

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN
SEGUNDA**
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN
SEKZIOA**

Barroeta Aldamar 10 3ª planta - C.P./PK: 48001
Tel.: 94-4016663
Fax / Faxe: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-11/023636
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2011/0023636

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 23/2015

Atestado nº / Atestatu-zk.: 46-11 DEN

Hecho denunciado / Salatuako egitatea: MALVERSACION CAUDALES
PUBLICOS /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:
Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 1 zk.ko Epaitegia
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 2505/2014

Contra / Noren aurka:
Procurador/a / Prokuradorea:
Abogado/a / Abokatua:

SENTENCIA Nº 10/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

D. MANUEL AYO FERNÁNDEZ

Dª. MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SÁINZ

Dª. ELSA PISONERO DEL POZO RIESGO

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiséis de febrero de dos mil dieciséis.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la presente causa de Procedimiento Abreviado núm. 2505/14 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Bilbao por delito continuado de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, Rollo de Sala núm. 23/15, contra D. _____ nacido el 25/04/1960, en Bilbao, con DNI núm. _____ hijo de _____ y _____, declarado solvente parcial, representado por la Procuradora Dña. Elena Reges Gangoiti y bajo la dirección letrada de D. Javier Beramendi Eraso; y contra D. _____ nacido el 3/10/1978, en Bilbao, con DNI núm. _____ hijo de _____ y _____

declarado solvente parcial, representado por la Procuradora Dña. Silvia Palacio Orejas y bajo la dirección letrada de D. Santiago Espinosa Solaesa; habiendo sido parte acusadora la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representada por el Procurador D. German Ors Simon y bajo la dirección letrada de D. Mikel Gotzon Casas Robredo, y el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Alfonso Galan Isla.

Expresa al parecer de la Sala como Ponente la Iltna. Sra. Magistrada D^a ELSA PISONERO DEL POZO RIESGO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de a) un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404, en relación con el artículo 74 del Código Penal y de b) un delito continuado de malversación, previsto y penado en el artículo 432.1, en relación con el artículo 74 del Código Penal, y, subsidiariamente, un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el artículo 252 en relación con los artículos 249 y 250.5º y 6º y 74 del Código Penal, dirigiendo la acusación contra [redacted] por como autor de ambos delitos y contra [redacted] como cooperador necesario del delito b), concurriendo en este último las circunstancias atenuantes de reparación del daño del artº 21.5 y la analógica de confesión del artº 21.7/21.4 del mismo Texto Legal, solicitando que se impusiera a [redacted] por el delito a) la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público con funciones de contratación y gestión de fondos públicos por tiempo de 9 años, y por el b) la pena de prisión de 5 años y 9 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años y 6 meses, y subsidiariamente, por el delito continuado de apropiación indebida, prisión de 5 años y 9 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 11 meses con una cuota diaria de 15 euros, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal, y a [redacted] la pena de prisión de 2 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de 4 años, y subsidiariamente, por el delito continuado de apropiación indebida, prisión de 2 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 5 meses, con una cuota diaria de 10 euros, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal. Continuaba e Ministerio Público solicitando la condena en costas y en materia de responsabilidad civil, el acusado [redacted] deberá indemnizar

a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la cantidad de 364.992,52 euros (330.311,52 y 34.681 euros) y ambos acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la cantidad de 57.498,58 euros.

A estas cantidades será aplicable el interés legal correspondiente conforme al artículo 576 de la LEC.

SEGUNDO.- El Letrado de la acusación particular ejercitada por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en idéntico trámite, fijó sus conclusiones definitivas en los mismos términos que el Ministerio Público, añadiendo en la responsabilidad civil a reclamar al Sr. _____, 28.722 € en concepto del mobiliario del piso 5º izquierda que no ha podido ser localizado.

TERCERO.- La defensa de _____ mostró conformidad con la calificación jurídica y las penas solicitadas por las acusaciones.

CUARTO.- En el referido trámite de conclusiones definitivas, el Letrado del Sr. _____ solicitó la absolución del encausado, alegando para caso de condena, la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Son hechos probados y así se declara que _____, con documento nacional de identidad nº _____, mayor de edad, sin antecedentes penales y funcionario público, por su condición de delegado territorial del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, fue designado representante delegado de dicho departamento en la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia por Orden de 22 de febrero de 2.006 del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, asumiendo, durante la realización de su proceso de liquidación, todas las funciones hasta entonces atribuidas a los órganos de gobierno de dicha Cámara, hasta su cese el día 9 de septiembre de 2.009.

Desde la indicada fecha de 22 de febrero de 2006, los Departamentos de Hacienda y Administración Pública y de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, a través del Decreto 15/2.006, fijaron las actuaciones necesarias para la liquidación del patrimonio e integración en la Administración de la Comunidad Autónoma del personal de, entre otras, la extinta Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia.

_____ sabiendo que sus actuaciones en función del cargo asumido sólo podían estar destinadas a la liquidación del patrimonio e integración en la

Administración de la Comunidad Autónoma del personal de la extinta Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia, actuó al margen de las competencias conferidas, y así:

El 1 de junio de 2.006 efectuó una contratación de personal administrativo a tiempo completo bajo la modalidad de obra o servicio determinado, y entre septiembre y diciembre de 2.007 efectuó otras cinco contrataciones más de personal, todas ellas en representación de la Cámara de la Propiedad, sabedor de que carecía de competencia orgánica para ello, que nada tenían que ver con el proceso de extinción y liquidación de la Cámara ya extinguida, y que se realizaron de forma directa sin publicidad y sin proceso selectivo alguno, abocando al Gobierno Vasco a asumir las consecuencias, principalmente salariales, de estas contrataciones.

Desde la asunción de su cargo, decidió y realizó personalmente las contrataciones destinadas a la rehabilitación del edificio de la sede de la Cámara sito en la calle Henao nº 9 de Bilbao y adquisición de mobiliario y enseres, por lo que la Cámara incurrió en unos gastos totales de 1.815.584 euros ajenos a su proceso de liquidación, actuando el encausado al margen de los órganos competentes para estas contrataciones y de cualquier procedimiento administrativo. A fin de aparentar la regularidad de las adjudicaciones contractuales realizadas, dictó sucesivas resoluciones de adjudicación, entre las que se encuentran la de 26 de julio de 2.006 del proyecto de rehabilitación interior de las oficinas de la Cámara y correspondiente proyecto y dirección de obra, y de 5 de diciembre de 2.006 del contrato de suministro e instalación del suelo, techo y tabiques, del contrato de suministro de luminarias, del contrato de suministro y colocación de una puerta corredera, del contrato de instalaciones eléctricas y del contrato de instalación de equipos de climatización. El Sr. [redacted] acometió la contratación y ejecución de estas obras y gastos sin que la Administración de la Comunidad Autónoma hubiera acordado un destino concreto a la citada sede, comprometiendo al Gobierno Vasco a incorporar el inmueble a su patrimonio con las innecesarias mejoras llevadas a cabo.

[redacted] con documento nacional de identidad nº [redacted], mayor de edad y sin antecedentes penales, fue la persona contratada el 1 de junio de 2.006 por [redacted] conociendo su naturaleza pública y la ausencia de causa para ello, recibió en su cuenta y mediante transferencia, **106.653 €** desde la cuenta de la Cámara de la Propiedad en la entidad BBK [redacted] en ingresos sucesivos desde el 23 de junio de 2.008 hasta el 8 de julio de 2.009, que incorporó a su patrimonio.

El día 30 de octubre de 2.008, el citado Sr. [redacted] devolvió a la Cámara de la Propiedad **49.154,42 €** de los indebidamente cobrados.

El acusado [redacted], con idéntico ánimo lucrativo, y para la financiación de un largometraje, transfirió desde la misma cuenta de la Cámara a la cuenta de la Asociación *AUKERATU* de la *BBK* nº [redacted] de la que él mismo era

administrador, **420.000 €** entre el 11 de junio de 2.008 y el 27 de mayo de 2.009, reintegrando sucesivamente y desde el 28 de mayo de 2.009 hasta el 8 de octubre de 2.009, **89.688,48 €**.

AUKERATU se disolvió con efectos desde el 31 de mayo de 2.010.

