecto de Fiscalización del Tribunal de Cuentas; y que el cobrar a nombre de "Gesconce, S.L." no determinaba ninguna ocultación.

B) Que el trabajo llevado a cabo por el recurrente fue un encargo verbal de Jesús Gil y Gil, manifestando que habría una minutación aparte; y que el giro de las facturas no fue por su propia iniciativa, sino que había un control de los pagos

C) Que está acreditado que él realizó los trabajos encargados; y que los pagos no han sido considerados constitutivos de alcance.

Dentro de este genérico reproche alude a varios argumentos que justificarían la percepción de las minutas por importe de 139.434'82 euros, al no incluirse los servicios prestados dentro del contrato de arrendamiento de servicios de la entidad "Control de Servicios Locales, S.L." sociedad municipal participada.

Los argumentos serían:

1) La mayor parte del trabajo de contabilidad exigido para cumplimentar las alegaciones al Anteproyecto de Fiscalización del Tribunal de Cuentas se refirieron a los ejercicios de 1990 a 1999, cuando el contrato de arrendamiento fue suscrito en 1.998.

2) No se ha precisado en qué pruebas se basa el Tribunal de instancia para llegar a la conclusión de que las otras dos personas que tenían contratos similares respecto a otras sociedades municipales a fiscalizar no percibieron pagos complementarios por este trabajo, desconociéndose los términos de los contratos suscritos por aquéllos, al objeto de conocer los servicios que incluían.

3) El Tribunal de Cuentas no condenó por alcance en el cobro de las facturas por considerar justificado el trabajo realizado.

4) El Sr. Gil le manifestó al recurrente que habría una minutación aparte, toda vez que el trabajo desarrollado no se hallaba comprendido en el contrato de arrendamiento de servicios, la urgencia con que había que realizar la labor encomendada, la ingente cantidad de documentación que tenía que localizar, clasificar y analizar, amén que tendría que emplear en su labor todo o parte de sus vacaciones.

5) Resulta extraño que la Sala de instancia afirme que el recurrente actuó por "propia iniciativa", cuando se trata de un particular y no de un funcionario público.

2. El recurrente, como explica al folio 13 de su recurso, no discute que exista prueba de cargo integrada por abundante documentación y testimonios, y que tal prueba haya sido obtenida y aportada a tales actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y practicada en juicio de conformidad a las normas procesales aplicables, especialmente con respeto a los principios de inmediación y contradicción. El problema lo halla en que resulta insuficiente y no ha sido valorada debidamente.

Sin embargo por propia confesión y con el refuerzo de la prueba documental y testifical la Audiencia concluyó que: "el recurrente en relación con el Anteproyecto de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, el día 31 de julio de 2000 recibió del Concejal de Hacienda el encargo de formular las alegaciones referentes a las sociedades cuya contabilidad tenía confiada; que ninguna de las personas que participaron en esa labor solicitó una remuneración extra, pero el acusado que tenía un contrato por el que se obligaba a realizar servicios de asesoría y gestión en materia fiscal y contable, así como a evacuar consultas, dictámenes e informes, con un sueldo mensual de setecientos mil pesetas, emitió por su trabajo, que quedó reflejado en cuarenta y nueve folios, acompañados de quince archivadores con documentación, ocho facturas por un importe total de 139.434,82 euros que le fueron abonadas con talones librados por Modesto Perodia y Julián Muñoz, firmando incluso éste último un talón correspondiente a una sociedad de la que no era presidente; y que el pago se efectuó sin comprobar la existencia de expediente de contratación.

A su vez, en los fundamentos de derecho, -como bien puntualiza el Fiscal- se expone que el pago realizado al recurrente fue otro de los pagos de destacada cuantía efectuados sin expediente previo de contratación, que hubiese puesto de manifiesto su innecesariedad; y que nadie ha dado justificación del diferente trato del recurrente con los demás colaboradores que realizaron la misma labor y no recibieron ninguna retribución complementaria.

En la concreción de la responsabilidad del recurrente se manifiesta que es responsable de un delito de malversación de caudales públicos, como cooperador necesario, porque emitió y cobró las ocho facturas sin justificación; y que su ánimo de lucro es indiscutible al comparar su conducta con la de los otros colaboradores que no cobraron ningún extra. Y que es responsable de un delito de fraude por su acuerdo con Julián Muñoz, Modesto Perodia y Esteban Guzmán, para el desvío de dinero público en la cantidad indicada.

3. La Audiencia alcanza una convicción condenatoria sobre la base de prueba directa e indiciaria, partiendo de que el recurrente reconoce la emisión y cobro de las facturas, por lo que no se trata tanto, como se quiere hacer ver en el recurso, de examinar el contenido del contrato de arrendamiento de servicios o de determinar si hubo un contrato verbal con Jesús Gil y Gil o de precisar si los trabajos se realizaron, sino de extraer conclusiones de los hechos admitidos por el recurrente y acreditados con la prueba documental y testifical practicada: que el recurrente hizo un trabajo para el Ayuntamiento, como ya se ha puesto de manifiesto al impugnar el recurso de José M^a del Nido; que, en todo caso, el recurrente tenía un contrato con el Ayuntamiento por el que cobraba 700.000 pesetas mensuales, pero por el trabajo de las alegaciones al Anteproyecto de Fiscalización, concretado en cuarenta y nueve folios, facturó 139.434,82 euros; que hubo otras personas, como D. Antonio Calleja y D^a M^a Antonia Castañón, que llevaron a cabo una labor similar con semejantes condiciones de contratación a la del recurrente y no cobraron ninguna cantidad; que los pagos realizados por las sociedades municipales no estaban debidamente fiscalizados e, incluso en este caso, consta que Julián Muñoz firmó un talón de una sociedad de la que no era presidente. Y la conclusión lógica que se obtiene de esos datos es la mantenida en la sentencia, que el recurrente se puso de acuerdo con las personas que efectuaron los pagos de las facturas que él presentó, Julián Muñoz y Modesto Perodia, para, lo mismo que se estaba haciendo con José M^a del Nido, obtener un lucro a costa de los fondos municipales.

Respecto a las particulares objeciones es procedente manifestar:

1) Que si la actividad profesional se encomienda estando vigente el contrato de arrendamiento de servicios puede alcanzar a cualesquiera aspectos y años a que se refiera el trabajo sobre la sociedad.

2) De que no reclamaron nada Antonio Calleja y Antonia Castañón por el mismo trabajo, existieron pruebas, ya que sobre ello no hay ningún documento o apunte contable que justifique el pago, a lo que se debe añadir el testimonio de los propios interesados.

3) El hecho de que el Tribunal de Cuentas no condenara por alcance seguramente fue debido a que entendió realizado el trabajo, sin discernir si estaba incluido o no en el contrato de servicios. A pesar de todo se detectó una anomalía por el Tribunal contable y es el aumento del 5% previsto en el contrato de arrendamiento de servicios de 1 de febrero de 1998. En realidad, a partir de enero

de 2000, al fijarse 700.000 pesetas mensuales se produce un aumento del 33,3%, respecto a la cantidad recibida en 1.999.

4) La autorización verbal de Gil y Gil carece de valor probatorio, no solo porque se sostiene por una simple manifestación del acusado que no tiene obligación de decir verdad, sino porque no cabe realizar un contrato administrativo por 139.000 euros, sin que conste, como mínimo, por escrito.

5) Por último no es extraño que las facturas se pasaran por iniciativa del acusado, pero también, dados los delitos que se imputan, con el concierto del funcionario que debía autorizar el pago y tenía a su disposición los caudales públicos.

Por todo lo expuesto la valoración de la prueba (directa e indiciaria) ha sido razonable sin que existan alternativas o hipótesis valorativas más consistentes y fundadas. Es obvio que nos hallamos ante un pago de destacada cuantía -como puntualiza la Audiencia- no precedido del imprescindible expediente de contratación que había puesto de relieve la innecesariedad del gasto.

5. Por último, la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en que había un interventor municipal y que los fondos con los que las sociedades municipales pagaban procedían del Ayuntamiento, pero precisamente, y como se ha destacado en el Informe de Fiscalización aprobado por el Tribunal de Cuentas que se cita en la sentencia, a través del sistema de las sociedades municipales que se había instaurado, el Ayuntamiento no ejercía la función de control financiero ni exigía la justificación del empleo dado a las transferencias ni la procedencia de las deudas asumidas. El único control existente era de carácter contable, se examinaba si había una minuta, una factura o un recibo, pero no se ejercía un control financiero para determinar si el pago que se abonaba procedía de un servicio aprobado en el correspondiente expediente y si el mismo se había prestado efectivamente en beneficio de la entidad.

En nuestro caso la sentencia ha dado completa satisfacción a ese requisito motivador.

Consecuentemente la queja planteada ha de ser rechazada.

TRIGESIMOSEGUNDO.- El motivo segundo, con sede procesal en el art. 852 L.E.Cr., lo formula por vulneración del principio de congruencia en relación a la acusación formulada en conexión al principio acusatorio formal (art. 24.2 C.E.).

1. El primer elemento a tener en cuenta en orden al derecho de defensa es el conocimiento por parte del acusado de los hechos que se le imputan, sin que pueda ser traído a la relación de hechos probados nada extraño a la calificación de las partes acusadoras. Así pues, ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto de la pretensión punitiva podría utilizarse para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal.

A continuación el recurrente refleja los hechos que se le atribuyen a éste en el auto judicial de transformación de las diligencias a procedimiento abreviado, dictado el 28 de mayo de 2009, el escrito de acusación del M^o Fiscal y la acusación particular.

De ellos se desprenden dos circunstancias que supusieron una noticia sorpresiva para el recurrente:

a) En primer lugar que el objeto procesal venía constituido por la existencia de un entramado con el deliberado propósito de despatrimonializar al Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades mercantiles participadas, con miras al injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro beneficio para terceras personas, en el caso de autos, de D. José María del Nido Benavente, de tal forma que, dando apariencia formal a unos encargos de asistencia jurídica al Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades participadas, el citado letrado se enriquecía a costa del erario municipal, por trabajos que no se correspondían con el trabajo efectivamente desempeñado por el mismo.

b) En segundo término parece ser que el único argumento que se ha tenido en cuenta para condenar al recurrente es que nadie haya dado justificación alguna del diferente trato respecto a los demás colaboradores en la misma labor, que no percibieron retribución complementaria alguna por su cooperación.

2. Ninguna infracción del principio acusatorio formal se ha producido y ninguna indefensión se ha provocado al recurrente. El hecho de que el núcleo central de la trama defraudatoria se describiera en los hechos probados de un determinado modo no impide que dentro del entramado general intervinieran otros partícipes, entre ellos el recurrente, que no tenía porqué mantener relación alguna con el Sr. del Nido.

Lo cierto es que el comportamiento delictivo que a él se le atribuía, como el Fiscal precisa, ya se planteó en el escrito de conclusiones provisionales del propio Fiscal en donde consta la acusación contra el recurrente en los mismos términos que se ha recogido en la sentencia y ha determinado la condena. En particular en la pág. 99 del citado escrito se explicaba el cobro indebido de

23.200.000 de pesetas (139.434,82 euros). Posteriormente -tras la celebración de las sesiones del juicio oral, en el que declararon D. Antonio Calleja, al que después se le retiró la acusación y D^a María Antonia Castañón como testigo- el Fiscal en conclusiones definitivas añadió en la pág. 131: "*En cualquier caso es igualmente predicable a esta facturación, su innecesariedad, no solo por comparación con el trabajo realizado por otros intervinientes que no cobraron minuta alguna por el mismo trabajo, sino por el propio objeto del asesoramiento minutado*".

No es de más recordar que el juzgador tiene autonomía suficiente para redactar los hechos imputados conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales en el factum, que no muten la esencia de lo que fue objeto de la controversia y debate procesal.

En nuestro caso no ha existido acusación sorpresiva ni la Audiencia ha modificado los hechos de la acusación de forma sustancial, pues el añadido en calificación definitiva en referencia al comportamiento de otros colaboradores más que un hecho imputado al recurrente, constituye un argumento para reforzar el carácter ilegal de las facturas presentadas por éste. Lo cierto es que de haberle causado indefensión por lo sorpresivo debió haber hecho uso del art. 788.4º L.E.Cr., lo que no ha sucedido.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

TRIGESIMOTERCERO.- Amparado en el art. 849.1º L.E.Cr. en el motivo tercero estima indebidamente aplicados los arts. 432 y 436 C.P., por no concurrir los requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencialmente para la aplicación de los citados preceptos.

