



Roj: **STS 2382/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2382**

Id Cendoj: **28079120012021100510**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **3389/2019**

Nº de Resolución: **527/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 442/2019,**
STS 2382/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 527/2021

Fecha de sentencia: 16/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3389/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3389/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 527/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el **Ayuntamiento de Valladolid**, representado por la procuradora D.^a Tatiana González Riocerezo y defendido por el letrado D. Rafael Guerra Posadas, **Gregorio**, representado por la procuradora D.^a Gloria María Calderón Duque y defendido por el letrado D. Luis Samaniego Martínez de Rituerto, Humberto representado por la procuradora D.^a María del Carmen Martínez Bragado y defendido por el letrado D. Santiago González Recio, **Ismael**, representado por la procuradora D.^a María del Carmen Martínez Bragado y defendido por el letrado D. Jaime González Suárez y **Jenaro**, representado por el procurador D. Íñigo Rafael Llanos González y defendido por el letrado D. Juan Francisco Llanos Acuña, contra la sentencia n.º 110/2019, de 10 de mayo de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, Rollo de Procedimiento Abreviado 11/2018, procedente de las D.P. n.º 2816/2014 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Valladolid, por delitos de: tráfico de influencias, prevaricación administrativa, de fraudes y exacciones ilegales (art. 436 CP), de negociaciones prohibidas a los funcionarios, delito de falsedad (art. 390 CP) y delito de estafa (arts. 248, 249 y 250.5 CP).

El **Ministerio Fiscal** presentó escrito de 17 de julio de 2019 y, se le tuvo por desistido del recurso de casación, por Decreto de esta Sala Segunda, de fecha 26 de julio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Valladolid incoó diligencias previas n.º 2816/2014, por delitos de: tráfico de influencias, prevaricación administrativa, fraudes y exacciones ilegales (art. 436 CP), de negociaciones prohibidas a los funcionarios, falsedad (art. 390 CP) y estafa (arts. 438 y 250.5 CP), contra **Gregorio, Humberto, Ismael, y Jenaro**, acordándose continuar la tramitación remitiéndose a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, Rollo de Procedimiento Abreviado 4/2018. Dicha Audiencia, dictó sentencia n.º 110/2019 en fecha 10 de mayo de 2019, que contiene los siguientes:

"HECHOS PROBADOS:

Conforme al conjunto de prueba practicada a lo largo de las presentes actuaciones, así se declaran los siguientes:

(I)

El acusado Humberto, mayor de edad, sin antecedentes penales y solvente, aproximadamente desde el año 1975 empezó a trabajar como arquitecto técnico en el Ayuntamiento de esta ciudad, teniendo reconocida la compatibilidad para ejercer su profesión privadamente desde el 27-6-1985. Siendo designado por Resolución 2861/2.000 (de 3-4-2000) jefe del Centro de Mantenimiento de Edificios e Instalaciones, entonces integrado este organismo en el Departamento de Patrimonio del Área de Hacienda y Función Pública de dicho Ayuntamiento, renunció a partir de su nombramiento a la compatibilidad que hasta entonces tenía reconocida, siéndole así aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de esta ciudad el 10-4-2000.

En lo relativo a sus funciones le correspondía, entre otras, "... la Dirección y supervisión de obras menores de remodelación, ampliación y reforma de los edificios municipales...La Dirección y supervisión de la reparación o sustitución de elementos de obra civil, que no afecten a la estructura...La inspección y fiscalización facultativa y técnica de los trabajos realizados por empresas externas, contratadas para trabajos de mantenimiento...la revisión y control de los aspectos técnicos de los contratos suscritos por el Ayuntamiento, con las empresas de suministros y prestación de servicios, para la minimización de consumos y costes...Otras funciones inherentes a su categoría profesional".

A comienzos de 2014 se efectuó una labor de inspección interna dentro de aludida Área del Departamento de Patrimonio, de la cual dependía el Centro de Mantenimiento, a instancias de su entonces titular, Sonsoles, pues, con la intención en esta de mejorar la calidad de la gestión en el ámbito de los contratos de obras menores, se tuvo conocimiento de una serie de empresas constructoras que, a lo largo del año 2013 y a través del Centro de Mantenimiento que dirigía ese acusado, habían efectuado obras menores para el Ayuntamiento a través de aludido Centro, pudiendo percatarse, a partir de las investigaciones internas realizadas, que esas empresas tenían como denominador común un mismo teléfono, advirtiéndose también con posterioridad que las mismas tenían al aludido Jefe de Mantenimiento y hoy acusado, Humberto, como persona física muy relacionada con ellas.



Habida cuenta que con la relación entre este acusado y una serie de empresas se podría haber vulnerado el principio de compatibilidad, al que expresamente había renunciado cuando accedió al cargo y le fue aprobado el 10-4-2000 por el Pleno del Ayuntamiento de esta ciudad a través de su Decreto 6.301, se incoó frente a él el Expediente administrativo NUM000 y se le suspendió provisionalmente de sus funciones el 4-6-2014, solicitando dicho acusado el 6-6-2014 su jubilación voluntaria anticipada, con efectos desde el 16-6-2014, motivando que dicho procedimiento administrativo sancionador fuera finalmente sobreesido.

El 16-6-2014 se pusieron en conocimiento de la Fiscalía estos hechos, la cual presentó la correspondiente denuncia el 20-6-2014, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de Instrucción 4 de los de esta ciudad, el cual incoó las Previas 2816/2.01 a través de su auto de 24-6-2014.

(II)

El acusado Humberto, como jefe de aludido Centro de Mantenimiento y en relación con los contratos menores de obras, dentro de sus específicas funciones valoraba si el trabajo susceptible de realizarse en algún inmueble dependiente del Ayuntamiento, ante cualquier incidencia de la cual se daba cuenta al Centro de Mantenimiento, se podía realizar a partir de los decrecientes medios personales con que contaba este. En el caso que su valoración fuera positiva, así se hacía con medios materiales y personales propios del Centro. Pero en el caso contrario, cuando consideraba que no se podía solventar una incidencia a partir de los del Centro, él decidía qué empresa contratista externa ejecutaba la concreta obra, en esos inmuebles de dependencia municipal.

Si la obra a ejecutar tenía la consideración de "urgente", la empresa contratista por él seleccionada efectuaba la obra, debiendo posteriormente ser revisada su correcta ejecución por el acusado, en el ejercicio específico de sus ya concretadas funciones. Una vez dada por él la conformidad a la obra, la empresa contratista emitía la correspondiente factura, que posteriormente era validada por dicho acusado en cuanto a su correcta ejecución y en lo concerniente a que su importe era de mercado, con lo cual y a continuación se iniciaba el correspondiente trámite procedimental para su pago, a través del cual se libraba la correspondiente autorización por el Departamento correspondiente, se remitía esta al Gestor Presupuestario para su firma, siendo posteriormente enviada al Director del Área que encargó la concreta obra (Patrimonio, Educación, Servicios Sociales u otros), para después ser firmada por el Interventor y aprobada por el Alcalde a través de Decreto. En definitiva, en estos casos de urgencia primero se efectuaba la obra y posteriormente se tramitaba su pago.

Caso que la obra no tuviera carácter "urgente", en primer lugar y previa aprobación del gasto se tramitaba la contratación de la empresa externa que iba a ejecutar la obra, para posteriormente ejecutarse la misma. Para ello se informaba por cualesquiera de las Áreas que conforman el Ayuntamiento de la existencia de un defecto susceptible de ser subsanado, ante ello el acusado interesaba, caso que él optara por su arreglo a través de una empresa externa, que las tres empresas contratistas interesadas en la ejecución presentasen un presupuesto cada una, eligiendo el acusado aquel que resultara económicamente más ventajoso, para cuya validación se necesitaba la autorización-compromiso de gasto ("AD"), que era firmada por el Gestor Presupuestario, el Concejal correspondiente, el Interventor y el Alcalde, siendo a partir de entonces cuando la obra podía ser ejecutada.

Concluida la obra el acusado tenía la específica función de supervisarla materialmente, en el sentido de comprobar si la misma se ejecutó de manera correcta, siendo a partir de entonces cuando la empresa contratista emitía una factura, la cual comprendía las partidas ejecutadas, el precio de estas y se sumaba a este el IVA correspondiente a cada año, aun cuando también en ocasiones se incrementaba aquella con el porcentaje referido a los gastos generales (13 %), más el beneficio industrial (6 %). Una vez presentada la correspondiente factura este acusado la validaba, en el sentido que los trabajos facturados correspondían exactamente con los ejecutados y su precio era de mercado, con lo cual así se iniciaban los consecuentes trámites procedimentales, pues se procedía a la elaboración del documento "O" (reconocimiento de la obligación para autorizar su pago), que sería firmado por el Gestor Presupuestario, posteriormente daría su conformidad el Director de Área, siendo firmada a continuación por el Interventor, concluyendo el mismo con su pago.

Por tanto y de lo actuado se acredita, que el acusado Humberto no tenía competencias decisorias últimas, respecto a la ejecución de los contratos de obras menores.

Como ya se adelantó, teniendo en cuenta que para la realización de las obras menores, en los casos que el acusado considerase necesario acudir a la externalización de las mismas por medios ajenos a los del Centro de Mantenimiento, era preciso presentar tres ofertas por otras tantas empresas contratistas. Como que en un primer período, comprendido entre los años 2002 y 2003, de las tres ofertas presentadas por las contratistas externas e interesadas en efectuar la obra concreta, en ocasiones se adjudicaron las obras a empresas ajenas al grupo familiar-empresarial con el que Humberto tenía relación directa, al que nos referiremos en el siguiente



párrafo (III), por resultar más económicas. Pero según transcurrió el tiempo y sobre todo a partir del año 2.008, a pesar de que este acusado tenía conocimiento de su renunciada compatibilidad para acceder personalmente a la contratación pública, es cuando, a través de alguna empresa directamente gestionada por él o de las pertenecientes a ese grupo familiar-empresarial del que formaban parte todos los acusados, son únicamente estas empresas las que sustancialmente accedieron a la ejecución de dichos concursos, convocadas a ellos precisamente por Humberto .

(III)

A partir de ser nombrado este acusado jefe del Centro de Mantenimiento por Resolución 2861/2000 (de 3-4-2000); a pesar de haber renunciado desde entonces a la compatibilidad que tenía reconocida, aprobada el 10-4-2000 por el Pleno del Ayuntamiento de esta ciudad, Humberto aprovechó las posibilidades que le deparaba su función para realizar múltiples propuestas, con la finalidad que las obras menores a ejecutar, por empresas contratistas externas al Ayuntamiento, fueran adjudicadas desde el año 2000 a 2014 a alguna empresa de la que él era administrador, como CASTELLANO LEONESA DE MANTENIMIENTO SL a partir del 2-6-2.005, también a aquellas que dependían o fueron formando parte de su entorno empresarial-familiar.

Y así, durante ese período comprendido a partir de 2008, puesto de acuerdo con las personas que a continuación se concretarán, fueron adjudicadas por él obras a otras empresas de las que era administrador su hijo y acusado, Ismael , mayor de edad, sin antecedentes penales y solvente. A otras de las que era administrador su primo y acusado, Gregorio , mayor de edad, sin antecedentes penales y solvente, persona esta que, desde los años 1973 ó 1974, ya realizaba obras para el Ayuntamiento a través de la mercantil de la que era administrador, CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL. Como a aquellas de las que era administrador el acusado Jenaro , mayor de edad, sin antecedentes penales, solvente y contable del grupo de empresas-familiares.

En un principio y hasta el año 2004, las únicas empresas del grupo empresarial-familiar que tuvieron ingresos del Ayuntamiento de esta ciudad, consecuencia de la ejecución de obras menores propuestas por el acusado Humberto , fueron: Aludida CASTELLANO LEONESA DE MANTENIMIENTO SL (en adelante, CALEMAN), mercantil de la que fue administrador el acusado Gregorio desde 1.990 a 2.005, para a partir de este año y hasta el 2.014 tener esa cualidad el acusado Humberto , quien ostentaba el 50 % de su capital social. La cual emitió 139 facturas (9 en el año 2001, 33 en 2002, 20 en 2003, 7 en 2004, 17 en 2010, 17 en 2011, 15 en 2012, 14 en 2013 y 7 en 2014) por obras menores para el Ayuntamiento y a propuestas precisamente de este acusado, siendo administrador de la misma y también jefe del Centro de Mantenimiento, cuyo importe total por las obras ejecutadas a través de ese procedimiento y durante esos años se cifró en 929.905,93 €, de los cuales 543.365,8 € correspondieron al período comprendido entre 2009 a 2014, habiendo pagado con ese importe así recibido la suma de 374.553,64 € a CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL y a MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS, también empresas del grupo-familiar, como a continuación se manifestará.

MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS SL (en adelante, MEI), sociedad de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio , quien tenía el 96% de su capital social. La cual emitió por referidos conceptos y a través de dicho procedimiento, entre los años 2.003 y 2.014, 301 facturas al Ayuntamiento relativas a obras menores ejecutadas por ella, con un importe de 2.765.077,72 €.

CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SA, sin que conste acreditado que la misma se encuentre en concurso de acreedores, de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio , quien tenía el 28,05 % (60.069 €) de su capital social, el 45% (96.340,3 €) le poseía ARROYO SANTA CRUZ, mientras que el porcentaje restante le tenían personas físicas del entorno de los tres primeros acusados. Sociedad esta que, entre los años 2000 a 2014, emitió 32 facturas por dichos conceptos y procedimiento al Ayuntamiento de esta ciudad, por importe de 365.533,11 €.

Estas tres sociedades mantuvieron al tiempo de los hechos una actividad real en su ámbito social, que giraba en torno a la edificación y construcción de obra civil, al contar en sus plantillas con personal dedicado a la ejecución material de las obras por aludido procedimiento encomendadas.

