



Roj: **STS 2814/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2814**

Id Cendoj: **28079120012017100548**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2017**

Nº de Recurso: **41/2017**

Nº de Resolución: **548/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 548/2017

Fecha de sentencia: 12/07/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 41/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid

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

Transcrito por: JLA

Nota:

Resumen

Prevaricación. Malversación de caudales públicos. Doctrina de esta Sala sobre la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y los actos ya ejecutivos del delito.

RECURSO CASACION núm.: 41/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 548/2017

Excmos. Sres.

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde



D. Carlos Granados Pérez

En Madrid, a 12 de julio de 2017. Esta sala ha visto el recurso de casación num. 41/2017, por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuestos por el acusado D. Emilio Teodoro, representado por el Procurador D. José Andrés Peralta de la Torre, bajo la dirección letrada de D. Santiago Arteche Gutiérrez y por la acusación particular en nombre del Excmo. Ayuntamiento de Humanes, representado por la Procuradora D^a. Aranzazu López Orejas y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Rodríguez de la Riva. Ha sido parte recurrida el acusado D. Iñigo Leon y Autoescuela Humanes, S.L., representado por la Procuradora D^a. María Jesús García Letrado y bajo la dirección letrada de D. Crescencio Sobrino Paniagua. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Fuenlabrada instruyó Procedimiento Abreviado con el número 4651/2012 y una vez concluso fue elevado a la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 25 de noviembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS.- "PRIMERO.- Siendo el acusado Emilio Teodoro, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Humanes de Madrid (Madrid), mandato que duró la legislatura 2007/2011, el coacusado Iñigo Leon, mayor de edad y sin antecedentes penales, en representación de la mercantil "Autoescuela Humanes S.L." de la cual era administrador, solicitó el 26 de septiembre de 2008 reserva y uso de espacio público para práctica de actividades relacionadas con su negocio de autoescuela, en concreto, reserva de espacio para realizar maniobras, siendo concedida en virtud de acuerdo de fecha 26 de noviembre de 2008. Dicha utilización estaba gravada por tasas municipales, resultando que devengadas, no fueron abonadas, y así, se inicia la vía de apremio por tasas impagadas en el período impositivo: 01/12/2008 a 30/05/2009, que inicialmente ascendían a 3.876, 30 euros y tras su liquidación realizada el 21 de abril de 2009, con recargo, intereses de demora y costas a 12 de abril de 2010, la deuda ascendía a 4.796, 28 euros. Igualmente en la misma fecha: 21 de abril 2009, se efectúa liquidación para abono de tasas por el período impositivo: 01/06/2009 a 19/10/2009, deuda que sumados los recargos al principal, a fecha 15 de abril de 2010 ascendía a 3.143, 72 euros. Total equivalente a 7.940,00 euros. Con posterioridad, es decir, a partir del 20/10/2009 se continuó con la misma dinámica de impago, practicándose once liquidaciones para su cobro por vía ejecutiva hasta el 31/01/2011, resultando que con fecha 22/12/2011 se concede fraccionamiento pero por esa deuda posterior en 18 plazos, abonados a fecha 7 de junio de 2013, a excepción de un plazo que vencía el 20/06/2013 y también fue pagado. SEGUNDO.- Con fecha 3 de febrero de 2010, los acusados Emilio Teodoro y Iñigo Leon acuerdan suscribir contrato de prestación de servicios para la impartición de un curso de seguridad vial en los colegios públicos de Humanes de Madrid, a realizar los días 8, 9, 10, 11 y 12 de febrero de 2010 fijando como precio la cantidad de 7.940,00 euros, con la finalidad de que el Ayuntamiento realizase dicho pago sin prestación de servicio alguno. El acusado Emilio Teodoro, en su calidad de Alcalde, acordó la adjudicación, declarándolo contrato menor en virtud de Decreto firmado ese mismo 3 de febrero de 2010 y el coacusado Iñigo Leon, en representación de "Autoescuelas Humanes" fabricó una factura que data de 17 de febrero 2010, por dicho importe exacto: 7.940 euros, factura que presentó al día siguiente en el registro de entrada del Ayuntamiento, sabiendo los acusados que ese servicio no se iba a prestar. Solicitada retención de crédito para dicha partida y firmada por el Alcalde, primero se hizo constar por la Intervención a través de Diligencia, que no se podía expedir el documento contable de retención al no haber disponible en la partida indicada del ejercicio prorrogado, solicitando nueva retención de crédito el 21 de enero de 2010 y finalmente, el 22 de febrero de 2010, se remite la factura fabricada al departamento de Intervención con el visto bueno de la coacusada Graciela Ines, mayor de edad y sin antecedentes penales y a la sazón Concejala con atribuciones relacionadas con seguridad ciudadana, participación ciudadana, e inmigración, rehabilitación y mantenimiento urbano, factura correspondiente a la Concejalía de seguridad ciudadana, sabiendo la coacusada al igual que los otros dos acusados, que dicha factura se correspondía con servicios inexistentes por lo que sin su actuación, no se habría compensado el crédito. TERCERO.- Esa misma fecha: 22 de febrero de 2010, el coacusado Iñigo Leon, presentó solicitud de compensación de créditos, a saber: el débito en su contra, derivado de impago de tasas por aprovechamiento de espacio público, por el abono de dicha factura a cargo del Excmo Ayuntamiento, resultando que finalmente dicha compensación fue concedida por Decreto de la Alcaldía de fecha 15 de abril de 2010. Requerido el coacusado para que justificase la impartición de dicho curso, respectivamente, los días 15 de junio y 11 de julio de 2012, el coacusado Iñigo Leon se negó a recibir la notificación de dicho requerimiento. CUARTO.- Los cursos nunca se impartieron por la autoescuela del coacusado Iñigo Leon, tratándose de materia que siempre se atribuía y se asumía por la Policía Local y la factura expedida no se corresponde con ningún servicio realmente prestado. QUINTO.- Posteriormente, a fecha 22 de junio de 2010, consta otra deuda en vía de apremio, por el mismo concepto de tasas de "aprovechamiento de dominio público", que asciende a 5.510, 88 euros en período impositivo devengado a partir del 20/10/2009, por lo que el día 10 de enero de 2011



se acordó retención de crédito por dicho importe, iniciándose el trámite de otro expediente de contratación como el anterior y entre las mismas partes: el acusado Emilio Teodoro , Alcalde en calidad de contratante y el coacusado Iñigo Leon , en calidad de contratista, si bien el contrato no se llegó a firmar ni se llegó a presentar factura alguna al coincidir con el fin de la legislatura y nuevo gobierno municipal"

