

**Roj:** SAP M 14024/2016 - **ECLI:**ES:APM:2016:14024  
**Órgano:** Audiencia Provincial  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 23  
**Nº de Recurso:** 301/2016  
**Nº de Resolución:** 691/2016  
**Fecha de Resolución:** 25/11/2016  
**Procedimiento:** PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO  
**Ponente:** MARIA DE LOS ANGELES MONTALVA SEMPERE  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

### **Encabezamiento**

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de

#### **Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 9

37051530

**N.I.G.:** 28.079.00.1-2016/0026131

#### **Procedimiento Abreviado 301/2016**

**Delito:** Prevaricación administrativa

**O. Judicial Origen:** Juzgado de Instrucción nº 04 de Fuenlabrada

**Procedimiento Origen:** Diligencias Previas Proc. Abreviado 4651/2012

#### **S E N T E N C I A Nº 691/16**

***EN NOMBRE DE S. M EL REY:***

***Magistrados/as:***

D. JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ GÓMEZ

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

***Dª MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE (Ponente).-***

En Madrid, a 25 de Noviembre de 2016.-

**VISTA** en Juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial la **causa número 301/16**, procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Fuenlabrada, tramitada bajo el número DP núm. 4651/12, PA núm. 301/16, por el Procedimiento Abreviado, por Delito de PREVARICACIÓN, MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS y FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO MERCANTIL, contra Segismundo, con DNI nº NUM000 nacido en Madrigalejos (Cáceres) el día NUM001 de 1958, hijo de Luis Maríay Rita, con domicilio en Humanes de Madrid, CALLE000 nº NUM002, sin antecedentes penales, Zaira con DNI nº NUM003 nacida en Posadas (Córdoba), el día NUM004 de 1964, hija de Ambrosioy Azucena, con domicilio en Humanes de Madrid, CALLE001 nº NUM005, NUM006 sin Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 antecedentes penales, y Eleuterio, con DNI nº NUM007 nacido en Mejorada (Toledo), el día NUM008 de 1942, hijo de Héctory Julia, con domicilio en Humanes de Madrid, CALLE002 nº NUM009 sin antecedentes penales, representados respectivamente por el/la Procurador/a D. Jose Andrés Peralta de la Torre y Dª Mª Jesús García Letrado y defendidos respectivamente por el Letrado D. Santiago Arteche Gutiérrez, Dª Ana Pérez Egea y D. Crescencio Sobrino Paniagua, siendo parte acusadora: el Excmo Ayuntamiento de Humanes de Madrid, como Acusación Particular, representado por el Procurador Dª Mª Aranzazu López Orejas y asistido por el Letrado D. Ignacio Rodríguez de la Riva y el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Fiscal Doña María Lourdes Aznar García, designada Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D. MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE y en atención a los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.-**

**PRIMERO** .- Con fecha 27 de Octubre de 2014 el Instructor acordó pasar a Procedimiento Abreviado las Diligencias Previas número 4651/12, practicadas hasta entonces para determinar la naturaleza de los hechos denunciados, las personas que en los mismos pudieran haber tenido participación y el procedimiento aplicable, decidiendo dar traslado al Ministerio fiscal y Acusación Particular, a fin de que en el plazo de diez días solicitasen la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de lo actuado.

**SEGUNDO** .- Solicitada la apertura del juicio y previos los trámites procesales de rigor, este se ha celebrado los días 7 y 8 de noviembre de 2016, con el resultado que obra en el soporte para grabación de imagen y sonido que consta unido en las presentes actuaciones.

**TERCERO** .- El Ministerio Fiscal, modificó en parte sus conclusiones provisionales, elevando a definitivas las siguientes:

PRIMERA: a definitivas.

SEGUNDA: Calificó los hechos como constitutivos de:

A/ Un delito continuado de prevaricación tipificado y penado en el artículo 404 y 74 del CP, en su redacción dada por L.O 1/2015.

B/ Un delito continuado de malversación tipificado en los artículos 432.2 y 74 CP, en su redacción por la L.O 1/2015 y

C/ Un delito de falsificación de documento mercantil previsto y penado en

el artículo 392.1 en relación con el 390. 1. 2º CP.

Los anteriores delitos (A, B y C) concurren en concurso medial conforme a lo dispuesto en el artículo 77.ap 1 y 3 CP, redacción dada por L.O 1/2015.

D/ Un delito de prevaricación tipificado y penado en el artículo 404 según redacción dada por L.O 1/2015y

E/ Un delito de malversación previsto y penado en el artículo 432.2 CP, en su redacción por la L.O 1/2015.

Estos: D/ y E/ también concurren en concurso medial conforme a lo dispuesto en el artículo 77.ap 1 y 3 CP, redacción dada por L.O 1/2015.

TERCERA: Segismundo es responsable en concepto de autor del art. 28.1 CP de los delitos A/ y B/: delito continuado de prevaricación en concurso medial con delito continuado de malversación.

Eleuterio es responsable en concepto de cooperador necesario del artículo 28.2 CP de los delitos A/ y B/: delito continuado de prevaricación en concurso medial con delito continuado de malversación, y en concepto de autor del artículo 28.1 CP del delito C/: delito de falsificación documental en concurso medial con los anteriores.

Zaira es responsable en concepto de autora del art. 28.1 CP de los delitos D/ y E/: delito de prevaricación en concurso medial con delito de malversación.

CUARTA: No concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

Concurre en Eleuterio la atenuante prevista en el artículo 65.3 CP respecto de los delitos A y B.

QUINTA: Solicitando para el acusado Segismundo, las penas siguientes:

§ 12 años y 1 día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo por el delito A/

§ 4 años y 1 día de prisión y 8 años y 1 día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo por el delito B/.

§ Ambas penas, por aplicación del art. 77. 1y3 CP, se sustituirán por la pena única de 4 años y 2 días de prisión y 8 años y 2 días de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo.

Para el acusado Eleuterio, las penas siguientes:

§ 6 años y 1 día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo por el delito A/.

§ 3 años de prisión y 5 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo por el delito B/.

§ 7 meses de prisión y multa de 7 meses a razón de 12 euros cuota día con

Responsabilidad Personal Subsidiaria en caso de impago del artículo 53 CPy accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena por el delito C/.