1. Analiza y desarrolla en la argumentación los requisitos o elementos de cada uno de los dos delitos. Admite la cooperación necesaria de persona en quien no concurre la condición personal y por tanto no tiene en realidad el control o custodia de hecho o jurídica de los caudales públicos.

Después acude a los hechos probados para comprobar la adecuada o inadecuada subsunción en los preceptos que se aplican, que completa añadiendo la fundamentación jurídica, en donde se justifica y razona el juicio subsuntivo.

Discrepa de los argumentos del Tribunal sentenciador para condenarle por los dos delitos; en particular estima no concurrente el perjuicio causado al erario público; que el recurrente realmente prestó los servicios, los cuales no podían considerarse encuadrados en el contrato de arrendamiento de servicios.

2. En principio los argumentos aducidos no son estimables, aunque habrá que extender a este recurrente las razones en su momento expuestas en el recurso de Julián Muñoz y del Sr. del Nido, para absolver por el delito de fraude en quienes fueron condenados por tal delito.

El "quid" de la cuestión estriba en la distinta valoración o juicio que mereció al Tribunal, en contraposición al criterio del recurrente, de que los trabajos realizados no se encontraban dentro de los cometidos que debía desempeñar como profesional, según dicho contrato.

Esta Sala de casación, también entiende plenamente incluida en el clausulado del contrato la actividad desarrollada. Los términos contractuales son claros y no dejan duda. Ayuda a interpretarlos la altísima retribución pactada mensualmente por tal actividad, nada menos que 700.000 ptas. mensuales del año 2.000. El Tribunal de Cuentas ya advirtió que en el contrato se preveía una actualización del 5%, pero lo cierto es que dos años después de su celebración los honorarios fijos estipulados se incrementaron en más de un 30%. Y aún así, por cuarenta y nueve folios y la entrega de la documentación existente en la sociedad se factura la escandalosa cantidad de 139.434,82 euros, que le son abonados.

La ausencia de impedimento en su irregular percepción nos está indicando que necesariamente y según una elemental inferencia debía estar concertado con quienes podían facilitar un pago tan injustificado e impropio.

Ahora bien, la cooperación necesaria exige esa concertación, que en este caso, siendo para la extracción indebida de fondos públicos, el delito de fraude (concertarse para defraudar, sin necesidad de ningún resultado) estaba incluido y embebido en el delito de malversación de caudales consumado, integrando el delito de fraude los actos preparatorios para ejecutar el de malversación, dada la esencial identidad de bien jurídico lesionado.

Consecuentes con todo lo dicho procederá la absolución por el delito de fraude, manteniéndose la condena como cooperador necesario de un delito continuado de malversación de caudales públicos. El motivo se estima parcialmente.

TRIGESIMOCUARTO.- En el último de los motivos, a través del cauce previsto en el art. 849.1º L.E.Cr. estima indebidamente aplicado el art. 77 C.P., en relación a los arts. 432 y 436 C.P., al no concurrir las condiciones para la aplicación del concurso medial.

Absuelto por el delito de fraude, ya no existe posibilidad de concurso medial de delitos, al existir uno solo. El motivo pierde su razón de ser y debe desestimarse.

RECURSO DE ANGELES CARRASCO SANZ

TRIGESIMOQUINTO.- En el primer motivo, con amparo en el artículo 849.1º LECrim., protesta por la indebida aplicación del art. 432.1 del C. penal.

1. Con carácter general estima que se ha producido un error en los presupuestos fácticos y jurídicos de este delito, justificando el Tribunal la condena por no ajustarse la Corporación municipal a las exigencias legales de contratación, lo que determinó la adjudicación ilegal de los servicios contratados y la percepción de cobros injustificados.

Además entiende que no se produjo desvío alguno de fondos públicos y perjuicio económico como elementos constitutivos del tipo. Desarrollando tales ideas considera que en caso de una irregular contratación debe responder la entidad contratante y no la persona contratada. La malversación solo se hubiera producido si el trabajo encomendado no se hubiera realizado.

Pretende igualmente sostener que su contratación, no ajustada a normas formales, se produjo por razones de "urgencia". En definitiva la adjudicación ilegal de los servicios contratados no conlleva que los cobros se consideren injustificados.

Por todo ello la impugnante estima no concurrentes los elementos típicos integrados por el desvío de caudales públicos y el perjuicio económico ocasionado a la Corporación municipal.

2. El Tribunal de instancia ha analizado la conducta enjuiciada, similar en su dinámica comisiva a todas las demás de la misma naturaleza, y en las páginas 426, 427 y 428 de la sentencia desarrolla el juicio de subsunción, haciendo referencia a los elementos típicos del delito.

En nuestro caso no solo nos hallamos ante una simple irregularidad administrativa de contratación, sino ante un plan proyectado para encubrir con formales minutas un propósito expoliatorio de la Corporación.

En los fundamentos jurídicos se explicitó la "innecesariedad de los encargos" (folios 363 a 365), "la indeterminación del precio" (folios 365 y 366) y "las irregularidades administrativas producidas" (folios 366 a 368), que viciaban el nombramiento prevaricador.

Ciertamente que la persona designante (Julián Muñoz), incurrió en responsabilidades penales, pero la recurrente como designada y letrada debió imperiosamente estar de acuerdo, para ante una irregular e improcedente designación, completarla con unas minutas en las que se pretende disfrazar una actividad profesional innecesaria y que provocó un pago exorbitante, cuando el trabajo debieron hacerlo los letrados de la Corporación, especialistas en derecho administrativo, y que no hubiera ocasionado ningún dispendio al Ayuntamiento.

Si además, como aduce la recurrente, existió una situación de urgencia, con mayor razón para que actuaran, por su propia función y sin designación, los servicios jurídicos del Ayuntamiento.

En ello estriba el perjuicio ocasionado a la entidad local, que hubiera evitado un gasto inútil, amparado en la apariencia formal de un trabajo ineficaz.

3. Desde otro punto de vista, la naturaleza del motivo obliga a ceñirnos al relato probatorio en el que se describe una actividad concertada que provocó una desviación de fondos públicos con el consiguiente quebranto económico de las arcas municipales.

En efecto, en la recurrida se declara probado, entre otras cosas, que en relación con el contencioso por la segregación de San Pedro de Alcántara Julián Muñoz dictó un Decreto, sin incoar expediente previo y sin determinación de precio, encomendando a la recurrente la defensa del Ayuntamiento; que la recurrente era la esposa de José M^a Del Nido quien había representado los intereses de la comisión promotora de la segregación; que la recurrente por su intervención presentó diez minutas por un importe total de 132.463,06 euros, cuyo pago fue aprobado mediante mociones y decretos de Julián Muñoz.

Por su parte y como complemento en la fundamentación jurídica de la sentencia nos dice con certera argumentación, que "esas minutas no debieron ser satisfechas ya que se ejecutó una maniobra fraudulenta similar a las realizadas por su entonces marido, José M^a Del Nido, como si el encargo partiera de un particular, sin ajustarse a la normativa correspondiente. El Tribunal ha considerado a la recurrente cooperadora necesaria del delito de malversación de caudales públicos al emitir y cobrar sin justificación (adjudicación ilegal y de cuantía sólo determinada por el acuerdo fraudulento) las diez minutas por el importe indicado. Para justificar la concurrencia del ánimo de lucro, se añade, por remisión a otro apartado de la sentencia, la manifestación efectuada por la recurrente en el plenario, en el sentido de que se arrepentía de no haber cobrado

más. El Tribunal ha considerado esa confesión reflejo de la arbitrariedad con la que se desviaban fondos del Ayuntamiento gracias a la connivencia con sus responsables.

Conforme a todo lo expuesto es obvio que la conducta imputada de malversación tenía pleno encaje en el art. 432.1 del C. penal, en su modalidad de cooperación necesaria.

El motivo ha de decaer.

TRIGESIMOSEXTO.- Con igual apoyo procesal (art. 849.1º LECrim.) en el motivo segundo denuncia infracción del art. 436 del C. penal.

1. La censurante sostiene que no concurren los dos elementos fundamentales que configuran el tipo: la concertación y la finalidad defraudatoria.

El primero de los elementos porque no explica la sentencia en qué consistió o cómo se gestó. Por un lado resulta desconocido el "iter" y las personas que pudieron negociar o procurar el citado concierto (veáse folio 414 de la sentencia); y por otro lado, en el folio 436 se dice que el delito de fraude se halla en el acuerdo entre Julián Muñoz con Ángeles Carrasco Sanz, afirmaciones que parecen contradictorias.

Respecto al segundo elemento (propósito de defraudar) porque el destino del dinero fue justo y correcto, en tanto iba dirigido a afrontar los gastos de defensa judicial de los intereses propios del Ayuntamiento.

2. El hecho de que el origen o inicio del acuerdo fraudulento se produjera por impulsos de uno y otro de los implicados es una circunstancia indiferente, lo cierto es que, el acuerdo se concreta y materializa entre la recurrente como particular, y Julián Muñoz, como autoridad, al haber sido éste quien firmó el requerimiento de venia al anterior letrado y quien dictó los Decretos encomendado el servicio y aprobando el pago de las minutas. Y ello no supone contradicción con que el origen del encargo hubiese podido partir de Jesús Gil y Gil o de José Mª Del Nido, como se indica en la sentencia, por ser momentos distintos el origen, y la concreción y formalización de la relación de la recurrente con el Ayuntamiento de Marbella.

En consecuencia, constando declarada en la sentencia la existencia de una concertación entre Julián Muñoz y la recurrente para obtener, de modo fraudulento el desvío de fondos municipales -objetivo posteriormente conseguido-, la subsunción de los hechos llevada a cabo por el Tribunal de

instancia en el delito de fraude en principio debe calificarse de correcta. Ahora bien, aun existiendo concierto tenemos dicho que éste debe reputarse consumido en el delito de malversación de caudales públicos, por las razones ya conocidas. El motivo debe estimarse.

TRIGESIMOSÉPTIMO.- En el motivo tercero, alega quebrantamiento de forma, por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados.

1. La recurrente no considera justificado que una sentencia tan amplia dedique al delito por el que se le acusa tan pocos argumentos para sustentar la condena impuesta, no apareciendo razonamientos fundados que acrediten la subsunción de los hechos.

2. Ya tuvimos ocasión de analizar los requisitos que esta Sala exige para estimar concurrente este vicio procesal. Es el momento de recordar que esta incomprensión ha de ser gramatical, no lógica o argumental, y ha de afectar al entendimiento del factum.

En nuestro caso los términos en que se pronuncian los hechos probados son nítidos y comprensibles a cualquiera. Cosa distinta es que se esté de acuerdo con los mismos.

La alegación en todo caso cabe considerarla como falta de motivación, más propia del derecho a la tutela judicial efectiva, a la que dedica el motivo 5.

El presente debe desestimarse.

TRIGESIMOCTAVO.- También por quebrantamiento de forma y al amparo del art. 851.3, en el motivo cuarto se denuncia la no resolución en la sentencia de todos los puntos y argumentos que fueron esgrimidos.

1. En el desarrollo del motivo se enumeran las razones exculpatórias aducidas en su defensa, que directa o indirectamente fueron rechazadas, sin que el tribunal sentenciador haya dado respuesta a todas las argumentaciones, objeciones y en general alegaciones que aduce en su defensa.

En este sentido la recurrente nos habla de la efectiva intervención en el contencioso de San Pedro de Alcántara, la regularidad de su contratación y formalismos observados, situación de urgencia, necesidad de facturaciones periódicas, importancia del proceso seguido, ausencia de reparos por el Tribunal de Cuentas, inexistencia de perjuicio económico, existencia de enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.

2. Resulta oportuno recordar la jurisprudencia de esta Sala acerca de la incongruencia omisiva que hace referencia única y exclusivamente a la falta de pronunciamientos **sobre pretensiones jurídicas** y no sobre cuestiones de hecho, criterios o puntos de vista, interpretaciones más propias de un motivo por infracción de Ley y de tutela judicial efectiva.

Al hablar en el enunciado sobre la ausencia de pronunciamiento sobre argumentos, el motivo se descalifica por sí solo.