El encausado también pagó con cargo a la Cámara de la Propiedad los siguientes gastos, por importe total (s.e.u.o.) de **63.403 €** ajenos a dicha institución:

Facturas:

- De 23 de septiembre de 2007, por el Proyecto de una Zanja realizado por *AUKERATU* por un importe de 15.000 €.
- De 14 de septiembre de 2006, por el patrocinio del festival de cine "Llámale H", celebrado en Montevideo (Uruguay) en septiembre de 2006, por importe de 5.000 €.
- De 8 de agosto de 2006, a nombre del Sr. por los gastos de desplazamiento Bilbao-Montevideo-Bilbao y estancia del 7 de septiembre al 14 de septiembre para dos personas, por un importe de 2.539 € con la anotación a mano de "Viaje trabajo, desplazamiento Delegado, Congreso Montevideo".
- De 4 de diciembre de 2007, por importe de 765 €, por el desplazamiento de Montevideo a Bilbao llevado a cabo el 13 y 14 de enero de 2008 del Sr. persona que no trabajaba en la Cámara y que en enero de 2008 empezó a trabajar en *AUKERATU*.
- De 22 de julio de 2008, por importe de 3.776 €, por los servicios prestados por una agencia de detectives.
- Del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, 5 de distintas fechas entre el 3 de abril de 2008 y el 2 de abril de 2009, por suministro de agua, por un importe total de 220 €, todas ellas pertenecientes a la vivienda de la que no era propiedad de la Cámara, apareciendo como titular del domicilio el presidente de *AUKERATU*.
- De *Naturgas*, 11 de distintas fechas entre el 1 de febrero de 2008 y el 15 de mayo de 2009, por derechos de alta y de acometida y suministro, por un importe total de 800 €, todas ellas pertenecientes al piso de la
- De 30 de junio de 2008, de un tercero a *AUKERATU* por la traducción del inglés al español de un documento por importe de 102 €.
- De 21 de enero de 2008, por reparación de una fuga de gas por importe de 37 €, realizada en el anteriormente mencionado domicilio que no es propiedad de la Cámara.
- De 11 de junio de 2008, en la que no se detalla ni quién la emite ni el concepto por el que se le factura a *AUKERATU* que es pagada por la Cámara por importe de 17 €.

Cheques:

- De 22 de febrero de 2008, a nombre del secretario de *AUKERATU* Sr. por viajes y gastos por importe de 260 €, y pago de 21 de enero de 2008 por matrícula para un curso en la Universidad Complutense de Madrid, por importe de 30 €.
- De 22 de febrero de 2008, por gastos de viaje al Sr. por importe de 91 €, y pago de 21 de enero de 2008 por matrícula para un curso en la Universidad Complutense de Madrid, por importe de 30 €.

Recibí:

- De 3 de enero de 2007, por importe de 1.212 € como remuneración al propio Sr. por un curso impartido a los empleados de las Cámaras de Bizkaia, Álava y Gipuzkoa los días 13, 20, 27 de enero y 3 de febrero de 2007.

Apuntes contables:

- De 16 de mayo de 2007 y de 31 de diciembre de 2007 por el concepto de Cursos y Congresos siendo el tercero *AUKERATU*, por importe de 2.080 €.
- De 13 de diciembre de 2007 por el concepto de reforma de inmuebles siendo el tercero *AUKERATU*, por importe de 2.257 €.
- Varios de los ejercicios 2008 y 2009 por los conceptos de electricidad o gas de *AUKERATU* por importe total de 465 €.

Que además se hizo un gasto en concepto de mobiliario para el piso de Bilbao por importe de 28.722 €, mobiliario que no ha sido localizado.

Por Decreto del Secretario del Tribunal de Cuentas de fecha 16 de octubre de 2014 se acordó admitir a trámite la demanda de procedimiento de reintegro por alcance presentada por el representante legal de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra y cifrando los daños y perjuicios irrogados a los fondos públicos de la Administración demandante, en 507.748 € (444.345 € por pagos sin título jurídico válido, contraprestación o destinatario desconocido + 63.403 €).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Alegó el Letrado del Sr. como cuestión previa y en la línea de lo ya anunciado en su escrito de conclusiones provisionales, vulneración del derecho de defensa así como del derecho a la tutela judicial efectiva consagrados en el artº 24 de la Constitución, al haberse formulado escrito de acusación y dictado el Auto de apertura del juicio oral contra aquel por un delito continuado de prevaricación sin que se hubiera efectuado imputación previa, ni dictado Auto de procedimiento abreviado por dicho delito, cuestión que tras oír al resto de la partes y después de una breve deliberación, fue rechazada por esta Sala, y que ahora documentamos.

Brevemente hay que recordar que el contenido delimitador que tiene el Auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no quedan vinculados (STS nº 702/2003, de 30 de mayo). Hechos punibles del Auto de 19 de agosto de 2014 (no recurrido) en los que ya se hacía referencia a que el encausado Sr.

fuera del ámbito de sus competencias y sin seguir un proceso selectivo contratado [...] a diversa persona (AH 2º, punto 2, del Auto de 19 de agosto de 2014, folios 936 y ss) diciéndose también que dispuso de una cantidad de dinero para la rehabilitación del edificio donde se ubicaba la Cámara *sin que ello formara parte de la función encomendada* (AH 2º, punto 3). Hechos que ya se apuntaban en la inicial denuncia cuando se citaba el informe de revisión limitada efectuado por *ABM Auditores y Consultores SL* que aludía a que el encausado había realizado *importantes operaciones que no pueden considerarse necesarias para los fines previstos por la Orden de 29 de mayo de 2008 [...] entre ellas, se han realizado importantes inversiones, se ha contratado a nuevo personal y se han mantenido gastos operativos no atribuibles a la Cámara*, hechos sobre los que sin duda hubiese sido interrogado aquel en caso de que hubiera declarado en sede instructora.

Existió pues en su momento una suficiente descripción de los hechos en los que asentar el supuesto delito continuado de prevaricación por el que se formula acusación, que no hace de recibo alegar al inicio de la vista oral vulneración del derecho de defensa o de la tutela judicial efectiva.

El derecho de defensa exige el conocimiento previo de la acusación y prohíbe toda acusación sorpresiva en un momento avanzado del procedimiento que impida o dificulte la utilización de los medios pertinentes -de prueba y alegaciones- para una eficaz defensa (en este sentido STS nº 427/2014, de 29 de mayo) lo que obviamente no se dio en este caso, en el que, por lo demás, los escritos de acusación ya contenían la calificación jurídica que la defensa califica de sorpresiva.

PRIMERO.- Sentado lo anterior, ha de indicarse que los hechos declarados probados se han obtenido tras valorar en conciencia, conforme al artº 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las declaraciones de los encausados vertidas en la vista oral junto con los testimonios que después referiremos, a lo que se suman las periciales dadas por reproducidas o ratificadas y ampliadas en Sala y finalmente, la documental obrante en la causa, prueba toda ella practicada bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, que en este caso han llegado a desvirtuar la presunción de inocencia (artº 24.2 CE) que venía amparando al encausado, .

Formulada acusación por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular ejercitada por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco frente al Sr.
por sendos delitos continuados de prevaricación y de malversación de caudales

públicos (y frente al Sr. [redacted] que carece de la calidad de funcionario, como cooperador necesario del último de los citados) debe despejarse en primer lugar y como cuestión que subyace en ambas tipologías penales y que se discutió en la vista oral, la naturaleza (pública o privada) de los fondos de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana que se encomendaron al Sr. [redacted] cuando fue designado por el Consejero del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, y como delegado territorial que era del de Vivienda, liquidador de aquella.

Mucho se habló en la vista oral, y no es cuestión pacífica en la doctrina, acerca de la naturaleza de las Cámaras de la Propiedad, habida cuenta de los avatares legislativos por los que atravesaron (ver en este sentido el preámbulo del propio Decreto del Departamento de Hacienda y Administración Pública y Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales 15/2006, de 31 de enero, *sobre el régimen y destino del personal y patrimonio de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana*) naturaleza de dichas corporaciones que podría arrojar luz sobre la naturaleza de los fondos con los que contaban cuando el encausado Sr. [redacted] se hizo cargo de ellos.

Se halla en el centro de la controversia planteada el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, que procedió a la supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como *corporaciones de derecho público*, lo que podría llevar a la conclusión algo simplista de que desde entonces, nos encontrábamos ante *corporaciones de derecho privado*, y que privado era pues su patrimonio hasta que aquel fuera liquidado.

No puede sin embargo admitirse esta tesis, contando la Sala con los siguientes argumentos: a) la supresión de las Cámaras como corporaciones de derecho público no supuso que revivieran las asociaciones privadas que estuvieron en su origen y b) es jurisprudencia asentada que se reputan caudales públicos los recepcionados por funcionario legitimado, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público. Explicaremos ahora estas afirmaciones.