2-. La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: CONDENAMOS al acusado Emilio Teodoro , como autor material, responsable penalmente de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación, ya definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las siguientes penas separadas: A) Por el delito de prevaricación: Inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 9 años. B) Por el delito de malversación de caudales públicos: Dos años de prisión e Inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 6 años. CONDENAMOS al acusado Iñigo Leon , como cooperador necesario de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación y autor material de un delito de falsedad de documento mercantil, en concurso medial con los anteriores, ya definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las siguientes penas separadas: A) Por el delito de prevaricación en concepto de cooperador necesario: Inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 4 años y 6 meses. B) Por el delito de malversación de caudales públicos en concepto de cooperador necesario: 1 año de prisión y e Inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 3 años. C) Y por el delito de falsedad documental en concepto de autor material: 3 meses de prisión y multa de 3 meses a razón de 6 euros cuota día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuota diarias no satisfechas y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. CONDENAMOS a la acusada Graciela Ines , responsable penalmente en concepto de cooperadora necesaria de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de: Dos años de prisión e Inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 6 años. Condenamos a los acusados al abono de 3/5 partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. ABSOLVEMOS a los acusados, del resto de delitos por los que también se ha seguido este procedimiento contra ellos: delito continuado de prevaricación y malversación de caudales públicos en grado de tentativa y a la acusada además, por un delito de falsificación en documentos oficiales por el que también se ha seguido este procedimiento contra la misma, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de 2/5 partes de las costas procesales. En orden a la RESPONSABILIDAD CIVIL: Condenamos a los acusados a indemnizar conjunta y solidariamente y a la mercantil "Autoescuela Humanes" como responsable civil solidaria, al Excelentísimo Ayuntamiento de Humanes de Madrid (Madrid) en la cantidad de SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA euros: 7.940 €, en concepto de darlos y perjuicios por dicha cantidad indebidamente compensada, que devengará hasta su total pago, los intereses legales del artículo 576 LEC . Notifíquese la sentencia las partes, haciéndoles saber que cabe interponer contra la misma, Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación, en los términos del artículo 856 y 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal " .

TERCERO. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO. El recurso interpuesto por el acusado D. Emilio Teodoro se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.** - El primer motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión, no se formaliza. **Segundo.**- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías, así como a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia en relación al artículo 24.2 de la Constitución . **Tercero.**- El tercer motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los derechos a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, y obtener la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión, no se formaliza. **Cuarto.**- El cuarto motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los principios y derechos de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, a un proceso con todas



las garantías, a la defensa, a la presunción de inocencia y a ser informado de la acusación formulada, no se formaliza. **Quinto.**- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse expresado clara y terminantemente los hechos que se declaran probados o por resultar manifiesta contradicción entre ellos, o por consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo, con vulneración de la tutela judicial efectiva en relación al artículo 24 de la Constitución. **Sexto.**- El sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en materia de prueba y con infracción de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, no se formaliza. **Séptimo.**- En el séptimo y octavo motivos del recurso, formalizados al amparo del número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa y por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Octavo.**- El noveno motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y por infracción del artículo 701 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al examen de los testigos, no se formaliza. **Noveno.**- En el décimo motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, con infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto los artículos 27, 28, 5, 10, 11, 12, 15 y concordantes del Código Penal. **Décimo.**- En el decimoprimer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa. **Decimoprimer.**- El decimosegundo motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a los derechos a un proceso con todas las garantías, y a obtener la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión, no se formaliza. **Decimosegundo.**- En el decimotercero motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Decimotercero.**- En el decimocuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de preceptos penales de carácter sustantivo.

El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Excmo. Ayuntamiento de Humanes se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.**- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 16 y demás concordantes del Código Penal. **Segundo.**- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

QUINTO. Instruido el Ministerio Fiscal y demás partes personadas de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO. Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 6 de julio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Emilio Teodoro

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión, no se formaliza.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías, así como a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia en relación al artículo 24.2 de la Constitución.



Se niega la existencia de prueba que acredite lo que se expresa en la sentencia recurrida para sustentar la condena y en concreto se rechaza que el ahora recurrente hubiese suscrito o adjudicado un contrato con D. Iñigo Leon ni con la Autoescuela de Humanes; que hubiese sabido que dichas clases las fuese a impartir la Autoescuela Humanes ya que era una tarea de la que se encargaba la Concejala y la Autoescuela; que hubiese pretendido que la Autoescuela compensase un crédito, sin que el Alcalde conociese el importe de las deudas y que ello correspondía al departamento de Tesorería o de Intervención; que conociese que cuando se fue a compensar el crédito que tenía el Ayuntamiento con la Autoescuela ya se encontraba la deuda en vía de apremio; y que la factura coincidiese hasta el último céntimo con la deuda ejecutiva, afirmándose que la Autoescuela mantenía una deuda de 9.950,48 euros y no de 7.940 euros.

En relación al derecho a la presunción de inocencia, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 496/2014, de 17 de junio, que dicho derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada.

Es también jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 190/2015, de 6 de abril, que el control sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio).

El Tribunal de instancia analiza las pruebas practicadas que le han permitido construir el relato fáctico que sustenta la condena del ahora recurrente, haciéndose referencia a las versiones y excusas ofrecidas por el acusado.

Así, se declara que no hay excusa, como pretende la defensa, cuando se alega que tenía muchísima firma diaria, que no sabía ni leía todo lo que firmaba y que por entonces, el negociado, sección o departamento de intervención de facto no existía porque la Sra. Interventora estaba muchas veces de baja laboral. Efectivamente, depuso la testigo Sra. Reyes Herminia, quien declaró que: "Fue Secretaria de Emilio Teodoro hasta el 9 de noviembre de 2010, fecha en que cesa por enfermedad común y cuando se incorpora ya no estaba D. Emilio Teodoro como Alcalde. Era auxiliar administrativo de Intervención, a veces no había nadie en Intervención. Cada persona metía en la carpeta firma y cuando estaba lleno se le llevaba al alcalde para que firmase, normalmente firmaba solo, era mucho volumen, firmado se devolvía y se repartía o desde las concejalías iban a por ella... ", pero que se acredite que había mucho volumen de firma, que el acusado normalmente firmaba solo, o que la Interventora a menudo estaba de baja laboral -según tesis de la defensa-, no redundaría en su beneficio como prueba de descargo, ni tampoco queda probado que existiese una "mano negra" que le coló esa firma. Se mencionan Sentencias de esta Sala en las que se expresa que "la ausencia de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene en el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, sólo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo". Se añade, en la sentencia recurrida, que no se trata de una puntual y aislada firma intrascendente de "alguien que pasaba por allí", cuando además y a mayor abundamiento, no hubo una sola firma. Se trata de un montaje que se inicia con la argucia de condonar una deuda a costa de las arcas municipales, con la fabricación de un contrato que suscriben el Alcalde, en representación del Excmo Ayuntamiento y el coacusado Iñigo Leon, (es decir: contratante y contratista), para adjudicarlo de modo irregular, porque la irregularidad no se centra en el tipo de contrato negociado (menor o mayor, en el caso menor, al ser de importe inferior a 18.000 euros), la irregularidad consiste en "crear" ese contrato que negocia un servicio que no se iba a prestar para justificar el pago de una factura ficticia, de una factura que no obedecía a ese servicio consistente en impartir clases de seguridad vial, y en ese montaje el Alcalde no firma una sola vez, como hemos dicho, pues existió además, la solicitud de retención de crédito, acordándose finalmente la compensación mediante Decreto firmado por el acusado en calidad de Alcalde, el 15 de abril de 2010 (vid folio 36). Examinadas las actuaciones, puede comprobarse que el Tribunal de instancia ha podido valorar, como más significativas, entre las pruebas practicadas en el acto