Los hechos que hace constar en el motivo como no tratados, aun dándolos por existentes, no impedirían o mermarían en su consistencia la convicción del Tribunal para calificar la conducta enjuiciada de malversación de caudales públicos por existir otras pruebas y otras interpretaciones de los hechos o enfoques que conducirían a conclusiones diferentes, más razonables que la propuesta.

El motivo ha de rechazarse.

TRIGESIMONOVENO.- En el quinto y último motivo, con sede en el art. 852 de la LECrim., considera infringidos determinados preceptos constitucionales (art. 24 de la CE).

1. La defensa plantea tres argumentos impugnativos:

a) El primero estaría incardinado en el derecho a la tutela judicial efectiva. Basten los argumentos del motivo anterior, en donde dijimos que el Tribunal no tiene por qué dar respuesta individualizada y detallada a cada una de las razones o motivos exculpatórios ofrecidos por la acusada para considerar decaída la protesta.

La tutela judicial efectiva quedaría amparada con una argumentación suficientemente expresiva de las razones a las que ha atendido el Tribunal de Instancia al tomar su decisión cuya afirmación más de una vez implicará rechazo de las tesis o criterios contrarios.

b) El segundo argumento radicado en la presunción de inocencia se formaliza en los siguientes términos textuales: la presunción de inocencia ha venido provocada no por el desacierto en la declaración de los hechos probados, sino por las consecuencias jurídicas.

Ello nos está indicando la correcta fijación del relato probatorio. Su interpretación y la obtención de las consecuencias jurídicas pertinentes es función judicial solo atacable casacionalmente por la vía de la indebida o inadecuada aplicación de los preceptos penales a que hizo referencia en los

motivos 1º y 2º a los que nos remitimos, pero no por infracción de derechos fundamentales.

c) El tercer argumento se detiene en el tema de los honorarios, manifestando que el fraccionamiento del pago vino determinado por los problemas de tesorería del Ayuntamiento; que la cuantía total no fue considerada excesiva por el Interventor municipal; que el Tribunal de Cuentas no ha puesto reparos a los pagos que le fueron efectuados; que el interés económico del litigio era elevado; y que la cuantía era determinable conforme a las normas de honorarios de los Colegios Profesionales, y no ha habido prueba en el sentido de considerarlos excesivos.

La defensa desvía la atención del tema -como muy bien puntualiza el Fiscal- a una cuestión contable cuando el planteamiento de la sentencia es que el pago fue fraudulento porque no debió de efectuarse. Por lo tanto, el tema de la cuantía de las minutas, cuestión en la que la sentencia no incide, no afecta a la valoración de la no justificación del pago, independientemente de la cuantía del mismo. El pago era irregular e innecesario y su realización empobreció al Ayuntamiento en la cantidad pagada.

Por lo expuesto el motivo no puede prosperar.

RECURSO DE JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS

CUADRAGÉSIMO.- En el primer motivo con sede procesal en los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1. En un amplio, concienzudo y meticuloso discurso argumental sostiene en esencia que el único hecho delictivo que se le imputó no se halla sustentado en prueba debidamente valorada, ya que o no existe verdadera valoración o la que existe no es conforme con las máximas de experiencia. Según el recurrente los hechos probados son inanes a efectos típicos, toda vez que de los cinco párrafos de la página y media del factum dedicados a este menester (realmente son seis párrafos) los cuatro primeros no son hechos típicos sino hechos asumidos por todas las partes implicadas. Solo en el último párrafo (pág. 297, in fine) se da por probado que el pago sería ilícito; que respecto al trabajo por el que se pagó no consta su encargo, ni tampoco que el trabajo se realizara; y aunque constase el trabajo, de todos modos sin la necesidad del encargo, ni previo expediente de contratación, ello sería igualmente ilícito, desde una óptica penal.

El recurrente entiende que la única prueba de cargo valorada en la sentencia la constituyeron tres indicios discutibles:

1) Que la sociedad que cobró, "Asesoría Financiera None, S.L." se habría constituido con "**llamativa inmedación**" al cobro, es decir, poco antes de percibir el importe dinerario a que ascendía el pago. Sobre este extremo se nos dice que tal forma de proceder es usual por razones fiscales.

2) Que el **Sr. Chica** "afirmó en el plenario haber realizado el trabajo de contabilidad cobrado, pero **no dio explicación** alguna verosímil a todas las preguntas del M° Fiscal"; "no podía precisar ni quién ni dónde le facilitaban la documentación para que hiciera la contabilidad que, según él, le habrían encargado. Tampoco ha dado explicaciones convincentes respecto a cada una de las sociedades sobre las que tenía que hacer la contabilidad". El impugnante cree que ello es normal debido al tiempo transcurrido.

3) Que respecto al **Sr. Vázquez** "**no es creíble su versión** sobre el origen del encargo que expuso en el plenario (vídeo 100, minuto 8:42) al referirse a una conversación de barra que tuvo lugar en la cafetería La Habana con una persona ya fallecida a la que acababa de conocer. También considera el recurrente que en el mundo de los negocios se traban relaciones para conseguir trabajos en comidas, cenas o cócteles de negocios".

Como conclusión se dice que no hay ningún indicio más allá de los tres que se han enunciado que, según las máximas de experiencia y una valoración racional de la prueba, lleven a la conclusión de que la factura fue ilícitamente satisfecha.

2. Sobre el proceso acreditativo de los dos delitos imputados al recurrente hay que partir de un dato clave y es la efectiva realización de un pago con fondos municipales y la no justificación por parte de los receptores de la razón o causa del mismo. No basta decir que hay contratos verbales, porque se trataba de una empresa pública en la que no cabe tal modalidad contractual, por el importe contratado; tampoco es aceptable afirmar que el pago se contabilizó, pues todas las extracciones dinerarias fraudulentas imputadas en esta causa, tenían una justificación o apariencia formal de legalidad, pero sin profundizar en la necesidad, legitimidad o legalidad de las sumas extraídas de las arcas públicas.

En relación a las tres pruebas indiciarias inanes, a juicio del recurrente en el plano probatorio, habría que hacer algunas precisiones.

Respecto a la "llamativa inmedación" en la apertura de la cuenta de la sociedad que recibió el cheque, debe añadirse que el cheque emitido por el

Ayuntamiento que posibilitó el posterior pago a "Asesoría Económica None, S.L." se libró el 1-10-2000 incluso **antes de que esta sociedad se constituyera** (31-10-2000), y que el recurrente no lo ingresó en la cuenta de la sociedad municipal hasta el 22-2-2001 que lo hizo a través de cajero automático, para que pudiera ser abonado el cheque librado por él el día anterior.

El que no se precisen, en relación al testimonio del Sr. Chica, las preguntas inconstestadas o insatisfactoriamente respondidas que el M^o Fiscal formula, no significa que no existieran en abundancia y fueran sugerentes y significativas, sino que la Audiencia se remitió al vídeo 100, a partir del minuto 57 (véase pág. 415 de la sentencia).

El presumible olvido del acusado al testimoniar sobre las sociedades, no sería creíble en un caso como éste, cuando se trataba de una importante cantidad a percibir del año 2001, y además debía ser satisfecha con dinero público. El acusado Sr. Chica tuvo tiempo sobrado de realizar gestiones, o acudir a registros o archivos para concretar algo de fundamental importancia, pues cuando se recibe una relevante cantidad de dinero por unos servicios, el perceptor debe acreditar la realidad de la contraprestación.

_____ Por último, acerca de la declaración del acusado Sr. Vázquez de que en comidas, cenas y cócteles se generan negocios, no se matiza que el lugar donde contrató fue en una barra de bar, **con persona desconocida** y que **actualmente ha fallecido**.

Por otro lado, es plenamente razonable entender que el recurrente fuera consciente de que con ocasión de las fiscalizaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas, se habrían producido apropiaciones importantes de dinero público, ya que una persona tan cercana al Ayuntamiento y Sociedades participadas, es normal que pudiera conocer esos expolios, dada la cantidad de personas implicadas y el tiempo que se prolongaron esas apropiaciones ilícitas de dinero público. No debemos olvidar que el acusado fue condenado en la causa llamada Saqueo I, por sentencia firme de esta Sala de 25-1-2010.

3. En realidad el Tribunal de instancia dispuso de prueba directa e indiciaria que acreditaba la participación en los hechos del recurrente. Entre las probanzas habidas son de destacar las siguientes:

a) Ante la negativa del mismo a reconocer el carácter de gerente de "Planeamientos 2000, S.L.", el dato fue acreditado a través de una certificación.

b) El mismo reconoció haber conservado el cheque del Ayuntamiento desde octubre de 2000 hasta febrero de 2001, ingresándolo por cajero automático en una cuenta que controlaba él exclusivamente.

c) Éste se preocupó de dotar de fondos a dicha cuenta para hacer frente al pago en favor de la "Asesoría Económica None, S.L."

d) El recurrente en un principio no reconoció su firma en el cheque emitido, pero la Sala no albergaba duda de que era la suya, ya que el único titular y autorizado de la cuenta era él y una vez cargado, no denunció el pago sin su consentimiento o con falsificación. Él mismo reconoció al final que necesariamente tenía que ser su firma, pues se parecía mucho a la suya y además llevaba el sello de la empresa.

e) La sociedad receptora del cheque -como tenemos dicho- se había constituido con llamativa inmediatez a la realización del pago.

f) No consta la realización de ningún pago del Ayuntamiento a la citada sociedad.

g) No ha quedado acreditado el trabajo que motivó el pago al recurrente, cuando de haber existido era fácil probarlo.

h) Alfredo Chica -como ya apuntamos- reconoció que fue él quien había recogido el cheque y afirmó haber realizado el trabajo de contabilidad cobrado, pero a preguntas formuladas no precisó ni quién ni dónde le facilitaron la documentación para el trabajo, situación inconcebible de haber existido dicho trabajo, tan generosamente remunerado y además con fondos públicos. Tampoco concretó las sociedades que tenían que ser objeto de contabilidad.

i) El acusado recurrente negó haber tenido relación con los otros dos, Srs. Vázquez y Sr. Chica, cuando el conjunto de la prueba ha descartado este extremo, etc., etc.

Desde luego el hecho de que se desconocieran los acuerdos entre los tres implicados no supone ni mucho menos que no existieran. **Se probó que existieron acuerdos**, pero se desconoce en qué términos y cómo se distribuyó el dinero.

4. A pesar del bien estructurado motivo alegado, en él se incurre en dos aspectos inaceptables:

1) En primer término no es factible exigir al Tribunal que explique por qué una determinada prueba o indicio ha tenido más fuerza convictiva que otro. El Tribunal concretará las pruebas de que se ha valido y la convicción que le han provocado todas ellas, describiendo en la medida de lo necesario las pruebas de

cargo y la inocuidad de las de descargo, en ocasiones fácilmente deducible de la incontestable prevalencia de las primeras.

2) En segundo lugar no es posible analizar prueba por prueba, indicio tras indicio, para demostrar que individualmente considerados cada uno carecen de virtualidad para acreditar la comisión de los hechos delictivos. Son todo ellos en conjunto, los que reforzándose entre sí recíprocamente pueden permitir alcanzar una convicción en un sentido determinado.

El Tribunal de instancia ha valorado los indicios de forma conjunta y no aislada, que es como pretende el recurrente, ofreciendo un discurso motivador de su decisión suficiente, plenamente razonable y acomodado a las máximas de experiencia, normas de la lógica y principios científicos.

Consiguientemente esta Sala de casación entiende que la motivación fáctica de la sentencia alcanza el estandar exigible, siendo la convicción obtenida lógica, coherente y razonable.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. en el motivo segundo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

1. Como continuación al motivo precedente el recurrente centra la protesta en el hecho de no haberse seguido las pautas jurisprudenciales ni observado las garantías necesarias para que la prueba indiciaria despliegue todos sus efectos probatorios. Sigue partiendo de que la única prueba existente en la causa son los tres indicios a los que se hizo referencia en el motivo anterior.

Consiguientemente y desde dicho enfoque el recurrente estima que la valoración probatoria es irracional ya que los indicios utilizados no eran tales y en base a ellos no puede alcanzarse la conclusión de que el **pago fuera ilícito**.