Desde el año 2005 al 2007, las dos únicas empresas que percibieron ingresos del Ayuntamiento de esta ciudad, por aludido concepto de ejecución de obras menores e igual procedimiento, consecuencia de su designación por parte del acusado Humberto , fueron la ya referida MEI.

También MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES, de la que al tiempo de los hechos era administrador Gregorio , quien entonces tenía el 96% de su capital social. Mercantil esta que, entre los años 2005 a 2014, emitió 227 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad por obras menores e importe de 2.099.659,27 €, mediante la designación directa, a través de aludido procedimiento, de esta empresa constructora por parte del acusado Humberto . A partir de ese dinero recibido por ese concepto, esa empresa realizó pagos por



importe de 1.495.664,9 € a CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL y a MEI; a ARROYO SANTA CRUZ y a CALEMAN la suma de 104.310 €; como otros 76.373,7 € a EXCEL GESTIÓN y a otras empresas no relacionadas con el grupo.

MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES, a diferencia de MEI no contaba con personal que ejecutase las obras encomendadas a través del procedimiento referido, resultando ser una empresa creada instrumentalmente con el objeto de concursar y/o participar en la adjudicación de obras, para posteriormente, cuando había sido propuesta por el acusado Humberto para la ejecución de contratos de obras menores, proceder a la subcontratación en favor de otras dos mercantiles vinculadas al grupo empresarial-familiar del que todos formaban parte, que sí contaban con infraestructura personal y material para la realización de las obras menores, como eran MEI y CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SA.

A partir del año 2008 y hasta junio de 2014, momento este en que se desencadenaron los acontecimientos que han dado lugar a la presente causa, se crearon sucesivamente un conjunto de empresas por parte de los acusados, cuyo denominador común era que todas fueron posterior y sucesivamente adjudicatarias, merced a su designación directa del acusado Humberto, para ejecutar obras menores en favor del Ayuntamiento de esta ciudad. Carecían todas ellas de trabajadores, para la ejecución de las obras así encomendadas. Los ingresos que percibían procedían exclusivamente del Ayuntamiento. Pese a tener diferentes domicilios sociales, todas centralizaban su actividad en un local ubicado en el Pasaje de la Marquesina de esta ciudad, en el que compartían teléfono, personal administrativo y quien efectuaba labores contables para todas ellas, el también acusado Jenaro, el cual empezó trabajando para aludida CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SA desde hacía más de 35 años, a 2.014. Y los pagos efectuados por las mercantiles, que a continuación se concretarán, se realizaron en favor de las ya referidas MEI y CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SA, las cuales sí contaban con medios personales y materiales para la ejecución de las obras, también en favor de CALEMAN y ARROYO SANTA CRUZ SL.

Esta última mercantil, fuera del ámbito de las presentes actuaciones, no percibía directamente ingresos del Ayuntamiento, pero al tiempo de los hechos era participada en un 52% (975.000 €) de su capital social por el acusado Humberto, mientras que el 48% restante (900.000 €) le tenía una hermana de este, Ángeles. Esta sociedad, a su vez contaba con el 45% (96.340,30 €) del capital social de CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SA. Trabajaron en ARROYO SANTA CRUZ la citada Ángeles, desde 2.008 a 2.014; de 2.010 a 2.014 Bernarda, esposa del contable y acusado Jenaro; así como Caridad, hija y hermana de dos de los acusados (respectivamente, Humberto y Ismael).

Durante ese período, comprendido entre 2.008 y 2.014, se constituyeron:

CONSTRUCCIONES TARIFA 2000 SL (en adelante, TARIFA), cuyos administradores al tiempo de los hechos eran los acusados Ismael, con el 45% del capital social, así como Jenaro con el 10% del mismo, resultando también ser socia aludida Caridad. Mercantil esta que entre 2.009 y 2.014 presentó 115 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad por importe de 574.317,52 €, derivadas de sus designaciones, a través de mencionado procedimiento directo, por el acusado Humberto para realizar obras menores, para con ese dinero recibido y por ese concepto efectuar pagos en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN, cuantificados en 450.277,36 €.

CONSTRUCCIONES PARAÍSO 2008 SL (en adelante, PARAÍSO), de la que al tiempo de los hechos eran sus administradores los acusados Ismael, quien contaba con el 45% del capital social, como el también acusado Jenaro, el cual tenía otro 10% del mismo, siendo también socia aludida Caridad. Mercantil esta que entre 2008 y 2014 presentó 145 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad por importe de 567.054,43 €, a causa de sus designaciones directas por el acusado Humberto para realizar obras menores, con los cuales realizaron pagos por importe de 502.886,88 € en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN.

CONSTRUCCIONES Y REFORMAS BULLON SL (en adelante, BULLON), de la que al tiempo de los hechos era su administrador el acusado Ismael, quien contaba con el 45% del capital social, siendo socio de la misma el acusado Jenaro con el 10% del mismo, siendo también socia aludida Caridad. Mercantil esta que entre 2.011 y 2.014 presentó 44 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad por importe de 170.864,31 €, a causa de sus designaciones directas por el acusado Humberto para realizar obras menores, con los cuales realizaron pagos por importe de 127.950,22 € en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN.

CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS PINTIA SL (en adelante, PINTIA), de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Ismael, quien contaba con el 45% del capital social, siendo socio de ella el acusado Jenaro con el 10%, como también aludida Caridad. Mercantil esta que entre 2011 y 2014 presentó 48 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad por importe de 202.242,95 €, a causa de sus designaciones directas por el acusado Humberto para realizar obras menores, con los cuales realizaron pagos por importe de 129.276,10 € en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN.



CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS ALIVA SL (en adelante, ALIVA), de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Ismael , el cual contaba con el 45 % del capital social, siendo socio de la misma el acusado Jenaro con el 10 % del mismo, también aludida Caridad . Mercantil esta que entre 2.013 y 2.014 presentó 14 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad, por la realización de obras menores e importe de 37.295,53 €, a causa de sus designaciones directas por el acusado Humberto , con los cuales realizaron pagos por importe de 27.336,76 € en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN.

EXCEL GESTIÓN SL (en adelante, EXCEL), de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio , quien contaba con el 90 % de su capital social. Empresa esta que entre 2.008 y 2.014 presentó 143 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad, por la 19 realización de obras menores e importe de 1.230.700, 25 €, a causa de su realización de obras menores e importe de 1.230.700, 25 €, a causa de su realización de obras menores e importe de 1.230.700, 25 €, a causa de sus designaciones directas por el acusado Humberto , con los cuales realizó pagos por importe de 1.006.523,9 € en favor de CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL y MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS, como otros 53.360,5 € en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN.

CAMINO DEL MOLENDOR SL, de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio , quien contaba con el 87,10 % de su capital social, formando también parte de ella como socio el acusado Jenaro con el 12,90 % restante. Mercantil esta que, entre los años 2.011 y 2.014, presentó 49 facturas por la realización de obras menores al Ayuntamiento de esta ciudad e importe de 479.862,85 €, a causa de sus designaciones directas por el acusado Humberto a través de aludido procedimiento, con los cuales se realizaron pagos por importe de 430.185,95 € en favor de CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL y MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS, como otros 13.125,4 € en favor de ARROYO SANTA CRUZ y CALEMAN.

CONSTRUCCIONES Y REFORMAS ACUÑA SL (en adelante, ACUÑA), de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio , quien contaba con la totalidad de su capital social. Empresa esta que entre 2.013 y 2.014 presentó 18 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad, por la realización de contratos menores al Ayuntamiento e importe de 99.945,38 €, a causa de sus designaciones directas efectuadas por el acusado Humberto , con los cuales se realizaron pagos por importe de 77.742,58 €, en favor de CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL y MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS.

OBRAS VALCOM 2000 SLU (en adelante, VALCOM), de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio , quien contaba con el total de su capital social. Empresa esta que entre 2013 y 2014 presentó 27 facturas al Ayuntamiento de esta ciudad, por la realización de obras menores e importe de 140.567,76 €, a causa de sus designaciones directas efectuadas por el acusado Humberto , con los cuales realizó pagos por importe de 113.346,7 €, en favor de CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL y MEI.

Estas diez empresas, cuyos ingresos se nutrían muy sustancialmente del Ayuntamiento y se derivaban de adjudicaciones directas efectuadas por el acusado Humberto (como PINTIA, CAMINO DEL MOLENDOR, TARIFA, ALIVA, PARAÍSO, EXCEL, MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES, ACUÑA, VALCOM y BULLON), recibieron del Ayuntamiento por esos conceptos la suma de 5.390.439,9 €. Para con ellos realizar pagos a CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SA y MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS por importe de 3.422.355,3 €. Como otros 1.397.552,1 €, en favor de CALEMAN y ARROYO SANTA CRUZ.

CALEMAN realizó pagos por importe de 227.350 €, al acusado Humberto . Por importe de 58.554,66 €, en favor del acusado Ismael . Así como a Jenaro , por importe de 3.650 €.

Por otra parte, ARROYO SANTA CRUZ realizó pagos que ascendieron a 78.250,90 €, en favor del acusado Humberto . 19.253,8 € al acusado Ismael y 10.038 € al acusado Jenaro .

CONSTRUCTORA CASTELLANO INDUSTRIAL realizó pagos en favor de Jenaro por importe de 471.702,77 €, desde 2.007 a 2.014. Así como 507.000,64 €, en favor de Gregorio . Y MEI abonó a este acusado la suma de 49.096 €.

Además, las diez empresas creadas por los acusados entre 2.008 a 2.014, realizaron pagos por importe de 58.413,63 € en favor del acusado Humberto . De Ismael, por importe de 90.958,84 €. De Gregorio , por importe de 200.498,20 €. Como de Jenaro , por importe de 44.146,72 €.

(IV)

Durante el período que media entre los años 2008 y 2014 los acusados Ismael , Gregorio y Jenaro , 21 O SAMANIEGO O SAMANIEGO puestos de acuerdo con el también acusado Humberto y aprovechándose todos de la ventaja que les ofrecía la cualidad de este como jefe del Centro de Mantenimiento, para adjudicar directamente las obras de ejecución de contratos de obras menores al grupo de empresarial-familiar de



su entorno, se valieron de esa propicia coyuntura para incrementar los precios de las obras ejecutadas, presentando facturas que han sido calificadas como "excesivas", por tanto fuera del precio de mercado.

Así, durante el período que media entre los años 2008 a 2012, se emitieron una serie de facturas por estas empresas que contenían un precio "excesivo" y en relación con el de mercado, que se concretan en las siguientes:

1ª.- Con número de registro NUM001 se emitió el 19-2-2009 una factura por MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 41.180 €, derivada de labores de demolición-desescombros y limpieza en parcelas de la Cañada Real 11-13 y 15, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 13.461,66 €, con lo cual se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 27.718,34 €, repercutiendo así negativamente y en esa cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble que el precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

2ª.- Con número de registro NUM002 se emitió el 6-11-2009 una factura por MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 53.987,11 €, derivada de trabajos de reposición de infraestructuras en el Plan Parcial "El Peral" (parcelas 6-2), a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 8.221,18 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 45.765,93 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

3ª.- Con número de registro NUM003 se emitió el 23-3-2010 una factura por parte de MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 21.195,30 €, derivada del adecentamiento de parcelas municipales, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 9.324,62 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 11.870,68 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

4ª.- Con número de registro NUM004 se emitió el 10-5-2010 una factura por parte de EXCEL (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 15.980,20 €, derivada de la limpieza y vallado de una parcela municipal ubicada en la Huerta del Rey, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 6.366,20 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 9.524 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

5ª.- Con número de registro NUM005 se emitió el 22-11-2011 una factura por parte de CALEMAN (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Humberto) e importe de 5.889,29 €, derivada del vallado de una parcela municipal ubicada en la calle José María Pemán, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 2.555,74 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 3.333,55 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

6ª.- Con número de registro NUM006 se emitió el 5-12-2011 una factura por parte de CALEMAN (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Humberto) e importe de 16.028,12 €, derivada del vallado de una parcela en la calle Rastrojo, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 7.134,10 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 8.894,02 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

7ª.- Con número de registro NUM007 se emitió el 25-4-2012 una factura por parte de BULLON (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Ismael) e importe de 2.212,50 €, derivado de la retirada de escombros y limpieza en un solar municipal ubicado en la Plaza Torrente Ballester, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 647,28 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 1.565,22 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.



8º.- Con número de registro NUM008 se emitió el 20-7-2.012 una factura por parte de MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 5.192 €, derivada de la retirada de escombros, tala de árboles, arbustos y nivelación del terreno en el Sector 34 de las Arcas Reales (parcela D-1), a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 1.533,75 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 3.638,25 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

9º.- Con número de registro NUM009 se emitió el 22-11-2012 una factura por parte de CALEMAN (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Humberto) e importe de 4.585,90 €, derivado de la renovación del vallado de una parcela ubicada en la calle Navidad, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio de contrata de 1.096,83 €, por lo que se produjo un exceso en la facturación que ascendió a 3.489,07 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esa factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

El importe total del sobrecoste de aludidas facturas durante los años 2008 a 2012, respecto a aludidas mercantiles contratistas pertenecientes a ese grupo empresarial-familiar, ascendió a 115.799,06 €.

Durante el año 2013 se emitieron facturas por las siguientes empresas contratistas de mencionado grupo empresarial-familiar, también con un precio "excesivo" en relación con el de mercado, concretadas en:

1ª.- Con número de registro NUM010 se emitió el 28-2-2013 una factura por MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 3.740,35 €, con precio de ejecución material de 2.597,65 €, derivada de la cimentación de la cabina en la cúpula del Milenio, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 952,80 €, por lo que se produjo un sobrecoste en la facturación por importe de 1.644,85 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto superior al de mercado.