§ Las referidas penas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 77. 1y3 CP, se sustituirán por la pena única de 3 años y 2 días de prisión y 5 años y 2 días de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo.

§

Para la acusada Zaira, las penas siguientes:

§ 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo por el delito D/.

§ 2 años y 1 día de prisión y 6 años y 1 día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo por el delito E/.

§ Ambas penas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 77. 1y3 CP, se sustituirán por la pena única de 2 años y 2 días de prisión y 6 años y 2 días de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo.

En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente, y la mercantil "Autoescuela Humanes S.L." como responsable civil subsidiario, al Excm. Ayuntamiento de Humanes de Madrid, en la cantidad de SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA EUROS (7.940,00 €) por el uso y destino privativo de dinero público.

Imponiendo por partes iguales a los acusados las costas, de acuerdo con el artículo 123 CP.

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016

**CUARTO** .- La Acusación Particular: Excmo Ayuntamiento de Humanes de Madrid, elevó sus conclusiones provisionales, a definitivas y calificó los hechos como constitutivos de:

A/ Un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP entonces vigente, en grado de consumado respecto del pago o compensación de los 7.940 euros del que son culpables Segismundo a título de autor y Zaira a título de cooperadores necesarios.

B/ un delito de malversación de caudales públicos en grado de tentativa respecto del importe de 5.510, 887 euros del art. 432 CP del que son culpables Segismundo y Eleuterio, este último de cooperador necesario.

C/ un delito continuado de prevaricación del artículo 404 consumado, siendo responsables Segismundo y Eleuterio, este último de cooperador necesario.

D/ un delito de falsificación de documentos oficiales del artículo 392 CP del que

son responsables Zairay Eleuterio.

Delitos de prevaricación y falsificación en concurso medial con el delito de malversación y a penar conforme al artículo 77 CP.

Responden los acusados en concepto de autores y/o cooperadores necesarios, según lo expuesto, no concurriendo circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

Procede imponer a cada uno de los acusados, la pena de 5 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta por el delito consumado de malversación y prevaricación y falsificación en concurso medial, así como la pena de 2 años de prisión y 4 de inhabilitación por el delito en grado de tentativa de malversación y el de prevaricación cometido en concurso medial.

Abonarán las costas, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Humanes con la cantidad de 7.940 euros, en aplicación en su caso de los intereses de demora previstos en el artículo 576 LEC.

**QUINTO** .- La defensa del acusado Segismundo en el mismo trámite, las elevó a definitivas y solicitó la libre absolución para su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables y subsidiariamente, para caso de condena, modificó su conclusión IV, en el sentido de solicitar la aplicación de la circunstancia atenuante del Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 artículo 21.6 CP por dilaciones indebidas. Solicitó asimismo, que se aplique el Código vigente en el momento de los hechos.

Las defensas de Zairay Eleuterio, solicitaron respectivamente, la libre absolución para sus patrocinados con todos los pronunciamientos favorables y se adhirieron a la modificación en los mismos términos que la defensa de Segismundo y así, la defensa de Zaira, al modificar, se adhiere a la circunstancia atenuante solicitada y eleva las conclusiones I/ II y III a definitivas, se modifica la IV/ , la V/ se añade, y la VI/ se amplía al considerar que no existe responsabilidad civil.

## **HECHOS PROBADOS.-**

**PRIMERO** .- Siendo el acusado Segismundo, 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 Eleuterio, 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 Segismundo y Eleuterio 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 Segismundo, 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 Eleuterio, 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 *Zaira* , 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 Eleuterio, 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 Eleuterio se negó a recibir la notificación de dicho requerimiento.

**CUARTO** .- Los cursos nunca se impartieron por la autoescuela del coacusado Eleuterio, 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 Segismundo, Alcalde en calidad de contratante y el coacusado Eleuterio, 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.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.-**

**PRIMERO.-** La relación fáctica que antecede, resulta probada en uso de la libre apreciación de la prueba que autoriza el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y efectuada por el Tribunal una valoración en conciencia de todos los medios practicados consistentes en: *interrogatorio de los acusados, testifical y prueba documental* , alcanzamos las siguientes conclusiones.

Bien, resulta clarificador establecer dos "bloques" de hechos: uno relativo al impago de tasas que abarca el período impositivo: 01/12/2008 a 19/10/2009 y cuya deuda asciende a 7.940 euros y un segundo bloque respecto de otro período, que se inicia a partir del 20/10/2009.

Mantienen sendas acusaciones: Ministerio fiscal y el Excmo Ayuntamiento de Humanes de Madrid, que los hechos que se imputan son constitutivos de los siguientes delitos: en cuanto a la calificación del Ministerio fiscal, constitutivos de un delito continuado de prevaricación, un delito continuado de malversación y otro de Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 falsificación de documento mercantil, todos en concurso medial y respecto de los hechos ocurridos en lo que hemos incardinado en el "bloque 2": de un delito de prevaricación en concurso medial con otro de malversación.

Y la Acusación Particular, concluye que los hechos son constitutivos de cuatro delitos: 1/ un delito de malversación de caudales públicos respecto del pago o compensación de los 7.940 euros, del que según su calificación, son culpables Segismundo a título de autor y Zairay Eleuterio a título de cooperadores necesarios. 2/ Otro delito de malversación de caudales públicos en grado de tentativa respecto del importe de 5.510, 887 euros del que son culpables Segismundo y Eleuterio, este último como cooperador necesario. 3/ Un delito continuado de prevaricación del que son responsables los acusados Segismundo y Eleuterio, este último como cooperador necesario, y: 4/ Un delito de falsificación de documentos oficiales del que son responsables Zairay Eleuterio. Delitos de prevaricación y falsificación en concurso medial con el delito de malversación.

Analicémoslo.

**SEGUNDO** .- Queda acreditada la comisión de un delito de prevaricación- desarrollaremos posteriormente qué acusados son autores en sentido estricto, autores materiales y a quiénes se les "consideran" también autores ex artículo 28 ap. 1 y 2 del Código Penal-, un delito de malversación de caudales públicos y otro de falsedad de

documento mercantil, en concurso medial conforme al artículo 77 del mismo texto legal, y ello con prueba que supera con creces el mínimo exigible para enervar la presunción de inocencia que a priori, les amparaba.