En concreto nos dice -como bien resume el Fiscal- que no se han expresado los hechos base que se consideran acreditados; que no se ha hecho explícito el razonamiento a través del cual se ha llegado a la conclusión alcanzada; que de los tres indicios valorados -que la sociedad se constituyó poco antes del pago, que Alfredo Chica no dio explicación verosímil sobre el trabajo efectuado, y que el trabajo se consiguió a través del Sr. Vázquez en una cafetería- están acreditados el primero y el tercero, pero no el segundo porque no se ha razonado por qué no se han considerado verosímiles las respuestas dadas; y que no hay

pluralidad de indicios sino que son tres aristas del mismo indicio, que el encargo sería indiciariamente irregular.

2. El recurrente en el presente motivo parte de una premisa inexacta, según la cual, en el acreditamiento de los hechos constitutivos de los delitos por los que se acusa solo existió prueba indiciaria, cuando ello no es así. La Audiencia contó con prueba directa integrada fundamentalmente por el testimonio del acusado, de los coimputados y abundante prueba documental. De tales probanzas o datos objetivos acreditados documentalmente se pudo probar, que el pago por un importe determinado se realizó por el recurrente, así como las fechas en que se produjo, también la trayectoria que siguió el proceso bancario y oficio del Ayuntamiento hasta la percepción del importe del talón, la fecha de constitución de la sociedad, la ausencia de acuerdo del Ayuntamiento para pagar a la misma, etc., etc.

Finalmente en aras a la determinación de la improcedencia o ilicitud del pago el Tribunal de origen pudo completar el acervo probatorio con prueba indiciaria, que la Audiencia explicitó en sus detalles, y de todo el conjunto de la misma, obtuvo unas conclusiones, a las que irremisiblemente abocan las pruebas e indicios existentes.

La Audiencia alcanzó la rotunda conclusión de que no existió ningún encargo para realizar la contabilidad de determinadas sociedades (no se sabe cuáles), ni tampoco se realizó trabajo alguno, no solo por la inexistencia de datos o documentos que necesariamente deben mediar en una contratación por el importe elevado que ésta alcanzaba (es exigible expediente administrativo) y que no puede realizarse verbalmente. Si con la ausencia de documentos que debieron mediar no puede hablarse de una contratación que debía satisfacerse con dinero público, las pruebas, éstas ya indiciarias, que convencieron al Tribunal de que el trabajo no fue objeto de encargo y no se realizó, fueron los testimonios de los tres implicados, Sr. Chica y Sr. Vázquez, además del recurrente. Entendido de otro modo nos conduciría al absurdo, o en todo caso a una explicación alternativa insostenible o cuando menos no tan razonable como la mantenida por el Tribunal de instancia.

La Audiencia explicó de modo suficiente (no es preciso la exhaustividad) el proceso lógico -partiendo de lo acreditado- que condujo a entender que no existió encargo ni trabajo, por lo que el pago fue absolutamente ilícito, circunstancia conocida por los tres acusados, concertados al efecto.

El motivo no puede prosperar.

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- En el motivo tercero, con igual cauce procesal que los anteriores (art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.), considera el recurrente infringido el art. 24.2 C.E. al haberse producido condena a pesar de no haberse enervado el derecho a la presunción de inocencia.

1. El motivo es subsidiario de los dos anteriores, de modo que si se considerase que la prueba existe y reúne las condiciones de indiciaria, atentaría contra las reglas de la lógica, al reflejarse ciertas dudas que tuvo el juzgador y que plasmó en la sentencia.

Argumenta que la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia no puede ser convalidada al no respetarse el infranqueable marco de las reglas de la lógica.

En esencia se pretende dar por probado:

a) Que el trabajo no se hizo, por lo tanto el pago realizado por el Sr. Roca fue ilícito.

b) Que el trabajo sí fue realizado, pero al no haberse acreditado la necesidad del encargo y sin previo expediente de contratación para hacerlo, el pago efectuado por el Sr. Roca fue igualmente ilícito.

El recurrente parece que simultáneamente quisiera demostrar la existencia de un quebrantamiento de forma (contradicción en hechos probados), al detectarse una situación de contradicción interna en el relato probatorio, de naturaleza gramatical, no conceptual, de forma que la afirmación de uno de los hechos (el trabajo no se hizo) implica la negación de otro (el trabajo se hizo, pero sin necesidad y sin expediente de contratación); todo ello es manifiesto e insubsanable, siendo la oposición antitética provocada por la Audiencia de imposible coexistencia simultánea y de armonización. Sin embargo tal afirmación impugnativa no es objeto de desarrollo, ni figura en el enunciado del motivo, que se limita a intentar demostrar la violación del derecho a la presunción de inocencia.

También halla otra contradicción el recurrente que tropezaría con las leyes de la lógica, por lo que habría que decretar la absolución, en la afirmación del factum (pág. 297 in fine): "Nada ha quedado probado sobre la forma en que se distribuyó la cantidad referida y a pesar de ello se le condena, es decir, el juzgador refleja dudas".

Igualmente en el mismo apartado del factum se manifiesta: "Sobre los acuerdos que puedan haber mediado entre los tres protagonistas, nada ha quedado acreditado" o también "lo que no ha quedado probado con las garantías de certeza exigibles es lo que motivó el pago".

2. El recurrente que atacó la sentencia en los motivos 1º y 2º desde las máximas de la experiencia, ahora lo hace por no respetar las leyes de la lógica.

Lo cierto es que a las frases entresacadas de la sentencia -con riesgo de descontextualización- pretende atribuirles un sentido que la simple lectura no ofrece. La Audiencia nos esté diciendo de forma **apodíctica y segura** que **el trabajo no se realizó**; pero como mera hipótesis o como complemento "a mayor abundamiento" nos dice que, aunque el trabajo se hubiera realizado (**que no es el caso**) hubiera conducido a la misma solución el hecho acreditado de no haberse justificado la necesidad del encargo y sin previo expediente de contratación, condiciones "sine qua non" en la contratación administrativa.

Otro tanto cabe decir respecto a otros aspectos, que no influyen en el juicio subsuntivo. Resulta indiferente, por tanto, cuál fue la razón de efectuar el pago, o "la forma en que se distribuyó la cantidad referida", lo que supone la inconcusa afirmación de que la cantidad se distribuyó, y lo que se ignora es la forma y proporción. Tampoco se conoce el contenido, alcance y sentido de los posibles acuerdos existentes entre las partes, pero indudablemente existieron, como se declara de forma incontestable al realizar el juicio subsuntivo sobre el delito de fraude, y como necesariamente ha de inferirse de la coordinación de todos ellos en el libramiento y percepción del talón.

El motivo, por consiguiente, debe desestimarse.

CUADRAGESIMOTERCERO.- Con sede en el art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., en el motivo cuarto alega infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

1. El recurrente dentro del mismo derecho fundamental violado, aduce ahora razones que denomina mixtas (unas veces quebrantando máximas de experiencia, otras vulnerando leyes de la lógica) que tienen su apoyo en la equivocación del juzgador en el proceso valorativo de la prueba, al desconocer otras premisas alternativas propuestas por el defensor de la parte, que no se ocupa el Tribunal de descartar o desmontar.

Estos argumentos o propuestas alternativas de la parte se manifestaron en el escrito de calificación definitiva, que el motivo reproduce. Realmente sostiene que el trabajo que retribuía el talón fue realizado, hasta el punto de que supuso en el informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas reducir en más de mil millones de pesetas las pretensiones de alcance.

La Audiencia no analiza ni toma en consideración las propuestas de la defensa, que tienen su apoyo en el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

2. Como tiene dicho esta Sala la obligación de los Tribunales de motivar sus decisiones no puede interpretarse como la exigencia de una respuesta detallada a cada cuestión que las partes planteen. El recurrente desconoce, como también este Tribunal de casación, en qué medida pudieron ser tomados en cuenta unos argumentos inútiles, improsperables e inaceptables si se admitieron las tesis acusatorias como ciertas y reales.

En el escrito de defensa se hacen menciones al informe de fiscalización, en el que a su vez refería la recepción de documentos contables y libros de contabilidad remitidos por el Ayuntamiento de Marbella atinentes a las sociedades Planteamiento 2000 y Plan Las Albarizas. Se habla de la documentación remitida por Nortia, pero en ningún caso se afirma -que es lo que el Tribunal de instancia debía comprobar en tanto constituía el núcleo de la imputación- si la sociedad "Asesoría Económica None", es decir, los Srs. Vázquez Cuesta y Chica Vera, habían realizado el trabajo que les retribuyó el recurrente con el talón que les entregó.

Por ello es lógico que el Tribunal descartara la alternativa propugnada por la defensa y se limitara a dilucidar la realidad del hecho imputado.

Por otro lado, tampoco resultaba atendible por inoperante o inane, el dato de que por encima del gerente de la sociedad Sr. Roca, estuviese el Consejo de administración de la sociedad, si el impugnante era funcionario público o desempeñaba funciones públicas en una sociedad municipalizada y tenía facultades dispositivas sobre el patrimonio de la misma, como nadie puso en entredicho, a la vista de la prueba documental y el hecho mismo de que el talón fue satisfecho sin traba alguna por parte de las entidades bancarias.

Así pues, podemos concluir que el Tribunal tuvo necesariamente que plantearse si el trabajo existió o no, pero como ya se indicó esa realización se consideró probada por quienes debían hacerlo. Así, quienes debían haber realizado el trabajo no dieron respuestas que acreditaran ese hecho, lo que permitió al Tribunal sentenciador inferir que no se había hecho. Pero aún en el caso hipotético de que se hubiera ejecutado (que no lo fue), sin acreditar la necesidad del mismo y sin previo expediente de contratación, se tornaba el cobro totalmente ilícito e improcedente, esto es, se hubiera tratado de un pago injustificado e indebido. Esta

segunda alternativa de refuerzo -como dijimos- no devalúa la afirmación de que el trabajo no se hizo.

Por todo lo expuesto hemos de concluir que los alegatos defensivos fueron tomados en cuenta, pero no en el sentido que la defensa pretende.

El motivo ha de rechazarse.

CUADRAGESIMOCUARTO.- En el motivo quinto el recurrente, con apoyo procesal simultáneo en el art. 850.1º L.E.Cr. (quebrantamiento de forma) y en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., denuncia vulneración de derechos fundamentales (derecho de defensa y a la presunción de inocencia: art. 24.2 C.E.), al considerar infringidas dichas normas por no haberse practicado una prueba que, propuesta en tiempo y forma por la defensa del Sr. Roca y admitida por la Sala, finalmente no se practicó.

1. El impugnante en su día solicitó al Ayuntamiento de Marbella se librara y aportara a la causa copia compulsada de la remisión de una documentación (que el recurrente considera que era el trabajo de la Asesoría Económica None) y que fue remitida por el Ayuntamiento al Tribunal de Cuentas a resultas del escrito de alegaciones formuladas al Informe de Fiscalización por la corporación local, de fecha 3 de octubre de 2.000 y en particular la relativa a las sociedades Planeamiento 2.000, S.L., Nortia S.L. y Plan de Albarizas S.L., sin que se acordara.

El recurrente al observar que no se practicó la prueba presentó un escrito en estrados reiterándola, que tampoco fue atendido, lo que le ha producido indefensión.

2. El motivo no debe prosperar, porque una cosa cierta es que el Ayuntamiento realizó alegaciones y remitió documentos contables para que surtieran efecto en el Informe de Fiscalización del T. de Cuentas, pero en modo alguno fueron realizados por "Asesoría Económica None" como pretende el recurrente.

En primer lugar, ante la negativa, el recurrente, en las cuestiones previas al abrir el período de sesiones del plenario, ni reiteró la petición ni realizó la pertinente protesta.

En segundo término, jamás pudo haber realizado el informe contable de esas sociedades -informe remitido el 3 de octubre de 2.000- porque la sociedad "Asesoría Económica None, S.L.", se creó el 31-10-2000, esto es, después de realizado el informe. Además no consta ningún encargo del Ayuntamiento a

servicios externos ni ningún libramiento de cheque para atender de forma concreta tales servicios.

Y por último, a la vista del argumento "a fortiori" de la Audiencia de que caso de que el trabajo se hubiera hecho, al no acreditarse la necesidad, ni constar el encargo en expediente administrativo, dada la cantidad que importaba, tal hipotético informe o trabajo (que para la Audiencia no existió) surtiría los mismos efectos que si no se hubiera hecho.

Por todas esas razones el motivo ha de rechazarse.

CUADRAGESIMOQUINTO.- El motivo sexto se formula "ad cautelam" por la vía del art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. por atentar la sentencia contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 C.E.).