del juicio oral, la declaración del Oficial Mayor del Ayuntamiento de Humanes de Madrid, al que se le exhiben y confirma su realidad, el Decreto del Alcalde y ahora recurrente D. Emilio Teodoro , en el que con su firma concede la compensación por importe de 7940 euros, cantidad en la que coincide la liquidación pendiente con recargo ejecutivo y el importe de la factura presentada por el acusado D. Iñigo Leon en nombre de Autoescuela Humanes, S.L. (folio 106), que corresponde a unos cursos de seguridad vial en colegios públicos cuando queda asimismo acreditado que dichos cursos no se impartieron por mencionada Autoescuela, como confirmó un agente de la policía local, en el acto del juicio, ratificando informe obrante al folio 127, lo que fue asimismo confirmado por los representantes de los colegios públicos quienes señalaron que los cursos se impartieron por policías locales y no por la mencionada Autoescuela (folios 123 y siguientes). Asimismo queda acreditado por testimonio del Oficial Mayor y la documental unida a las actuaciones que el ahora recurrente firmó la resolución por la que adjudicaba a mencionada Autoescuela la impartición del curso de seguridad vial declarándolo contrato menor, por el precio de 7.940 euros (folio 113), que firmó igualmente la retención del crédito (folio 111), que firmó, junto con el coacusado D. Iñigo Leon , el contrato administrativo de prestación de servicios para la impartición del curso de seguridad vial en los colegios públicos (folio 114) y asimismo obra incorporada la factura presentada por el coacusado D. Iñigo Leon , por importe de 7.940 euros, por la impartición del curso de seguridad vial (folio 117). Añade el Tribunal de instancia que por todo ello queda probado que no se impartieron los cursos por mencionada Autoescuela, siendo ficticia dicha factura y cuando al acusado Iñigo Leon , se le requirió para que justificase si fueron impartidas las clases, no lo hizo, pudiendo hacerlo fácilmente si fuese verdad. Se razona en la sentencia recurrida que además de la prueba documental, todo ello igualmente se acredita con prueba testifical, y así, el actual Alcalde Sr. Jose Severino , manifestó que: "Los cursos, (de seguridad vial), los inició él porque también fue policía local, el policía iba a los colegios, en Humanes hay cinco... Que en junio de 2011 Iñigo Leon fue a su despacho para contarle su problema con las deudas, y él le dijo que lo que tenía que hacer era pagar. Que las tasas o se pagan o se recurren...". Ello se corrobora como ya hemos destacado, con cartas e informes en los que se señala que ese servicio siempre se prestaba por funcionarios de la Policía Local (vid folios 37 y ss), uno de ellos emitido por el responsable de la unidad de Educación Vial de la Policía Local (folios 42 y ss.) donde se reseña que: "Desde que se empezaron a impartir en esta localidad los cursos de Educación Vial, siempre han sido realizados por la Policía Local". También declaró la Sra. Severiano Heraclio , a la sazón Interventora del Ayuntamiento (hasta marzo de 2013), manifestando que: "Había interés por la concejala y el alcalde para que se tramitara con celeridad... Que por esa factura se interesaron parte del personal al servicio de la concejalía y de la alcaldía...Siendo normal el interés por una factura pero no la insistencia. Así las cosas, han existido pruebas de cargo, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y razonablemente valoradas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado.

TERCERO .- El tercer motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los derechos a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, y obtener la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión, no se formaliza.

CUARTO .- El cuarto motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los principios y derechos de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, a un proceso con todas las garantías, a la defensa, a la presunción de inocencia y a ser informado de la acusación formulada, no se formaliza.

QUINTO .- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por no haberse expresado clara y terminantemente los hechos que se declaran probados o por resultar manifiesta contradicción entre ellos, o por consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo, con vulneración de la tutela judicial efectiva en relación al artículo 24 de la Constitución .

Se señala que en el hecho probado segundo se dice lo siguiente: Con fecha 3 de febrero de 2010, los acusados Emilio Teodoro y Iñigo Leon acuerdan suscribir contrato de prestación de servicios para la impartición de un curso de seguridad vial en los colegios públicos de Humanes de Madrid, a realizar los días 8, 9, 10, 11 y 12 de febrero de 2010 fijando como precio la cantidad de 7.940,00 euros, con la finalidad de que el Ayuntamiento realizase dicho pago sin prestación de servicio alguno. El acusado Emilio Teodoro , en su calidad de Alcalde, acordó la adjudicación, declarándolo contrato menor en virtud de Decreto firmado ese mismo 3 de febrero de 2010, sabiendo los acusados que ese servicio no se iba a prestar. Y se alega que la última frase de los extremos señalados predetermina el fallo.

El quebrantamiento de forma que se denuncia cometido presupone el que se consignen como hechos probados conceptos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del



tipo, cuyo alcance y significación sólo puede ser conocido por quien tenga conocimientos jurídicos y que han sustituido a los hechos de tal medida que de suprimirse mentalmente el relato fáctico quedaría desposeído de la base necesaria para efectuar la correspondiente calificación jurídica antecedente del fallo y ello con la finalidad de impedir que las sentencias penales sustituyan los relatos de los hechos, tal y como acontecieron en la realidad, por expresiones jurídicas que suponen, ya de antemano, la valoración penal del comportamiento, porque de esta manera se impide saber en que consistió el hecho y se vulnera el derecho de defensa. Nada de eso puede observarse en los extremos del relato fáctico que se señalan en defensa del motivo, ya que ni la frase marcada en negrita ni el resto de los hechos que se indican contienen conceptos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, su lectura permite comprobar que se utilizan palabras o locuciones perfectamente entendibles por cualquier persona, sin que estén presentes expresiones técnicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado y se contraen a una descripción de hechos en lenguaje asequible, que no están incluidos en el tipo delictivo y que no se necesita de especiales conocimientos jurídicos para su comprensión. El Tribunal de instancia, tras la valoración de la prueba, alcanza la convicción de que los acusados Emilio Teodoro , en su calidad de Alcalde, y Iñigo Leon , en nombre de la Autoescuela Humanes, acuerdan suscribir un contrato de prestación de servicios, para la impartición de un curso de seguridad vial , fijando como precio la cantidad de 7.940 euros, con la finalidad de que el Ayuntamiento realizase dicho pago sin prestación de servicio alguno y para ello el acusado Emilio Teodoro acordó la adjudicación, declarándolo contrato menor en virtud de Decreto firmado ese mismo 3 de febrero de 2010 y el coacusado Iñigo Leon , en representación de "Autoescuela Humanes" fabricó una factura que data de 17 de febrero de 2010, por dicho importe de 7.940 euros, factura que presentó al día siguiente en el registro de entrada del Ayuntamiento, sabiendo los acusados que ese servicio no se iba a prestar. Y así se refleja en los hechos que se declaran probados; se podrá discrepar de esa convicción pero no se puede considerar que con esa descripción se hubiese predeterminado el fallo. El motivo debe ser desestimado.