Vamos a enumerar los elementos que configuran en primer lugar, el delito de *prevaricación* ex artículo 404 CP, delito de infracción del deber propio y de propia mano, consistente en dictar una resolución administrativa arbitraria a sabiendas. El bien jurídico protegido, está integrado por el correcto funcionamiento de la Administración pública: el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución, que impone a los poderes públicos "el deber de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Se exige: 1) El dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo. 2) Contraria a derecho: ilegal. 3) Que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable. 4) Que ocasione un resultado materialmente injusto. Y: 5) Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho.

Debiendo incidir en que por resolución ha de entenderse, todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral. Lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo y debe tratarse de una resolución arbitraria: "objetivamente injusta", es decir, "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

**TERCERO** .- Dichos requisitos concurren en el caso que nos ocupa, cuando el acusado Segismundo, a la sazón Alcalde del Excmo Ayuntamiento del municipio de Humanes de Madrid (Madrid), y el coacusado Eleuterio, suscriben un contrato por un servicio, objeto o prestación que se adjudica a la empresa del acusado Eleuterio, 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 Eleuterio, 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 Eleuterio y a 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 Segismundo y Eleuterio y adjudicado el servicio por el acusado Segismundo a la empresa de Eleuterio, se contabilizó la factura como abonada por compensación, con el visto bueno y aprobación de la coacusada Zaira, en aquél momento Concejala de seguridad ciudadana, además de tener atribuidas otras competencias, y todo Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 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 y en cuanto al delito de *malversación de caudales públicos*, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia dictada por su Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 600/2014 de 3 Sep. 2014, confirma la condena por delitos de prevaricación continuada, malversación y falsedad documental en concurso medial, del acusado (entre otros), ex Teniente de Alcalde que, simula contratos de asesoría jurídica 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 nos reseña el Alto Tribunal que:

..."Las órdenes de pago y los contratos constituyen resoluciones prevaricadoras por su clamorosa arbitrariedad, incardinables en el tipo del art. 404 CP...Con contravención expresa y consciente de la normativa vigente de la contratación en el ámbito de las empresas públicas, evidente daño a la causa pública y pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

En cuanto a la falsificación de facturas, (se señala), ni es atípica como falsedad ideológica, ni subsumible en la prevaricación, sino que se pena autónomamente dentro del concurso delictual para cubrir todo el desvalor de las acciones cometidas, que atentan a distintos bienes jurídicos: *actuación arbitraria, apropiación de caudales y mutación de la verdad con perjuicio al tráfico jurídico*, (con aplicación de la regla del art. 77 CP para imponer la pena)".

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

El recurrente... dispuso del erario público acordando pagos a dos personas bajo la apariencia de unos servicios de asesoría *que en realidad no existieron --ni podían existir-- causando un efectivo daño al erario público* (el subrayado y cursiva es de la Sala). Es clara su responsabilidad a título de autor material en relación al delito de malversación de fondos públicos. El recurrente tenía de facto la disponibilidad de los fondos con independencia de que las órdenes de pago dadas por él tuvieran que Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 materializarse en documentos y firmas de otros funcionarios...En esta situación, el recurrente aunque no tuviera directamente confiados tales caudales, ostentaba poderes y capacidades suficientes para como Vicepresidente disponer y ordenar pagos, aunque después estas órdenes fueran ejecutadas administrativamente, *que la intervención de pagos --si es que existió-- no se apercibiera de la ilegalidad, no borra ni disminuye la responsabilidad del recurrente...*".

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

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

Destacables resultan en esa misma línea, otras como las SSTS 657/2013, de 15 de julio y 49/2010, de 4 de febrero. Así y volviendo al delito de prevaricación administrativa, declaran 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. Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

De entre las más recientes: STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 358/2016 de 26 Abr. 2016, sobre supuesto en el que entre otros hechos, se enjuicia la presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, con el fin de obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos, y también respecto del delito de prevaricación, reseña que:

"En el presente caso, y en los hechos declarados probados, que se han dejado expuestos, se declara que hubo un concierto de los acusados para que el Sr. xxxxxx, que por su condición de funcionario público no podía contratar con otras Administraciones Públicas, obtuviera beneficios de fondos públicos, por servicios no prestados, y sin que se realizara por el Ayuntamiento de Arrecife ni por INALSA expediente alguno de contratación como asesor de dicho señor, y lo que es más importante que el reconocimiento de obligación y las órdenes de pago de las minutas presentadas por xxxxxxxxx, a sabiendas de que no correspondían a la prestación de servicio alguno, tanto al Ayuntamiento de Arrecife como a INALSA, fueron firmadas por los Concejales del Ayuntamiento de Arrecife y por la Consejera Delegada y Gerente de INALSA en cumplimiento de dicho concierto, y con conocimiento de que las minutas no obedecían a prestación alguna. Y ello constituye el dictado de una resolución absolutamente arbitraria e injusta, contraria al ordenamiento jurídico y lesiva del interés colectivo. *Y esa falta de contratación y la inexistencia de la prestación dejan sin contenido las alegaciones que se hacen, en defensa del motivo, de que se trataba de*

*un contrato menor y que se debería separar las cantidades abonada por distintos ejercicios y lo mismo sucede con la alegación de que su naturaleza es civil y no administrativa, cuando esa contratación no existió ni existió tampoco la prestación , siendo de dar por reproducidos los correctos razonamientos expresados en la sentencia recurrida para rechazar estas alegaciones..."* (La letra cursiva es de la Sala).

Y en cuanto al delito de *malversación de caudales públicos* , una ya antigua Sentencia de nuestro Alto Tribunal: Sentencia de 22 de enero de 2004, señalaba que, en relación con la interpretación de este delito, hay que ser especialmente riguroso con el control de fondos públicos, por parte de quien es depositario y gestor de los mismos. Y no es preciso que se demuestre que tales fondos hayan sido aplicados a usos propios, por ser en ocasiones, una prueba imposible, sino que *basta con que no se aporte o se devuelva el dinero recibido, o no se produzca la justificación de su pago* (SSTS 1004/1994 y 236/1996). En el caso que ahora enjuiciamos, esa justificación es ficticia al basarse en factura falsa.