1. El planteamiento del motivo se hace para el supuesto de que el Tribunal entendiera que existía prueba bastante, directa o indiciaria, para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, en cuyo caso debería entrar en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que la prueba de cargo existente ha sido valorada irracionalmente.

2. El motivo ha de desestimarse, pues en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva podría concretarse en la falta de motivación, pero en lo atinente a la valoración irracional de la prueba tiene cabida dentro del derecho a la presunción de inocencia. Sobre este extremo en los motivos anteriores hemos llegado a la conclusión de que existió prueba de cargo, directa e indiciaria, y ésta no fue valorada de forma arbitraria o absurda, sino de forma coherente y ajustada a las reglas de la lógica y la experiencia.

El motivo ha de decaer.

CUADRAGESIMOSEXTO.- En el motivo séptimo el recurrente, en base al art. 852 L.E.Cr., considera vulnerado el art. 24 de la Constitución por una errónea aplicación de la autoría en un delito de malversación de caudales públicos.

1. Para fundar la condena la Audiencia se basó en la teoría de la causalidad, de espaldas a la de la imputación objetiva, no siendo imputable al recurrente la despatrimonialización de 80.175 euros, ya que su acción podía ampararse en el principio de confianza o en la teoría de la prohibición de regreso (actos neutrales).

A su juicio no existió riesgo jurídicamente desaprobado creado por el mismo, consistente en pagar sin comprobar que no había trabajo desarrollado o que

el mismo se había hecho sin contrato o expediente administrativo. El Tribunal acudió a la mera y simplista teoría causal, en tanto el recurrente era un simple pagador externo sin toma de decisión alguna respecto al encargo. Los Srs. Chica y Vázquez serían quienes crearon el riesgo jurídicamente desaprobado, por no haber ejecutado el trabajo.

Sostiene el recurrente que no existió plan delictivo y no debió haber previsto medidas especiales contra actuaciones delictivas no esperables de terceros.

2. Al impugnante no le asiste razón. No es posible calificar el comportamiento del mismo como algo neutro y objetivo. Es imposible considerar a un sujeto de una irresponsabilidad tal (como gerente de la sociedad le incumben obligaciones de buena administración) que cualquier factura que se le presente por persona desconocida y sobre una actividad no desarrollada, tuviera obligación de satisfacerla, aunque fuera por cantidades de la importancia de la factura de autos.

El desarrollo de los hechos apunta a otro entendimiento más conforme a las leyes de la lógica y la experiencia.

El recurrente era conocedor (ya incurrió en responsabilidad en el proceso conocido como Saqueo I, por hechos similares: STS 25-1-2010) de que existía un ambiente propicio (prueba general de indicios) para lucrarse con ocasión de la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella por parte del Tribunal de Cuentas. En la presente sentencia se ha dejado constancia del **acuerdo existente** entre los acusados, pues de otro modo no se entendería la dinámica delictiva desplegada, aunque los términos del acuerdo se desconozcan; es suficiente la afirmación sentencial de que el acuerdo existió para llevar a cabo el desvío de los fondos municipales.

El recurrente como gerente de la sociedad fue quien, en primer lugar, recibió materialmente, guardó e ingresó el cheque librado por el Ayuntamiento; y en segundo lugar -como apunta el Fiscal- fue quien una vez constituida una sociedad por los otros concertados, emitió el cheque para, sin existir contrato, ni expediente ni encargo ni causa justificada, detraer unos fondos de las arcas municipales.

El acusado no fue un autómatas, que confió en la legitimidad del crédito o en la inexistencia de una actividad delictiva de otros, sino el artífice y principal responsable de la acción delictiva enjuiciada. Así, la calificación de tercero ajeno al núcleo del delito, con posibilidad de ampararse en el principio de confianza o en la prohibición de regreso es absolutamente insostenible.

El motivo ha de rechazarse.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO.- Con apoyo procesal en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. en el octavo motivo se denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1. La razón de tal infracción la hace residir en que la participación dolosa del Sr. Roca en el delito de malversación de caudales públicos (tipo subjetivo) ha sido afirmada sin más, sin dato alguno ni subsunción.

Sostiene que atribuir al recurrente conocimiento acerca de la factura emitida (sobre cuya falsedad se le acusó y no se le condenó) es tanto como afirmar gratuitamente que además de gestionar Planeamientos 2.000, S.L., debía investigar, de oficio, todas las facturas que hubiese que pagar.

Por otro lado los hechos probados afirman que el Sr. Roca no ha obtenido lucro alguno de la supuesta defraudación de los 80.175 euros, ya que en ningún momento se dice que fueran a parar a su poder, al haberlos cobrado la Asesoría Económica None, S.L. A su vez debía ponerse en entredicho si hay base probatoria para afirmar que hubo un concierto o plan doloso, o si por el contrario la afirmación sentencial ha sido una presunción por parte de la Sala de instancia.

2. No es posible canalizar una protesta referida a la ausencia de dolo (elemento subjetivo del tipo) a través de la presunción de inocencia. Este derecho fundamental alcanza a la comprobación de los elementos objetivos del delito y a la participación en él del acusado. El dolo o aspecto subjetivo ha de ser objeto de una inferencia del Tribunal, sustentada, eso sí, en elementos probatorios objetivos existentes o acreditados. La ausencia de dolo como elemento del delito debe combatirse por la vía de la corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr.).

No obstante en el caso de autos concurría tal dolo, entendido como conciencia y voluntad de realizar actos expoliatorios sabiendo que el dinero y los objetos sustraídos pertenecen a la Administración y por tanto son caudales o efectos públicos.

En el supuesto enjuiciado consta que fue el recurrente quien entregó de forma injustificada, en concierto con los otros acusados, el cheque contra la cuenta de la sociedad municipalizada de la que él era gerente. Consiguientemente -como matiza el Fiscal en su escrito impugnativo- no se trata de determinar si tenía obligación de controlar el pago de la factura, sino que la acción del recurrente se desarrolló con dolo directo, al actuar con conciencia y propósito específico de sustraer caudales públicos, toda vez que se hallaba en la situación de garante y conocía las circunstancias que le obligaban a actuar, sin que lo hiciera. En

definitiva el acusado al librar el talón como gerente de la sociedad municipal era el responsable del pago efectuado. Éste no se limitó a pagar una factura con los fondos recibidos del Ayuntamiento, ya que en la sentencia se afirma que, revisados los pagos efectuados por el Ayuntamiento a la cuenta de la Caixa desde la que se expidió el cheque, no aparecía ninguno en favor de la sociedad "Asesoría Económica None, S.L."

Por último, en relación al alegato de que el recurrente no consta que haya obtenido un beneficio económico cabe afirmar que tal circunstancia no es necesaria para incurrir en el delito, dado que no exige un enriquecimiento personal del autor, bastando con que el beneficio revierta en un tercero, amén que la sentencia no excluye el ánimo de lucro de impugnante, pues únicamente se limita a declarar que "no ha quedado acreditada la forma en que se distribuyó la cantidad malversada entre los acusados".

Por todo ello el motivo ha de claudicar.

CUADRAGESIMOCTAVO.- En el noveno motivo, en base al art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., el impugnante alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.12 C.E.), por considerar que la condena por malversación de caudales públicos y fraude se basó en una prueba valorada irracionalmente.

1. Dicho motivo se articula ad cautelam o de forma subsidiaria al anterior, pues aunque se entendiese que existió un mínimo de actividad probatoria, tal prueba carecería de valor acreditativo al haberse producido una valoración irracional.

2. El motivo es innecesario ya que la formalización del mismo como violación del derecho a la presunción de inocencia, permite el análisis desde una óptica externa, objetiva y estructural, controlando la razonabilidad del discurso lógico del Tribunal en trance de valorar la prueba. El Tribunal de casación en un recurso por violación del derecho presuntivo debe comprobar la existencia de prueba de cargo suficiente, la correcta obtención de la misma, respetando los derechos fundamentales, su práctica en el juicio oral bajo los principios procesales que lo rigen, especialmente el principio de inmediación y contradicción, y finalmente la comprobación de que la valoración hecha por el Tribunal se ha ajustado a los principios de la lógica, normas de la experiencia y criterios científicos.

Consiguientemente debemos remitirnos al motivo anterior, desestimando el presente.

CUADRAGESIMONOVENO.- En el décimo motivo, amparado en el art. 849.1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley) estima indebidamente aplicado el art. 436 C.P.

1. Dos son las razones de la indebida aplicación:

a) Que el censurante, como sujeto activo, no posee la condición de funcionario público, exigencia típica que origina la configuración de este delito especial.

b) No se ha llevado a cabo la pertinente subsunción, esto es, no se ha razonado o justificado por qué los hechos probados se acomodan a la figura típica del art. 436 C.P.

2. Respecto al primer extremo la Audiencia ha tenido en cuenta que el Sr. Roca era gerente de una sociedad municipal y en tal concepto cumplía la condición exigida por el amplio art. 24 C.P., esto es, participaba del ejercicio de las funciones públicas, teniendo plenos poderes de disposición sobre las cuentas de la sociedad. Esta interpretación amplia del concepto de funcionario público ha sido la tónica seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en trance de interpretar el art. 119 del C. Penal de 1.973 y el 24 del actual de 1.995, rebasando las líneas definitorias del concepto administrativo de funcionario, en tanto se atiende de forma primordial a la función desempeñada, alcanzando incluso al personal laboral contratado para el ejercicio de funciones en el ámbito de un organismo público.

Es oportuno manifestar, a mayor abundamiento, que el recurrente no cuestionó tal condición en la S.T.S. de 25 de enero de 2010 (conocida como caso Saqueo I), limitándose a discutir el carácter de cooperador necesario o cómplice, pero sin poner en entredicho el desempeño de funciones públicas y por tanto el carácter de funcionario.

3. Sobre los déficit de subsunción invocados lo que realmente plantea el recurrente es la falta de motivación.

No obstante, la Audiencia declaró probados unos hechos, con apoyo en unas pruebas que valoró racional y prudentemente, y sobre esa base justificó la aplicación del art. 436 C.P., lo que hace en las páginas 433, 434, 435 y 436 de la sentencia, así como su relación medial con el art. 432 C.P. (malversación de caudales públicos).

En la combatida quedó claro que entre los acusados existió un acuerdo, aunque no se hayan acreditado los términos del mismo, pues de no entenderlo así,

carecería del más absoluto sentido -dada la dinámica de los hechos- el comportamiento de los implicados.

A pesar de todo ello se ha manifestado al dar respuesta a los recursos de Julián Muñoz y José María del Nido, que el fraude estaría embebido en el delito de malversación de caudales, por lo que procedería decretar la absolución por este delito, estimando el motivo.

QUINCUAGÉSIMO.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. en el undécimo motivo estima indebidamente aplicado el art. 436 C.P., al condenar por delito de fraude, sin tener en cuenta que el mismo entra en concurso de leyes, conforme al art. 8.3º C.P., con el delito de malversación de caudales públicos, en el cual estaría consumido el primero.

1. La Audiencia Provincial ha condenado por fraude y malversación de caudales públicos en concurso medial del art. 77 C.P.

Discrepa del apoyo jurisprudencial que la Audiencia esgrime para llegar a la solución de concurso medial, en ese afán de dilucidar si uno de los preceptos aplicables capta por sí solo todo el desvalor del hecho o hechos concretos que entran en concurso. La sentencia 1537/2002 de 22 de septiembre y la nº 207/2003 de 18 de febrero se apoyan, para llegar a considerar existentes dos delitos, en la nº 148/1995 de 16 de febrero, aunque esta última -en opinión del recurrente- no ataca y resuelve directamente el problema.

En realidad no ha existido una línea jurisprudencial consolidada, detectándose dos posiciones antagónicas:

a) Entender que los actos relativos a las modalidades de contratación y liquidación de efectos le confieren un carácter especial respecto al tipo de malversación, a pesar de que el delito de fraude no abarque el perjuicio.

b) Aunque ambos tipos tienen distintos ámbitos de aplicación, existen muchos supuestos en los que pueden producirse solapamientos fácticos, en cuyo caso el art. 436 no permitiría recoger todo el desvalor inherente a la conducta malversadora, al no recoger el perjuicio, pero sí el art. 432 C.P. englobaría al 436.

Así pues, para cometer el delito de malversación de caudales públicos en las hipótesis en que intervengan varias personas existirá necesariamente un concierto previo para coordinar la actuación delictiva. La existencia de este acuerdo de voluntades representa un acto meramente preparatorio de la conducta típica de malversación de caudales.