2ª.- Con número de registro NUM011 se emitió el 25-3-2013 una factura por CAMINO DEL MOLENDOR (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 3.959,12 €, con precio de ejecución material de 2.749,58 €, derivada de la retirada de chimeneas caídas y sueltas, impermeabilización de huecos de chimeneas, desmonte de albardillas sueltas y limpieza de cubierta en el CEI "Isabel La Católica (edificio catalogado), a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 827,66 €, con lo que se produjo un sobrecoste en la facturación cifrado en 1.921,92 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

3ª.- Con número de registro NUM012 se emitió el 2-4-2013 una factura por EXCEL (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 19.789,33 €, con precio de ejecución material de 13.743,54 €, derivada de trabajos de remodelación en las oficinas que el Ayuntamiento tiene en San Benito, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 6.653,82 €, con lo que se produjo un sobrecoste en la facturación cifrado en 7.089,72 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

4ª.- Con número de registro NUM013 se emitió el 9-4-2013 una factura por PARAÍSO (cuyos administradores al tiempo de los hechos eran los acusados Ismael y Jenaro) e importe de 6.102,03 €, con precio de ejecución material de 4.237,82 €, derivada de trabajos de demolición de un cerramiento agrietado y la limpieza de una parcela municipal ubicada en la Avenida de Gijón, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 852,76 €, con lo que se produjo un sobrecoste en la facturación cifrado en 3.385,06 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

5ª.- Con número de registro NUM014 se emitió el 12-4-2013 una factura por MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 3.112,12 €, con precio de ejecución material de 2.161,34 €, derivada de trabajos de renovación de la cubierta de la caseta de petanca ubicada en el parque Ribera de Castilla, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio



medio de contrata de 747,51 €, con lo que se produjo un sobrecoste en la facturación cifrado en 1.413,83 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

6ª.- Con número de registro NUM015 se emitió el 24-4-2013 una factura por MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 19.483,72 €, con precio de ejecución material de 13.531,30 €, derivada de trabajos de rehabilitación de aleros de cubierta del colegio González de Córdoba, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 4.182,86 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 9.348,44 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

7ª.- Con número de registro NUM016 se emitió el 8-7-2.013 una factura por CALEMAN (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Humberto) e importe de 6.970,81 €, con precio de ejecución material de 4.841,18 €, consistente en la limpieza y reconstrucción de zócalos de una parcela municipal en la calle Otero, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 1.807,12 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 3.034,06 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

8ª.- Con número de registro NUM017 se emitió el 22-8-2.013 una factura por BULLON (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Ismael) e importe de 3.448,50 €, con precio de ejecución material de 2.394,96 €, consistente en trabajos de fontanería en el almacén 8 de Soto Medinilla, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 800,31 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 1.594,65 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

9ª.- Con número de registro NUM018 se emitió el 22-8-2013 una factura por CALEMAN (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Humberto) e importe de 5.648,23 €, con precio de ejecución material de 3.992,65 €, consistente en la renovación de vallas en la parcela municipal ubicada en la calle Sayago, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 1.412,50 €, con lo cual se produjo un sobrecoste cifrado en 2.510,15 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto superior al de mercado.

10ª.- Con número de registro NUM019 se emitió el 10-9-2013 una factura por EXCEL (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 7.601,70 €, con precio de ejecución material de 5.279,32 €, consistente en la renovación del vallado de unas pistas deportivas ubicadas en una parcela municipal de la calle Sayago, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 713,36 €, con lo cual se produjo un sobrecoste cifrado en 4.565,96 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

11ª.- Con número de registro NUM020 se emitió el 25-10-2013 una factura por CAMINO DEL MOLENDOR (de la que al tiempo de los hechos era 27 precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del administrador el acusado Gregorio) e importe de 7.726,46 €, con precio de ejecución material de 5.365,97 €, consistente en el vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Atenas, a requerimiento del Servicio de Gestión Patrimonial), resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 1.543,88 €, con lo cual se produjo un sobrecoste cifrado en 3.822,09 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

12ª.- Con número de registro NUM021 se emitió el 7-11-2013 una factura por CAMINO DEL MOLENDOR (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 5.574,45 €, con precio de ejecución material 3.871,41 €, consistente en la limpieza de una parcela municipal ubicada en La Flecha, a requerimiento del Servicio de Gestión Patrimonial, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 534,74 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 3.336,67 €, repercutiendo así



negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

13ª.- Con número de registro NUM022 se emitió el 8-11-2013 una factura por VALCOM (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 8.866,13 €, con precio de ejecución material 6.157,58 €, consistente en el vallado de una parcela municipal ubicada en la Avenida de Segovia 10, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 2.236,49 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 3.921,09 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

14ª.- Con número de registro NUM023 se emitió el 12-11-2013 una factura por CALEMAN (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Humberto) e importe de 6.288,01 €, con precio de ejecución material 4.366,98 €, consistente en el retejo de la cubierta de la casa José Zorrilla, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 698,27 €, con lo que se produjo un sobrecoste al Ayuntamiento cifrado en 3.668,71 €, pues el 28 Con número de registro NUM024 se emitió el 15 Con número de registro NUM024 se emitió el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

15ª.- Con número de registro NUM024 se emitió el 15-11-2013 una factura por EXCEL (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 7.165,92 €, con precio de ejecución material 4.976,68 €, consistente en la limpieza de la parcela municipal ubicada en calle Doctor Sánchez Villares, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 2.224,18 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 2.751,90 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

16ª.- Con número de registro NUM025 se emitió el 26-11-2013 una factura por MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 6.050,61 €, con precio de ejecución material 4.202,10 €, consistente en el vallado de la parcela 23-1 situada en la calle Astrofísico Sánchez (del Plan Parcial Santos Pilarica), a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 1.453,17 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 2.749,03 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

17ª.- Con número de registro NUM026 se emitió el 4-12-2013 una factura por MEI (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 1.465,91 €, con precio de ejecución material de 1.018,06 €, consistente en la realización de trabajos en el Archivo Municipal, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 391,49 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 626,57 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

El importe total de los sobrecostes durante el año 2013, contenidos en aludidas facturas y empresas, ascendió a la suma de 57.384,7 €.

Durante el año 2014 se emitieron las siguientes facturas por otras tantas empresas del grupo, con un precio "excesivo" y en relación con el de mercado, concretadas en:

1ª.- Con número de registro NUM027 se emitió el 14-2-2014 una factura por EXCEL (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 1.512,50 €, con precio de ejecución material de 1.050,42 €, derivada de labores de eliminación de chapas y colocación de otras nuevas en la cubierta del Archivo Municipal (edificio San Agustín), a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 451,23 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 599,19 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

2ª.- Con número de registro NUM028 se emitió el 3-4-2014 una factura por VALCOM (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 4.317,28 €, con precio de ejecución material de



2.998,32 €, derivada de instalaciones eléctricas en la sala de exposiciones del Archivo Municipal, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 867,11 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 2.131,21 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

3ª.- Con número de registro NUM029 se emitió el 25-4-2014 una factura por ACUÑA (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 3.744,95 €, con precio de ejecución material de 2.600,84 €, derivada de la rehabilitación del edificio Constanza Martín, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 1.276,98 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 1.323,86 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto muy superior al de mercado.

4ª.- Con número de registro NUM030 se emitió el 30-4-2014 una factura por ACUÑA (cuyo administrador al tiempo de los hechos era el acusado Gregorio) e importe de 1.524,60 €, con precio de ejecución material de 1.058,82 €, derivada de la reparación del suelo en la entrada de emergencias del centro de mayores Zona Este, a requerimiento del Servicio de Empleo y Familia, resultando que los trabajos realizados tenían un precio medio de contrata de 341,39 €, con lo que se produjo un sobrecoste cifrado en 717,43 €, repercutiendo así negativamente y en esta cantidad en el Ayuntamiento de esta ciudad, pues el precio de la ejecución material contenido en esta factura resultó ser más del doble del precio medio de contrata, por tanto superior al de mercado.

El importe total de los sobrecostos de aludidas facturas y empresas, durante el año 2014 y hasta junio, ascendió a 4.771,69 €.

La suma de los referidos sobrecostos al Ayuntamiento de esta ciudad, consecuencia de las facturas calificadas como "excesivas" y comprendidas desde el año 2.008 a junio de 2.014, expedidas por las diferentes mercantiles a que nos venimos refiriendo en los diferentes ordinales que comprenden este apartado (IV), ascendió a un total de 177.955,45 € (115.799,06 en el período comprendido entre 2008 a 2012 + 57.384,7 € en el año 2013 + 4.771,69 € hasta junio de 2014).

(V)

El acusado Gregorio como administrador de las mercantiles EXCEL, CAMINO DEL MOLENDOR (en dos facturas), MEI y MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (en otras dos), una vez designadas directamente estas empresas como adjudicatarias para ejecutar obras relativas a contratos menores, a través del procedimiento que venimos refiriendo por el acusado Humberto como jefe del Centro de Mantenimiento del Ayuntamiento, emitió aquel acusado las correspondientes facturas por la realización de los trabajos en ellas especificados y así encomendados a través de ese medio, pero resultando que dichas obras no fueron realmente ejecutadas y sí pagadas por el Ayuntamiento.

Viniendo lo anterior propiciado por cuanto las facturas que a continuación pasaremos a referir fueron admitidas por el acusado Humberto, quien incumplió su función específica y previa de supervisar la efectiva ejecución de las obras encomendadas, validando este pese a ello las facturas presentadas por las diferentes empresas contratistas, con lo cual esos documentos siguieron los correspondientes trámites procedimentales, que finalizaron con sus respectivos pagos por parte del Ayuntamiento de esta ciudad.

La relación de facturas que describieron la ejecución de obras, pero que sin embargo no fueron ejecutadas, tampoco supervisadas y sí pagadas, es la siguiente:

1ª.- Con número de registro NUM031 se emitió el 4-12-2012 la factura NUM032 por EXCEL (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 12.455,55 €, derivada del vallado de parcelas municipales ubicadas en calle Villaverde de Medina c/v a calle Velicia, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron.

2ª.- Con número de registro NUM033 se emitió el 4-12-2012 la factura NUM034 por CAMINO DEL MOLENDOR (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 8.124,28 €, derivada de la limpieza y vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Santo Toribio de Liébana, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron.

3ª.- Con número de registro NUM035 se emitió el 30-1-2012 la factura NUM036 por MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 9.932,57 €, derivada del vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Santa María de la Vid, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron.



4ª.- Con número de registro NUM041 se emitió el 10-8-2012 la factura NUM042 por MEI (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 5.394,55 €, derivada del vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Lagunas de Villafáfila, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron.

5ª.- Con número de registro NUM037 se emitió el 26-11-2013 la factura NUM038 por CAMINO DEL MOLENDOR (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 6.797,68 €, derivada de la rehabilitación de la marquesina ubicada en la Plaza de La Solidaridad, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron.

6ª.- Con número de registro NUM039 se emitió el 11-9-2013 la factura NUM040 por MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 6.567,27 €, correspondiente a la reposición de una valla de cerramiento sustraída en Soto Medinilla, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron.

(VI)

El acusado Victoriano como jefe del Centro de Mantenimiento, entre cuyas funciones específicas se encontraban las ya literalmente transcritas en el precedente párrafo segundo del ordinal (I) del presente relato de "hechos probados", debiendo haber intervenido en la supervisión de las obras menores encomendadas por él directamente y a través del procedimiento al que nos venimos refiriendo a las empresas del grupo empresarial-familiar del que formaba parte, a pesar de lo anterior admitió facturas expedidas por el representante de las empresas adjudicatarias que a continuación se concretarán, las cuales también tienen como denominador común que el administrador de ellas era su primo y acusado Gregorio, con lo cual así se abrió el procedimiento para el pago de las mismas, siendo ambos acusados plenamente conocedores que las obras que se reflejaban en ellas no habían sido ejecutadas y sí fueron pagadas por parte del Ayuntamiento, con el consecuente detrimento patrimonial para este y beneficio ilícito para aquellos.

Dichas facturas fueron:

1ª.- Con número de registro NUM031 se emitió el 4-12-2012 la factura NUM032 por EXCEL (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 12.455,55 €, derivada del vallado de parcelas municipales ubicadas en calle 1212 Villaverde de Medina c/v a calle Velicia, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se ejecutaron y sí cobraron.

2ª.- Con número de registro NUM033 se emitió el 4-12-2012 la factura NUM034 por CAMINO DEL MOLENDOR (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 8.124,28 €, derivada de la limpieza y vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Santo Toribio de Liébana, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron y sí cobraron.

3ª.- Con número de registro NUM035 se emitió el 30-1-2012 la factura NUM036 por MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 9.932,57 €, derivada del vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Santa María de la Vid, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron y sí cobraron.

4ª.- Con número de registro NUM041 se emitió el 10-8-2012 la factura NUM042 por MEI (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 5.394,55 €, derivada del vallado de una parcela municipal ubicada en la calle Lagunas de Villafáfila, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos contenidos en ella no se ejecutaron y sí cobraron.

5ª.- Con número de registro NUM037 se emitió el 26-11-2013 la factura NUM038 por CAMINO DEL MOLENDOR (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 6.797,68 €, derivada de la rehabilitación de la marquesina ubicada en la Plaza de La Solidaridad, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron y sí cobraron.

6ª.- Con número de registro NUM039 se emitió el 11-9-2013 la factura NUM040 por MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES (de la que al tiempo de los hechos era administrador el acusado Gregorio) e importe de 6.567,27 €, correspondiente a la reposición de una valla de cerramiento sustraída en Soto Medinilla, a requerimiento del Servicio de Patrimonio, resultando que los trabajos especificados en ella no se realizaron y sí cobraron.