Por tanto, y en el caso que enjuiciamos, también nos hallamos ante esta figura delictiva resultando que su denominador común es el daño constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerle porque como custodios de la legalidad son los primeros obligados a respetarla, y esta quiebra puede producir y de hecho, hoy más que nunca, produce, devastadores efectos en los ciudadanos.

Este tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que, *basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público.*

Y destacamos, por último, otra todavía más reciente: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal: Sentencia 699/2016 de 9 Sep. 2016, (supuesto en que sin existir contratación con la Concejalía de Modernización y sin ejecutar trabajo alguno, se presentaron al cobro dos facturas a dicha Concejalía).

#### **CUARTO .- Prueba y calificación jurídica .**

A/ Por tanto, y como explicaremos, queda acreditada la comisión de:

1/ Un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del CP, del que responde el acusado Segismundo a título de autor material y el acusado Eleuterio, a título de cooperador necesario.

2/ Un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal, respecto de la compensación de la deuda que mantenía la empresa del coacusado Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 Eleuterio derivada de impago de tasas y que ascendía a 7.940 euros, debiendo responder el acusado Segismundo en calidad de autor y los acusados Eleuterio y Zaira, a título de cooperadores necesarios.

Y 3/ Un delito de falsificación de documento mercantil previsto y penado en el artículo 392.1 en relación con el 390.1.2º del Código Penal, del que debe responder el

acusado Eleuterio a título de autor material.

Todo ello conforme al artículo 28. ap.1 y 2 del Código Penal y en concurso medial a tenor del artículo 77 del Código Penal.

B/ No hay excusa como pretende la defensa, cuando se alega, en concreto por el acusado Segismundo, 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. Gloria, quien declaró que: " *Fue Secretaria de Segismundo hasta el 9 de noviembre de 2010, fecha en que cesa por enfermedad común y cuando se incorpora ya no estaba D. Segismundo 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 redunda en su beneficio como prueba de descargo, ni tampoco queda probado que existiese una "mano negra" que le coló esa firma.

Retomemos las SSTs de 31 de Marzo de 2004, 23 de enero y 3 de septiembre de 2014, respecto de la falta de reparo por la Interventora, cuando nuestro Alto Tribunal, hace hincapié en 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***".

Y así, 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 Eleuterio, (es decir: contratante y Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 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).

Incidamos al respecto en que, por resolución se entiende todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo y afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral.

**QUINTO** .- Respecto de la cantidad compensada, se pretende "justificar" también con la adquisición de unos "karts" por parte de la empresa del coacusado Eleuterio puesto que según tesis de la defensa, el valor de esos karts que tiene el Ayuntamiento formaría parte de la deuda compensable. Ello tampoco es creíble, amén

que obra al folio 100 del Rollo de Sala, un Certificado del Vicesecretario-Interventor del Ayuntamiento en el que se certifica que en una nave propiedad del Ayuntamiento, se encuentran almacenados seis karts marca BERG TOYS BV, modelo BERG DELTA AF, que no coinciden con los reseñados en la factura aportada por el coacusado al folio 272 de las actuaciones, descritos como "Kart pedales Hexagon", figurando como vendedora la mercantil "Seromotor S.A".

En efecto, obra al indicado folio 272, una factura por la compra de seis karts de pedales "Hexagon", por otra cantidad no coincidente con la finalmente compensada. En concreto, "Autoescuela Humanes" abonó por esos seis karts 3.038,04 €; pues bien, la cantidad que cuadra al milímetro con su 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 NUM010 en período ejecutivo)

+ 3.143, 72 euros (derivados de liquidación pendiente con recargo ejecutivo)  
= 7.940, 00 euros.

7.940 euros que es la cantidad exacta por la que se expide la factura: vid doc. 6 al folio 32. Cantidad que no "cuadra" como se pretende por la defensa, cuando se quiere introducir la del importe de compra de los karts si el curso no se impartió, pues los karts se adquirieron por 3.038,04 euros, entonces: ¿el resto hasta los 7.940 euros?, ese resto no se justifica porque el curso no se impartió.

Recapitulando: 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 Eleuterio 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*.

¿Qué lógica tiene pretender que se integre en esos 7.940 euros el importe de los karts para impartir un curso si el curso no se dio? Si la tesis de la defensa es que formaba parte de la deuda a compensar el importe de los karts para impartir ese curso que no se dio, esa tesis se desmorona quedando acreditado con creces, quién los daba al menos desde el año 2009 y así igualmente lo manifestó el testigo Policía Local núm. NUM011 y quién los impartió en los años siguientes, como también informaron los directores y jefes de estudios de los colegios del municipio al folio 39 y ss y el propio funcionario responsable (doc. 16 al folio 42 y ss), corroborado ello con la negativa del acusado Eleuterio a recibir hasta en dos ocasiones: el 15 de junio y 11 de julio 2002 (folios 47 y 48), el requerimiento para que justificase ese concepto por el que se expide la factura, sin que *en ese momento* justificara al menos parte de lo que sostiene que era deuda compensable con la aportación de la factura de los karts.

Es de sentido común concluir que si sostienen las defensas que existía una deuda compensable a favor del coacusado Eleuterio y por tanto contra el Ayuntamiento por el mismo importe que debía Eleuterio, y esta fuese una deuda real, hubiese sido sencillo justificarlo *desde el mismo instante* en que se le requirió y no se hizo.

Por otro lado, los procedimientos regulados en el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se rigen por los preceptos contenidos en el mismo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Cuando se adjudicó y firmó el contrato el 3 de febrero de 2010, (folio 29 y ss), estaba en vigor la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (hoy derogada por la disposición derogatoria única de dicho Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), y en ese sentido, como ya hemos dicho, se trató de un contrato menor ex artículo 95 de dicho texto legal (contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos ), ahora bien, no por ser contrato menor está exento de su obligada transparencia, tratándose de una adjudicación a la postre delictiva, por ficticia para condonar una deuda en detrimento del erario público. Y debemos insistir en que se trataba de cursos que siempre se impartían por la Policía Local, lo cual, además, está revestido de lógica.