Consiguientemente -sigue diciendo- si varias personas se conciertan para defraudar a la Administración (vía sustracción de fondos públicos) y finalmente defraudan (sustrayendo esos fondos) con el ocasionamiento de un quebranto patrimonial (perjuicio), el precepto aplicable será el contenido en el art. 432, que comprende todo el desvalor de la conducta. El art. 436 C.P. anticipa las barreras de punición a un momento previo al de la **causación del perjuicio (mero concierto para defraudar)** que no es elemento de este tipo delictivo, pero sí del delito de malversación de caudales públicos. Nos encontraríamos, pues, ante un acto previo, **el concierto**, que se halla en una relación de progresión delictiva respecto al pago con fondos públicos de las facturas emitidas, como parece deducirse de algún pasaje sentencial; y si a ello unimos que el bien jurídico protegido por ambos delitos es en general el mismo (delitos contra la Administración pública, tutelando intereses patrimoniales de los entes públicos y su correcto funcionamiento patrimonial), no se justificaría la dúplice punición que infringiría el principio non bis in idem.

2. El recurrente está en lo cierto, siendo correctos sus razonamientos, aunque sobre esta cuestión ya dimos respuesta al tratar del correspondiente motivo de los acusados Julián Muñoz y José María del Nido, a cuyos argumentos nos remitimos.

El delito de malversación absorberá el desvalor del delito de fraude, lo que hace que debamos absolverle por dicho delito, estimando el motivo.

QUINCAGESIMOPRIMERO.- En el motivo duodécimo y último, con amparo procesal en el art. 849.1º L.E.Cr., aduce vulneración del art. 436 C.P., en relación al 131 y 132 C.P.

1. El fundamento sentencial para no declarar prescrito el delito previsto en el art. 436 C.P. es la existencia de conexidad natural con el delito de malversación de caudales públicos, precisamente por la relación concursal ideal existente entre ambos.

El recurrente reconoce y acepta la existencia de una asentada jurisprudencia sobre este punto, pero que -a su juicio- debe ser revisada, ya que no es posible una aplicación extensiva de las normas penales contraria al reo que no se halla permitida en nuestro ordenamiento jurídico, y la mejor prueba de ello -insiste el recurrente- es que el nuevo art. 131 C.P. ha tenido que incluir la previsión de esta consideración conjunta de las distintas infracciones, lo que determinaría que antes del 23 de diciembre de 2010, en que entró en vigor la reforma, se prescindiera de la

doctrina jurisprudencial y se aplicara el art. 131 sin la incorporación del párrafo que establece: "*En los supuestos de concursos de infracciones o de infracciones conexas el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave*".

2. La sentencia recurrida en las páginas 358, 359 y 360 ha resuelto correctamente la cuestión, recordando la jurisprudencia según la cual la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de suerte que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Pero en nuestro caso al estimar consumido el delito de fraude en el de malversación nos hallamos ante un delito y no dos, por lo que es indiferente pretender la prescripción de un delito, que no se constituye con autonomía, sino que el delito de malversación recoge todo su desvalor.

Por todo lo expuesto el motivo debe decaer.

RECURSO DE MANUEL VÁZQUEZ CUESTA

QUINCAGESIMOSEGUNDO.- En el primer motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.) y lo formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.

1. Sostiene que no existen datos objetivos acreditados que demuestren la comisión de los delitos imputados, asentándose la condena en presunciones y sospechas. No se ha probado la existencia de una relación directa personal o económica entre él y los demás acusados.

Afirma que el encargo de contabilidad se realizó, como lo indica los documentos aportados en dos cajas AZ, unidas a la causa, y la rebaja del alcance contable inicialmente declarado. De todo ello se deduce que la condena ha surgido por ostentar la condición de administrador de la sociedad.

Apartándose de lo permitido en un motivo de esta naturaleza trata de defender la labor del letrado Sr. del Nido, cuya única equivocación fue haberse valorado "mucho" como profesional, y haber cobrado "mucho" por su trabajo, lo que constituye una aspiración legítima de un profesional. En cualquier caso la responsabilidad estaría de parte de quien entregó tan grandes cantidades de dinero (responsables municipales), que no han respetado las normas administrativas en la gestión contable y pagos del Ayuntamiento y sociedades participadas.

La imputación a su juicio se produce por la extrañeza causada al Tribunal de Cuentas al recibir un pago la "Gestora Económica None" por la contratación para la realización de una contabilidad (años 1997, 1998 y 1999) de tres sociedades, que no se hizo.

Otra de las razones de la condena fue la innecesariedad e improcedencia del gasto y por último -insiste- el haber ostentado la condición de administrador.

2. El recurrente en un motivo por presunción de inocencia no puede hacer valoraciones o interpretaciones de las razones que haya tenido el Tribunal para condenarle, sino de las pruebas de cargo que legítimamente se aportaron al proceso, en tanto el juzgador las reputó suficientes para sustentar la condena, en una valoración acorde a las leyes de la lógica, la ciencia y la experiencia. Dentro de tales pruebas caben las directas y las indirectas o circunstanciales.

Queda fuera de lugar justificar una conducta calificada de delictiva de uno de los acusados.

La supuesta inexistencia de relaciones entre los tres acusados ha quedado desvanecida dados los hechos probados, por los documentos que se han tenido en cuenta en dicho relato probatorio, cuya realidad incontestable se impone.

En el primer motivo de Juan Antonio Roca se desarrolló la maquinación ilícita desplegada por los tres acusados, partiendo del relato factual salpicado de documentos probatorios de refuerzo, contenido en las págs. 296 y 297 del factum, al que nos remitimos. De entre estos hechos probados conviene dejar sentado que el recurrente, además de tomar la iniciativa, junto a Alfredo Chica para constituir la sociedad "Asesoría Económica None, S.L.", era el administrador de la misma y se atribuyó el mérito de haber recibido el encargo, habiendo sido ese un extremo que, según se dice en la sentencia, quedó sin acreditar.

En la fundamentación jurídica (folios 414, 415 y 416 de la sentencia) se explica y razona las pruebas que acreditaron la conducta delictiva de los tres acusados. Entre éstas cabe citar:

- La relación existente entre las fechas de emisión del cheque por el Ayuntamiento, de constitución de la sociedad, de ingreso del cheque en la cuenta de la sociedad municipal y del libramiento del cheque a favor de la recién creada sociedad.

- Que no figuraba ningún pago del Ayuntamiento a favor de Asesoría Económica None, S.L.

- Que quedaron sin acreditar el encargo y la realización del trabajo que fue abonado.

- Que no hubiera previo expediente de contratación.

- Que no se acreditara la necesidad del encargo.

Con esa base probatoria la sentencia en sus páginas 454 y 455, en donde valora la conducta acreditada consistente en esa aportación causal dolosa, de escasa

entidad y prescindible (cooperador no necesario), determina su responsabilidad penal como cómplice del delito de malversación de caudales públicos y como cooperador necesario en el delito de fraude.

El Tribunal tuvo en cuenta los testimonios de los tres acusados, como prueba directa, particularmente la negativa del Sr. Roca de conocer a las demás partes, rechazando el carácter de administrador de la sociedad libradora del cheque, cuando las escrituras públicas proclamaban otra cosa.

Existían también circunstancias altamente indiciarias de la culpabilidad, como es el libramiento del talón destinado a una sociedad que no se había constituido todavía.

Realizados estos pagos, sin mediar el encargo, detectada tal omisión, intentaron los acusados intempestivamente realizar el trabajo, que ni siquiera sirvió para la reducción del alcance dinerario establecido por el Tribunal de Cuentas ya que ello se produjo por haber remitido el Ayuntamiento a dicho Tribunal la documentación contable pertinente, pero los delitos se habían cometido ya.

Por último, hemos de dejar sentado que, aunque se haya acreditado la concurrencia de los elementos configurativos del delito de fraude, deben quedar consumidos en el delito de malversación de caudales públicos. En este sentido el motivo deberá estimarse parcialmente, absolviendo por el delito de fraude.

QUINCAGESIMOTERCERO.- El segundo motivo, se formaliza al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 C.P.).

1. La razón de la protesta radica en que las dilaciones han tenido lugar por haber transcurrido diez años y nueve meses desde que se cometieron los hechos, hasta que recayó sentencia y que no puede hablarse de complejidad de la causa toda vez que la sentencia ha sido fiel reflejo de lo actuado por el Tribunal de Cuentas.

2. Según la recurrida el impugnante no planteó el motivo en la instancia, habiéndolo hecho improcedentemente o per saltum en este recurso.

A pesar de ello, mediando contradicción en casación, de haberse acreditado en la instancia la base fáctica e incluida en la sentencia, cabrá el análisis del motivo. De todos modos ya se dio adecuada respuesta a este reproche casacional planteado por el Sr. del Nido, alguna de cuyas consideraciones cabe reiterar. Las dilaciones indebidas integran un concepto abierto e indeterminado cuya existencia se hace depender de diversos factores, alguno de los cuales se han

convertido en derecho positivo, al plasmarse legislativamente lo que constituía una atenuante de creación jurisprudencial.

Sea lo que fuere debe partirse de que la dilación de un proceso solo puede producirse desde que éste se incoa o más precisamente desde que las actuaciones se dirigen contra el recurrente y en tal sentido el procedimiento se incoó el 26 de julio de 2006. Desde entonces no se ha señalado por el dicho recurrente ningún período llamativo de paralización injustificada. Como dice la sentencia, si acudimos al amplio índice de actuación confeccionado para localizar diligencias y actuaciones se observa la permanente progresión del proceso hasta el final.

La complejidad del asunto, con la innumerable cantidad de acusados y la inmensa prueba documental que ha llegado a completar hasta 40 cajas de aproximadamente medio metro cúbico de capacidad, llenas de documentos del proceso, no puede ponerse en duda.

Esas circunstancias hacen que el motivo deba rechazarse.

QUINCAGESIMOCUARTO.- El motivo tercero y último lo articula, vía art 849.1º L.E.Cr., por inaplicación del art. 65.3 C.P.

1. Argumenta que la Audiencia ha prescindido de la aplicación del art. 65.3 C.P., en su condición de cómplice a la hora de imponer las penas en el delito de malversación de caudales públicos.

Reconoce que se trata de una potestad facultativa, pero lo cierto es que a la hora de fundamentar el criterio dosimétrico aplicado se reconoce en el delito de fraude la atenuación del art. 65.3 y no se tiene en cuenta en el de malversación, explicando que ya se produjo la rebaja, dada la condición de cómplice, amén que no existe previsión legal para tal modalidad participativa, ya que el tan repetido precepto no hace referencia a los cómplices sino a los inductores y cooperadores necesarios.

Hemos de partir, de que el delito de fraude es absorbido por el delito de malversación, como tenemos dicho en el motivo primero. Así que la dúplice rebaja de la pena afectará a un solo delito (malversación).

Es cierto que explícitamente el art. 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del art. 63 C.P. obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de

no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición.

Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del 65.3 C.P. No aplicándola se equipararía su condición de cómplice a la de inductor o cooperador necesario en las que opera o puede operar la rebaja.

La Fiscalía General del Estado en Circular 2/2004 de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como extraneus.

El motivo debe estimarse y proceder a rebajar la pena en un grado más por el delito de malversación de caudales públicos.

QUINCAGESIMOQUINTO.- Consecuentes con todo lo hasta ahora afirmado debemos concluir lo siguiente:

- Se estima el motivo tercero de los articulados por el **Mº Fiscal**.
- Se estima el motivo 6º del recurso de **Julián Muñoz**.
- Parcialmente el motivo 13º, íntegramente los motivos 8º, 9º y 11º del recurso de **José Mª del Nido**.
- Estimación parcial del motivo 8º del recurso de **Modesto Perodia**.
- Estimación parcial del motivo 3º del recurso de **Víctor Cohen**.
- Estimación íntegra del motivo 2º del recurso de **Angeles Carrasco**.
- Estimación de los motivos 10º y 11º del recurso de **Juan Antonio Roca**.
- Estimación parcial del motivo 1º e íntegramente el motivo 3º del recurso de **Manuel Vázquez**.