En relación a la primera de ellas, nos apoyamos en resolución de Órgano Judicial superior y especializado como es la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que en sentencia de fecha 27 de octubre de 2009 (rec 1.958/2007) abordó esta cuestión de forma incidental cuando la Cámara Oficial de Propiedad Urbana de Guipúzcoa pretendió recurrir el tan citado Decreto 15/2006, de 31 de enero, siendo inadmitido el recurso contencioso-administrativo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco por Auto que (junto el que denegaba su súplica) se recurrió en casación. El motivo de la inadmisión de dicho recurso era (y simplificando) su falta de legitimación. En dichas resoluciones, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ decía *que las Cámaras suprimidas no tienen naturaleza jurídica privada, debiendo considerarse corporaciones de derecho público con personalidad jurídica extinguida en proceso de liquidación* de ahí que entendiera que no podía interponer recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo, en la referida sentencia (que hay que decir que casó y anuló los Autos del TSJ, reconociendo a la COPU de Guipúzcoa capacidad o personalidad jurídica a los solos efectos de defender los intereses derivados y propios de la fase de liquidación) decía que teniendo las Cámaras una base corporativa, no cabía reconocer simultáneamente su naturaleza pública o privada, pues forzosamente se tenía que encuadrar en una de esas dos modalidades alternativas y excluyentes entre sí. Y que con independencia de que sobre las Cámaras se haya dado esa evolución normativa de la que tanto se habló “... lo cierto es que, en el momento en que dispuso la supresión de las mismas el Real Decreto Ley 8/1994, la regulación vigente aplicable a las mismas era la contenida en el Real Decreto 1469/1977, de 2 de junio (así lo señala el artículo único del propio Real Decreto Ley 8/1994).

Y ese Real Decreto 1469/1977 expresamente les atribuía la naturaleza de Corporaciones de Derecho Público (artículo primero), también definía sus cometidos y servicios (artículos 11, 12, y 13) y su estructura (capítulos IV y V); y establecía la derogación de todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opusieran a lo previsto en dicho decreto (disposición final séptima).

Estas consideraciones que acaban de hacerse impiden compartir los argumentos que son desarrollados en el segundo motivo de casación. Frente a lo que en este se sostiene, no puede entenderse que las asociaciones privadas de propietarios que precedieron a las Cámaras Oficiales de Propiedad Privada pervivieran simultáneamente a la configuración de éstas como Corporación de Derecho Público, como tampoco que dichas asociaciones privadas renacieran o se mantuvieran después de la supresión legal de dichas Cámaras Oficiales.

Por tanto, son acertadas las afirmaciones de la sentencia recurrida de que la supresión legal de las Cámaras Oficiales operó del todo en lo único que eran, Corporaciones de Derecho público; y no supuso revivir o recuperar la vida jurídica de la asociación de propietarios constituida en el siglo XIX”.

E hilando este argumento con el segundo de los aludidos más arriba: el Decreto de 31 de enero de 2006 reguló las actuaciones necesarias para la liquidación del patrimonio e integración en la Administración de la Comunidad Autónoma del personal de las extintas Cámaras de la propiedad. Es decir, el patrimonio de las Cámaras estaba destinado, abocado, a la Administración, y el encausado, funcionario público que ejercía como delegado territorial del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, fue desinado por Orden del Consejero de aquel Departamento de fecha 22 de febrero de 2006 como representante delegado para tales fines. Y es sabido que el carácter público de los caudales viene dado por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, *adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público* (en este sentido STS nº

841/2013, de 18 de noviembre y STS nº 132/2010, de 18 de febrero) de lo que cabe derivar en definitiva, la naturaleza pública de los fondos de los que tratamos.

SEGUNDO.- Sostuvo el encausado Sr. [redacted] que los actos en los que las acusaciones ven decisiones arbitrarias adoptadas al margen del ordenamiento jurídico y desvíos de fondos, orillando el procedimiento establecido para cada caso y al margen de sus funciones, en realidad fueron actos ejecutados en cumplimiento del mandato conferido por el Decreto 15/2006 de 31 de enero, en el convencimiento de que manejaba dinero privado y que no le alcanzaban los requerimientos que para la contratación tendría como delegado del Departamento de Vivienda.

En efecto, declaró [redacted] en la vista oral que al momento de ser nombrado representante delegado del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales en la Cámara (y para lo que se le encomendó) se preveía que iba a ser por un breve espacio de tiempo (cuatro o cinco meses) encontrándose sin embargo con una gran oposición interna (dijo que era *una entidad muy clasista*) existiendo personas con un buen sueldo *compatible con todo*, llegándose a crear por la gente que más se oponía una asociación, que *robó* la base de datos.

Dijo que contrató a [redacted] para que llevara la contabilidad (de una terna de tres nombres que le facilitó una amiga) quien estuvo con la anterior contable, [redacted] cuatro o cinco meses hasta octubre de aquel año. Señaló que el sueldo lo decidió él viendo el de abogados o administrativos y que después contrató a personas que habían trabajado en *ETXEBIDE*, sin plantearse el seguir la normativa de la función pública, en tanto que estaba liquidando una persona privada, no pública. En este sentido y a preguntas de la acusación aclaró que él no podía contratar como delegado de Vivienda, pero sí como Cámara. Siguió explicando que tuvo que hacer obra en el edificio de la C/ [redacted] contratar gente (no sabe a cuántos) decidiendo él mismo la ejecución de obras de rehabilitación porque el inmueble era un *horror*: suelos de hule, sin medidas de seguridad o anti-incendios, no había extintores, ni accesibilidad, no existía aislamiento entre las viviendas y las oficinas... Y es que había treinta personas trabajando y cientos que accedían a los servicios, siendo su objetivo subsanar las deficiencias del inmueble. Explicó que el Gobierno Vasco decidió ubicar en el citado edificio distintos servicios como la *Defensoría de Menores*, el *Registro de Parejas de Hecho*, *BERDINDU*, *Renta de Garantía de Emancipación*... ejecutándose la obra en dos fases para compatibilizarla con el servicio y presentando resoluciones de adjudicación de las obras más importantes. Era él quien ordenaba los pagos de nóminas, los cheques para pago de obra y cheques a proveedores, negando sin embargo que ordenara los pagos realizados a [redacted] (distintos de la nómina) entre junio de 2008 y junio de 2009, manifestando que en aquel momento no supo de dichos pagos.

En lo que respecta del Convenio suscrito entre la Cámara y *AUKERATU*, explicó que en el año 2002 creó *BERDINDU* –servicio vasco de atención a lesbianas, gays y transexuales- adscrito a Servicios Sociales, siendo el propio encausado quien estaba autorizado para mover la cuenta. Ambas entidades estaban instaladas en la sede de la Cámara. Negó que los gastos de *AUKERATU* los pagara la Cámara, o que con los fondos de aquella se pagaran los gastos de la vivienda del presidente de *AUKERATU*.

Preguntado por las obras realizadas en la cocina y en el baño, y el gasto en ropa de cama de la vivienda del piso [redacted] del edificio de la Calle [redacted] de Bilbao, dijo no saber. Explicó la obra del piso del portero –en la planta baja- porque no se iba a marchar de allí (aunque terminó haciéndolo). Admitió que no recibió una orden expresa de rehabilitación, y en una reunión del año 2008 con los Sres. [redacted] y [redacted] les dijo que no hubo proceso de adjudicación, estimando que no se hallaba sometido a la Ley de Contratos del Sector Público.

A preguntas de su Letrado manifestó que como representante delegado del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, aquel era un puesto más de los que tenía y por el que no cobraba. Que iba una vez por semana a la Cámara y que nadie le dijo que tenía las mismas limitaciones que tenía como delegado de Vivienda. Que el Departamento nunca ejerció tutelaje sobre la Cámara y que ningún órgano de gobierno le preguntó nunca nada.

Fue el Departamento quien decidió llevar todos los servicios al inmueble de la Calle [redacted] de Bilbao. Y respecto de los cheques, manifestó que era [redacted] quien físicamente los rellenaba y que él los firmaba, aunque declaró que en algún cheque la firma no era suya.

[redacted] que negó cualquier tipo de relación personal con el Sr. [redacted] más allá de la de un jefe cordial, dijo que conocía de vista a [redacted] de un bar de la asociación *HEGOAK* y que le entrevistó, señalando que es técnico administrativo contable, siendo contratado en el mes de mayo de 2006 (folios 44 y 45). Declaró que realizó funciones de contable no solo en la Cámara, sino también en *AUKERATU* (donde el Sr. [redacted] *mandaba todo*), en *HEGOAK* (de la que aquel era presidente) y para la película *Ander*, trabajos extra que no estaban remunerados, y se lo dijo a [redacted]

Sobre las obras de autos dijo que él fue un mero espectador. Y en relación a la película *Ander* manifestó que se echó para atrás una sociedad y que el Sr. [redacted] dijo que se iba a hacer con dinero de la Cámara, quien también le expresó su voluntad de devolverlo, plasmando delante de él y en el Acuerdo suscrito entre la Cámara y *AUKERATU* su firma y la de [redacted]

En relación a las obras del piso 5º izquierda del edificio de la Calle [redacted] de Bilbao, manifestó que se arregló para que fuera a vivir allí [redacted] cargo político de *Izquierda Unida*, que se había separado de [redacted]. Y en relación al piso de la Plaza [redacted]

le Bilbao (cuyas facturas las pagaba la Cámara por orden del Sr. [redacted]) se encontraba a nombre del presidente de *AUKERATU* Sr. [redacted] aunque en él vivía [redacted] amigo uruguayo de [redacted] a quien ofreció trabajar en *BERDINDU*.