SEXTO .- El sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en materia de prueba y con infracción de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, no se formaliza.

SEPTIMO .- En el séptimo y octavo motivos del recurso, formalizados al amparo del número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa y por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se reitera lo alegado en defensa del segundo motivo de que la deuda que la autoescuela Humanes mantenía con el Ayuntamiento era de 9.950,48 euros y no de 7.940 euros y para acreditarlo se señala que 4.796,28 euros resultan de la liquidación que obra al folio 101 de las actuaciones y la nota manuscrita al documento nº 7 obrante al folio 103, de la documentación aportada por el Ayuntamiento de Humanes de Madrid; que 3.143,72 euros corresponden a la liquidación obrante al folio 104 de las actuaciones; que 39,16 euros que se dice aparece en el periodo de uso de la vía pública entre el 1 de junio al 19 de octubre de 2009; y 1.971,32 euros que corresponde a la liquidación entre el 20 de octubre al 31 de octubre de 2009, como se puede comprobar con el documento nº 31, aportado por el Ayuntamiento y obrante al folio 138.

Se alega que la sentencia no se ha pronunciado sobre estos extremos alegados por la defensa del ahora recurrente y por la defensa de Graciela Ines .

Es doctrina reiterada de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el silenciar o no dar respuesta, positiva o negativa, explícita o implícita, a algún pedimento o pretensión jurídica formulada por las partes en sus calificaciones definitivas. Así, en la Sentencia de esta Sala 2026/2002, de 2 de diciembre se declara que la llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las 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 se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) 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 (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero , 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio). De acuerdo con lo expuesto, el vicio de incongruencia omisiva se produce cuando se omite en la motivación requerida por los artículos 120.3 de la Constitución y 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación o en tiempo procesal oportuno. Por otra parte, no será ocioso recordar que, como señalan las S.TC. 58/1996, de 15 de abril y 11-2-97, la jurisprudencia constitucional ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SS.TC. 95/1990 , 128/1992 , 169/1994 , 91/1995 , 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

En el caso que examinamos en el presente recurso no concurren los presupuestos que se dejan mencionados en la doctrina expuesta ya que sí ha existido respuesta por parte del Tribunal sentenciador a la invocada discrepancia sobre el importe de la deuda que la Autoescuela Humanes mantenía con el Ayuntamiento. Ciertamente el Tribunal de instancia se ha pronunciado con detenimiento sobre el importe de las tasas que la mencionada Autoescuela debía pagar al Ayuntamiento. Así se declara en la sentencia recurrida que la deuda ejecutiva y por la que se expide la factura asciende a 7.940 euros, suma que se desglosa del siguiente modo, según el Decreto que firmó el Alcalde y que obra al folio 36, por el que se concede la compensación solicitada: 4.796,28 euros (Expediente AH0018 en período ejecutivo) + 3.143,72 euros (derivados de liquidación pendiente con recargo ejecutivo) 7.940,00 euros. Se añade que se detalla en el Decreto el origen y concepto de las dos cantidades compensadas y estas derivan de deudas originadas por impago de tributos, es decir, el acusado Lñigo Leon era deudor del Ayuntamiento por dos partidas correspondientes a tasas impagadas (ya con recargo ejecutivo) y se inventan que a su vez el Ayuntamiento también es su deudor por el importe repetido: 7.940 euros, todo ello, con el fin de compensar la deuda originada por impago de tasas. Ese es el precio que se determina por impartir un curso de seguridad vial los días 8, 9, 10, 11 y 12 de febrero de 2010, que no se dio. Se sigue diciendo que tampoco se asume la tesis esgrimida por la defensa, para sostener que no se ideó nada ficticio porque no se conociesen en esa fecha los intereses generados a posteriori y ello, por dos razones: en primer lugar porque el Decreto, aprueba la compensación referida a dos cantidades totales líquidas cuya suma arroja un resultado de 7.940 euros, que es la que cuadra con la deuda que tenía el acusado generada en aquéllos dos períodos impositivos, y cuando se hace referencia a "liquidaciones pendientes con recargo ejecutivo" por cantidad que asciende a 3143,72, esta última es el resultado de la suma de la tasa impagada más el recargo ejecutivo: 2.994,01+ 149,71 frente a la primera: 4.796,28 que sí incluye además intereses de demora y costas, por haberse instado ya la vía de apremio para pago íntegro de la deuda que se ejecuta por todos esos conceptos, y en segundo lugar, hay que hacer mucho hincapié, en que este plazo impagado abarca el período 01/12/2008 a 19/10/2009 y ello hay que ponerlo en relación con el Informe del Tesorero del Ayto. que obra a los folios 316 y 317, emitido el 28 de febrero de 2013, en el que figuran las distintas liquidaciones efectuadas, resultando que las dos primeras liquidaciones núm. 200924378 y núm. 200943275 son las compensadas y así consta en la casilla: fecha de ingreso, que se corresponde con la fecha de compensación que es la del Decreto de la Alcaldía de 15 abril 2010 y esas son las dos únicas cantidades que figuran pagadas por compensación, porque el resto de liquidaciones efectuadas son las que se devengan a partir del 20/10/2009, impagadas o no pagadas en plazo a fecha 7 de junio de 2013, salvo la que se genera por el período 1/10/2011 a 17/10/2011 que asciende a 424,80 euros pagada mediante ingreso según dicho Informe del Tesorero y según última liquidación que consta como núm. 201146187. Se añade que desde el 01/05/2010 hasta el 31/01/2011, se generan otras dos deudas ejecutivas por importe respectivo de 6.729,08 y 846,04 euros y desde el 01/02/2011 hasta el 17/10/2011 se generan otras dos liquidaciones por deudas no ejecutivas, la primera por 5.044,50 que consta como fraccionada con fraccionamiento vivo a 28 febrero 2013 y otra que asciende a 424,80 euros y sobre la cual el Tesorero informa que ha sido pagada mediante ingreso. Es el 22/12/2011 cuando se concede fraccionamiento en 18 plazos, sobre el cual a fecha 7 de junio de 2013, se informa que queda pendiente un plazo de fecha 20/06/2013 y en base a ello, se sostiene que ya no se debe nada. Para desvirtuar ese alegato, vamos a calcular la deuda total generada ya en vía ejecutiva, que desde el 20/10/2009 hasta el 31/01/2011 asciende a 13.248,03 euros y en cuanto a deuda no ejecutiva, desde el 01/02/2011 hasta el