El importe de estas seis facturas simuladas, tendentes a defraudar al Ayuntamiento de esta ciudad, sumaron 49.271,9 € (12.455,55 de EXCEL + 8.124,28 de CAMINO DEL MOLENDOR + 9.932,57 de MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES + 5.394,55 de MEI + 6.797,68 de CAMINO DEL MOLENDOR + 4.493,21 de



MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES), con lo cual se causó un detrimento patrimonial al Ayuntamiento cifrado en esa cantidad."

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Valladolid dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS

Por cuanto hemos venido precedentemente razonando, debemos ABSOLVER a:

Humberto , Ismael , Gregorio y Jenaro del delito continuado de prevaricación administrativa, declarándose de oficio el 16,664 % de las costas (4,166 % cada uno).

Humberto , Ismael , Gregorio y Jenaro del delito continuado de tráfico de influencias, declarándose de oficio el 16,664 % de las costas (4,166% cada uno).

Ismael y Jenaro , del delito continuado de falsedad en documento mercantil por particular, en concurso medial con un delito de estafa, declarándose de oficio el 16,664 % de las costas (8,332 % cada uno).

Y debemos CONDENAR a:

Humberto , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios, en concurso de normas con un delito continuado de fraude a la administración, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Así como a OCHO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para cargo o empleo público. Como al pago del 8,332 % de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Humberto , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil por funcionario público, en concurso medial con otro delito también continuado de estafa a la administración, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. VEINTE MESES MULTA con cuota diaria de 18 € (total: 10.800 €). CINCO AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Como el pago del 8,332 % de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Gregorio , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios, en concurso de normas con un delito continuado de fraude a la administración, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Como al pago del 8,332 % de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Gregorio , como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil efectuado por particular, en concurso medial con otro delito también continuado de estafa, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. ONCE MESES MULTA con cuota diaria de 18 € (total: 5.940 €), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Como al pago del 8,332 % de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Ismael , como autor responsable de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios, en concurso de normas con un delito continuado de fraude a la administración, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. TRES AÑOS Y NUEVE MESES DE INHABILITACIÓN para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Como el abono del 8,332 % de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Jenaro , como autor responsable de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios, en concurso de normas con un delito continuado de fraude a la administración, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. TRES AÑOS Y NUEVE MESES DE INHABILITACIÓN para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales



y de la Seguridad Social. Como al abono del 8,332 % de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Por vía de responsabilidad civil, Humberto , Ismael , Gregorio y Jenaro , indemnizarán conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de esta ciudad en la suma de 177.955,45 €, con responsabilidad directa de dichos acusados y subsidiaria de las mercantiles CASTELLANO LEONESA DE MANTENIMIENTO SL, CONSTRUCCIONES TARIFA 2000 SL, CONSTRUCCIONES PARAÍSO 2008 SL, CONSTRUCCIONES Y REFORMAS BULLON SL, CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS PINTIA SLU, EXCEL GESTIÓN SL, CAMINO DEL MOLENDOR SL, MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES, CONSTRUCCIONES Y REFORMAS ACUÑA SLU, OBRAS VALCOM 2000 SLU, CONSTRUCCIONES Y REFORMAS ALIVA SL, MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS SL y CONSTRUCTORA CASTELLANA INDUSTRIAL SL, cantidad a la cual debe ser aplicado el interés procesal. Los acusados Humberto y Gregorio , conjunta y solidariamente indemnizarán directamente en la suma de 49.271,9 € al Ayuntamiento de esta ciudad, con responsabilidad civil subsidiaria de las mercantiles EXCEL GESTIÓN SL, CAMINO DEL MOLENDOR SL, MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE INMUEBLES SL y MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS URBANAS SL, cantidad a la cual debe ser aplicado el interés procesal.

Se mantienen las medidas cautelares reales adoptadas en la sustanciación del presente procedimiento, hasta que en él recaiga resolución firme. [...]"

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó el recurso de casación por Ayuntamiento de Valladolid, Ministerio Fiscal, Gregorio , Humberto , Ismael , y Jenaro , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, excepto el **Ministerio Fiscal**, que presentó escrito telemáticamente de 17 de julio de 2019, y por Decreto de esta Sala Segunda, de fecha 26 de julio de 2019, se le tuvo por desistido.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Ayuntamiento de Valladolid, Gregorio , Humberto , Ismael , y Jenaro , formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS:

Ayuntamiento de Valladolid

MOTIVOS DE CASACIÓN Único.- Mediante el presente escrito venimos a interponer recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la indebida aplicación por la Sentencia recurrida del artículo 8, en relación con los delitos objeto de las acusaciones de los artículos 436 y 439 del CP en su modalidad de delitos continuados, conforme al artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Gregorio

PRIMERO. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 de la CE.

SEGUNDO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 41, 53, 321 y 361 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obras municipales (2ª parte) obrante en las actuaciones al folio 3060 del tomo X (DVD), que acreditan la equivocación del tribunal juzgador en cuanto a que la factura nº NUM002 pueda ser considerada excesiva y, por tanto, delictiva.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 107, 321 y 365 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obras municipales (2ª parte) obrante en las actuaciones al folio 3060 del tomo X (DVD), que acreditan la equivocación del tribunal juzgador en cuanto a que la factura nº NUM003 pueda ser considerada excesiva y, por tanto, delictiva.

QUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la LOPJ , al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 321, 360, 365 y 373 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obras municipales (2ª parte) obrante en

las actuaciones al folio 3060 del tomo X (DVD), así como a la página 1021 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obra municipales, correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como anexo al tomo VIII de las actuaciones, que acreditan, la equivocación del tribunal juzgador en cuanto a que la factura nº NUM006 pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.

SÉPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la LOPJ, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

OCTAVO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 84, 86, 996 y 1.008 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obras municipales correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como anexo al Tomo VIII de las actuaciones, que acreditan la equivocación del Tribunal Juzgador en cuanto a que la factura nº NUM010 de 28/02/2013 pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.

DÉCIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

DECIMOPRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

DECIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 194, 996 y 1.013 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obra municipales, correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como anexo al tomo VIII de las actuaciones, que acreditan, la equivocación del Tribunal Juzgador en cuanto a que la factura nº NUM014 de 12/04/2013 pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.

DECIMOTERCERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

DECIMOCUARTO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

DECIMOQUINTO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 388, 389, 390 y 1.022 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obra municipales, correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como anexo al tomo VIII de las actuaciones, que acreditan la equivocación del Tribunal Juzgador en cuanto a que la factura nº NUM017 de 22/08/2013, pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.

DECIMOSEXTO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la LOPJ, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.

DECIMOSÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 614, 998 y 1.030 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obra municipales, correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como Anexo al tomo VIII de las actuaciones, que acreditan, la equivocación del tribunal juzgador en cuanto a que la factura nº NUM024 pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.

DECIMOCTAVO. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 16, 17, 782, 783, 1002 y 1.039 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obra municipales, correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como Anexo al tomo VIII de las actuaciones, que acreditan,



- la equivocación del Tribunal Juzgador en cuanto a que la factura nº NUM027 pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.
- DECIMONOVENO. por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la LOPJ , al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.
- VIGÉSIMO.- por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la LOPJ , al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.
- VIGESIMOPRIMERO. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la LOPJ , al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.
- VIGESIMOSEGUNDO. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos obrantes a las páginas 261 a 263, 273 a 275 y 321 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obras municipales (2ª parte) obrante en las actuaciones al folio 3060 del tomo X, y página 18 del informe de revisión de facturas en contratos menores de obra municipales, correspondiente a los años 2013 y 2014, obrante como anexo al tomo VIII de las actuaciones, que acreditan, la equivocación del Tribunal Juzgador en cuanto a que la factura nº NUM041 pueda ser considerada excesiva y por tanto, delictiva.
- VIGESIMOTERCERO. por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración de los preceptos de carácter sustantivo 248 y 390 del CP, al no darse los elementos del tipo por el que ha sido condenado.
- VIGESIMOCUARTO. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE.
- VIGESIMOQUINTO. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerarse vulnerado el derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la CE.
- VIGESIMOSEXTO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración del precepto de carácter sustantivo 436 del CP, al no darse los elementos del tipo por el que ha sido condenado.
- VIGESIMOSÉPTIMO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración del siguiente precepto de carácter sustantivo: artículo 8 del CP, así como la jurisprudencia que le resulta de aplicación.
- VIGESIMOOCCTAVO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración de los siguientes preceptos de carácter sustantivo: artículo 77, así como la jurisprudencia que le resulta de aplicación.
- VIGESIMONOVENO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración de los preceptos 2.1, 2.2 y 7 del CP vigente, en relación con las disposiciones transitorias primera del CP de 1995, de la LO. 5/2010, de 22 de junio, que modifica el anterior, y de la disposición transitoria primera de la LO. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del anterior, así como la jurisprudencia que le resulta de aplicación.
- TRIGÉSIMO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, entre otros, por vulneración de precepto penal de carácter sustantivo, concretamente el artículo 65.3 del CP, así como la jurisprudencia que le resulta de aplicación.
- TRIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración de precepto penal de carácter sustantivo, concretamente el artículo 115 del CP, así como la jurisprudencia que le resulta de aplicación.
- TRIGESIMOSEGUNDO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, entre otros, por vulneración de los siguientes preceptos: concretamente los artículos 123 y 124 del CP, así como la jurisprudencia que les resulta de aplicación.
- TRIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración de precepto penal de carácter sustantivo, concretamente el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al juramento o promesa de los peritos al emitir sus informes, y ello en relación con la jurisprudencia que le resulta de aplicación en su desarrollo.



TRIGESIMOCUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim al considerarse que ha resultado infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente y una vez se ha condenado, no se ha aplicado lo dispuesto en el artículo 21.6ª del CP, y ello de nuevo en relación con la jurisprudencia que le resulta de aplicación.

Humberto

MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se formula este motivo dado que la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra nuestra CE en su artículo 24, por haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías reconocidas en dicho precepto.

MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se formula este motivo dado que la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24.

MOTIVO TERCERO DE CASACIÓN Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la LECrim, se formula este motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

MOTIVO CUARTO DE CASACIÓN Se formula también el presente motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la LECrim, por existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

MOTIVO QUINTO DE CASACIÓN Se formula el presente motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim, por existir infracción de precepto legal al haberse aplicado indebidamente los artículos 390.1.2º y artículos 438, en relación con el 248, todos ellos del CP.

MOTIVO SEXTO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los artículos 439 y 436 del CP según su redacción dada por la LO 5/2010, y consiguiente falta de aplicación de los artículos 439 y 436 del Código según redacción de la LO 10/1995, vulnerándose con ello lo dispuesto en los artículos 2.2 y 7 del CP redactado conforme a la LO 10/1995.

MOTIVO SÉPTIMO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º de la LECrim, por infracción de precepto legal al haberse aplicado indebidamente lo dispuesto en el artículo 439 del CP respecto al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios por el que se condena a Don Humberto

MOTIVO OCTAVO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente lo dispuesto en el artículo 436 del CP respecto al delito de fraude a la administración por el que se condena a Don Humberto .

MOTIVO NOVENO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º, por infracción de precepto legal, al considerarse infringido lo dispuesto en los artículos 467 a 470 de la LECrim ello en relación con el informe emitido por los Peritos designados por el Ayuntamiento de Valladolid (IPAC).

MOTIVO DÉCIMO DE CASACIÓN Se formula el presente motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º de la LECrim, por inaplicación del artículo 21.6º del CP en relación con el artículo 66.1.1º de dicho Texto Legal.

Ismael

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se formula este motivo por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al haberse privado a esta parte de la posibilidad de utilizar todos los medios necesarios para la defensa del acusado consagrado en el art. 24.2 de la CE.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se formula este motivo por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se formula este motivo por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE.

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la LECrim, se formula este motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos probatorios en relación con los delitos de negociaciones prohibidas del art. 439 CP y de fraude a la administración y exacciones ilegales del art. 436 CP.



QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la LECrim, se formula este motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, en relación con la facturación excesiva de determinados trabajos y que dan lugar a la condena al pago de una indemnización de 177.955,45 €.

SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim, por infracción del precepto legal al haberse aplicado indebidamente lo dispuesto en el artículo 439 del CP respecto al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios por el que se condena a Don Ismael .

SÉPTIMO MOTIVO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim, por infracción del precepto legal al haberse aplicado indebidamente lo dispuesto en el art. 28 b) del CP en relación con el art. 439 del mismo cuerpo legal, considerando que el Sr. Ismael es autor de dicho delito como cooperador necesario.

OCTAVO MOTIVO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim, por infracción del precepto legal al haberse aplicado indebidamente lo dispuesto en el artículo 436 del CP respecto al delito de fraude a la administración por el que se condena a Don Ismael .

NOVENO MOTIVO DE CASACIÓN Se formula este motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los artículos 439 y 436 del CP según la redacción dada por la LO. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP y consiguiente falta de aplicación de los artículos 439 y 436 del Código conforme a la redacción anterior, vulnerándose con ello lo dispuesto en los artículos 2.2 y 7 del CP redactado conforme a la LO. 10/1995.

DÉCIMO MOTIVO DE CASACIÓN Se formula el presente motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 número 1º de la LECrim, por inaplicación del artículo 21.6º del CP en relación con el artículo 66.1.1º de dicho Texto Legal.

Jenaro

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos reconocido en el artículo 24 de nuestra CE, todo ello en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entendiéndose que se ha producido una efectiva situación de indefensión, así como una infracción de la tutela judicial efectiva, vulnerando el principio de presunción de inocencia.

SEGUNDO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al juramento o promesa de los peritos al emitir sus informes, y ello en relación con la jurisprudencia que le resulta de aplicación en su desarrollo.