También el artículo 75 vigente en ese momento de la Ley de Contratos del Sector Público, establecía en cuanto a la retribución del contratista que, los órganos de contratación debían cuidar que el precio fuese adecuado para el *efectivo* cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, y aquí ¿cuáles fueron los parámetros o referencias para esa estimación si hasta esa fecha (y siempre) se impartían los cursos por la Policía Local? ¿Cuál era el precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación o en el momento en que se adjudicó el contrato? Lo único claro y así se acredita, es que el precio ficticio debía cuadrar con la deuda pendiente, ese fue el único parámetro.

Y tampoco se trata de una factura proforma, entre otras razones, porque esta debe especificar que es proforma (equivalente a un presupuesto) y porque se expide en fecha 17 de febrero de 2010 y se presenta al día siguiente, cuando en el contrato se fijan como fechas para la impartición del curso, fechas anteriores: 8, 9, 10, 11 y 12 de febrero, luego en teoría ya tenían que haberse impartido las clases, sin que se acredite que no pudieron impartirse en esas fechas, ni por carnavales ni por otra causa, cuando lo acreditado es que no se impartieron ni en esas ni en ninguna otra. Y si todos sabían que las clases no se podían dar en esas fechas ¿por qué se presentó la factura el 18 de febrero de 2010? (que es la fecha del registro de entrada: folio 32). Desde luego esas incoherencias no favorecen a los acusados.

Añadamos que conforme a dicha Ley de Contratos del Sector Público, estos deben ser necesarios e idóneos para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales y a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, *deben ser determinadas con precisión, dejando constancia* de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. (vidart. 22 LCSP30/2007 hoy Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 derogada) ¿qué documentación se aportó o cómo se justificó esa necesidad e idoneidad que a la postre suponía cambiar un servicio como impartir clases de seguridad vial a los escolares, que funcionaba bien? ¿Qué justificaba ese cambio de servicio? Ello refuerza, más si cabe, la arbitrariedad cometida.

Lo que queda probado, pues, es que no se impartieron, siendo ficticia dicha factura y cuando al acusado Eleuterio, se le requirió para que justificase si fueron impartidas las clases, no lo hizo, pudiendo hacerlo fácilmente si fuese verdad (facilidad probatoria). Por tanto, no cuadra la tesis de la defensa y sí al milímetro la factura

inventada para compensarla con su deuda.

**SEXTO** .- 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 3.143,72, 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. NUM012y núm. NUM013son 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. NUM014.

Es decir, que frente al alegato de la defensa a efectos también de determinar la responsabilidad civil, respecto a que ya no se debe nada, hay que hacer hincapié, por un lado, en que no se desvirtúa la prueba de cargo porque se continuaran generando impagos después del último período cerrado a 19/10/2009. No se desvirtúa si se finge una factura por un servicio también ficticio derivado de dos períodos impositivos porque se siguiera generando deuda, lo cierto es que la que se genera en esos dos períodos cuadra al céntimo, debiendo añadir que cuanto mayor es la solicitud de retención de crédito, menos posibilidades de cobro rápido y por ende, de extinción de la deuda u obligación en el caso, por compensación equivalente a extinción exartículo 1156 del Código Civil(Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento, pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda, confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación o por la novación), por ello tampoco interesaba retener más crédito si el solicitado la primera vez se denegó.

Y por otro lado, y en cuanto a que ya no se debe nada, el Tesorero en el repetido Informe -folio 315-, reseña que el 31/10/2011 se embargan 6.000 euros de la cuenta bancaria de "Autoescuela Humanes" por los períodos impositivos que abarcan desde el 20/10/2009 al 04/05/2010.

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.

Además de la prueba documental, todo ello igualmente se acredita con prueba testifical, y así, el actual Alcalde Sr. Carlos Francisco, 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 Eleuterio 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. Mariola, 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...Que en 2011 y 2012 se empezó a hablar de la irregularidad de la factura, previo a la judicialización..."*.

Ello igualmente refuerza la tesis de la acusación porque si nada sabía el Alcalde sobre lo que firmó o dejó de firmar y nada tuvo que ver la concejala coacusada, ¿por qué tanta insistencia? Es imposible insistir sobre lo que no se conoce.

**SÉPTIMO** .- Se hizo también mucho hincapié por las defensas en la



innecesariedad de acudir a la vía penal, restrictiva por naturaleza, porque existe la vía administrativa, ya que se podía haber anulado el contrato o se podía haber canalizado la investigación por el Tribunal de Cuentas. Es evidente, que acudir a esta vía penal, es tan legítimo como utilizar otro cauce, si los hechos tenían apariencia delictiva, apariencia que hoy se convierte en certeza, nada más y nada menos. En ese sentido, no viene mal recordar que el artículo 78. 1 de nuestra Ley de Bases de Régimen Local -Ley 7/1985- establece que: "Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable".

**OCTAVO** .- 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.

Al respecto, la STS de 3 de marzo de 2011, trata la cuestión y reseña otra anterior, de 7 de febrero de 2007, según la cual: "En la actualidad se sigue ampliamente la teoría Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid -Procedimiento Abreviado 301/2016 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 equívocos, sólo la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con 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".

Por tanto, 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.

**NOVENO** .- Participación de los acusados y grado de participación.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevaricación, un delito de malversación de caudales públicos y otro de falsedad de documento mercantil, en concurso medial, sin que apreciemos continuidad delictiva, al existir una única contratación delictiva, interpretando además, que todas las firmas estampadas forman parte de un único expediente de contratación, del que es su colofón el Decreto del Alcalde, que acuerda resolver a favor de la compensación de deudas basada en una factura falsa.

Entendemos por tanto, que no concurren los requisitos de la continuidad delictiva que mantiene la acusación.

De dichos delitos responden:

A/ El acusado *Segismundo* , como autor material exartículo 28.1 CP, de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación.

B/ El acusado Eleuterio, como cooperador necesario exart. 28.2 CP, de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación.

Y como autor material de un delito de falsedad documental: falsificación de documento mercantil, en concurso medial con los anteriores.