Quien en el momento de los hechos era el Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, Javier Madrazo Lavín (lo fue entre los años 2001 y 2009) declaró que por criterio lógico, los delegados de Vivienda de cada territorio histórico, fueron los responsables de la liquidación de las respectivas Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, realizando el nombramiento el Consejo de Gobierno. Ello no libró al Sr. [redacted] de otras obligaciones y no tuvo reflejo en el sueldo. El nombramiento del Sr. [redacted] como delegado de vivienda se hizo en su momento por criterios de confianza y profesionalidad.

También manifestó el Sr. Madrazo que supo que se contrató personal, pero que para las funciones establecidas en el Decreto de 31 de enero de 2006, no hacía falta. Que no autorizó las obras. Admite que había Servicios (de su Departamento) que se prestaban en el edificio de la Cámara y que había falta de personal.

[redacted], funcionaria jubilada del Gobierno Vasco, que conocía al Sr. [redacted] de Lakua siendo su puesto el de Secretaria de la Delegación de Vivienda y prestando sus servicios en la sede del Gobierno Vasco de Gran Vía nº 85 de Bilbao, confirmó que varios servicios pasaron al edificio de la Calle [redacted] y así, *Inspección de Vivienda, Defensoría del Menor, BERDINDU, Renta de Emancipación, Parejas de Hecho...* que la necesidad de personal era imperiosa y que ella conocía a tres de los nuevos contratados porque habían sido subcontratados en la delegación y les rescindieron los contratos. También habló de la necesidad de acondicionamiento para prestar los servicios y que en Hacienda se supo lo que pasaba y que *nadie paró nada*.

[redacted] declaró que a él lo contrató [redacted] Que trabajaba en *BERDINDU* desde el año 2002 y hasta el 2008, en que tomó una excedencia para el estudio del euskera, siendo secretario de *AUKERATU* entre los años 2006 y 2009. Que él se sentía del Gobierno Vasco, no de la Cámara. Dijo desconocer que la matrícula para asistir a un curso en la Universidad Complutense de Madrid (folio 813) fuera pagado por la Cámara o a qué se refiere la factura del folio 78 de fecha 23 de septiembre de 2007 y concepto *proyecto de zanja* por importe de 15.000 €.

[redacted] director de cine y guionista de la película *Ander* y amigo de [redacted] recibió el encargo verbal de *BERDINDU* (de la que era director el encausado) para el Festival de Cine *HEGOAK* (organización de la que el Sr. [redacted] era presidente). Que [redacted] le dijo que pagaba el Gobierno Vasco.

En este sentido consta en los autos (folios 150 y 151) un Convenio de Colaboración de 20 de mayo de 2008 suscrito entre _____ (que no reconoce su firma) como representante de *AUKERATU* y el Sr. _____, como representante de la extinta Cámara de la Propiedad Urbana de Vizcaya *en su calidad de Delegado-Representante del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales* que establecía que la Cámara *adelantaría* las cantidades necesarias para la realización del largometraje referido. En relación a este documento, _____ dijo haber visto cómo el Sr. _____ estampaba su firma y la de _____.

También consta Convenio de Colaboración entre el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales y *AUKERATU* de fecha 31 de diciembre de 2008 para la realización de la película *Ander*, asumiendo el citado Departamento el compromiso de aportar 60.000 €.

Frente a esto, _____, Director de la Oficina de Control Económico del Departamento de Hacienda del Gobierno Vasco que firmó el Acta de Control Financiero de fecha 10 de febrero de 2011 obrante a los folios 6 y ss de la causa, y sobre la que respondió ampliamente en la vista oral, dejó dicho que tras la elaboración del informe de revisión limitada de la liquidación del patrimonio de la COPU de Bizkaia, se detectó en el activo del balance unos derechos de crédito por importe de 444.345 € que correspondían a pagos cuyo destinatario se desconocía (332.826 €) y otros que carecían de justificación aunque el destinatario fuera conocido. Declaró que mantuvo dos reuniones con el Sr. _____ la primera en enero de 2011, admitiendo el encausado lo de la película, diciendo que procuraría devolver el dinero aunque no sabía cómo y añadió en relación al largometraje, que no se aportaron ni documentos ni facturas. Afirmó que no se siguieron los procedimientos de contratación. Y en sintonía con lo declarado en la vista oral por el propio Sr. _____ manifestó que el encausado le transmitió que no sabía nada de los 106.000 € transferidos a la cuenta de _____.

En relación a las obras ejecutadas en el edificio de la Calle _____ de Bilbao, el aparejador asalariado de la Cámara, Sr. _____ habló de que se hicieron obras de remodelación (accesibilidad, incendios, ventilación, salida de emergencias...) debiendo hacerse otras de tipo estructural (pilares corridos, perfilería metálica, conducciones de agua, gas, calefacción...) además de trabajos de decoración y distribución. En relación concreta al despacho del Sr. _____ que asumió la competencia de liquidador tras el cese de aquel, dijo que ese despacho no era propio de un funcionario, calificándolo de ostentoso.

Por su parte, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que realizó la fiscalización de la gestión de los bienes y derechos de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia dentro del proceso de liquidación de la misma (informe obrante en soporte informático al folio 589 de las actuaciones y en papel a los folios 83 y ss del rollo penal abreviado) estableció que *las contrataciones de los 6 trabajadores, realizadas por el Delegado,*

fueron hechas incumpliendo el artículo 10.1.a) en relación con el artículo 10.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, que establece que corresponde a cada departamento contratar al personal laboral temporal y que lo ejecutarán los órganos del departamento conforme a la distribución que al efecto se establezca en su decreto de estructura orgánica y con sujeción a las normas de procedimiento que reglamentariamente se determinen. De acuerdo al Decreto 373/2005, de 15 de noviembre por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, el Delegado carecía de competencias para estas contrataciones. Además estas contrataciones fueron calificadas como fraudulentas en las sentencias que resolvieron los recursos interpuestos por los trabajadores recurriendo sus despidos, puesto que no concurría causa alguna que justificara la temporalidad de la contratación, obedeciendo a la actividad propia y permanente del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, y sin que la labor a realizar tuviera ninguna relación con el proceso de extinción y liquidación de la Cámara.

Estas contrataciones fueron hechas de forma directa sin publicidad y sin proceso selectivo alguno, no respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, y sin la existencia previa de un informe de insuficiencia de medios humanos que pusiera de manifiesto la necesidad de nuevo personal. Se incumple también el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de mayo de 2006, sobre selección del personal para la prestación de servicios de carácter temporal en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos. E igualmente llega a la conclusión de que las obras de rehabilitación realizadas en el edificio de la Cámara, para el que no estaba decidido su uso futuro, y las compras de mobiliario fueron contratadas al margen de los procedimientos legales previstos en la normativa de contratación aplicable a las administraciones públicas.

En relación al Convenio suscrito entre la Cámara y AUKERATU se dice que la firma del convenio ha supuesto un acto no acorde a los fines del Decreto 15/2006. El Delegado no era competente para autorizar gastos para tal fin, ni como representante de la Cámara, por no tratarse de una operación de liquidación de la misma, ni como cargo del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales por no ostentar competencias de autorización de gasto, conforme al Decreto 373/2005, de 15 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales. Además, debería haberse abstenido en el asunto, por ser administrador de Aukeratu y productor ejecutivo de la película, en base al artículo 28.2 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que, de acuerdo al apartado 5 del citado artículo 28, dará lugar a responsabilidad en los casos en que proceda.

TERCERO.- Los hechos declarados probados en el anterior Fundamento según la prueba expuesta, son legalmente constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artº 404/74 del Código Penal.

Vaya por delante que como recuerda antigua doctrina jurisprudencial y más recientemente la STS nº 797/2015, de 24 de noviembre, "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...".

Y es que reputamos que en este supuesto, nos hallamos ante una sucesión de actos arbitrarios, en tanto contrarios a Derecho y sin fundamentación jurídica alguna salvo la voluntad del encausado, que favoreció a personas o Asociaciones de su entorno, aprovechando que tuvo en sus manos la liquidación de un patrimonio no escaso, que debía revertir al erario público.