17/10/2011 se generan otros dos pagos: uno por 5.044, 50 que vence el 30/09/2011 y consta como pago fraccionado (fraccionamiento vivo a 28 febrero 2013) y otro que asciende a 424, 80 euros sobre el cual, el Tesorero informa que ha sido pagado mediante ingreso. Por tanto, desde el 20/10/2009 y a fecha 30/09/2011 (descontamos los 424, 80 abonados), las deudas derivadas de las repetidas tasas ascienden a un total 18.292, 03 (13.248,03+5.044) según las liquidaciones que obran al folio 316 y 317, pero si restamos los 6.000 euros embargados posteriormente (el 31/10/2011), el resultado: 12.292, 53 se aproxima al importe que el Tesorero dice que se acuerda fraccionar en 18 plazos: 12.606, 44 euros, con ello queremos explicar, que en todo caso, se trata de fraccionamientos y a la postre, pagos de deuda generada a partir del 20 de octubre de 2009, porque el período impositivo que se compensa, se contabiliza como pagado por compensación y si se contabiliza como pagado por una factura ficticia, el Ayuntamiento sigue siendo acreedor de dicho importe que no debió compensarse sino cobrarse, refiriéndose el tan repetido fraccionamiento a liquidaciones posteriores al 19 de octubre de 2009. Y ello se ratifica con el último Certificado que se expide por el Vicesecretario- Interventor del Ayuntamiento, que obra al folio 98 del Rollo de Sala, en el que se hace alusión a dichas liquidaciones posteriores, en concreto las del período 01/05/2010 a 31/12/2010 y 01/02/2011 a 30/09/2011, resultando que a fecha 27 de octubre de 2014 no consta deuda pendiente pero repetimos, en relación a esas liquidaciones posteriores. Por otra parte, es de recordar, conforme a la doctrina antes expresada, que es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SS.TC. 95/1990 , 128/1992 , 169/1994 , 91/1995 , 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales, y en este caso, aunque se trata de alegaciones para fundamentar las pretensiones de defensa, han tenido respuesta por parte del Tribunal sentenciador. Por todo lo expuesto, el motivo no puede prosperar.

OCTAVO .- El noveno motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y por infracción del artículo 701 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación al examen de los testigos, no se formaliza.

NOVENO .- En el décimo motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, con infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto los artículos 27 , 28 , 5 , 10 , 11 , 12 , 15 y concordantes del Código Penal .

Se alega que este motivo ha sido formalizado conjuntamente con el motivo segundo.

Y a ese segundo motivo ya se ha dado respuesta por lo que ha de darse por reproducido lo allí expresado para rechazar asimismo el presente motivo.

DECIMO .- En el undécimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

Se remite a lo alegado en los motivos séptimo y octavo.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado antes expresado para rechazar esos motivos.

El presente motivo tampoco puede prosperar.

UNDECIMO .- El duodécimo motivo del recurso, en el que se invoca infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto a los derechos a un proceso con todas las garantías, y a obtener la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión, no se formaliza.

DUODECIMO .- En el decimotercero motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se hace referencia a la prueba testifical de D. Basilio Mariano y que con esa declaración se pretenda acreditar que nadie controlaba lo que se introducía en las capetas de firmas y que había mucho volumen por lo que era



imposible que el ahora recurrente pudiese leer cada uno de los documentos que allí obraban y que simplemente se limitaba a firmarlo.

Es doctrina reiterada de esta Sala que las declaraciones de testigos carecen de naturaleza documental, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, cuya valoración corresponde al juzgador de instancia, como así se ha hecho en la sentencia recurrida, que hace mención de sentencias de esta Sala sobre la ausencia de control por parte del órgano concernido que interviene en el pago señalándose que ello no borra la arbitrariedad del pago efectuado, sólo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo. No resulta acreditado el error que se dice cometido por el Tribunal de instancia y el motivo debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO .- En el decimocuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de preceptos penales de carácter sustantivo.

Se rechaza el delito de prevaricación alegándose que el ahora recurrente no tenía conocimiento de dicho contrato por lo que no pudo realizarse a sabiendas. Se añade que no suscribió personalmente contrato alguno con D. Iñigo Leon ni con la Autoescuela Humanes; que no sabía que dichas clases las iba a impartir la Autoescuela Humanes, y que era una tarea de la que se encargaba la Concejala y la Autoescuela; Que es imposible afirmar que el ahora recurrente pretendiese que la Autoescuela compensara crédito alguno ya que no se le comunicaba y que tenía que ser el departamento de tesorería o de intervención el que se lo indicara al Alcalde a través de informe, siendo de imposible conocimiento dicho hecho por el Alcalde; y que respecto a lo que se dice en la sentencia de que cuando se fue a compensar el crédito ya se encontraba la deuda en vía de apremio se alega que el Alcalde no podía tener conocimiento si no se realizaba una información por parte de tesorería o de intervención para remitirlo a alcaldía o a la concejalía correspondiente; y que las cuantías no coincidían con la deuda que realmente mantenía la Autoescuela de Humanes.

En relación a dicho delito de prevaricación también se hace mención de que es preciso que sea injusta y que el funcionario actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

Se insiste en que no ha quedado acreditado que el ahora recurrente tuviera conocimiento de la tramitación de la factura.

En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, se niega la concurrencia de los requisito del tipo, al no haber quedado acreditado que el ahora recurrente consintiera que la Autoescuela de Humanes sustrajera dinero público ya que no tenía conocimiento de la existencia de las facturas ni de compensaciones a la citada Autoescuela.

Es oportuno recordar que la vi#a casacional del art. 849.1, como se dice en la STS 589/2010, de 24 de junio , obliga a respetar el relato de *hechos probados* de la sentencia recurrida, pues en estos casos so#lo se discuten problemas de aplicacio#n de la norma juri#dica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimacio#n de algu#n motivo fundado en el art. 849.2 LECr . (error en la apreciacio#n de la prueba) o en la vulneracio#n del derecho a la presuncio#n de inocencia, art. 852 LECr . En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2 , el recurso de casacio#n cuando se articula por la vi#a del art. 849.1 LECr . ha de partir de las *precisiones fa#cticas* que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelacio#n ni una revisio#n de la prueba. Se trata de un recurso de cara#cter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque juri#dico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La te#cnica de la casacio#n penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el a#mbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo u#nico que en e#l se puede discutir es si la subsuncio#n que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta juri#dicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En el supuesto que examinamos, las alegaciones efectuadas por el recurrente para denunciar infracción legal, al haber sido condenado por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, se presentan enfrentadas a los hechos que se declaran probados que deben ser rigurosamente respetados.

Así lo expresa el Tribunal de instancia al explicar la concurrencia de cuantos elementos caracterizan los delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos.