Al respecto, y en cuanto a los dos primeros delitos, incidir en que el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación, como igualmente en un delito de malversación de caudales públicos, cometido por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario (en ese sentido: SSTS 501/2000, de 21-3; 76/2002, de 25-1; 627/2006, de 8-6; 222/2010, de 4-3; 303/2013, de 26-3y 773/2014, de 28 de octubre). Todo ello con la consiguiente especialidad penológica prevista en el artículo 65.3 del CP: "Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate". Beneficio penológico que solicitó el Ministerio fiscal y la Sala aplicará. Destacable también, la STS de 3 de septiembre de 2014, que en un delito de prevaricación reseña lo siguiente: "La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito ni siquiera ha sido cuestionada... Se trata de un delito especial propio, sólo de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. En relación a los otros dos condenados y recurrentes ... es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el art. 28 del Código Penal, como tales "extraneus" puedan ser no autores materiales del delito de prevaricación, pero sí autores por cooperación necesaria como así les califica la sentencia recurrida, siendo unánime la jurisprudencia de esta Sala en relación a la punición del extraneus... Bien que de acuerdo con el art. 65 del Código Penal incurran en una penalidad inferior..."

Por tanto, la participación de quien no ostenta la condición de funcionario público debe ser calificada de cooperación necesaria en el delito especial propio cometido conforme al principio de accesoriadad, es decir, a través de su contribución como "extraneus". Y así el coacusado Eleuterio con su conducta, consistente en inventar una factura aportándola al expediente de contratación, para que en dicho expediente se pudiese justificar un pago que resulta finalmente indebido, por cuanto, fue extinguida su deuda por una compensación basada en la prestación de un servicio irreal, conduce a Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 considerarle partícipe criminalmente de los delitos de prevaricación y malversación que comete el acusado Segismundo, a la sazón Alcalde, quien con esa irregular y delictiva contratación basada en la negociación de un servicio fingido y el Decreto arbitrario dictado a sabiendas de su arbitrariedad, detrae del erario municipal 7.940 euros, 7.940 euros que no debieron ser compensados, sino cobrados con el pago real derivado de tasas impagadas.

Los acusados en uso de sus legítimos derechos, sólo quisieron responder a las preguntas de sus defensas, pero sus versiones exculpatorias no son convincentes ni lógicas ni creíbles, cuando aquí son los documentos incriminatorios los que "cantan", cuya valoración viene corroborada con otros medios de prueba, porque es injustificable esa factura, que sirve de apoyo como requisito ineludible a la contratación ficticia, documento suscrito por ambos y creado para contratar un servicio que no se prestó, (véase fechas de la impartición de clases y fecha posterior de la factura y resto de prueba practicada) y así poder conseguir la extinción de una deuda por compensación y en detrimento de las arcas municipales.

C/ La acusada *Zaira*, es responsable en concepto de cooperadora necesaria de un delito de malversación de caudales públicos respecto del pago o compensación de los 7.940 euros, consistiendo su conducta en dar el visto bueno y conformidad a la factura falsa, sin cuya formalidad no se hubiese tenido por compensado el pago (folios 32 y 33 y 117).

Y tampoco se puede escudar en que nada sabía sobre el origen y finalidad de esa factura, cuando el testigo Funcionario de Policía Local núm. NUM011, declaró que "*La concejala le dijo que ese año los cursos se impartirían por la autoescuela...*", testigo al que la Sala creyó, sin que resulte convincente ni creíble que supiera que se iba a tramitar esa contratación y no supiera que debía facilitar la misma, con el visto bueno y conformidad a la factura que debe adjuntarse al expediente.

Por otro lado, no es lógico ni tiene sentido que se sostenga que se quisiera anular esa factura cuyo pago se aprobó por la coacusada, cuando lo cierto es que no se anuló pudiendo hacerse, debiendo añadir que tanto la concejala como el alcalde, podían haber instado la revisión de oficio para su nulidad y no se hizo. Ello viene además corroborado por el testimonio de Doña. Mariola, entonces Interventora del Ayto. quien manifiesta que no sabía que se quería anular, y sí que sólo se quería cobrar, recordemos que declaró que: "*Había interés por la concejala y el alcalde para que se tramitara con Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 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...*".

**DÉCIMO** .- Circunstancias modificativas de responsabilidad criminal e Individualización de la pena.-

A/ Circunstancias modificativas de responsabilidad criminal : no concurre la atenuante que invocaron las defensas, relativa a las dilaciones indebidas. En efecto, nos encontramos con una causa cuya instrucción no fue sencilla, presentándose la querella el 11 de octubre de 2012, admitida a trámite por Auto de 17 de diciembre de 2012, donde hubo cuatro imputados hasta dictarse Auto de procedimiento abreviado finalmente contra tres, (al folio 303) el día 27 de octubre de 2014, por lo que instruir en ese plazo es hacerlo en un plazo razonable por la entidad de los delitos que se denunciaron, sin que a partir de dicho trámite se dilatara de forma que deba tener repercusión penológica.

A partir de dicho dictado, se recurre en reforma por los acusados, desestimado por otro de 28 de enero de 2015, que se apela, siendo resuelto recurso de apelación en virtud de Auto dictado por esta Ilma Audiencia Provincial, Sección 16ª, el 7 de abril de 2015, decretándose apertura de juicio oral en virtud de Auto de 10 de septiembre de 2015, calificando las defensas el 16 de diciembre de 2015, elevándose las actuaciones el 21 de diciembre de 2015, recibidas por la Sala el 25 de febrero de 2016, dictándose Auto de admisión de pruebas el 30 de marzo de 2016, y acordándose por Diligencia de Ordenación de 18 de abril de 2016, señalamiento para los días 7 y 8 de noviembre, existiendo prueba documental admitida con cumplimentación pendiente, lo que justifica que no se señalase inmediatamente.

Por tanto, no se aprecian paralizaciones que se puedan tildar de extraordinarias. Al respecto, la Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones y así por ejemplo, decíamos en Sentencia dictada el 12 Abr.2016, Rec. núm. 1405/2015 que: "Nuestro Tribunal Supremo en Sentencia 464/2014 de 3 Junio recoge un compendio de la jurisprudencia relativa a esta materia y señala: "La dilación indebida es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 también su doble faceta prestacional - derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional - traducándose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

Y dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2.