Se lee en la STS nº 512/15, de 1 de julio, y como requisitos del delito que nos ocupa 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 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 (SSTS 49/2010 de 4 de febrero , 1160/2011 de 8 de noviembre , 502/2012 de 8 de junio , 743/2013 de 11 de octubre , 1021/2013 de 26 de noviembre , 773/2014 de 28 de octubre ó 259/2015 de 30 de abril , entre otras)".

En el caso de autos, y sentada la condición de funcionario del encausado (de hecho, fue designado representante-delegado del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales en la Cámara de este Territorio, en su calidad de delegado territorial de dicho Departamento en Bizkaia, puesto para el que fue nombrado por criterios de profesionalidad y confianza) y explicado más arriba que el patrimonio que recibió era público no solo por destino, sino por mandato legal, resulta palmario que el Sr. actuó de forma arbitraria y al margen del ordenamiento jurídico cuando contrató personal que a la postre terminó prestando sus servicios en áreas del Departamento de Vivienda y Servicios Sociales, ajeno

en cualquier caso a la labor encomendada de liquidación de la Cámara (que ya tenía su propio personal) y que al final arrojó la propia Administración pública (ver folios 244 y ss del rollo de procedimiento abreviado); o cuando contrató ejecución de obras que rebasaban ampliamente las de conservación o mantenimiento de un edificio cuyo destino final (una vez incorporado al patrimonio de la Administración) se desconocía y nuevamente sin seguir los cauces legales; o finalmente, cuando firmó un convenio como representante de la Cámara con *AUKERATU* (y los gastos que le siguieron, a los que luego nos referiremos) con unos fines absolutamente ajenos a los servicios que todavía prestaba la Cámara y a su función de liquidador.

Siguiendo la STS nº 773/2014, de 28 de octubre, “la prevaricación aparece 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 1497/2002 de 23 de 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 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”.

En relación al elemento subjetivo del tipo (no olvidemos que el artº 404 CP se refiere a actuar *a sabiendas de su injusticia*) y como elemento interno que es (lo que el autor conoce, pretende o desea) generalmente no puede ser determinado por prueba directa, sino mediante un juicio de inferencia deducido a través de un proceso intelectual y razonado de los datos fácticos que han resultado probados.

En el caso de autos, constituyen indicios del actuar doloso del Sr. [redacted] el que no fuera precisamente un advenedizo en la función pública, ni en el ámbito político. Conocía que existían mecanismos específicos de contratación de personal y de ejecución de obras en el ámbito administrativo que orilló deliberadamente. Actos de contratación que llevó a cabo él de forma personal y directa y a los que trató de dar un barniz de legalidad procedimental cuando dictó distintas resoluciones de adjudicación (folios 126 y ss). Actos con los que, en muchos casos, benefició o favoreció a personas conocidas o a Asociaciones con las que tenía una vinculación directa, que descarta tanto la casualidad o el azar, como la imprudencia en su actuar.

Ha de desecharse por tanto, la concurrencia de una suerte de *error de prohibición* ex artículo 14.3 del Código Penal, error que concurre cuando el autor cree que está actuando legítimamente, cuando no es así.

El Sr. mantuvo siempre que creía que los fondos que gestionaba eran privados y que *como Cámara*, podía contratar. Sin embargo, esta afirmación no se sostiene habida cuenta de que su designación se hizo precisamente por ser funcionario público y para liquidar un patrimonio que iba a revertir en la Administración pública, luego a cualquiera se le representaba que ese patrimonio era también público, sin olvidar que muchos gastos o actos los efectuó *como Cámara* pero para el Departamento, como la contratación de personal o las obras, lo que denota que el encausado tenía la más que fundada sospecha de que aquellos fondos no eran de una entidad privada.

Digamos para terminar este fundamento, que existió la continuidad delictiva definida en el artº 74 CP, en tanto que el autor ejecutó una pluralidad de acciones (varios contratos laborales, varias contrataciones de obras o gremios, y el convenio con *AUKERATU* con los gastos derivados) al margen de los mecanismos legales establecidos y aprovechando la disponibilidad que tenía sobre la cuenta de la Cámara infringiendo con cada una de ellas el mismo bien jurídico y precepto penal. Lo que nos lleva a otra cuestión, no planteada por las partes, de que este el ilícito de prevaricación fue medio para la ejecución de la ulterior conducta de malversación en el sentido expresado en el artº 77 CP (en la redacción que tenía en el momento de los hechos) lo que, no obstante, no tendrá consecuencias en el ámbito de la pena, como luego se verá.

CUARTO.- En relación al delito continuado de malversación de caudales públicos por los que también se formuló acusación, y en relación a la prueba practicada en la vista oral, ha de señalarse que ya en el Informe de Revisión Limitada de los estados financieros de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia a fecha 31 de marzo de 2007 (folios 21 y ss de la pieza separada de documentación) realizada por *ABM Auditores y Consultores SL* y más concretamente por , se decía que en el transcurso de su trabajo pudieron comprobar que se estaban *realizando obras de remodelación , en las oficinas de la planta primera de la sede social y en alguna vivienda del mismo edificio. En relación con estas obras, se han registrado en contabilidad adquisiciones de mobiliario por importe de 28.351 euros (Nota 4). En las cuentas de gastos por reparación y conservación, se incluyen partidas correspondientes a tales obras, por un importe estimado de 195.692 euros (Nota 11). También en el apartado Deudores del balance de situación se incluyen anticipos a contratistas y suministradores de las obras, que ascienden a 30.573 euros (Nota 5). El soporte documental de estas operaciones es deficiente [...] Adicionalmente, podría ser cuestionada la legitimación de los actuales gestores de la Cámara para efectuar las reformas e inversiones mencionadas.*

Por otra parte, en el informe de fiscalización elaborado por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas sobre la gestión de los bienes y derechos de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia dentro del proceso de liquidación de la misma, informe ya reseñado más arriba y elaborado con base en los informes de los auditores y de los soportes documentales existentes en los archivos de la Cámara, se alude a que no hubo

contabilidad de los ejercicios 2008, 2009 y 2010, por lo que el Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, a instancia de la Oficina de Control Económico, encargó a un profesional externo la confección de la misma, y posteriormente, con el fin de verificar las transacciones realizadas en la Cámara desde la fecha de elaboración del inventario a 31 de marzo de 2007 aquella Oficina encargó a los auditores externos una revisión limitada del patrimonio de la Cámara a 31 de agosto de 2010, que fue entregada con fecha 20 de diciembre de 2010. Y que a consecuencia de este informe, la misma Oficina realizó un Acta de Control Financiero en la que se ponían de manifiesto irregularidades por pagos realizados, cuantificados provisionalmente en 444.345 €, sin que constara título jurídico válido, contraprestación o, en algunos casos, identidad de los destinatarios, que podrían constituir un supuesto de alcance de caudales o efectos públicos, contemplado en el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, señalando como responsables de las presuntas irregularidades a los encausados.

De otro lado, en dicho informe de fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas se hacía referencia a pagos de facturas por un importe total de 34.681 euros, que no se correspondían con el objeto social del que factura, o que ni siquiera pertenecían a la Cámara, o que el que cobraba era incompatible para hacerlo, señalando los siguientes conceptos:

1. Facturas:

- De 23 de septiembre de 2007, por el Proyecto de una Zanja realizado por *AUKERATU* por un importe de 15.000 €.
- De 14 de septiembre de 2006, por el patrocinio del festival de cine "Llámale H", celebrado en Montevideo (Uruguay) en septiembre de 2006, por importe de 5.000 €.
- De 8 de agosto de 2006, a nombre del Sr. _____ por los gastos de desplazamiento Bilbao-Montevideo-Bilbao y estancia del 7 de septiembre al 14 de septiembre para dos personas, por un importe de 2.539 € con la anotación a mano de "Viaje trabajo, desplazamiento Delegado, Congreso Montevideo".
- De 4 de diciembre de 2007, por importe de 765 €, por el desplazamiento de Montevideo a Bilbao llevado a cabo el 13 y 14 de enero de 2008 del Sr. _____, persona que no trabajaba en la Cámara y que en enero de 2008 empezó a trabajar en *AUKERATU*.
- De 22 de julio de 2008, por importe de 3.776 €, por los servicios prestados por una agencia de detectives.
- Del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, 5 de distintas fechas entre el 3 de abril de 2008 y el 2 de abril de 2009, por suministro de agua, por un importe total de 220 €, todas ellas pertenecientes a la vivienda de la Plaza _____, que no era propiedad de la Cámara, apareciendo como titular del domicilio el presidente de *AUKERATU*, Sr. _____ quien sin embargo declaró en la vista oral, que nunca ha vivido allí.