Se señala que los requisitos que se exigen por las jurisprudencia de esta Sala concurren en el caso que nos ocupa, cuando el acusado Emilio Teodoro , a la sazón Alcalde del Excmo Ayuntamiento del municipio de Humanes de Madrid (Madrid), y el coacusado Iñigo Leon , suscriben un contrato por un servicio, objeto o prestación que se adjudica a la empresa del acusado Iñigo Leon , relativo a la impartición de clases de



seguridad vial en los colegios, clases que nunca se dieron, sabiendo los acusados que no se iban a dar y fabricando el coacusado Iñigo Leon , una factura ficticia por servicios inexistentes, servicios que siempre se impartían por funcionarios de la Policía Local y todo ello con el único fin de compensar un crédito que tenía el Ayuntamiento contra la autoescuela del coacusado Iñigo Leon ya en vía de apremio, por impago de tasas, resultando que la factura coincidía al milímetro, hasta el último céntimo, con esa deuda ya ejecutiva. Firmado el contrato por los acusados Emilio Teodoro y Iñigo Leon y adjudicado el servicio por el acusado Emilio Teodoro a la empresa de Iñigo Leon , se contabilizó la factura como abonada por compensación, con el visto bueno y aprobación de la coacusada Graciela Ines , en aquél momento Concejal de seguridad ciudadana, además de tener atribuidas otras competencias, y todo ello con la única finalidad de salvar la deuda a costa del erario público, terminando por acordar el entonces Alcalde y hoy acusado, que se compensaba el crédito y por ende, se extinguía la deuda. Con ello se cerraba el círculo. La factura no responde más que a esa cadena de eslabones necesarios para el objetivo final, tratándose de un documento falso. En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, con mención de la Sentencia de esta Sala 600/2014 de 3 Sep. 2014 , en la que se expresa que se simula contratos para dar apariencia de legalidad a lo que era sólo la voluntad de obtener un enriquecimiento ilícito a cargo del correlativo empobrecimiento del erario municipal y que Las órdenes de pago y los contratos constituyen resoluciones prevaricadoras por su clamorosa arbitrariedad, incardinables en el tipo del art. 404 CP . También se recogen otras sentencias de esta Sala sobre los elementos que caracterizan a los delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos.

Se añade en los razonamientos de la sentencia recurrida que no se trata de una puntual y aislada firma intrascendente de "alguien que pasaba por allí", cuando además y a mayor abundamiento, no hubo una sola firma. Se trata de un montaje que se inicia con la argucia de condonar una deuda a costa de las arcas municipales, con la fabricación de un contrato que suscriben el Alcalde, en representación del Excmo Ayuntamiento y el coacusado Iñigo Leon , (es decir: contratante y contratista), para adjudicarlo de modo irregular, porque la irregularidad no se centra en el tipo de contrato negociado (menor o mayor, en el caso menor, al ser de importe inferior a 18.000 euros), la irregularidad consiste en "crear" ese contrato que negocia un servicio que no se iba a prestar para justificar el pago de una factura ficticia, de una factura que no obedecía a ese servicio consistente en impartir clases de seguridad vial, y en ese montaje el Alcalde no firma una sola vez, como hemos dicho, pues existió además, la solitud de retención de crédito, acordándose finalmente la compensación mediante Decreto firmado por el acusado en calidad de Alcalde, el 15 de abril de 2010 (vid folio 36). Ciertamente, los razonamientos expresados en la Sentencia recurrida para subsumir los hechos que se declaran probados, en relación al ahora recurrente, en los delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos son acordes a la jurisprudencia de esta Sala. Así, en la Sentencia 358/2016, de 26 de abril , se declara que la jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras. En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio , 755/2007, de 25 de mayo , y 743/2013, de 11 de octubre , argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98 ; 4/12/98 ; 766/99, de 18 de mayo ; y 2340/2001 , de 10 de diciembre). Y en las Sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio , y 49/2010, de 4 de febrero , se declara, respecto al delito de prevaricación administrativa, que no basta la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, y tales condiciones aparecen



cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm.. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Se añade en la Sentencia a las que estamos haciendo referencia que el Código Penal de 1995 ha aclarado el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (SSTS. 61/1998, de 27 de enero , 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio). Y también se ha pronunciado esta Sala sobre el alcance del término "resolución". Así, en la 411/2013, de 6 de mayo, declara que por "resolución" se entiende todo acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Se añade que también hemos recordado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS. 38/98 de 29.1 , 813/98 de 12.6 , 943/98 de 10.7 , 1463/98 de 24.11 , 190/99 de 12.2 , 1147/99 de 9.7 , 460/2002 de 16.3 , 647/2002 de 16.4 , 504/2003 de 2.4 , 857/2003 de 13.6 , 927/2003 de 23.6 , 406/2004 de 31.3 , 627/2006 de 8.6 , 443/2008 de 1.7 , 866/2008 de 1.12). En el presente caso, como bien se razona por el Tribunal de instancia, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos son precisos para afirmar que la conducta del ahora recurrente es constitutiva de un delito de prevaricación administrativa. Otra cosa no puede afirmarse cuando el ahora recurrente se concierta con el coacusado D. Iñigo Leon para simular un contrato que negocia un servicio que no se iba a prestar y ello para justificar el pago de una factura ficticia, y en ese montaje el Alcalde no firma una sola vez, pues existió además, la solicitud de retención de crédito, acordándose finalmente la compensación mediante Decreto firmado por el acusado en calidad de Alcalde, el 15 de abril de 2010 (vid folio 36). En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre el Alcalde y el representante de la Autoescuela, quienes conocían que se estaba contratando y se iba a abonar, como así sucedió mediante la compensación, una factura que no respondía a prestación de servicio alguno. También se rechaza, en el presente motivo, la concurrencia de los elementos que caracterizan al delito de malversación de caudales públicos alegándose que no ha quedado acreditado que el ahora recurrente consintiera que la Autoescuela de Humanes sustrajera dinero público afirmándose que no tenía conocimiento de la existencia de las facturas ni de compensaciones a la citada Autoescuela. En relación a la existencia de prueba de cargo, lícitamente obtenida, que sustenta los hechos que se declaran probados, es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar el primer motivo en el que se invocaba el derecho a la presunción de inocencia. El presente motivo se formaliza por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, como se ha dejado antes expuesto, debe partirse rigurosamente de los hechos que se declaran probados, de los que se infiere sin género de dudas, que el acusado ahora recurrente se concertó con el coacusado D. Iñigo Leon para que el Ayuntamiento de Humanes de Madrid abonase una factura por servicios que no se habían prestado a cargo del erario público. Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 358/2016, de 26 de abril , 797/2015, de 24 de noviembre y 1051/2013, de 26 de septiembre , que el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos 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 públicos 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 aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero ; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos (STS310/2003, de 7 de marzo). Queda perfectamente acreditado, y así se refleja en los hechos declarados probados, que el acusado D. Emilio Teodoro , en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Humanes de Madrid, actuó como autoridad que participaba en el ejercicio de funciones públicas, como queda igualmente acreditado y consta en el relato fáctico que tenía facultad decisoria sobre caudales públicos, facultad que ejerció a través de las resoluciones que se describen y que determinaron el



abono, mediante compensación, de la factura falaz presentada por el coacusado en cuanto no respondía a ninguna prestación de servicios, de lo que ambos eran conscientes.

Así las cosas, no se han producido las infracciones legales denunciadas y el motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN NOMBRE DE EXCMO. AYUNTAMIENTO DE HUMANES

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 16 y demás concordantes del Código Penal.