Se declaran de oficio las costas de todos los recurrentes de conformidad al art. 901 L.E.Cr.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación del motivo tercero y desestimación del resto interpuesto por el **Ministerio Fiscal**; estimación del motivo sexto de los interpuestos por la

representación de **Julián Muñoz Palomo**; estimación parcial del motivo decimotercero e íntegramente de los motivos octavo, noveno y undécimo de los interpuestos por la representación de **José M^a del Nido**; estimación parcial del motivo octavo de los interpuestos por la representación de **Modesto Perodia Cruz-Conde**; estimación parcial del motivo tercero de los interpuestos por la representación de **Víctor Cohen**; estimación íntegra del motivo segundo interpuesto por la representación de **Angeles Carrasco**; estimación de los motivos décimo y undécimo de los interpuestos por la representación de **Juan Antonio Roca Nicolás** y estimación parcial del motivo primero e íntegramente el motivo tercero de los interpuestos por la representación de **Manuel Vázquez**; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, de fecha 16 de diciembre de 2011, en causa seguida contra los anteriores acusados y otros por delitos de fraude en concurso medial con un delito de prevaricación y malversación de caudales públicos. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro

Perfecto Andrés Ibáñez

1075/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Vista: 05/11/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 841/2013

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 dieciocho de Noviembre de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción n° 1 de Marbella, en las Diligencias Previas n° 3209 de 2006, y seguida ante la Audiencia Provincial de

Málaga, Sección Tercera, por delitos de fraude en concurso medial con un delito de prevaricación y malversación de caudales públicos contra los acusados **JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO**, nacido en El Arenal (Ávila), el día 24 de noviembre de 1947, hijo de Julián y de Isabel, con D.N.I. nº, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **JOSÉ MARÍA DEL NIDO BENAVENTE**, nacido en Sevilla, el día 6 de agosto de 1957, hijo de José y de Amparo, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **MODESTO PERODIA CRUZ-CONDE**, nacido en Requena (República de Perú), el día 6 de abril de 1957, hijo de Modesto y de M^a del Carmen, con D.N.I. nº con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **ESTEBAN GUZMÁN LANZAT**, nacido en Málaga, el día 26 de diciembre de 1946, hijo de Juan y de María, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **VÍCTOR COHEN ZERÓN**, nacido en Málaga, el día 3 de enero de 1961, hijo de Salvador y de Carmen, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **ÁNGELES CARRASCO SANZ**, nacida en Écija (Sevilla), el día 22 de diciembre de 1957, hija de Francisco y de Rosario, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privada por esta causa; **JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS**, nacido en Cartagena (Murcia), el día 30 de noviembre de 1.953, hijo de Juan y de Dolores, con D.N.I. nº, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **ALFREDO CHICA VERA**, nacido en Ceuta, el día 25 de junio de 1962, hijo de Alfredo y de Felisa, con D.N.I. nº sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **MANUEL VÁZQUEZ CUESTA**, nacido en Pilas (Sevilla), el día 27 de febrero de 1964, hijo de Manuel y de Carmen, con D.N.I. nº sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **LEOPOLDO BARRANTES CONDE**, nacido en Albala (Cáceres), el día 2 de julio de 1937, hijo Valentín y de Concepción, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **RAFAEL GONZÁLEZ CARRASCO**, nacido

en Ronda (Málaga), el día 3 de abril de 1949, hijo de José y de Concepción, con D.N.I. nº, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **MARÍA LUISA ALCALÁ DUARTE**, nacida en Marbella (Málaga), el día 29 de septiembre de 1950, hija de José y de M^a. Luisa, con D.N.I. nº, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privada por esta causa; **JUAN FLORES GONZÁLEZ**, nacido en Marbella el día 9 de octubre de 1935, hijo de Francisco y de Mercedes, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **PEDRO TOMÁS REÑONES CREGO**, nacido en Santiago de Compostela (La Coruña), el día 9 de agosto de 1960, hijo de Tomás José y de Soledad, con D.N.I. nº, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ GARROSA**, nacido en Madrid, el día 29 de septiembre de 1963, hijo de José Luis y de Carmen, con D.N.I. nº, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **ALBERTO GARCÍA MUÑOZ**, nacido en Ávila, el día 23 de enero de 1972, hijo de Félix Alberto y de Isabel, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa; **ANTONIO CALLEJA RODRÍGUEZ**, nacido en Málaga, el día 14 de octubre de 1957, hijo de Antonio y de María, con D.N.I. nº, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional de la que no consta haya estado privado por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 16 de diciembre de 2011, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- A la hora de realizar la nueva individualización de las penas, debemos partir de la valoración hecha por la Audiencia, acerca de la intensidad del reproche punitivo, con las modificaciones que impongan los motivos estimados.

Hemos de tener en cuenta igualmente que las situaciones beneficiosas que se establecen respecto a los recurrentes deben proyectarse a los acusados condenados Esteban Guzmán Lanzat y Alfredo Chica Vera por efecto del art. 903 de la L.E.Cr.

Igualmente al absolver a los acusados por el delito de fraude, no deben pasar por alto dos consideraciones:

a) Que los elementos constitutivos del delito de fraude concurren en los hechos, aunque deberán tenerse por consumidos en el delito de malversación de caudales públicos.

b) Tendremos en cuenta, además, que conforme hemos motivado en el primer y segundo de los fundamentos de esta Sentencia en el hecho concurren los elementos de la tipicidad del delito de falsedad y de deslealtad profesional, si bien no es procedente la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Además, por último, concurre el especial reproche derivado de la continuidad delictiva en los términos que hemos fundamentado, y que no han sido tenidos en cuenta por la Sala de instancia en un aspecto que no ha sido objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Las nuevas penas resultantes, según la ponderación realizada por esta Sala, en base a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, serían las siguientes:

1) A **Julián Muñoz Palomo** debe imponerse la pena de 7 años de prisión por el delito cualificado de malversación de caudales públicos con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, dada la gravedad de los hechos deducida de la cantidad malversada (muy

superior a la precisa para cualificar la infracción) y la repercusión pública de los mismos, e inhabilitación absoluta por 10 años.

A su vez debe condenársele como autor de un delito continuado de prevaricación a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años y 6 meses.

2) A **José María del Nido Benavente**, deberá imponérsele 7 años de prisión, igual pena que a Julián Muñoz por el delito de malversación de caudales públicos con las mismas accesorias, como se pudo razonar al denegar en uno de los motivos la pretensión de que se aplicase el art. 65.3 C.P. La justificación de la pena es la misma que la hecha para Julián Muñoz, dada la inusitada gravedad de la conducta desplegada. Partiendo de la individualización hecha por el Tribunal inferior se reduce en 6 meses, sancionando los delitos por separado sin rebasar los límites establecidos en el art. 77.2º y 3º C.P.

Por el delito de prevaricación continuada con la atenuante de no poseer carácter público, se le impone la pena de 5 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

3) A **Modesto Francisco Perodia Cruz-Conde**, se le impondrá la pena de 5 años de prisión por el delito de malversación con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y a la pena de inhabilitación absoluta por 10 años, así como a 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el delito de prevaricación continuada.

4) Por efecto del art. 903 L.E.Cr. a **Esteban Guzmán Lanzat**, de menor gravedad la conducta, según la Audiencia, se le impone una pena de prisión de 4 años y 8 meses por el delito de malversación, reproduciendo las demás condenas de Modesto Perodia.

5) Respecto a **Víctor Cohen Zerón, Angeles Carrasco Sanz, Juan Antonio Roca y Alfredo Chica Vera** (este último por efecto del art. 903 L.E.Cr.) se debe suprimir las penas impuestas por el delito de fraude al pensarse por separado, manteniéndose las impuestas por malversación.

6) A **Manuel Vázquez Cuesta**, además de la supresión de la condena por fraude, se reducirá la impuesta por malversación de caudales a un año, con su accesoria, al descender dos grados la pena básica, uno por la complicidad y otro por no poseer el carácter de autoridad o funcionario público (art. 65.3 C.P.).

Se mantienen las responsabilidades civiles señaladas y las costas de la instancia (las del recurso se declaran de oficio) deberán ser concretadas por la

Audiencia, respetando los criterios utilizados en su imposición, pero teniendo en cuenta que a todos los acusados se les absuelve por un delito.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a todos los acusados del delito de fraude por el que venían acusados, con todas las consecuencias favorables.

Que procede modificar las condenas de los acusados, quedando establecidas en las siguientes:

1) **Julián Muñoz Palomo**. Se le imponen 7 años de prisión, con las accesorias y 10 años de inhabilitación absoluta por el delito de malversación de caudales públicos en su modalidad cualificada, como autor responsable de tal delito en grado de consumación y sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal.

Asimismo se le condena como autor responsable de un delito continuado de prevaricación, en grado de consumación, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años y 6 meses.

2) **José María del Nido Benavente**. Se le condena como cooperador necesario de un delito cualificado de malversación de caudales públicos en grado de consumación, sin circunstancias, a la pena de 7 años de prisión, con sus accesorias. Y como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en grado de consumación, con la concurrencia de la atenuante de no poseer carácter público a la pena de 5 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

3) **Modesto Francisco Perodia Cruz-Conde**. Se le condena como autor responsable de un delito cualificado de malversación de caudales públicos en grado de consumación, sin circunstancias, a la pena de 5 años de prisión y 6 años de inhabilitación absoluta, y como autor de un delito continuado de prevaricación, en grado de consumación, sin circunstancias, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

4) **Víctor Cohen Zerón, Angeles Carrasco Sanz y Juan Antonio Roca Nicolás**. Se mantienen las condenas por malversación de caudales públicos.

5) **Manuel Vázquez Cuesta**. Se le condena como cómplice de un delito de malversación de caudales públicos, en grado de consumación, con la atenuación de no poseer carácter público a la pena de 1 año de prisión, con sus accesorias.

Que asimismo debemos condenar y condenamos a **Leopoldo Barrantes Conde** como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial, cometido por imprudencia grave sin circunstancias genéricas a la pena de 6 meses de multa a razón de una cuota diaria de 10 euros y suspensión de empleo o cargo público por 6 meses y a las costas que conforme a la distribución realizada por la Audiencia procedan. En caso de impago de la multa se procederá conforme al art. 53 C.P.

Por efecto del art. 903 L.E.Cr. se acuerda lo siguiente:

a) Respecto a **Esteban Guzmán Lanzat** se le condena como autor responsable de un delito cualificado de malversación de caudales públicos, en grado de consumación, sin circunstancias, a la pena de 4 años y 8 meses de prisión y 10 años de inhabilitación absoluta. Y como autor responsable de un delito continuado de prevaricación, en grado de consumación, sin circunstancias, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

b) A **Alfredo Chica Vera** se le suprime la pena impuesta por el delito de fraude, manteniéndose la condena por malversación de caudales.

Se mantienen las responsabilidades civiles señaladas y demás pronunciamientos de la recurrida en cuanto no sean afectados por la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro

Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:18/11/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL PONENTE EXCMO. SR. D.
JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO AL MOTIVO TERCERO DEL
FISCAL

Quede constancia que el fundamento tercero de esta resolución ha sido redactado conforme a los criterios y borrador aportado por la mayoría.

El presente voto particular está integrado esencialmente por la propuesta no aceptada hecha por el Ponente a la Sala sentenciadora.

1. La Sala de instancia ha manifestado dudas justificadas sobre la naturaleza jurídica del escrito del Secretario, considerando que se trataba de un documento sin transcendencia jurídica y no podía ser calificado de certificación ni de ninguna otra modalidad de documentos que libran los Secretarios municipales (art. 174.1 R.D. 2568/1986) y desde luego no aparecía clara su calificación como público.

Desde el punto de vista de las dudas de la Sala de instancia resulta oportuno manifestar que la valoración del Tribunal inferior no es cuestión revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda. Su invocación solo sería posible en casos en que resulte vulnerado el aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda.

De todos modos si ha persistido una duda en el Tribunal ello ha sido necesariamente después de valorar la prueba habida en la causa.