- De Naturgas, 11 de distintas fechas entre el 1 de febrero de 2008 y el 15 de mayo de 2009, por derechos de alta y de acometida y suministro, por un importe total de 800 €, todas ellas pertenecientes al piso de la Plaza
- De 30 de junio de 2008, de un tercero a *AUKERATU* por la traducción del inglés al español de un documento por importe de 102 €.
- De 21 de enero de 2008, por reparación de una fuga de gas por importe de 37 €, realizada en el anteriormente mencionado domicilio que no es propiedad de la Cámara.
- De 11 de junio de 2008, en la que no se detalla ni quién la emite ni el concepto por el que se le factura a *AUKERATU* que es pagada por la Cámara por importe de 17 €.

2. Cheques:

- De 22 de febrero de 2008, a nombre del secretario de *AUKERATU* Sr. por viajes y gastos por importe de 260 €, y pago de 21 de enero de 2008 por matrícula para un curso en la Universidad Complutense de Madrid, por importe de 30 €.
- De 22 de febrero de 2008, por gastos de viaje al Sr. por importe de 91 €, y pago de 21 de enero de 2008 por matrícula para un curso en la Universidad Complutense de Madrid, por importe de 30 €.

3. Recibí:

- De 3 de enero de 2007, por importe de 1.212 € como remuneración al propio Sr. por un curso impartido a los empleados de las Cámaras de Bizkaia, Álava y Gipuzkoa los días 13, 20, 27 de enero y 3 de febrero de 2007.

4. Apuntes contables:

- De 16 de mayo de 2007 y de 31 de diciembre de 2007 por el concepto de Cursos y Congresos siendo el tercero *AUKERATU*, por importe de 2.080 €.
- De 13 de diciembre de 2007 por el concepto de reforma de inmuebles siendo el tercero *AUKERATU*, por importe de 2.257 €.
- Varios de los ejercicios 2008 y 2009 por los conceptos de electricidad o gas de *AUKERATU* por importe total de 465 €.

Añadiendo a estos importes los correspondientes a las facturas de mobiliario del piso 5º izquierda del de Bilbao por un importe de 28.722 €, que el día 6 de octubre de 2011, en la visita que realizó el equipo de trabajo del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas junto con un representante de la Dirección de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco, no estaban, con lo que estimaba que el importe del posible alcance de caudales se elevaría hasta los 63.403 €.

En relación a las facturas decir que el Sr. admitió las derivadas del viaje a Montevideo para la promoción de la película *Ander*; la de la agencia de detectives en relación con la baja de un trabajador de la Cámara que sospechaba fraudulenta y el *recibí* por curso impartido.

En lo que respecta a las facturas que se refieren a gastos sufragados de la vivienda de la Plaza (perteneciente al parque público del Gobierno Vasco) que dijo desconocer, lo cierto es que se giraban a nombre del presidente de *AUKERATU*, que dijo no haber vivido nunca en ella, declarando que quien vivía allí era el Sr.

persona que viajó a Montevideo con el Sr.) lo que concuerda con lo dicho por el Sr.) sobre que la persona que allí residía y le devolvió las llaves, trabajaba en *BERDINDU* o en *AUKERATU*, nexo evidente con el Sr. que hace verosímil la afirmación del Sr. sobre que la orden de pago de las facturas de dicha vivienda la dio aquel.

Y en lo que atañe al resto de los cargos, todos en beneficio de *AUKERATU*, la absoluta identidad que en la mente del encausado existía entre la Cámara y aquella Asociación, con patente permeabilidad en lo que respecta a los fondos de la primera direccionados o aplicados a la segunda (como demuestra el convenio de financiación de la película y posteriores flujos dinerarios en pos de sus fines, ver folios 462 y ss y 872 y ss) apuntan a que aquellos se realizaron con pleno conocimiento y consentimiento del encausado (ver en este sentido documento nº 3 de la carpeta separada, confeccionado por el propio encausado, informe de GESVALT de los folios 612 y ss, en especial folios 621 y 622, y movimientos en la cuenta de *AUKERATU* obrante a los folios 692 y ss).

Aparte de lo anterior y en relación a los pagos hechos con cheque sin título jurídico, sin contraprestación, o en cualquier caso, por obras o servicios ajenos a la función de liquidador del Sr. , sentado que la suma de los importes de los cheques que obran en original al folio 711 (sobre) del rollo alcanzan, salvo error u omisión, los 1.003.465'78 €, del examen de las conclusiones contenidas en el informe de la Sección de Documentoscopia y Grafística de la Ertzaintza de fecha 1 de febrero de 2016 y de los cheque a los que se refiere, concluyen los peritos que la firma que obra está realizada por el Sr.) en los siguientes efectos (citamos beneficiario y concepto):

22.703'52 € y 7.982'66 €; 29.143'65 €, 41.494'17 €, 43.803'42 €, 45.536'11 €, 20.120'20 € y 46.558'10 €; 4.569'94 €, 10.983'14 € y 16.013'53 € ; 20.160 €, 20.160 €, 15.000 € y 3.993'52 € y o

3.000 €. Respecto de los demás cheques se informa que presentan un mayor número de similitudes gráficas con las firmas indubitadas realizadas por el Sr. no pudiendo atribuirse sin ningún género de dudas a aquel debido, bien a su escasa masa gráfica individualizante, bien a pérdidas de entintamiento, bien a leves divergencias en cuanto a la ubicación de ataques y escapes, así como en la creación de ángulos en las inflexiones en la zona central.

El importe de los cheques emitidos de forma indubitada por el encausado Sr.) suman, salvo error u omisión, 351.221'96 €, cifra que sin embargo no es reclamada por la Administración.

Estudio aparte merecen las transferencias de numerario desde la cuenta de la Cámara a la del coacusado Sr.) y al margen de su nómina, y que éste explicó como pagos efectuados por el Sr.) por los trabajos extra de contable que hacía en otras asociaciones y entidades citando *AUKERATU*, *HEGOAK* o para la película.

Sobre dichas transferencias, el Sr. declaró que nunca las conoció, desconocimiento que ya trasladó al Director de la Oficina de Control Económico, Sr. en su momento.

Lo cierto es que dichas transferencias existieron y fueron cuantificadas en 160.000 € (ver folios 7 y 8 de la causa relativos al Acta de Control Financiero y folio 619, informe de *GESVALT* con referencia a la contabilidad de la Cámara) reconociendo el Sr. por lo demás, que esa cantidad fue indebidamente cobrada, procediendo a su reintegro de forma parcial (tras conversación mantenida con una amiga y un abogado, y antes de iniciarse la causa penal).

Ocurre entonces que negado por que diera esas órdenes de transferencia (insinuando que pudo estar en el origen de las mismas el propio Sr. y no constando en las actuaciones la documental que sustentó aquellas, no puede descartarse la hipótesis de que fuera el citado quien, aprovechando sus conocimientos contables y la confianza establecida en los meses previos, decidiera llevar a cabo dichos trasposos, al margen de la voluntad del otro coacusado.

Ello obviamente supondría excluir esta partida del acervo malversado por el Sr. (sin transcendencia en cuanto a la calificación jurídica de los hechos) pero plantea una paradoja jurídica que abordaremos más adelante y que adelantamos: la participación (reconocida) de un *extraneus* en un delito especial impropio como es la malversación cuando, acreditada la existencia del delito, no se ha probado la concreta malversación de la partida de la que se benefició dicho *extraneus*.

QUINTO.- Los hechos declarados probados en el anterior fundamento son legalmente constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artº 432.1/74 del Código Penal.

Son presupuestos del citado ilícito, y en palabras de la SºTS nº 132/2010, de 18 de febrero: a) la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de su facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público ; d) sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales . Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo; e) ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (SSTS 1074/2004, 18 de octubre y 98/1995, 9 de febrero).

Aplicando esta doctrina al caso concreto, se concluye que concurren los elementos del tipo de malversación, remitiéndonos a lo ya expuesto con anterioridad en relación al delito de prevaricación, en cuanto que en ambos ilícitos se yuxtaponen la cualidad de funcionario del autor o la naturaleza de públicos de los caudales a los que se dio fin distinto del legalmente previsto. Tampoco puede dudarse de que el encausado, por la función de liquidador que le había sido encomendada, tenía facultad decisoria sobre los fondos de la corporación que había que liquidar.

De otro lado, la desviación de los fondos de la Cámara puestos en manos del Sr. a los solos fines previstos en el Decreto 15/2006, resulta patente, tanto en cuanto que la contratación de personal terminó repercutiendo en la Administración, tras demandar aquellos su integración en la plantilla del Departamento de Vivienda (folios 227 y ss del rollo), como en la realización de obras o reformas de puro ornato en la sede de la Cámara o cuando menos no estrictamente necesarias o funcionales, así como la adquisición de mobiliario inapropiado para una oficina pública (v.g. butaca *chester* individual de piel por importe de 4.025'27 €, sofá *chester* en piel por importe de 5.936'22 € o dos butacas de piel por importe de 5.271'50 €, folios 393 y 401; una alfombra de *petit point*, por importe de 2.635 €, folio 436 del rollo; restauración de muebles de entre mediados del siglo XIX y mediados del siglo XX, por importe de 4.866'20 €, folio 452 y ss) o ajenos absolutamente a aquella (v.g. montaje de una cocina, folio 520, mobiliario y confección del piso 5º izquierda, folio 585; vajilla, folio 521; cuadros, folios 540 y ss).