En relación a los hechos que se describen en el apartado quinto de los hechos que se declaran probados, se rechaza la inaplicación de la tentativa y se alega que el hecho de que no se hubiera firmado el contrato, esto es, que no se hubiera formalizado el contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Humanes de Madrid y la Autoescuela Humanes, no quiere decir que los actos hubieran estado en la esfera interna de los acusados, antes al contrario, D. Emilio Teodoro ordenó en dos ocasiones retener crédito municipal para atender nuevamente la necesidad ficticia del contrato de impartición de cursos de seguridad vial, a sabiendas que no habían sido impartidos ese año por Autoescuela Humanes pese al pago realizado. Y que esas dos retenciones de crédito consecutivas, en dos ejercicios presupuestarios distintos se exteriorizaron porque se dirigieron al Departamento de Intervención del Ayuntamiento y se llegó a practicar la segunda, lo que supuso el bloqueo, durante todo el ejercicio presupuestario de 2010, de 5.510,88 euros que podrían haberse aplicado a otras necesidades públicas. Y que además que el Alcalde redactó y firmó el Decreto de Alcaldía de adjudicación del contrato, único documento necesario, junto con la retención del crédito ya practicada, para reconocer la obligación y autorizar el pago de la factura que iba a presentarse. Se añade que se trata de un supuesto de tentativa inacabada, porque si la malversación no se produce es porque D. Iñigo Leon no llega a presentar la factura pero que D. Emilio Teodoro había desplegado ya todos los medios y realizados todos los actos necesarios para que solo se registrase la factura y que no se consumó la malversación porque la Autoescuela no facturó al Ayuntamiento.

También se dice que, por otra parte, la prevaricación se consumó con el dictado de la resolución injusta y arbitraria que suponía reconocer la necesidad de impartir las clases de seguridad vial por una empresa externa y además adjudicárselo a dedos a Autoescuela Humanes, S.L.

Por ello se dice que tales actuaciones no pueden quedar impunes como ha resuelto la Sentencia recurrida y que son constitutivas de tentativa de delito.

Subsidiariamente, si no se entendiera que el segundo delito tiene carácter autónomo respecto del primero, dado que el segundo delito de malversación se ha cometido en grado de tentativa, se adhiere a las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal en cuanto al delito continuado de prevaricación y malversación, debiéndose penar en los términos interesados por la Fiscalía.

Si el cauce procesal esgrimido exige el respeto a los hechos que se declaran probados, esa exigencia es aún más rigurosa cuando el recurrente, en este caso la acusación particular en nombre del Ayuntamiento de Humanes de Madrid, pretende que esta Sala proceda a la revisión de una sentencia absolutoria sin previa audiencia personal de los acusados afectados, supuesto en el que esta Sala únicamente puede revisar cuestiones puramente jurídicas. Es decir, esta Sala se limitará a corregir, en su caso, posibles errores de subsunción cuando no es posible la audiencia del acusado en la tramitación de la casación, por lo que no cabe en ella modificar datos de hechos incluyendo afirmaciones más gravosas para el acusado.

El Tribunal de instancia se ha inclinado a considerar atípica las conductas realizadas por los acusados D. Emilio Teodoro y D. Iñigo Leon en relación a los hechos identificados como bloque dos y descritos en el apartado quinto del relato fáctico, por entender que se trata de actos preparatorios impunes.

La sentencia recurrida, en el octavo de sus fundamentos jurídicos, explica tal convicción con los siguientes razonamientos: *Los hechos que el Ministerio fiscal describe en el que hemos llamado "bloque 2", delitos que se califican por sendas acusaciones, en grado de tentativa, quedan en su antesala, no siendo punibles. La Sala interpreta que se trata de actos preparatorios impunes, y no actos de ejecución intentada. Efectivamente, establece el artículo 16. 1. CP que, hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Pues bien, en este "segundo montaje" según la tesis de las acusaciones, entendemos que no concurre la conducta nuclear de los tipos, ni siquiera en la modalidad intentada pues el segundo contrato consta no firmado. Los actos preparatorios, impunes como regla general en nuestro Derecho, son los que asientan las condiciones previas de la ejecución de un delito planificado, y por ello deben ir más allá del mero planear interno, objetivando el hecho*



representado, pero sin llegar a comenzar la realización inmediata y típicamente relevante de la voluntad delictiva. Aquí, con otra solicitud de retención de crédito, se fue más allá de un mero planear, pero sin la firma del contrato, entendemos que no se llegó a comenzar la realización de la voluntad delictiva. No negamos que es discutible, pero precisamente en esa línea fronteriza, debe aplicarse la interpretación más favorable en beneficio del reo. Tras hacerse mención de sentencias de esta Sala se añade que, en el caso que enjuiciamos, interpretamos que la inexistencia de firma del contrato se traduce en un plan abortado antes de dar comienzo a la ejecución material de los delitos de prevaricación y malversación. Pedir una retención de crédito pero sin contratación que lo justifique, se traduce en que no se dio comienzo a la acción delictiva, frente a la tentativa como inicio de ejecución, o intento inacabado, y por ello, absolveremos a los acusados de estos otros dos delitos por los que se les acusa.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y los actos ya ejecutivos del delito. Así, en las Sentencias 428/2016, de 19 de mayo y 1479/2002, de 16 de septiembre, se declara que han de considerarse actos ejecutivos aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella (cfr. 1791/1999, de 20 de diciembre) y se hace mención a la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor (cfr. Sentencia 1895/2000, de 11 de diciembre) y se añade que para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º. Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2º. Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3º. Y este es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal (cfr. Sentencia 1086/2001, de 8 de junio); asimismo se declara que la tentativa supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el artículo 16.1 C.P., hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P. (cfr. Sentencia núm. 2227/2001, de 29 de noviembre).

Y en la Sentencia 234/2012, de 16 de marzo, se declara que no es tarea fácil, desde luego, deslindar entre lo que constituyen actos preparatorios -solo punibles en los casos expresamente señalados por la ley- y actos ejecutivos propiamente dichos. Es necesario dar respuesta al interrogante acerca de cuándo puede afirmarse verdaderamente que un determinado acto ya está dando principio a la ejecución de lo resuelto. La conveniencia de manejar conceptos normativos esta más justificada. De lo contrario, podríamos desembocar en un concepto extraordinariamente amplio de la tentativa, contrario al fundamento de los principios que inspiran la responsabilidad penal. De ahí la importancia de poner el acento en la expresión empleada por el art. 16 del CP cuando se refiere a actos "...directamente encaminados a la ejecución". A partir de aquí, la afirmación del tipo de la tentativa únicamente será posible tomando como punto de partida el concepto mismo de ejecución típica. Y esta idea solo puede colmarse huyendo de reglas apriorísticas que dificultan la indagación de su verdadero contenido. Baste señalar que su delimitación puede obtenerse a través de una doble pauta metodológica, en lo material, será preciso proclamar una relación entre el acto ejecutado y el bien jurídico protegido; en lo formal, resultará obligado atender a la relación entre la esencia del comportamiento típico y la acción que se realiza, de forma que tal esencia vendrá dada por el verbo nuclear del tipo de que se trate -matar, en el caso del homicidio, privar de libertad en el supuesto de la detención ilegal-. El estado actual de la dogmática y la jurisprudencia de esta Sala permiten afirmar que la delimitación entre el acto propiamente ejecutivo y aquel que todavía no ha superado el umbral del acto preparatorio, se obtiene con más facilidad de la aplicación combinada de las teorías objetivas y subjetivas. Sobre la insuficiencia histórica de cualquiera de estas teorías para explicar por sí sola el fundamento de la tentativa, se ha dicho con razón que la noción de intentar, de tentativa, remite hacia un objetivo, precisamente el no conseguido, y a su vez ese objetivo hacia el que la acción se dirige implica una dirección imprimida a su acción por el agente, la cual solo puede venir dada por su resolución de