TERCER MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que ha resultado infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente y una vez se ha condenado, no se ha aplicado lo dispuesto en el artículo 21.6ª del CP, y ello de nuevo en relación con la jurisprudencia que le resulta de aplicación.

CUARTO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente los artículos 131 y 132 del CP relativos a los plazos de prescripción de las penas, y ello en relación con las disposiciones transitorias primeras tanto del CP de 1995 como de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que modifica el anterior.

QUINTO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente el artículo 2.2 del CP relativo a la ley penal aplicable en relación con las disposiciones transitorias primeras tanto del CP de 1995 como de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que modifica el anterior.

SEXTO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente los artículos 114 y 116 del CP relativos a la individualización de la responsabilidad civil derivada del delito.

SÉPTIMO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente el artículo 28 del CP relativo a los criterios a aplicar a los efectos de la consideración como cooperador necesario.



OCTAVO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al considerar que existe un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin que resulten contradichos por otros elementos de prueba.

NOVENO MOTIVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que en la sentencia existe una manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados.

QUINTO.- La Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 13 de mayo de 2021 se señala el presente recurso para fallo para el día 9 de junio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso formalizado por el Ayuntamiento de Valladolid

PRIMERO.- La sentencia objeto del presente recurso de casación condena a los recurrentes como autores de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios en concurso de normas con un delito de fraude a la administración y, además a dos de los recurrentes como autores del delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con otro delito, también continuado de estafa. En síntesis, el relato fáctico refiere que uno de los acusados era arquitecto técnico del Ayuntamiento de Valladolid desde 1975. Inicialmente, y hasta el año 2000, tenía reconocida la compatibilidad con la actividad privada, y estaba encargado de "la dirección y supervisión de obras menores de remodelación, ampliación y reforma de los edificios municipales, dirección y supervisión de la reparación o sustitución de elementos de obra civil... la inspección y fiscalización y técnica de los trabajos realizados por empresas externas... y la realización y control de los aspectos técnicos de los contratos suscritos por el Ayuntamiento con las empresas de suministros y prestación de servicios. A comienzos de 2014, una inspección interna descubrió que el Centro de Mantenimiento que dirigía el acusado contrataba con empresas en las que aparecía interesado el acusado con vulneración el principio de compatibilidad, a la que había renunciado. El hecho probado es prolijo en el detalle de las empresas en las que aparecía interesado el acusado Humberto , y los otros acusados, dos de ellos parientes, quienes pertenecían al accionariado de las empresas con las que se realizaban los contratos. Expresa, a continuación, que entre los años 2008 y 2014, los acusados se pusieron de acuerdo para incrementar el precio de las obras ejecutadas, presentando facturas que ha sido calificadas como excesivas, relacionando las facturas y obras que se consideran excesivas en virtud del acuerdo para ese fin entre los acusados. En un segundo momento, emitían facturas presentadas y cobradas que no se correspondían a obras efectivamente realizadas. La primera partida de facturas se subsume en el delito de fraude a la administración del que son autores los cuatro acusados, y de las segundas facturas, el funcionario, Humberto , y Gregorio , quienes son condenados, además, por delito de falsedad en concurso ideal con otro de estafa.

El Ayuntamiento, que ejerció la acción particular, denuncia el error de derecho al considerar un error en la calificación de los hechos consistente en aplicar un concurso de normas entre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, artículo 439 del Código Penal, y del fraude a la administración, artículo 436 del Código Penal. En la sentencia impugnada se argumenta que ambos delitos configuran un supuesto de progresión delictiva lo que se subsume en un concurso de normas. Entiende el recurrente, por el contrario, que el relato fáctico es preciso a la hora de distinguir las vulneraciones al principio de incompatibilidad del funcionario público, al adjudicar obras y servicios a empresas en las cuales está interesado, de aquellas otras adjudicaciones en las cuales el acusado, además de adjudicarse las obras, se concierta con estas empresas para incrementar su importe, con un sobrecoste, que en el hecho probado se califican de partidas excesivas, de acuerdo a la pericial practicada en la causa. Por lo tanto, denuncia el error de derecho afirmando que el régimen de concurrencia no es el de normas, sino de delitos, y entre ellos, el concurso real de delitos.

El Ministerio Fiscal impugna el motivo aduciendo que la relación entre los artículos 439 y 436 desde Código Penal, es la relación "de progresión delictiva", de tal manera que los contenidos en el artículo 439 tipifican la conducta de la autoridad o funcionario público que participa, directa o por persona interpuesta, en determinados contratos o asuntos en los que debe intervenir por razón de su cargo, aprovechándose de tal circunstancia. Sin embargo, el artículo 436 añade a este hecho el llegar a concertarse con los interesados o usar de cualquier artificio con el fin de defraudar a cualquier ente público. Ambos preceptos van dirigidos a procurar la imparcialidad en la actuación administrativa del funcionario o autoridad, presentándose el artículo 439 como un instrumento de cierre para cubrir posibles grietas de impunidad para aquellas conductas de aprovechamiento y abuso de la condición de autoridad o funcionario.



El motivo será estimado. El relato fáctico de la sentencia impugnada refiere que el acusado realizó dos modalidades de conducta. En la primera desde el año 2000 hasta el año 2007 lo acreditado es que el acusado en el ejercicio de sus funciones adjudicó a las empresas en las que estaba interesado, directa o por personas interpuestas, obras desde la unidad administrativa que regentaba, conducta subsumible en el delito del artículo 439 por el quebranto del principio de imparcialidad y de incompatibilidad en el ejercicio de la función pública y la actividad en la que el acusado estaba interesado. Es a partir del año 2008 cuando el acusado, además de adjudicar obras a las empresas de su interés particular, quebrantando el principio de incompatibilidad existente, se concierta con las personas interesadas en las empresas para realizar sobrecostes, que él mismo autorizaba, defraudando a la administración. Se trata de dos conductas distintas, el quebranto del principio de imparcialidad e incompatibilidad, realizando las conductas de negociación prohibida a los funcionarios, y la otra conducta, de fraude a la administración mediante el concierto con las empresas a las cuales había encargado obras en las que estaba interesado, para establecer unos sobrepuestos y sobrecostes que se realizan en concierto para defraudar a la administración. Hay una pluralidad de conductas, la primera desarrollada hasta el año 2008, en tanto que la segunda comienza este año, 2008, hasta el año 2014. La única progresión delictiva es una progresión de carácter temporal pues el acusado fue progresando en su actuar delictivo incorporando al hecho nuevas conductas que suponían una progresión con actos de mayor gravedad, pues el acusado no sólo interviene en contratos vulnerando el principio de incompatibilidad, sino que además incrementa el costo de las obras para perjudicar a la administración a la que servía, realizado desde el concierto, con los adjudicatarios.

El concurso de normas se produce cuando el hecho, o el conjunto de hechos, son objeto de una valoración jurídica en un tipo penal sin que ninguna parte del injusto quede al margen del tipo penal. Si una parte del injusto queda fuera, necesariamente ha de procederse a la calificación separada y a concurso de delitos. Para ello hemos de comprobar si la valoración jurídica de la conducta típica abarca toda la antijuridicidad del hecho. El tribunal de la instancia ha considerado que la infracción del principio de incompatibilidad - art. 439 del Código Penal- absorbe también las conductas de fraude - los sobrecostes pactados, 436 del Código Penal y lo enmarca en una dinámica de progresión delictiva. Entendemos, por contra, que el concierto entre los acusados que se declara probado no aparece recogido en el tipo penal del art. 439 del Código Penal, que se limita a castigar las negociaciones prohibidas en los funcionarios, por infracción del principio de incompatibilidad, y no recoge en su tipicidad el concierto para el fraude que se declara probado y que es subsumido en el art. 436 del Código Penal. Este último artículo no recoge en su tipicidad la lesión al principio de incompatibilidad. Consecuentemente la tipicidad de los hechos no aparece recogida, en su integridad, en ninguno de los delitos en concurrencia por lo que ha de estarse en las reglas del concurso de delitos.

El motivo comporta una modificación del título de condena para los acusados que serán condenados por dos delitos de los arts. 436 y 439 del Código Penal. El funcionario, Humberto, como actos de ambos y los otros acusados como autores del fraude a la administración (art. 436 CP) y como cooperadores del delito de negociaciones prohibidas (art. 439 CP), a los que es de aplicación, respecto este último delito, la regla penológica del art. 65.3 CP, por su condición de extraños a la relación funcional a la que colaboran.

Recurso de Humberto

SEGUNDO.- Este recurrente es funcionario público del Ayuntamiento de Valladolid, inicialmente con compatibilidad para el desempeño de actividades privadas a la que renunció. Le correspondían la dirección y supervisión de obras menores de remodelación, ampliación y reforma de edificios municipales y la dirección y supervisión de la reparación o sustitución de elementos de obra civil. Igualmente la inspección y fiscalización facultativa y técnica de los trabajos realizados por empresas externas. Es condenado como autor de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios en concurso, en los términos señalados anteriormente, con un delito de fraude a la administración, y como autor responsable de un delito de falsedad y estafa. Ya hemos señalado el cambio del régimen de concurrencia de los dos primeros, que será de delitos, y no aparente de normas.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración al proceso al proceso debido que entiende se ha producido porque durante la instrucción de la causa se dejaron de practicar diligencias, que considera esenciales para su dirección de defensa y que, por razones no imputables al recurrente, no se practicaron, pese haber sido acordadas por la instructora de la causa. Concretamente se refiere a la posibilidad de que los peritos nombrados por el acusado accediesen a determinadas partes propiedad del Ayuntamiento, lo que supuso que el perito designado no pudiera tener ese conocimiento, que si tuvieron los peritos oficiales nombrados por el juzgado. Afirmar que supone una infracción del principio de igualdad de armas. También alega, como supuesto de indefensión, que el juzgado acordara la prueba solicitada por la defensa del acusado, consistente en que el interventor del Ayuntamiento informara sobre la competencia municipal para autorizar determinadas facturas, diligencia que pese haber sido acordada no llegó a realizarse. Un tercer motivo de indefensión se refiere a



la no realización de una prueba testifical acordada respecto de quien fue jefe del Centro de Mantenimiento, diligencia que fue interesada y acordada por el juez de instancia, posteriormente suspendida, y definitivamente no practicada durante la instrucción.

El motivo se desestima. De acuerdo al artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Como hemos señalado con reiteración, por todas Sentencia 860/2014, de 17 diciembre, el objeto de sumario constituye la investigación de un hecho, en principio, delictivo que se va construyendo con el devenir de diligencias de investigación, de manera que se va produciendo una cristalización progresiva del objeto, con una delimitación objetiva que se verifica en forma paulatina, en función del resultado de las diligencias, pues la idea central es la creación de espacio habilitado para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación. Este proceso de investigación ha de realizarse de forma contradictoria, con intervención activa del juez instructor, de la acusación y la defensa. En esa intervención de las partes procesales han de observarse, obviamente, las reglas procesales que configuran el proceso debido, es decir, la práctica de prueba de forma contradictoria. Lo que el recurrente denuncia pueden constituir, como lo señala, un acto irregular en la medida en que en diligencias acordadas, según denuncia, debieron ser practicadas y no lo fueron efectivamente. Ahora bien, ello no implica la generación de una situación de indefensión, en la medida en que ni la parte reaccionó contra su no celebración por la falta de práctica de una diligencia acordada, ni las mismas diligencias fueron demandadas para su celebración en el juicio oral, donde se practican las pruebas (art. 741 LECrim), de forma contradictoria. En otros términos, la exigencia de un informe del interventor sobre facturas, o la testifical de una persona sobre los hechos, diligencias que pudieran constituir una actividad probatoria relevante, no supone la indefensión del recurrente denuncia en la medida en que no fue instada su práctica para el juicio oral. Se produjo una irregularidad en la instrucción de la causa que no ha generado indefensión en la medida en que la defensa pudo solicitar su práctica en el juicio, o pudo reiterarlas aquietándose a su no realización por diversas razones o pudieron haber sido sustituidas por otras diligencias.

Consecuentemente el motivo se desestima.

TERCERO.- En el segundo motivo denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Argumenta que respecto de la condena por los delitos de falsedad y estafa a la administración, según el fundamento del derecho octavo y noveno, página 91 de la sentencia, que el recurrente había reconocido en fase de instrucción el haber tenido conocimiento de la obra y que era él quien comprobaba las facturas, lo cual se compadece mal con la realidad de los hechos, puesto que en la revisión de las facturas se realizaba por los encargados del Centro de Mantenimiento. Añade que el examen de las facturas que el tribunal de instancia de instancia califica de falsas, folio 92 de la Sentencia, se corresponden a obras realizadas por otro de los acusados en esa empresa sin que tenga ningún tipo de participación este recurrente. En definitiva, cuestiona la afirmación contenida en el hecho probado sobre la falsedad de las facturas, repuntando inexistente la actividad probatoria valorada en la Sentencia.

El motivo se desestima. La invocación al derecho fundamental a la posición de inocencia exige de esta Sala la comprobación de la existencia de una actividad probatoria, regular y lícita en su realización, con observancia de los principios procesales que permiten una correcta valoración de la prueba, y que tenga el sentido preciso de cargo para conformar un hecho probado, debidamente motivado en la fundamentación de la sentencia. Al folio 90 de la sentencia se motiva el fundamento de la convicción sobre la simulación de las facturas, expresando la forma de comisión, el incumplimiento de sus deberes que le competían para validar las facturas, y la prueba practicada, entre ella su declaración de 8 julio 2014 "cuando vino a afirmar que él sabía que la obra se había ejecutado a satisfacción y las facturas emitidas por las empresas del grupo eran a satisfacción, así como que afirmó que era él quien controlaba todas facturas, sus precios y ejecución, ratificando lo anterior en la sesión plenaria del 13 marzo 2019 ante esta sala, en el sentido que él comprobaba que las obras estaban bien hechas. También a partir de lo manifestado por el acusado Gregorio ...". La sentencia reproduce las facturas que han sido peritadas ante el órgano inicial y a partir de las declaraciones percibidas con inmediatez por el tribunal y las facturas que han sido tratadas en su análisis por la prueba pericial, la convicción es razonable y lógica.