En otro orden de cosas, y en relación a los fondos de la Cámara que fueron a parar a la película *Ander*, se cifraron en 330.312 € según informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (folio 47 de aquel, 106 del rollo) tras la relación de pagos adelantados (420.000 €) y de reintegros (89.688 €) presentada por el Sr. a instancia de la Oficina de Control Económico, película en la que el encausado además aparecía como productor ejecutivo facturando 15.000 € por ello.

Un inciso para señalar que a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, no le consta ser titular de ningún derecho de propiedad intelectual sobre dicho largometraje (folio 188 del rollo) no habiendo participado tampoco aquella en la contratación del guion, ni en el convenio de colaboración para su realización (mismo folio).

Añadir que nos hallamos ante un delito continuado del artº 74 del Código Penal en tanto que la acción del autor viene constituida por varias acciones típicas individuales "... que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el Legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de

la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza” (STS nº 905/2014, de 29 de diciembre).

SEXTO.- De los hechos declarados probados es responsable en concepto de autor (artº 28.1 del Código Penal) según lo expuesto con anterioridad.

No puede establecerse por el contrario la participación pretendida por las acusaciones del Sr. en el delito continuado de malversación de caudales públicos en concepto de cooperador necesario del artº 28. 2 b) del Código Penal por los siguientes motivos.

El delito de malversación es un delito especial impropio en tanto que exige una especial cualidad en el autor material (ser funcionario público) pero no impide que pueda participar un *extraneus* (un *no funcionario*) como inductor o cooperador necesario a quien en su caso, se aplicaría la circunstancia atenuante del artº 65.3 CP.

Ocurre en este caso que, cometido un delito (continuado) de malversación en una dinámica comisiva variada y plural, la concreta partida de los 106.000 € que las acusaciones estiman que el Sr. desvió (y que el Sr. admitió haber cobrado de forma indebida, habiendo devuelto aproximadamente la mitad) no ha sido objeto de cumplida prueba, en tanto que negando el Sr. los pagos, realizándose aquellos por transferencia y abriendo la pericial (efectuada sobre los cheques) la posibilidad de que determinados efectos contengan firma no correspondiente al Sr. no constando en cualquier caso los mismos en la causa, la duda que se suscita en este sentido debe solventarse en favor del Sr. – entender que no hizo u ordenó los pagos destinados al Sr. – lo que nos lleva a la cuestión de si en esta tesitura puede establecerse la cooperación necesaria del citado Sr. (el *extraneus*) en un delito, o más concretamente, en la desviación de una parte o fracción del monto total que no ha quedado acreditada en relación al sujeto activo cualificado (el Sr.) concluyendo la Sala que no, en virtud del *principio de accesoriedad*: si no se puede determinar que el sujeto cualificado ha desviado esas cantidades, no puede concluirse que existe cooperación necesaria en ello del extraño.

Veamos entonces si la supuesta conducta del Sr. tiene su correspondencia en un delito común por el que se haya formulado acusación, aunque ha de decirse ya, que si la intervención del Sr. en los traspasos de las cantidades ingresadas en la cuenta del Sr. no ha quedado acreditada, tampoco se ha probado que aquellos tuvieran lugar por mano de (prima facie, debería haber falsificado la firma del otro encausado en el documento bancario que autorizaba la transferencia, o dar la orden a un empleado de la entidad bancaria haciendo ver que aquella se sustentaba en una causa lícita).

Pues bien, aun partiendo de esta hipótesis, ha de descartarse que nos hallemos ante un delito de apropiación indebida, delito común trasunto del delito de malversación, por cuanto el Sr. [redacted] era un mero contable: nunca se le encomendaron los fondos de la Cámara por alguno de los títulos referidos en el artº 252 del Código Penal, luego no hubo transmutación de legítima tenencia o posesión, en ilegítima. Y de hallarnos ante otro ilícito (falsedad documental o estafa) el principio acusatorio, impide que se establezca condena por este Tribunal.

De otro lado, podríamos plantearnos también, toda vez que los 106.000 € transferidos a la cuenta del Sr. [redacted] provenían de la cuenta de la Cámara; que [redacted] admitió que fue una cantidad indebidamente cobrada, devolviendo la mitad; y que ha quedado establecido en relación a otras cantidades que fueron desviadas de su finalidad con lucro del otro encausado o de terceros, si puede establecerse que el Sr. [redacted] participó a efectos lucrativos de los efectos de un delito en los términos del artº 122 del Código Penal.

Ocurre que esta eventualidad no fue contemplada por las acusaciones, y este Tribunal se encuentra constreñido también es estos supuestos a lo solicitado por aquellas (ver en este sentido STS nº 679/2014, de 22 de octubre, que veda esta posibilidad con el argumento de que *la vigencia de los principios que rigen el enjuiciamiento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito exige que para su declaración medie el previo ejercicio de acción penal y en su caso de la responsabilidad civil por los títulos que establecen esa exigencia en el Código penal [...] No es procedente que quien haya sido absuelto en la acción ejercitada, en este caso la responsabilidad penal y la civil directa por su participación en un hecho delictivo, sea condenado sin mediar esa acusación como partícipe lucrativo en la instancia revisora del pronunciamiento absolutorio...*) descartando pues condena en el concepto comentado.

SÉPTIMO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni en especial la atenuante de dilaciones indebidas (artº 21.6ª del Código Penal) alegada por la defensa del Sr.

Y es que fundó dicha parte la pretendida dilación en la existencia de dos lapsos temporales de paralización de la causa que no se reputan excesivos y desde luego el primero de ellos, responde perfectamente a la complejidad de la causa.

En efecto, presentado en fecha 25 de mayo de 2012 por la representación procesal de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco el informe de fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en soporte cedé, el Juzgado proveyó en fecha 1 de junio en el sentido de que quedara unido y se entregara al perito, una vez constara su aceptación (folio 590). Este perito (el Sr. [redacted]) aceptó y juró su cargo en fecha 4 de septiembre de 2012 (folio 601) y dado que transcurridos cinco meses

no presentaba su informe, en fecha 14 de febrero de 2013, se le recordó la urgente remisión del informe pendiente (folio 604) que tuvo entrada en el Juzgado el día 5 de marzo de 2013, uniéndose a la causa por providencia de fecha 7 de marzo posterior (folio 652). Dicho informe, elaborado por el economista y consultor de la sociedad *GESTIÓN DE VALORACIONES Y TASACIONES SA (GESVALT)* Sr. _____, tenía por objeto, y en base a la documental aportada en las actuaciones, determinar si el informe de revisión limitada de liquidación del patrimonio de la Cámara emitido por otro experto (el Sr. _____ de *ABM Auditores y Consultores SL*) era ajustado, y en caso contrario, indicar en qué aspectos difería de tales conclusiones y el destino de las disposiciones no justificadas.

Es decir, que la pericia encomendada era ardua y complicada e invertir en ella seis meses no se estima irrazonable. Y si bien es cierto que entre la jura del cargo por el perito y el recordatorio para que entregara el informe transcurrieron cinco meses durante los que no se dio impulso al proceso, habida cuenta que aquel servía para respaldar otro fundamental a los efectos de establecer la existencia de elementos de los delitos que se investigaban, la paralización habida no puede ser criticada ni tener reflejo en la atenuante que se pretende.

En lo que respecta al otro periodo de paralización mencionado, desde el Auto de apertura del juicio oral de fecha 20 de noviembre de 2014, folios 958 a 960, hasta el día del señalamiento, el 2 de febrero de 2016 (casi quince meses) existieron actuaciones intermedias que no pueden obviarse y así en sede instructora: el 28 de enero de 2015, se acordó emplazar a los acusados con copia de los escritos de acusación, para que comparecieran, siendo notificado de dicho Auto el Sr. _____ el día 5 de febrero y el Sr. _____ el día 6 de febrero, que presentaron sus escritos de defensa los días 20 y 3 de marzo siguiente, respectivamente. El 24 de marzo de 2015 se acordó la remisión de los autos a la Audiencia Provincial, luego entre el mes de noviembre de 2014 y el mes de marzo de 2015, la cadencia de actuación del Juzgado Instructor fue impecable.