Desde el punto de vista de los elementos del dolo no cabe excluir que el Secretario consciente de que existían ciertas inveracidades en el informe, tratara de

desconectarlo de cualquiera de los documentos de los que oficialmente debe dar fe, o estuviera en la absoluta convicción de la inocuidad del escrito, pues a su juicio, lo que se pretendía, era la valoración económica de unas actividades profesionales, forzando a que se pronunciara el Colegio de Abogados de Málaga, y nunca dar fe, ni mucho menos, de la realidad de los mismos. Si además era prácticamente una sugerencia del alcalde, el cual ya había expedientado antes al Interventor del Ayuntamiento por contradecir sus propósitos, su condicionamiento volitivo se unía a la convicción de la inocuidad del escrito. Lo cierto y verdad es que la Sala de instancia no ha estimado concurrente ni los hechos integrantes del tipo ni el dolo del autor, lo que hace que una hipotética estimación del recurso determinaría la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ante la imposibilidad de revocar un pronunciamiento absolutorio, dictando una condena sin presenciar las pruebas personales, y respecto al dolo sin haber oído esta Sala al acusado (ver SS.T.C. 167/2012, de 20 de octubre, a la que siguieron 170/2002; 197/2002; 198/2002; 230/2002; 41/2003; 68/2003; 118/2003; 189/2003; 50/2004; 75/2004; 192/2004; 200/2004; 14/2005; 43/2005; 78/2005; 105/2005; 181/2005; 199/2005; 202/2005; 203/2005; 229/2005; 90/2006; 309/2006; 360/2006; 15/2007; 64/2008; 115/2008; 177/2008; 3/2009; 21/2009; 118/2009; 120/2009, 184/2009; 2/2010; 127/2010; 45/2011 y 142/2011. A todas ellas deben añadirse como más recientes las de, SS.T.S 450/2011, de 18 de mayo; 1217/2011, de 11 de noviembre; 1223/2011, de 18 de noviembre; 1385/2011, de 22 de diciembre; 209/2012, de 23 de marzo y 236/2012, de 22 de marzo).

2.- Profundizando más en las razones y argumentos de la Sala de origen para acordar la absolucióndebemos hacer algunas puntualizaciones.

Respecto al carácter público u oficial del documento, extremo sobre el que asaltan serias dudas a la Audiencia, resulta que ésta ha analizado las posibilidades del Secretario de "actuar en el ejercicio de sus funciones", exigencia típica impuesta por el art. 390 del C. Penal y el análisis de los cinco textos legales citados al objeto de atribuir carácter público u oficial a tal **escrito de constancia de hechos**, ha permitido alcanzar la certera conclusión de que "tal caracterización documental no es tal o es muy dudoso que lo sea", lo que no debe presumirse en contra del reo.

Tampoco encajaría el supuesto en el art. 174.1 del Real Decreto 2568/1986 ("*sin perjuicio de los informes preceptivos que deban emitir el responsable de la Secretaría y el responsable de la Intervención, el Presidente podrá solicitar otros informes y dictámenes cuando lo estime necesario*"). En

nuestro caso es evidente que el Presidente (Alcalde) no le ha solicitado un informe o dictamen. Los hechos probados (págs. 331-334 de la sentencia) dejan bien claro que dicho escrito era un documento acompañatorio de la instancia que el acusado Del Nido dirigió al Colegio de Abogados, lo que permite inferir que fue éste, único interesado, el que lo solicitó del Secretario, lo que no resulta extraño, dada la influencia y prevalencia del mismo respecto a los funcionarios del Ayuntamiento, llegándose a afirmar por la recurrida, que daba órdenes a dichos funcionarios municipales.

Respecto a la posibilidad de aplicar el art. 317.5 de la L.E.C., tampoco la Audiencia lo considera adecuado, calificando el documento de atípico. Dicho precepto considera públicos en el número 5º a "*los documentos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones*", y que resultaría aplicable a cualquier orden jurisdiccional por efecto del art. 4º de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, como precisó la Audiencia al analizar los textos legales que refiere en la fundamentación jurídica, la naturaleza del escrito no tenía cabida dentro del **ejercicio de funciones**, ya que éste no puede dar fe o certificar de lo que un tercero acreedor dice que ha hecho o no hecho respecto a un trabajo encomendado por el Ayuntamiento, y mucho menos si no se lo ordena el alcalde. No cabe descartar que fuera de la oficialidad del escrito del Sr. del Nido, pudo haber ejercido influencia en la decisión del Secretario el alcalde de la Corporación (Julián Muñoz), para que se accediera a la petición del letrado, pero ello no repercute en la naturaleza del documento.

3. Privado el documento del carácter público u oficial, tal conclusión es aceptada indirectamente por el Mº Fiscal, cuando entre los principales argumentos que sostiene para interesar ante el Tribunal Supremo la condena, es que resulta indiferente el carácter público o privado del documento, ya que en todo caso tendría cabida en el amplio concepto del art. 26 C.P.

En principio tiene razón el Fiscal de que, vía art. 26 C.P., el escrito merecería el calificativo de documento, pero documento privado, y no es indiferente que se califique de público o privado, ya que al Secretario se le acusó en todo momento y en casación se pretende su condena con base en el art. 390.1.3º y 4º C.P., lo que hace que no resulte indiferente calificar de privado al documento, pues en tal caso se produciría una quiebra del principio acusatorio (delitos heterogéneos), ya que la falsedad en documento privado demanda otros elementos constitutivos, especialmente el concreto perjuicio a tercero, que el sujeto agente

pudo excluir mentalmente, ya que existía acuerdo entre Ayuntamiento y letrado, lo que impediría un pronunciamiento sobre la cuantificación de los trabajos minutados.

De todos modos es evidente que la calificación del documento no es pacífica, pues nos hallamos ante un documento que lo expide un Secretario en esa condición, pero no está dentro de sus competencias o funciones.

4. Respecto al alcance de la falsedad y el dolo falsario, es oportuno recordar la doctrina de esta Sala según la cual el documento ha de tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico, estando destinado a él, bien desde su creación (documentos intencionales) o bien con posterioridad (documentos ocasionales), resultando impunes aquellos supuestos en que la falsedad no posee entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico.

El acusado, desde un principio, declaró: que iba a carecer de efectos tal documento, ya que su contenido no podía ser tenido en cuenta por el Colegio de Abogados, el cual a su vez, imperativamente no podía pronunciarse sobre el valor de unos supuestos trabajos profesionales de un letrado por haber plena conformidad entre las partes o pudo confiar en que si no actuaba en el ámbito de las modalidades profesionales que la ley establece, era de todo punto imposible que el escrito en que se hacía una constancia de hechos tuviera algún efecto por lo que, el posible dolo falsario quedaría difuminado.

Item más, acusado el Secretario por el nº 4 del art. 390 C.P. (faltar a la verdad en la narración de los hechos) al testimoniar en juicio describió con plena sinceridad el alcance del documento y su nula fiabilidad en algunos aspectos, lo que le privó de la producción de cualquier efecto jurídico en el proceso, derivado de su literosuficiencia, circunstancia que reafirmaría la inexistencia de dolo. Muestra de ello es que la falacia de ciertos asertos del escrito se impuso por otras pruebas obrantes en la causa sin que el sedicente documento tuviera el más mínimo efecto probatorio, lo que confirmaría una inanidad o desactivación del mismo para producir efectos en el mundo jurídico y el inequívoco propósito de que no los causara por parte de su autor.

Para concluir, e insistiendo en los argumentos iniciales referidos a la jurisprudencia constitucional (SS.T.C. 184/2009 y 45/2011), es de reseñar la sentencia nº 201/2012 de 12 de noviembre, en relación al derecho de defensa, en donde haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo nos dice: "*cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la*

*culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa". Será, pues, "indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente **en derecho** del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que se ha efectuado una **nueva apreciación de los hechos estimados probados** en primera instancia y los ha considerado, cuestión que se extiende más allá de las **consideraciones estrictamente jurídicas**".*

Pues bien, en nuestro caso el dolo falsario, como elemento subjetivo del tipo que anida en lo más profundo del intelecto humano, debe aprehenderse por el Tribunal de instancia captando y valorando una serie de datos indiciarios, para, a través de un proceso inferencial, concluir acerca de la existencia de un determinado propósito o intención. Ello nos traslada al ámbito de la valoración de la prueba, que constituye una cuestión de hecho.

No habiendo sido oído en casación el acusado, que proclama su inocencia, no es posible, ante una sentencia absolutoria, fundar una condena.

5. Conocida la propuesta del ponente no aceptada por la mayoría de la Sala, solo resta realizar unas escuetas consideraciones sobre el contenido del fundamento 3º de la presente sentencia:

A) Sobre el apartado 4), sigo manteniendo la misma duda que asaltó a la Audiencia de Málaga sobre la consideración de público u oficial del documento en cuestión. En la propuesta hecha a la Sala se echaba en falta el elemento típico de que el sujeto activo actuara en el **ejercicio de sus funciones**.

Resulta secundario e intrascendente que se afirme que la Sala de instancia decidió sobre el carácter público, pero no oficial del documento, cuando en el repaso normativo que hizo hacía referencias a todas las posibilidades de actuación del Secretario con carácter oficial.

Entendemos que las funciones relativas a comprobar la corrección de un crédito que un tercero presenta al Ayuntamiento no es del Secretario, sino del **Interventor municipal**, y fue la actuación de éste quien determinó la reducción de la minuta.

El documento -según expresa la mayoría- que para ser oficial debe estar destinado a satisfacer las necesidades del servicio o función pública para cumplir los fines institucionales, en nuestro caso no parece que cumplía tales cometidos ni se libró a instancias de la Corporación o del Alcalde, sino de un acreedor externo de la entidad y dirigido exclusivamente a un Colegio de Abogados, para provocar

un pronunciamiento, que el acusado sabía que con seguridad no se iba a producir. Es necesario, pues que el sujeto activo actúe en el área de sus funciones específicas, lo que a juicio de este Magistrado discrepante aquí no ocurre.

B) En relación al apartado 5° del fundamento tercero (elemento subjetivo del delito), se dice que la Sala de origen no motivó en modo alguno su convicción probatoria, sin embargo el recurso del Fiscal no lo plantea por vulneración de la tutela judicial efectiva en ausencia de motivación, interesando la nulidad, sino la condena por un precepto sustantivo (art. 390.1.3° y 4° C.P.).

La Sala de casación en dicho fundamento 3° indica en diversas ocasiones que concurren "algunos indicios relevantes de la existencia de dolo falsario", pero **entra a valorarlos** para llegar a una conclusión condenatoria por imprudencia, sin haber presenciado la prueba y sin oír al acusado, llegándose a claficar de **grave** dicha imprudencia, y todo ello sin posibilidad de defenderse sobre tales extremos.

El dolo, según criterio jurisprudencial no solo debe alcanzar a la creación de un documento falaz o conscientemente discrepante de la realidad (art. 390.1.4°), sino que es necesario que el sujeto activo tenga plena conciencia de la posibilidad de que entre en el tráfico jurídico con virtualidad de surtir algún efecto. En el dolo la Audiencia pudo entender que el acusado tenía la completa seguridad de que no iba a afectar en nada a la factura 15/2000 del Sr. del Nido, sobre la que recaía el documento, como así fue. La falacia del documento se impuso por otras pruebas, por cierto en abundancia, y que esta Sala no ha podido conocer de primera mano, que harían inútil el documento, entre ellas la declaración sincera de su autor, lo que debió valorarse por la Audiencia para la exclusión del elemento subjetivo.

C) Respecto al apartado 6° del fundamento jurídico tercero, este Magistrado discrepante entiende -como se hizo constar en la propuesta de resolución en calidad de ponente- que a su juicio se vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa, por ausencia de inmediación y por resultar inaudito el acusado en esta sede procesal.

Pero además se vulneraría el derecho de defensa, como efecto del quebranto del principio acusatorio dada la sorpresiva condena del acusado por imprudencia grave que, por cierto, se acomoda mal al relato probatorio. Ni en la instancia ni en casación se ha hecho la menor mención por ninguna parte acusadora a una posible condena por imprudencia, siquiera fuera con carácter subsidiario o alternativo. Para condenar por tal delito la Audiencia debió recurrir al art. 733 L.E.Cr. Lógicamente no lo hizo porque nadie lo interesó, por lo que con mayor razón no cabe decretar tal condena en casación, y es que como tiene dicho una

jurisprudencia (escasa pero sin contradicción) **no constituyen delitos homogéneos las formas dolosas y culposas de un delito** (STS 1608/94 de 20 de abril, 114/97 de 29 de enero, 528/1999 de 12 de abril y la 1315/2005 de 10 de noviembre, entre otras) y respecto al delito de falsedad imprudente (art. 391 C.P.) la STS de 30 de mayo de 1996 declara que el delito doloso de falsedad y el de imprudencia no son homogéneos.

José Ramón Soriano Soriano

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