El recurrente se limita a señalar que no es cierto, olvidando que la función de valorar las pruebas corresponden al tribunal que con inmediatez ha percibido la actividad probatoria practicada en su presencia.

Constatada la existencia de precisa actividad probatoria, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el tercero de los motivos de impugnación denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El motivo designa las facturas que se relacionan en el



apartado sexto de los hechos probados, página 32 y siguientes del relato fáctico, y expresa que estas facturas no aparecen firmadas, o de alguna forma validadas, por el acusado.

El motivo se desestima. La vía de impugnación elegida por el recurrente exige que designe documentos que por sí mismo acrediten un error o un hecho con relevancia penal que deba ser incluido en el hecho probado. El recurrente no lo hace así sino que reproduce los documentos que han sido valorados por el tribunal para conformar el relato fáctico y sobre los que ha percibido, no solo su realidad documental, sino las declaraciones del propio acusado sobre su confección, su control, etc, también las de otros acusados, que las confeccionaron, y las periciales que han analizado esa documentación. Prueba de ello es el detallado análisis de la prueba que sobre estos hechos realiza la sentencia al folio 82 y siguientes, fundamento octavo de la sentencia, donde se detallan y amplían los hechos, las funciones de este recurrente, la supervisión de debía realizar y la falta de correspondencia de la realidad con la documentación referida a esa realidad, y constata la actividad probatoria que parte de las propias declaraciones del acusado, las de otro acusado Gregorio , y las periciales que han peritado sobre cada una de las facturas, desechando de la declaración fáctica de aquellas facturas, como la NUM043 , en las que sí se refieren a actuaciones concretas de actuación en obras por lo que la factura tiene una realidad sobre la que se sustenta.

Las facturas designadas han sido objeto de una prueba extensa, prueba personal y pericial, y no son el documento acreditativo del error que denuncia, pues como el hecho refiere, el acusado como jefe del Centro de Mantenimiento, admitió facturas correspondientes a actuaciones no realizadas con el consiguiente perjuicio patrimonial al Ayuntamiento para el que trabajaba, facturas que habían sido falsamente confeccionadas por el coacusado, Gregorio , primo del ahora recurrente.

El motivo se desestima.

QUINTO.- También por error de hecho en la valoración de la prueba refiere lo que no es sino un mero error aritmético consistente en reseñar que en el apartado V del relato fáctico se consigna que como consecuencia de la falsificación de la factura registrada con el numero NUM039 , folio 32 del hecho probado, se consigna un perjuicio de 6.527 euros, en tanto que dos páginas más atrás, al consignar el importe total del perjuicio se señala este en 4.493 euros, lo que conforma una distinta cantidad total, 47.197, 84, en lugar de los 49.271 euros.

Se trata de un error material, puramente aritmético, que no comporta un error en la valoración de la prueba y puede ser corregido en cualquier momento, en la ejecutoria, si al derecho de la parte conviene.

SEXTO.- En el quinto de los motivos de la oposición denuncia el error de derecho por la indebida aplicación al relato fáctico de los arts. 390.1.2 y 438, en relación con el 248 del Código Penal.

En el desarrollo argumental del motivo cuestiona la prueba realizada y, concretamente, señala que el informe de la Intervención general ha señalado la ausencia de un efectivo control y de tramitación deficiente en la contratación de las obras menores correspondientes al Centro de Mantenimiento del que el acusado era jefe.

La vía de impugnación elegida debe partir del respeto al hecho probado, discutiendo desde la asunción del hecho probado, la errónea aplicación de la norma penal que invoca como indebidamente aplicada, el delito de falsedad y el de estafa a la administración.

El relato fáctico, que el acusado debe respetar en la impugnación, es claro en la descripción de un hecho subsumible en el tipo penal objeto de la acusación: el coacusado Gregorio , resulta adjudicatario de un encargo, una obra, por parte de este recurrente, pariente y socio en las empresas con las que operaban. Gregorio confecciona una factura correspondiente a un trabajo no efectivamente realizado, y el recurrente, incumpliendo los deberes propios de su función, valida las facturas y permite que sigan su trayectoria administrativa en el Ayuntamiento hasta su abono. En el apartado VI de los hechos probados se refiere una actuación similar que realiza conjuntamente con el acusado Gregorio que favorecen, desde la posición administrativa del recurrente, cuyas funciones se detallan varias veces en el hecho probado, y permite adjudicar contratos a empresas en el que el recurrente esta interesado junto a familiares suyos, y en el caso de los hechos subsumibles en delitos de falsedad y de estafa a la administración, no hay correspondencia con trabajos efectivamente realizados.

Son varias las facturas calificadas de falsedad, por no corresponderse con actuaciones efectivamente realizadas, y por ello la calificación de lo que es delito continuado de falsedad y de estafa a la administración, por lo que el particular cuestionamiento que realiza respecto de dos no alteraría la calificación de los hechos.

La sentencia motiva que ha excluido de la calificación de estafa y de falsedad aquellas facturas y contrataciones en las que lo que se discute es la realidad del precio de la obra, señalando la tipicidad respecto de las facturas y contratos que no se corresponden con actuaciones efectivamente realizadas. (folio 55 de la sentencia).



Consecuentemente, el motivo se desestima al no constatarse ningún error en la calificación de los hechos.

SÉPTIMO.- En el sexto de los motivos de casación denuncia la vulneración de los arts. 2.2 y 7 del Código Penal, el principio de irretroactividad de la ley penal, denunciado que debiera aplicarse el tipo penal del fraude y de las negociaciones prohibidas en su redacción vigente al tiempo de los hechos, que considera, es la del Código de 1995 y no la resultante de la reforma operada por la LO 5/2010.

Denuncia que existen dos corrientes interpretativas. La que considera que los delitos en continuidad delictiva se rigen por la ley vigente en el último de los hechos en concurrencia, en tanto que otra, "más garantista", entiende que en estos supuestos de concurrencia de dos normas, el principio de irretroactividad hace que deba aplicarse la ley más beneficiosa al reo que, en el caso, es la resultante de la redacción anterior a la reforma de 2010.

El motivo se desestima. De acuerdo a una jurisprudencia consolidada la norma de aplicación en el supuesto de delitos continuados es la vigente al tiempo de la realización de los últimos actos que integran la continuidad. En efecto la referencia que se hace a la doctrina de la sentencia de esta Sala 2030/2001 de 31 de octubre, debe ser matizada al no haber tenido continuidad en sentencias anteriores y posteriores. Así en Sentencias 1360/2003 de 11 de octubre, y 935/2005, de 15 de julio, señalan que "el delito continuado en la doctrina y jurisprudencia de las últimas décadas es considerado como un ente real e integrado que no puede fragmentarse rompiendo el nexo de la continuidad de las conductas que lo integran". Así se sigue también del art. 7 del CP que determina la validez temporal de la ley penal pues, como dijera la sentencia 1625/2000, de 31 de octubre "en el caso en el que la ley que rige después del comienzo de ejecución fuera más grave -como ocurre en la presente causa- no existiría ninguna justificación para beneficiar a los autores que no obstante el incremento de la amenaza penal, no inhibieron sus impulsos delictivos para dar comienzo a la ejecución del delito..." .

Doctrina también recogida en la STS 1578/2000 de 10 de octubre en un caso de continuidad delictiva en delitos contra la libertad sexual producida en un periodo de cambio legislativo. Por todas STS 480/2009 de 22 de mayo.

En el mismo sentido la STS 657/2017, de 5 de octubre, al señalar que resultaría absurdo que varios hechos cometidos tras la entrada en vigor de una norma penal fueran calificados de acuerdo a una legislación derogada y mas beneficiosa, pues su aplicación supondría un supuesto de ultra-actividad, de vigencia de una norma mas allá de su derogación, no amparada en el ordenamiento.

OCTAVO.- En el séptimo de los motivos denuncia un error de derecho al considerar erróneamente aplicado al hecho probado el art. 439 del Código Penal. En el desarrollo argumental realiza dos consideraciones. En primer lugar, que se ha conculcado el derecho a la no aplicación retroactiva de las normas penales, reiterando lo que fue objeto de análisis en el anterior fundamento, y que en el delito continuado puede ser de aplicación la norma derogada porque parte de los hechos que cometieron bajo su vigencia. Nos remitimos a lo anteriormente argumentado en el fundamento anterior para su desestimación.

En segundo término, aunque dice no pretender realizar una revaloración de la prueba, sino "simplemente examinar si los mismos (los elementos de prueba analizados en la sentencia) reúnen los requisitos necesarios para considerarlo como prueba", relaciona la actividad probatoria que el tribunal de instancia ha valorado, afirmando que de las cinco testificales solo tres afirman el hecho, pero lo hacen desde lo que considera un "absoluto desconocimiento del funcionamiento diario del Centro de Mantenimiento y específico reparto de las áreas que en el mismo se realizaban".

El motivo se desestima. Dijimos en la STS 613/2016, de 8 de julio que "El delito del art. 439 [...] no es una norma penal en blanco; no es un precepto vicario de una regulación administrativa. No exige identificar previamente una norma administrativa que imponga de forma precisa el deber de abstención. El núcleo del precepto está en el verbo *aprovecharse*. Habrá actuación reprobable penalmente si el funcionario *se aprovecha* de su condición para beneficiar a una empresa en la que tiene intereses directos o indirectos actuando deliberadamente con la voluntad de poner la función al servicio de esos intereses personales. Por eso puede existir infracción del deber de abstención, incluso palmaria, sin que exista delito del art. 439 CP cuando se constate que no ha existido ese *aprovechamiento*; y, de modo inverso, puede surgir el delito en situaciones en que podría discutirse si las relaciones del funcionario encajaban o no estrictamente en algunas de las causas de abstención, pero en las que ha concurrido ese *aprovechamiento* del cargo." La desestimación procede, en primer lugar, porque el motivo nada tiene que ver con el error de derecho en el que ampara la impugnación. Sobre todo, porque la lectura del fundamento de derecho sexto de la sentencia permite constatar la existencia de la precisa actividad probatoria que tiene, como fuente probatoria, las declaraciones de los testigos que el tribunal ha percibido con inmediatez y con un sentido de cargo sobre los hechos de la acusación han expresado hechos subsumibles en el tipo penal de la acusación. Además las propias declaraciones del acusado y la prueba pericial de la acusación.



Lo que pretende el recurrente es revalorar la testifical y el resto de la actividad probatoria función que excede de la competencia de este tribunal y del recurso de casación.

NOVENO.- También por error de derecho denuncia la errónea aplicación del art. 436 del Código Penal. Nuevamente el recurrente yerra en la interposición de la impugnación pues no parte del respeto al hecho probado y lo que discute es la existencia de la precisa actividad probatoria sobre un concreto aspecto: "En la sentencia se considera como hecho probado la existencia de un grupo empresarial familiar del que formaban parte todos los acusados... por el contrario todos los acusados manifestaron que siempre actuaron de forma totalmente independiente...". Reconoce, no obstante que al grupo de empresas pertenecían los acusados, que eran parientes entre sí, gestionaban las obras que le eran encargadas por el Ayuntamiento y tenían la misma sede y compartían los servicios de una empresa, y la contabilidad, sin embargo "ello no puede ser prueba suficiente para concluir que nos encontramos ante una misma empresa o un grupo empresarial que funcionaba de forma coordinada para obtenerla adjudicación de más obras".

El motivo se desestima. En primer lugar, por la inadecuación del cauce de impugnación, un error de derecho que parte del respeto al hecho probado. En segundo término porque si lo que denuncia es la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sobre el hecho se practicó una profusa actividad probatoria, que parte, como hemos examinado de las propias declaraciones de los acusados, su relación parental, la ubicación social de las distintas empresas con las que comparecerían y licitaban a las obras encomendadas por el Ayuntamiento a través de este recurrente, las pruebas testificales y las periciales practicadas en el juicio oral. El fundamento de derecho séptimo de la sentencia es claro en la motivación de la afirmación fáctica sobre el grupo empresarial familiar y a tal efecto designa, como fundamento de la convicción, las declaraciones del acusado Ismael , que afirma el relevante hecho de compartir contable, también acusado, y la centralización de las oficinas de las distintas empresas, incluso el teléfono. En el mismo sentido las declaraciones del coacusado Gregorio . Respecto al montante del perjuicio, la sentencia va detallando el importe de las facturas, efectivamente pagadas, y la correspondencia con la obra practicada, detectando los excesos en su importe que apoya en las periciales realizadas .

DÉCIMO.- Nuevamente por error de derecho plantea su impugnación, a amparo del art. 849.1 de la ley procesal penal, denunciando la indebida aplicación de los arts. 467 a 470 de la ley procesal. Afirma que la prueba pericial de la acusación no debió ser valorada por la parcialidad de los peritos, personal laboral del Ayuntamiento, por lo tanto, dependiente de quien ejerce la acusación particular. Señala que lo adujo en el escrito de calificación y que uno de los testigos afirmó la creación de un grupo de peritos para indagar sobre los hechos posteriormente denunciados.

El motivo se desestima. El recurrente no actuó conforme le permite la ley procesal, arts, 467 y ss y 662 y ss. de la ley procesal, sino que se aquietó a la realización de la pericia y realizó, a su vez, otra pericial, a la que la sentencia se ajusta en la argumentación para afirmar la convicción sobre los hechos. Ciertamente, estos peritos, en la medida en que han podido intervenir en la realización de la denuncia, si ello se hubiera acreditado pues no obra en la causa ese extremo, pudieran situar a los peritos como prevenidos al haber investigado los hechos sobre los que han sido llamados a peritar, pero lo que no puede ser discutido es que su condición de expertos, al examinar las facturas y su correspondencia con las obras y la tramitación de expedientes, les convierten en testigos cualificados de unos hechos que han participado al tribunal acompañado de valoraciones extraídas de sus conocimientos específicos.