Recibidos los autos en esta Audiencia el 1 de abril de 2015 y acusado recibo el día quince de abril siguiente, fecha en la que también se designó ponente, el día 13 de mayo se recibió pieza de responsabilidad pecuniaria del Sr. _____ (que se proveyó el día 18 siguiente) y el día 12 de junio la del Sr. _____ (que se proveyó el día 18 de junio). El 24 de septiembre de 2015 se admitió modificación en la dirección letrada de la acusación particular, y ya el día 6 de noviembre de 2015 se dictó el Auto de pertinencia de prueba, fecha en la que por diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia, se puso como fecha de señalamiento la del 2 de febrero de 2016, periodo ordinario para causas sin preso, no estimándose de lo expuesto que se haya incurrido en una dilación, retardo o demora extraordinarios de las actuaciones desde que la causa llegó a esta sede que deba tener su reflejo en la atenuante alegada.

Excluida la responsabilidad criminal de huelga el estudio y análisis
de las atenuantes solicitadas por las acusaciones y por su representación.

OCTAVO.- Para determinar la pena, debemos atenernos a los artículos 404/74, 42 y 66.1.6ª del Código Penal, para la prevaricación y artículos 432.1/74 y 66.1.6ª del mismo Texto Legal en relación a la malversación de caudales públicos, imponiéndose la pena mínima para ambos delitos, siendo lo más beneficioso para el reo que la regla contenida en el artº 77.2 del mismo Texto Legal.

Dispone el artº 66.1 regla 6ª del Código Penal que cuando no concurren atenuantes ni agravantes, los Jueces y Tribunales aplicarán la pena establecida para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Este precepto ya no alude a "razonándolo en sentencia" tal y como lo hacía en su redacción anterior a la Ley Orgánica 11/2003, lo que no obsta a que deba ser motivada tal cuestión, obligándolo así el artº 120.3 de la C.E. y el artº 72 del Código Penal. Como se lee en la STS de 29 de julio de 2013 (rso nº 1.944/12), con remisión a la STS de 9 de octubre de 2003 (rso nº 358/2003) "Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla sexta del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí, el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando con arreglo a consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)".

En el caso de autos, y pese a la existencia de concurso medial entre la prevaricación y la malversación, la regla penológica del artº 77.2 del Código Penal resulta mucho más gravosa para el encausado (la infracción más grave tiene pena de prisión, y habría que imponerla en la mitad superior por la regla concursal dentro de la mitad superior por la continuidad delictiva) procediendo pues la punición por separado conforme al párrafo tercero del artº 77 CP, estimando la imposición de la pena mínima lo adecuado, ponderando el tiempo transcurrido desde la comisión de los mismos y el hecho de que

aquellos se ejecutaran (en buena parte) de forma pública y ante la inacción de las autoridades que debían controlar al encausado.

Conforme obliga el artº 42 del Código Penal y en la línea solicitada por las acusaciones, parece lo adecuado que la inhabilitación especial se refiera a las funciones de contratación y de gestión de fondos públicos, áreas en las que el encausado desarrolló la actividad enjuiciada.

NOVENO.- Conforme al artículo 116.1 del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

Que de la actuación del Sr. [redacted] se derivaron daños para el Erario de nuestra Comunidad Autónoma es innegable según lo expuesto más arriba. Se planteó sin embargo la cuestión relativa a si esta jurisdicción penal es la competente para fijar aquella responsabilidad, cuando puede existir una responsabilidad contable coincidente. Y es que de hecho, y según documental aportada al inicio del juicio oral, se presentó en su día *demanda de procedimiento de reintegro por alcance* a instancia de la representación de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco ante el Tribunal de Cuentas frente a los dos encausados, por un total de 507.748 €, demanda que se admitió a trámite por Decreto del Tribunal de Cuentas (Sección de Enjuiciamiento, departamento primero) de fecha 17 de octubre de 2014.

A este respecto se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo (STS nº 149/2015, de 11 de marzo) en el siguiente sentido: *“...el hecho de que la jurisdicción penal sea competente para el enjuiciamiento de todos los delitos, incluidos aquellos de los que pueda derivarse responsabilidad contable, y en consecuencia para pronunciarse autónomamente sobre todos los elementos integradores del tipo delictivo, incluida la naturaleza pública de los fondos y la cuantificación de la malversación, en su caso, no excluye el respeto de lo establecido en el párrafo tercero del art 49º de la Ley 771988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas , que dispone que cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos .*

Ha de distinguirse en estos supuestos entre aquellos casos en los que el Tribunal Penal estima que una determinada responsabilidad civil ex delicto es separable o diferenciable de la contable, porque no conste aún que el responsable penal tenga la cualidad de responsable contable, porque concurren una pluralidad de responsables del delito, alguno de los cuales no sea necesariamente responsable contable, o no concorra contablemente la misma solidaridad que en el ámbito penal, porque concurren partícipes

a título lucrativo, porque puedan existir responsabilidades prescritas en el ámbito contable que no lo estén en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, o bien porque existan otros perjudicados por el delito distintos de las entidades del Sector público, etc., de aquellos otros, como el presente, en los que no concurren dichas circunstancias y no quepa dudar de la condición de responsable contable del condenado, porque esta responsabilidad ya se ha declarado por el propio Tribunal de Cuentas.

En estos últimos, cuando la responsabilidad civil derivada del delito coincide con la contable derivada del hecho de haber tenido el responsable penal a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, y haber originado, con dolo, culpa o negligencia graves, menoscabo en dichos caudales o efectos, procede aplicar lo dispuesto en el referido art 49 3º, abstenerse de pronunciamiento sobre responsabilidad civil ex delicto y reconocer la competencia del Tribunal de Cuentas al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos” .

En el caso de autos, y en relación a las cantidades que ahora se dirán, estimamos que ha de establecerse y cuantificarse en esta sede penal la responsabilidad civil derivada de los ilícitos enjuiciados, habida cuenta que (no constando que se haya pronunciado aún el Tribunal de Cuentas) aquella no coincide *prima facie* con la responsabilidad contable, que se cifra en 507.748 € y además ésta se reclama de forma solidaria frente a los dos encausados cuando, sin perjuicio de la absolución del Sr. [redacted] que ya se adelanta, a éste último se le venía reclamando por una partida más concreta y reducida que al Sr. [redacted]

Dicho esto, remitiéndonos a lo establecido en el Fundamento Jurídico 4º,

al indemnizará a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la cantidad total de **393.714'52 €** (330.311'52 € de las transferencias a *AUKERATU* + 63.403 € de gastos injustificados) cantidad a la que se añadirá el interés del artº 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decir en este punto y para terminar, en relación a la alegación de la defensa de que la postrera reclamación por la representación de la acusación particular de la partida relativa a los muebles del piso 5º izquierda de la Calle [redacted] de Bilbao, cuantificada en 28.722 €, infringe el principio acusatorio, que esta introducción de partida pecuniaria que en nada afecta a la calificación jurídica (ni al tipo por el que se formula acusación, ni v.g. a la continuidad delictiva, ni a la pena a imponer) nada tiene que ver con aquel principio. La acusación particular solo acomodó su petición indemnizatoria al resultado de la prueba practicada en relación a una partida que siempre obró en las actuaciones. Recuérdese que la LECrim contempla la posibilidad de que la acusación cambie la tipificación penal en conclusiones definitivas, aprecie un mayor grado de participación o de circunstancias de agravación de la pena (artº 788.4 de la LECrim) con la sola consecuencia de, si lo pide la defensa, aplazar la sesión, así que con mayor razón puede admitirse un incremento en la

petición de la responsabilidad civil que, repetimos, en nada repercute ni en la tipificación, ni en la participación, ni en la pena.

DÉCIMO.- La condena en costas es consecuencia necesaria de la responsabilidad criminal ahora declarada (artículo 123 del Código Penal y artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) imponiéndose al encausado condenado los dos tercios de las causadas, declarando el tercio restante de oficio.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

PRIMERO.- CONDENAR a _____ como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos.

SEGUNDO.- IMPONER a _____ como autor del delito continuado de prevaricación administrativa la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (funciones de contratación y de gestión de fondos públicos) durante **OCHO AÑOS Y SEIS MESES**.

TERCERO.- IMPONER a _____ como autor del delito continuado de malversación de caudales públicos la pena de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** e inhabilitación absoluta durante **OCHO AÑOS**.

CUARTO.- ABSOLVER a _____ del delito por el que venía siendo acusado.

QUINTO.- En concepto de responsabilidad civil, _____ indemnizará a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la cantidad de **393.714'52 €** cantidad a la que se añadirá el interés del artº 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- Se imponen al encausado condenado los dos tercios de las costas causadas, declarando el tercio restante de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente a los encausados.

Líbrese por la Sra. Secretario Judicial de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al libro de Sentencias penales de esta Sección.

La presente no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de CASACION ante el Tribunal Supremo en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde el siguiente a la notificación de la misma, formalizándolo ante esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.