En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia...

Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo; y 506/2002, de 21 de marzo); ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años (SSTS 91/2010, de 15-2; 235/2010, de 1-2; 338/2010, de 16-4 y 590/2010, de 2-6); o 5 años y medio (STS 551/2008, de 29 de septiembre)".

De otra parte, en las Sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora *entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio*. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las Sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (10 años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (8 años).

Por último, el TS en Sentencia 1009/2012 de 13 de diciembre, afirma que se exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de esta atenuante: a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación; b) su no atribuidad al propio inculcado; y c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

Requisitos que no concurren, por lo que la Sala concluye que no se ha vulnerado el derecho de los acusados, como derecho de todo justiciable, a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, habiéndose juzgado, pues, en un plazo razonable.

#### B/ Individualización de la pena.

No existiendo, circunstancias modificativas, y por mor del artículo 66.1. 6.ª del Código Penal, aplicaremos las penas en la extensión que vamos a explicar, adecuada, en atención a las circunstancias personales de los acusados y gravedad de los delitos cometidos por estos. Vamos a determinarlas.

Legislación más favorable: es obvio, como se apuntó por el Ministerio fiscal, (el cual se decanta por la redacción actual habida cuenta la reforma operada por LO 1/2015, frente a la acusación particular que lo hace por la legislación vigente en el momento de la comisión), que no es posible aplicar parte de un Código y parte de otro.

Vamos a comparar ambas legislaciones para analizar cuál es la más favorable, si la actual, según redacción operada por LO 1/2015, que es la que aplica el Ministerio fiscal o la vigente en el momento de la comisión, que es la que aplica la acusación particular y solicitó la defensa con carácter subsidiario.

### 1) Delito de malversación.

La nueva redacción del art. 432 del CP, que no contiene una definición legal completa de la conducta malversadora, establece quién es el sujeto activo del delito y su objeto material, pero remite a las conductas definidas en los artículos 252 del CP Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016: administración desleal y 253 del CP: apropiación indebida. El Ministerio fiscal, acusa por el actual artículo 432.2, y así se determina en este precepto -ap.2- lo siguiente: *Se castiga a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público, con una pena de **prisión de dos a seis años**, inhabilitación **especial** para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo **de seis a diez años**.*

Frente a ello, el artículo 432.1 del antiguo Código Penal vigente cuando se produjeron los hechos, disponía que: "La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de **prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años**".

### 2) Delito de prevaricación.

El actual artículo 404 que regula el delito de prevaricación establece que: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de ***inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años***". Y según redacción anterior, se castigaba a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo *con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de **siete a diez años***".

3) En cuanto al delito de falsedad, no ha variado su redacción, y así el artículo 392.1 CP, castiga al particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, con las penas de *prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*. Ello en relación con su artículo 390.1. 2º: Simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

Pues bien, como quiera que un delito es medio necesario para cometer los otros, vamos a ver cómo se pena conforme al artículo 77 del CP, que regula el concurso medial, resultando que el actual art.77.3 determina que: "En el segundo caso -cuando uno de los hechos sea medio necesario para cometer otro-, se impondrá una *pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave*, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior".

Por tanto, en cuanto a la pena imponible para el acusado Segismundo, como autor material de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de

*malversación* , sería la siguiente: siendo la más grave, la del delito de malversación según redacción operada por LO 1/2015: *prisión* de 2 a 6 años e *inhabilitación especial* para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 6 a 10 años (frente a la pena de prisión de 3 a 6 años e inhabilitación *absoluta* por tiempo de 6 a 10 años del anterior artículo 432), la pena superior se determinaría, partiendo de su cifra máxima: 6 años de prisión, y 10 de inhabilitación, y aumentando su mitad, es decir: 9 años de prisión y 15 años de inhabilitación, siendo éste su límite máximo y el mínimo, sería el máximo señalado por la ley para este delito incrementado en un día (o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer), es decir, el mínimo cuya extensión es la que vamos a imponer por ser la más adecuada y proporcional, valorando la concretas circunstancias de los acusados y la entidad de los delitos, quedaría en:

6 años y 1 día de prisión y 10 años y 1 día de inhabilitación, si penamos conforme al concurso medial.

Vamos a ver la determinación si se pena separadamente, puesto que la determinada por concurso medial, no puede exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos.

Si ya hemos establecido que aplicaremos el mínimo legal exartículo 66.1.6 CP, al acusado Segismundose le impondría una pena de *2 años de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 6 años conforme al nuevo artículo 432.2 CP y por el delito de prevaricación, otra pena de inhabilitación especial por tiempo de 9 años* . La pena de prisión resulta inferior si se pena separadamente pero la de inhabilitación especial resulta superior:  $6+9=15$ .

Ciertamente, la pena de 2 años de prisión conforme al artículo 33.3 CP es pena menos grave, mientras que la de inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años se considera pena grave, luego tanto si se pena por concurso medial, como si se pena por separado, la inhabilitación siempre será grave al ser de un modo u otro, superior a cinco años, y la de prisión, es menos grave también con ambas modalidades, (prisión de 3 meses hasta 5 años), aun así, la pena más gravosa de todas es la privación de libertad, luego debe imponerse a D. Segismundo, prisión de 2 años *por ser más favorable esa punición por separado* , cuando además puede ser suspendida su ejecución, (solo puede, no es preceptivo) y en cuanto a la inhabilitación especial por tiempo de 6 años por el delito de malversación y otros 9 años de inhabilitación por el delito de prevaricación, total: 15 años, estamos en los límites de la acusación fiscal que al penar por separado, solicita la imposición de 12 años y 1 día de inhabilitación especial por el delito de prevaricación y 8 años y 1 día de inhabilitación especial por el delito B/: malversación, total pena de inhabilitación solicitada por la acusación= 20 años y 2 días de inhabilitación.