En todo caso, el recurrente cuestiona la parcialidad del perito en función del resultado de la pericia, sin haber procedido a la recusación o a la tacha del perito, realizándolo tras la el informe pericial y sobre el que se ha practicado una segunda pericia a su instancia, lo que ha sido objeto de valoración por el tribunal como resulta de la motivación de la sentencia.

DECIMOPRIMERO.- Denuncia la vulneración de su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones, al reputar de excesivo los cinco años transcurridos desde la incoación del proceso hasta su enjuiciamiento en 2019.

La cuestión fue deducida ante el tribunal de instancia en el informe de conclusiones y resuelta en la sentencia con una argumentación que, forzosamente, hemos de dar por reproducida. Se motiva en el fundamento de derecho décimo la inexistencia de dilaciones argumentando sobre el examen de la causa, con cuatro acusados y 13 empresas afectadas en los hechos, en investigación de unos hechos de corrupción en el que se han practicado periciales y se ha acopiado documental muy numerosa. No se ha constatado ninguna dilación injustificada, ni ningún espacio temporal de dilación. En todo caso, la pretensión de vulneración del derecho no fue deducida en el juicio oral, sino meramente objeto de un informe al término del enjuiciamiento sin expresar ni las dilaciones, ni el carácter de indebido, que por la complejidad de la causa y la ausencia de dilaciones no sería procedente.

Recurso de Gregorio



DECIMOSEGUNDO.- Este recurrente, primo del anterior, participa con él en varias empresas constructoras, que en el hecho probado se relacionan, y que realizaban obras para el Ayuntamiento que le eran encomendadas por el anterior recurrente, funcionario del Ayuntamiento y encargado del Centro de Mantenimiento de edificios e instalaciones.

Formaliza una impugnación que articula en 34 motivos en un recurso amplio y, en ocasiones, reiterativo en su argumentación.

En el primero de los motivos denuncia vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que entiende se ha producido al admitir la prueba pericial de la acusación particular que ha utilizado criterios distintos en la evaluación de los costes "excesivos" de las facturas examinadas. Concretamente, se refiere a un apartado de la motivación, el contenido en las páginas 38 y siguientes, en los que la sentencia analiza la facturación, y de ellas 52 facturas emitidas entre los años 2008 a 2012, por las 13 empresas mercantiles del grupo empresarial familiar, y las 170 de 2013 y las 75 de 2014, desechando aquellas que aparecen en los informes periciales con precios "altos, o muy altos" y centrándose en las calificadas de "excesivas". En el recurso se afirma la vulneración de la tutela judicial efectiva porque los peritos han empleado dos criterios para la calificación de las facturas, de una parte, detracer del importe de la factura los importes del impuesto de valor añadido, los gastos generales y el margen comercial, en tanto que en otras se emplean criterios de acomodación de la factura a obras semejantes en otros Ayuntamientos y en la Comunidad Autónoma.

El motivo carece de contenido casacional. Los criterios técnicos empleados por los peritos pertenecen a su ciencia y son lo que permiten su valoración por el tribunal, en función, entre otros criterios, de la bondad de los criterios técnicos empleados en la confección del informe pericial. Es ese uno de los aspectos que deben ser objeto de indagación por las partes al tiempo de la realización de la pericia, interrogando a los peritos sobre la tecnicidad del informe pericial para posibilitar la calidad de la valoración. Se trata de preguntas a realizar a los peritos en la instrucción o en el juicio oral para conformar la tecnicidad del informe pericial y posibilitar su valoración, una vez acreditado la bondad del informe. Lo que no es factible es cuestionar, ahora en casación, la tecnicidad del informe, pues ese extremo, importante en la pericial, debió plantearse en la instrucción y juicio para indagar sobre la bondad de los conocimientos de los peritos y la realización del informe. Esta Sala carece, obviamente, de conocimientos precisos para afirmar si la técnica empleada en la pericial es, o no, la procedente, o si existe otras posibilidades de llegar a las conclusiones expuestas en la pericial, lo que sí constatamos es que la técnica empleada por los peritos no fue discutida por las partes, y sus conclusiones, junto a otras periciales fueron expuestas ante el tribunal que las ha valorado en la sentencia impugnada, admitiendo una parte de la pericial y rechazando otras, lo que aparece ampliamente motivado y conforma una valoración racional de la prueba.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

DECIMOTERCERO.- En el segundo de los motivos denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que concreta en una de las obras sometidas a enjuiciamiento: la que se contrae a la facturación NUM001, que ha sido considerada como excesiva y conforma la tipicidad del delito de fraude a la administración. Sostiene el recurrente que esa obra, a la que se refiere la factura NUM001 y sobre la que se afirma, como hecho probado que existe un sobrecoste de 27.718 euros, no es tal porque el precio en el que los peritos han considerado como precio real, precio de ejecución material, PEM, han dejado de considerar otros aspectos que si se han valorado respecto de otras obras.

El motivo carece de base atendible. La argumentación que desarrolla es ajena a la vía de impugnación elegida. La presunción de inocencia, cuando es invocada en un tribunal de revisión casacional, no puede consistir en revalorar la prueba, en este caso la pericial practicada en el juicio, en el que los peritos se han sometido a las consideraciones propias de un debate contradictorio. En casación hemos de constatar que existe prueba, que esta se ha practicado en condiciones de regularidad y de licitud, que tiene el sentido preciso de cargo, y que el tribunal que la ha percibido explica su convicción en la motivación de la sentencia. Estos aspectos han sido observados en el juicio y en la sentencia recurrida, sin que proceda realizar una valoración sobre una prueba no percibida de forma inmediata.

El motivo se desestima.

DECIMOCUARTO.- los motivos tercero al vigésimo segundo serán analizados conjuntamente al coincidir su causa de impugnación. De forma reiterada intercala un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y otro de error de hecho en la valoración de la prueba con un fundamento común, aunque referido a distintas facturas, y similar a los que hemos analizado anteriormente de este recurrente. Se refiere a las distintas facturas sobre la que el tribunal de instancia ha considerado que expresan cantidades excesivas que han sido abonadas por la administración fruto de un fraude en el que interviene este recurrente y los otros acusados. Respecto a cada una de ellas discute los conceptos aplicados en la pericial, para la calificación



de excesivos o indebidos, con una argumentación que excede de las funciones de esta Sala en la revisión de estos motivos de oposición. La misma resolución de desestimación ha de adoptarse respecto a la presunción de inocencia porque, como hemos dicho en el anterior fundamento, el ámbito propio de una revisión por vulneración del derecho a la presunción de inocencia se contrae a constatar la existencia de la precisa actividad probatoria sobre el concreto hecho, y la prueba pericial, junto a la documental y la testifical, configuran la prueba valorada por el tribunal que lo expresa, con detalle, en la fundamentación de la sentencia. Los motivos opuestos por error de hecho en la valoración de la prueba, merecen la misma decisión, su ámbito se contrae a examinar si el documento designado es fehaciente respecto del hecho que denuncia como erróneamente valorado, y los documentos que designa son facturas que han sido tratadas en la prueba pericial, y también en las declaraciones de los acusados y testigos, y respecto de ellas el tribunal ha valorado, sin que de los mismos, de su contenido, resulte el error que denuncia. Es el propio tejido probatorio, el que ha sido valorado por la Sala que ha tenido en cuenta la factura y las declaraciones y pericial sobre ella.

El recurrente pretende en estos motivos que realicemos una revaloración de esas facturas a partir de un análisis de la pericial, función que ha desarrollado la sentencia de instancia en la extensa valoración que realiza respecto de cada factura.

Los motivos se desestiman

DECIMOQUINTO.- Por error de derecho del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la indebida aplicación de los arts. 248 y 390 del Código Penal.

Se refiere a las obras que no llegaron a realizarse y que aparecen documentadas en la factura NUM041 , emitida el 10 de agosto de 2012 por la empresa MEI de la que era administrador el recurrente.

La vía impugnativa, el error de derecho, exige un absoluto respeto al hecho declarado probado discutiendo la errónea aplicación del precepto penal que invoca.

La desestimación es procedente, el relato fáctico refiere en el particular al hecho denunciado que este acusado, como administrador de la empresa MEI, fue designada adjudicataria de una obras el otro recurrente, su primo jefe del Centro de Mantenimiento del Ayuntamiento de Valladolid, señalando que la factura por el importe de 5.393 euros por el vallado de una parcela municipal no se corresponde con las trabajos especificados en la factura, porque no se realizaron.

El relato fáctico es claro y no procede declarar el error que denuncia.

DECIMOSEXTO.- Denuncia en el motivo vigésimo cuarto la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia al entender que, dentro de las relaciones del Ayuntamiento con las empresas que aparecen involucradas en el hecho, los supuestos que se consideran típicos del delito de fraude a la administración es una mínima parte respecto a la contratación, un poco superior al 2 por ciento, en tanto que el posible fraude no llega al 3 por ciento, por lo que sugiere la vulneración del derecho invocado desde la hipótesis de una alternativa razonable consistente en una discrepancia de valoración de los importes en algunas obras que sería irrelevante dado el montante total de las operaciones realizadas.

La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal, esto es ha de motivar la convicción como resultado del anterior examen y como exigencia del art. 120 de la Constitución. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTs 330/2016, de 20 de abril; 328/2016, también, de 20 de abril; 156/2016, de 29 de febrero; 137/2016, de 24 de febrero; ó 78/2016, de 10 de febrero; por citar sólo resoluciones del años del curso).

No basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia, como resulta de la propia jurisprudencia constitucional, plasmada entre otras en la STC 55/2015, de 16 de marzo: sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre,



FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; y 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3); [...] nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que 'entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos' (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13)...' (SSTC 13/2014 a 16/2014, todas de 30 de enero, FJ 6, y 23/2014, de 30 de enero, FJ 5).

En definitiva, es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Desde la perspectiva expuesta, basta la lectura del fundamento de derecho sexto de la sentencia para la desestimación del motivo. Allí se exponen las fuentes de prueba valoradas, las declaraciones del Secretario del Ayuntamiento, las del Interventor, la de la superiora jerárquica del acusado anterior recurrente, la encargada del Centro de Mantenimiento, las propias declaraciones del anterior recurrente y acusado y la pericial de la acusación. Cada elemento de prueba es racionalmente valorada y realiza una cuidada motivación sobre cada una de las facturas incorporadas a la causa y tratadas en las periciales practicadas, realizado un examen individualizado de cada una de las facturas, apartando del relato fáctico aquellas facturas que presentan dudas en la subsunción en el delito de estafa y de falsedad de función de la correspondencia, o no con obras efectivamente realizadas o parcialmente realizadas.

Los tipos penales concurrentes, de acuerdo a las normas del concurso real en los términos que hemos analizado en el primer fundamento de esta sentencia al analizar la impugnación de la acusación particular son de aplicación al funcionario público, Victoriano , cuya impugnación hemos analizado, y también a los *extraneus*, como cooperador necesario (STS 613/2016, de 0 de julio), por su cooperación a la realización del tipo penal, sin perjuicio de la reducción que procedamos a realizar en aplicación del art. 65.3 del Código Penal.

El motivo se desestima.

DECIMOSEPTIMO.- Se denuncia el ordinal vigésimo quinto la vulneración del derecho fundamental a la igualdad que entiende se produce cuando se impone una pena mayor que la de los otros dos condenados que realizaron la misma conducta, un fraude a la administración.

El motivo se desestima. El Tribunal Constitucional, por todas STC 161/2008, de 2 de diciembre, recuerda que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002; 91/2004; 132/2005); de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997; 64/2000; 162/2001; 229/2001; 46/2003); de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989; 102/2000; 66/2003); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997; 152/2002; 117/2004; 76/2005; 31/2008); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*" (STC 117/2004; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999; 122/2001; 150/2004; 76/2005; 58/2006; 67/2008). Por otro lado, no es exigible la igualdad en la ilegalidad.

Los hechos objeto de la condena a este recurrente no tienen relación de igualdad respecto de los otros acusados, Jenaro y Ismael , respecto a los que se compara, pues estos dos no son condenados por los



delitos de falsedad y de estafa a la administración, y su intervención en los delitos de fraude y de negociaciones prohibidas a los funcionarios no tiene la relevancia y reiteración que la del acusado. El tribunal justifica la penalidad impuesta, pág. 126 de la sentencia, atendiendo a criterios de reiteración de las conductas típicas de los delitos.

DECIMOCTAVO.- Denuncia otro error de derecho, por la aplicación indebida del art. 436 del Código Penal reproduciendo lo que considera escaso montante de las irregularidades económicas en relación al montante total de la colaboración con el Ayuntamiento y considera la ausencia de actividad probatoria sobre el hecho.

El motivo se desestima. El respeto al hecho declarado probado es exigencia de esta vía casacional y el relato fáctico es preciso en la relación de hechos subsumibles en el delito de fraude a la administración, reiterando cuando se dijo en el fundamento de derecho decimoquinto de esta sentencia al analizar una impugnación semejante a la que desarrolla en este motivo.

DECIMONOVENO.- En el motivo vigesimooctavo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 8 del Código Penal. Entiende el recurrente que los cuatro delitos por los que ha sido condenado, estafa a la administración, falsedad, en concurso medial, y fraude a la administración y negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, en concurso real, en los términos que hemos considerado, en realidad obedecen a una conducta unitaria, si bien con consecuencias distintas, pero en todo caso, el fraude a la administración y la estafa a la administración concurriría bajo las reglas del concurso de normas absorbiendo la estafa al fraude a la administración.