voluntad. Afirmar que el fundamento del castigo de la tentativa hay que encontrarlo en la intención del agente, que con su acción manifiesta una voluntad orientada a la comisión del delito -criterio subjetivo- conduce a una degradación inadmisiblemente de lo que real y objetivamente ha sido realizado, con el peligro de sancionar, no por lo que se hace, sino por lo que se piensa. Del mismo modo, situar la esencia del fundamento del castigo de la tentativa en el riesgo objetivo al que ha sido expuesto el bien jurídico protegido -criterio objetivo- implica aceptar un entendimiento de la tentativa que prescinde del desvalor de la acción, con el consiguiente peligro de no valorar adecuadamente el contenido y la finalidad de la acción que, en algunos casos, puede ir mucho más allá de lo que objetivamente se ha realizado. Es por ello entendible que la jurisprudencia haya optado por fórmulas mixtas para resolver las dudas acerca de cuándo puede afirmarse que el autor ha dado principio a la ejecución. Así, la STS 77/2007, de 7 de febrero, recuerda que en la dogmática se presenta problemática la delimitación de la tentativa y la preparación, esto es, trazar la frontera entre el ámbito de lo punible y lo no punible, admitiéndose que una delimitación cierta posiblemente no sea segura. Así hay autores que consideran la línea límite o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad concretamente en la zona del tipo afectada de tal manera que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir, si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados como de ejecución, mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta, vienen siendo calificados como preparatorios de tal suerte. Criterio éste que recibe el nombre de teoría formal objetiva. En la actualidad se sigue ampliamente la teoría individual objetiva. Toma como punto de partida la necesidad de combinar criterios objetivos (tanto formales -tipo- como materiales -proximidad del tipo-) y subjetivos o individuales (la representación del autor). No puede prescindirse de las representaciones del autor, pues en aquellos casos en que se trata de comportamientos exteriormente equivalentes, sólo la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con las representaciones del autor, pues la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación. Así, algún autor entiende que la exigencia de dar principio directamente a la realización del tipo significa que las acciones de la tentativa, son sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo. Es decir, lo decisivo es que el comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales. La necesidad de combinar los criterios dogmáticos para la delimitación entre el acto preparatorio y el principio de ejecución también ha sido destacada en numerosos pronunciamientos de los que las SSTS 1791/1999, 20 de diciembre y 357/2004, 19 de marzo, no son sino elocuentes ejemplos. Hemos señalado como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado los siguientes: a) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; b) que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; c) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progreso natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continuara (no se interrumpiera) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal...» (SSTS 1479/2002, 16 de septiembre y 227/2001, 29 de noviembre).

Y estos requisitos que acaban de expresarse para afirmar que la ejecución de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos se ha iniciado, en relación al bloque llamado segundo en los hechos que se declaran probados, no aparecen descritos en el relato fáctico, como se señala por el Tribunal de instancia.

Ciertamente, no puede afirmarse la proximidad espacio-temporal, la inmediatez, respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito, ya que no se han practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, como exige el artículo 16 para que exista la tentativa de delito, es decir, objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal y eso no se describe en el relato fáctico, como se señala en la sentencia recurrida, ya que ninguno de los acusados suscribió el contrato para la prestación del servicio consistente en los cursos de seguridad vial que hubiera justificado la retención del crédito, que hubiera sustentado la presentación de una factura por parte de la Autoescuela y que, en definitiva hubiera permitido dictar la resolución que autorizaba el pago, pasos esenciales y necesarios que no se han producido. Así las cosas, la conducta de los acusados, recogida en los hechos que se han declarado probados por el Tribunal de instancia en el llamado bloque segundo, no se subsume en los delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos, en grado de tentativa.

En consecuencia, al no apreciarse la tentativa de delito defendida en el presente motivo tampoco puede sostenerse la continuidad delictiva que, con carácter subsidiario, se alega por la acusación particular.

El motivo no puede prosperar.



SEGUNDO .- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice que el Tribunal de instancia ha incurrido en error al declarar probado lo siguiente: "*iniciándose el trámite de otro expediente de contratación como el anterior y entre las mismas partes: el acusado Emilio Teodoro , Alcalde en calidad de contratante y el coacusado Iñigo Leon , en calidad de contratista, si bien el contrato no se llegó a firmar*"

Se alega que de los documentos que obran en las actuaciones resulta que el expediente no fue meramente iniciado (lo que se correspondería con la mera providencia de Alcaldía de inicio de expediente), sino que incluyó numerosos elementos esenciales para la comisión de los delitos de malversación y prevaricación, entre ellos la retención del crédito y muy especialmente la resolución de la Alcaldía de adjudicación del contrato, redactada por el propio D. Emilio Teodoro . Y se hace mención de los documentos que obran a los folios 32, 49, 50, 51, 52, 53, 139, 140, 141, 142 y 143, donde constan claramente las retenciones y la resolución ilegal y arbitraria de adjudicar el contrato a Autoescuela Humanes, S.L.

Como recordábamos en la STS 1160/2011 de 8 de noviembre , el éxito de este motivo precisa los requisitos siguientes: 1º.- Que el mal denominado documento no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección). Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable. 2º.- Que el Tribunal de Casación no tenga que valorar al tiempo otros medios de prueba de naturaleza personal en los que la intermediación resulta trascendente para dicha valoración. Por ello se requiere que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..." 3º.- Que la conclusión discrepante de la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo de manera directa y sin recurrir a inferencias, es decir que el documento sea suficiente desde su mera literalidad para constatar el error. Es decir, que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen -lo que se conoce por "litosuficiencia". En definitiva, se requiere que el documento por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas. Y eso no puede afirmarse de los documentos que se señalan en apoyo del motivo, ninguno de ellos acredita con autonomía probatoria que se hubiesen cumplido los pasos esenciales y necesarios para sustentar la tentativa de esos delitos, pasos a los que nos hemos referido al examinar el anterior motivo, y que no aparecen descritos en los hechos que se declaran probados. Así las cosas, no se ha producido error en la valoración de pruebas documentales y el motivo debe ser desestimado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **DESESTIMAR** los recursos de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por el acusado D. Emilio Teodoro y por la acusación particular en nombre del Excmo. Ayuntamiento de Humanes de Madrid, contra sentencia dictada por la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 25 de noviembre de 20126, en causa seguida por delitos de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y falsedad de documento mercantil. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas con sus respectivos recursos. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

José Ramón Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andrés Palomo Del Arco



Pablo Llarena Conde Carlos Granados Pérez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