Acusado Eleuterio: *cooperador necesario de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación y autor material de un delito de falsedad documental: falsificación de documento mercantil, en concurso medial con los anteriores.*

Resulta aplicable el mismo criterio ya explicado. Partimos del actual Código Penal, y si penamos *separadamente* , aplicamos las tres penas en su grado mínimo: por el delito de malversación 2 años de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 6 años. Por el delito de prevaricación: inhabilitación especial por tiempo de 9 años y por el delito de falsedad documental: 6 meses de prisión y multa de seis meses a razón de

6 euros cuota día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex artículo 53 de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Vamos a atenuar dichas penas, aplicándose las *inferiores en grado* por mor del artículo 65.3 CP, en relación con el 70 en cuanto a su determinación, es decir, respectivamente:

*por el delito de malversación: 1 año de prisión y 3 años de inhabilitación especial, por el delito de prevaricación: inhabilitación especial por tiempo de 4 años y 6 meses y por el delito de falsedad documental: 3 meses de prisión y 3 meses de multa.*

Igualmente, estaríamos en los límites de la acusación fiscal que al penar p or separado, solicita la imposición de 6 años y 1 día de inhabilitación especial por el delito de Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 301/2016 prevaricación y 5 años de inhabilitación especial por el delito B/: malversación, total pena de inhabilitación solicitada por la acusación= 11 años y 1 día de inhabilitación.

Y si penamos como concurso medial del artículo 77.3 del CPLO 1/2015: pena superior a la infracción más grave, como ya hemos explicado, la infracción más grave se corresponde con el delito de malversación: prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. La pena superior se determina, partiendo de su cifra máxima: 6 años de prisión, y 10 de inhabilitación, y aumentando su mitad: 9 años y 15 años, siendo éste su límite máximo y el mínimo, el máximo señalado por la ley para este delito incrementado en un día (o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer), es decir, el mínimo cuya extensión ya explicamos antes que es la que vamos a imponer, quedaría en 6 años y 1 día de prisión y 10 años y 1 día de inhabilitación, atemperada por mor del artículo 65.3 en un grado inferior, : 3 años y 1 día de prisión y 5 años y 1 día de inhabilitación, que igualmente resulta más gravosa que si se pena separadamente, por las mismas razones que hemos explicado cuando hemos individualizado la pena del acusado Segismundo.

Acusada Zaira, es *responsable en concepto de cooperadora necesaria de un delito de malversación de caudales públicos* . Hemos acogido la calificación de la acusación particular respecto de esta acusada (ap. A de su conclusión IV), más aplicaremos la nueva legislación por ser la más favorable, como hemos reiterado.

Castigándose el delito exart. 432.2 con pena de prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial por tiempo de 6 a 10 años, se le impone la pena en su grado mínimo valorando los parámetros previstos en el artículo 66.1.6ª CP.

Nuestro Código Penal, distingue en el artículo 28 entre autores y cooperadores necesarios pero sanciona ambas conductas de la misma forma, aunque no sean idénticas. En efecto, el cooperador es un colaborador que precisa de la existencia de un hecho ajeno al que aporta algún elemento relevante. La coautoría precisa de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, unido a alguna clase de aportación objetiva y causal al hecho típico. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid -



Procedimiento Abreviado 301/2016 integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas y que exista un condominio funcional del hecho con alguna aportación al mismo en la fase ejecutoria. Sin embargo, la cooperación se caracteriza, por la subordinación del colaborador al autor, *a cuya conducta realiza alguna aportación que, sin participar del acuerdo ni suponer acto de ejecución del núcleo del tipo, coadyuva al resultado en cuanto se trata de una aportación relevante.*

El aspecto relativo a la trascendencia de lo aportado permite distinguir dos tipos de colaboradores: el cooperador necesario, cuando realiza una aportación sin la cual el hecho no se habría efectuado, artículo 28.b) CP, *cual es el caso que enjuiciamos* y el cómplice, en los demás casos.

Y con el visto bueno y conformidad de la factura, la acusada ejecutó una aportación o participación eficaz, un auxilio eficaz o una contribución relevante, sin la cual la factura no se hubiese contabilizado como pagada y por tanto, no se hubiese conseguido la compensación basada en un crédito ficticio a favor del coacusado Eleuterio.

Tratándose pues de una intervención decisiva para la materialización del delito de malversación, debe ser condenada como cooperadora necesaria a las penas antedichas: prisión de 2 años e inhabilitación especial por tiempo de 6 años, frente a la petición de la acusación particular: 5 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta.

#### **DUODÉCIMO . - Responsabilidad Civil.**

A tenor de los artículos 109,110 y concordantes del Código Penal, los responsables criminalmente de un delito o falta lo serán también civilmente, quedando obligados a reparar los daños y perjuicios causados.

Por ello, los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente y la mercantil "Autoescuela Humanes" como responsable civil solidaria a tenor del artículo 122 del Código Penal, al Excmo Ayuntamiento de Humanes de Madrid (Madrid) en la cantidad de 7.940 euros por el uso y destino privativo de dinero público, habiendo razonado la Sala en el F.J ordinal sexto, por qué persiste esa deuda al haberse detraído del erario público en concepto de compensación ficticia, y decíamos que los fraccionamientos concedidos y finalmente abonados, se corresponden con períodos impositivos posteriores por 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, cobro que ahora se tiene que materializar.

#### **DÉCIMO TERCERO .- Costas.**

Por mandato del artículo 123 del Código Penal y 240 y ss de nuestra Ley Adjética, las costas procesales deben ser impuestas a los declarados criminalmente responsables de todo delito, siendo doctrina consolidada conforme a dichos preceptos, que rige la "procedencia intrínseca" de la inclusión en las costas de las de la acusación particular

**VISTOS**, además de los citados, los artículos 1,3,6,12,14,19,23,27,29,35,47,49,58,61,63,67,72,78,82,91,103,106,109, y 110 del

Código Penal y artículos 14, 141, 142, 239 al 242, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y demás de general y pertinente aplicación, el Tribunal decide:

**FALLAMOS:**

**CONDENAMOS** al acusado Segismundo, como autor material, responsable penalmente de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación, ya definidos, sin que concurran 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 Eleuterio, 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 concurran 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 Zaira , responsable penalmente en concepto de cooperadora necesaria de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, sin que concurran 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 &#8364;, en concepto de daños 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.

**Así,** por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá Certificación al Rollo de Sala, y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**E/**

**PUBLICACION** .- Leída y publicada fue la anterior resolución a . Doy fe.

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado  
301/2016