El motivo se desestima. Las cuatro conductas típicas, adjudicar obras en empresas en las que está interesado particularmente, la falsedad en las facturas confeccionadas, los incrementos defraudatorios de las facturas y el engaño para despatrimonializar a la administración, por más que se incardine en una conducta de corrupción por parte de un funcionario público y de extraños en la relación funcional, no son la misma conducta, no se penaliza una única proyección típica penal, sino varias, sin perjuicio de lo que digamos en el siguiente motivo al fundar el concurso existente entre el fraude a la administración y la estafa a la administración.

Consecuentemente, no se produce ningún error de derecho al inaplicar, según se denuncia el art. 8 del CP.

VIGÉSIMO.- Denuncia en el motivo vigésimo octavo la vulneración al entender que la sentencia yerra al inaplicar el art. 77 del Código Penal estableciendo un concurso ideal de delitos entre el fraude a la administración, art. 436 CP, y la estafa del art. 438 en relación con los arts. 248 y 249 del Código Penal, de manera que el fraude del art. 436 es el medio para la estafa.

La construcción de la sentencia es clara. Refiere hechos en los que se ha producido un fraude, una concertación entre el funcionario, que adjudica las obras, y las empresas adjudicatarias para "engordar" las facturas y contener unos sobrecostes que no se integran en otro delito, como podría ser la malversación, porque ni han sido objeto de acusación, ni se declara en la sentencia. En estas conductas el tribunal declara la responsabilidad civil como consecuencia del delito y es susceptible de ser indemnizado. Junto a estas conductas se describen otras en las que el desplazamiento económico no se contrae a obras efectivamente realizadas sobre las que se incrementa el coste, sino que se trata de obras no ejecutadas y que se realiza la factura como si efectivamente se hubieran realizadas y en las que el coste defraudado obedece a un engaño, típico en falsedad como medio para el desplazamiento económico.

Por lo tanto, el hecho probado describe dos modalidades de conductas de defraudación. De una parte el sobrecoste pactado entre los acusados, funcionarios y *extraneus*, para perjudicar a la administración, y, de otra, la confección de facturas falsas para, igualmente, defraudar a la administración documentando facturas que no responden obras efectivamente ejecutadas, que son subsumidas en el delito de estafa y de falsedad, en concurso ideal.

En nuestra doctrina hemos considerado que, el régimen de concurrencia de los delitos de fraude a la administración y de malversación ha sido el del concurso de delitos, en la medida en que la efectiva despatrimonialización de la malversación no requería de maquinación previa, como sí demanda el tipo penal del fraude.

Lo explica la STS 166/2014, de 28 de febrero "[...] la cuestión suscitada reviste interés y ha sido objeto de debate doctrinal y respuestas jurisprudenciales no uniformes. La sentencia de la Audiencia se basa en unos precedentes jurisprudenciales que admiten el concurso de delitos y que son traídos a colación con acierto."

Conviene dejar fijado lo que dicen ambos preceptos para enfocar la discusión.

El art. 432 castiga a 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.

En el párrafo segundo se prevén penas de cuatro a ocho años de prisión cuando concurren ciertas circunstancias. Y en el párrafo tercero se diseña un subtipo atenuado para los casos en que la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros: prisión entre seis meses y tres años, (además de multa y suspensión).

Por su parte el art. 436 contiene la siguiente tipicidad: "La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

Obviamente la cuestión afectará exclusivamente al ahora recurrente y no a los demás condenados por este delito como cooperadores necesarios. Si se entiende que está embebido por el más grave de malversación, subsistirá la cualidad de cooperadores necesarios del delito absorbido de los partícipes (como el partícipe en las lesiones mantiene tal condición pese a que el autor en una acción atribuible exclusivamente a él respondiera por un delito de homicidio).

En ambos delitos aparece como sujeto activo una autoridad o funcionario público. Los dos se refieren a una conducta defraudatoria de carácter patrimonial.

En el delito del art. 432, además, se requiere ánimo de lucro y una modalidad sustractiva. La pena es en principio sensiblemente mayor, aunque para la perfección delictiva se exige el efectivo perjuicio o sustracción de los fondos o caudales.

La pena del delito del art. 436 es más leve, pero el delito se consuma con el mero concierto con la finalidad de defraudar sin que sea preciso que se consuma el fraude. Acota el ámbito en que ha de llevarse a cabo el fraude: actividad de contratación pública o liquidaciones de efectos o haberes públicos. Esa referencia hace necesaria una bilateralidad: el delito del art. 432 puede ser individual; el delito del art. 436 parece exigir un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de "concierto" que es locución que implica aunar voluntades distintas. Es un delito por definición plurisubjetivo (sin entrar ahora en si ha supuesto algún cambio la tipificación en 2010 de manera expresa de la conducta del particular concertado). El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Bastaría la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo.

La unidad de bien jurídico evoca más bien el concurso de normas. Si se identifican objetos jurídicos diferentes será más fácil la admisión del concurso de delitos.

La reciente STS 841/2013, 18 de noviembre parece refrendar la tesis del recurso: "Ello hace que la efectiva apropiación de caudales no pertenezca a la perfección del delito y debe sancionarse, como ha hecho la Audiencia en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos (véase, por todas, STS 1537/2003 de 27 de septiembre).

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia transcrita abre una brecha en lo que parecía -solo parecía- doctrina consolidada. Pero salva expresamente los precedentes jurisprudenciales. Habría concurso de delitos cuando hay operaciones diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprensibilidad merece una reflexión.

La STS 199/2012, de 15 de marzo, abordaba también esta cuestión. Aunque no ofrece soluciones tajantes sugiere más bien la tesis del concurso de delitos: "En el segundo de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no aplicación del tipo penal previsto en el artículo 436 del Código Penal (que no 439, como postulaba sólo provisionalmente en la instancia) imputando la autoría de dicho delito D. J.R.F. y la responsabilidad penal como cooperadores de los otros dos coacusados. Delito que, afirma, estaría en relación de concurso medial con los demás delitos imputados.

El Ministerio Fiscal afirma también en este caso que esa imputación deriva del relato de hechos probados en los concretos términos en que son así declarados en la sentencia recurrida, de tal suerte que lo único que se denuncia es la incorrecta subsunción reprochando a la sentencia de instancia el error de considerar que la responsabilidad penal por este título quede absorbida por la del delito de malversación.

2.- Reiterando una advertencia anterior, cabe subrayar otra vez que la exclusión de condena por este título no aparece de manera específica en la sentencia recurrida, atenta solamente a una ya abandonada acusación por el tipo penal del artículo 439 del Código Penal, a lo sumo cabe recordar que en el inciso final del séptimo fundamento jurídico la Sala de instancia afirma "Naturalmente que pudieron existir negociaciones prohibidas, conciertos para defraudar, sin embargo no pasaban de ser elementos necesarios para la comisión del delito principal". Sin que, por otra parte, muestre la más mínima preocupación por justificar que la relación medial necesaria entre dos infracciones no reciba el tratamiento del artículo 77 del Código Penal sino que merezca, en el parecer del Tribunal de instancia, el tratamiento del concurso de normas.

La también reciente STS 696/2013 (1051/2013), de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: "1. Sostiene la recurrente que se ha producido el *error iuris* en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la



conducta, infringiéndose en otro caso el principio *ne bis in ídem*. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al art 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringirle citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS 16 de febrero de 1995 (R.º 834/1993)) .

Y, en efecto, como ya vimos, con relación al motivo sexto, es el de fraude un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (Cfr. SSTS 7 de septiembre de 2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre)".

No se trata, por tanto, de cuestión pacífica en la jurisprudencia.

En este supuesto tenemos que decantarnos por la dualidad delictiva que, por otra parte, tampoco ha de tener una relevancia penológica extrema. Ciertamente reduce el margen de recorrido punitivo, pero la pena única que se ha impuesto lo sería también si nos inclinásemos por la tesis del concurso de normas.

A favor del concurso de delitos milita en primer lugar la diferencia de bien jurídico detectable en ambos tipos. En la malversación predomina el bien jurídico patrimonio de la administración aunque combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración. Es tópico en la doctrina hablar de esa doble naturaleza. Pero se subraya el contenido patrimonial. En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia analizan este delito aludiendo a esa dualidad: observan en él un componente patrimonial, en cuanto se lesionan los intereses patrimoniales de la Administración, pero destacan junto a ello la deslealtad del funcionario, que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada.

Es verdad que la conducta típica consiste tanto en sustraer como consentir que otro sustraiga (modalidad esta segunda que parece acercarnos al fraude). Pero de cualquier forma basta la sustracción desnuda, aunque no vaya acompañada de artificio.

En el delito del art. 436 predomina como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación. La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público.

A esta razón apoyada en la diferencia de bien jurídico que normalmente es orientativa pero no definitiva, se unen otras de carácter intrasistemático. La coherencia punitiva invita a la doble calificación. Si fuese de otra forma, nos encontraríamos con el que delito de fraude que tiene asignada una pena de prisión de uno a tres años, además de la pena de inhabilitación, vería absurdamente reducida su sanción si consideramos que siempre queda consumido por la malversación, cuando ese concierto lograrse su objetivo de efectiva defraudación y el monto de ésta no superase los cuatro mil euros (prisión comprendida entre seis meses y tres años además de una multa y suspensión). No es asumible esa consecuencia: un fraude sin perjuicio patrimonial producido merecería menos pena cuando sí se produjo también la lesión patrimonial, aunque lo fuera en cuantía moderada.[...]. "

"Estas consideraciones se erigen en argumento decisivo para repeler el presente motivo: el concierto del art. 436 admite el concurso medial con el posterior delito de malversación de caudales públicos. Ni el principio de consunción ni el de alternatividad solventan satisfactoriamente esa cuestión. La diferenciación entre los bienes jurídicos alienta esa solución. No hay consunción, ni propia, ni impropia.[...]."

La situación es también objeto de análisis en la STS 627/2019, de 18 de diciembre, que vuelve a incidir en la consideración del régimen de concurrencia de delitos para estos supuestos pero exceptúa cuando la concurrencia es, como es el supuesto de esta casación, del delito de fraude a la administración, art. 436 CP, y el de estafa a la administración, art. 438 CP "[...] Por otro lado, trata el tema de forma detallada, optando por el concurso de delitos la STS 394/2014, de 7 de mayo, en el siguiente sentido "La malversación del art. 432 CP es un tipo de resultado en el que la acción típica consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga. La acción típica no requiere de ninguna otra acción por parte del autor que, como funcionario público, debe



velar por los caudales públicos a su cargo. Se protege el patrimonio del Estado a través del deber de probidad del funcionario.

Por otra parte, el delito de fraude del art. 436 CP, se estructura como delito de mera actividad al consistir la acción en concertarse con otros, en principio particulares, o en usar cualquier artificio para defraudar a un ente público. El delito no requiere la efectiva producción de un resultado sino que la mera maquinación para despatrimonializar al Estado realizado por un funcionario ya rellena la tipicidad del delito del art. 436 CP.

En principio ambos delitos pueden concurrir pues el ámbito respectivo no produce solapamiento alguno que sí existiría por ejemplo, con respecto al delito de fraude y de estafa a la administración. En este supuesto existe una doble previsión legal respecto a la maquinación, típica de la estafa y del fraude, supuesta la concurrencia de los demás elementos típicos. Esa doble previsión actúa como fundamento de un concurso aparente de normas.[..]"

Fraude a la administración y estafa a la administración coinciden en el bien jurídico y en que si que se produce una progresión delictiva pues el fraude (art. 434 CP) es completado con el efectivo desplazamiento económico, configurando un concurso de normas a resolver por el art. 8 CP.

VIGESIMOPRIMERO.- En el motivo vigésimonoveno, denuncia un error de derecho por la indebida aplicación del art. 2.1, 2.2 y 7 del Código Penal en relación con las Disposiciones Transitorias del Código de 1995, arguyendo que respecto a los supuestos de sucesión de normas, respecto del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, cuando los hechos son susceptibles de subsumirse en los dos bloques legislativos, la solución ha de ser la de aplicar la norma más favorable, en el caso la norma anterior a la reforma de 2010.

El motivo es similar al planteado por el anterior recurrente y al que hemos dado respuesta en el fundamento octavo de esta Sentencia, al que nos remitimos para su desestimación.

VIGESIMOSEGUNDO.- Denuncia en el motivo trigésimo la inaplicación del art. 65.3 del Código Penal y proceder a una reducción de la penalidad en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios por la no condición de funcionario de este recurrente.

El motivo será estimado. Al declarar concurrente las conductas bajo las reglas del concurso de delitos, y modificar la imputación de la sentencia impugnada que lo establecía en el concurso de normas, es procedente señalar una nueva penalidad en el delito de negociación prohibida a los funcionarios, y como se insta en el recurso proceder a una penalidad reducida en un grado, conforme dispone el art. 65.3 del Código Penal, precisamente, por la no condición de funcionario público. Igualmente respecto al delito de estafa a la administración en los términos que señalaron al abordar la calificación de los hechos.

VIGESIMOTERCERO.- En el motivo trigésimo primero denuncia otro error de derecho, esta vez referido a la responsabilidad civil por aplicación indebida del art. 115 del Código Penal. Arguye el recurrente que si la sentencia ha determinado la existencia de un sobre coste punible a partir del doble de lo efectivamente realizado, la responsabilidad civil sólo ha de referirse a esa consideración y utilizando ese criterio procede reducir la condena por responsabilidad civil.

El motivo se desestima. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS 262/2016, de 4 de abril " esta Sala, como recuerda la reciente STS n.º 712/2014 de 21 de octubre y la allí citada n.º 799/2013 de 5 de noviembre, ha señalado reiteradamente (STS 33/2010, de 3 de febrero, 772/2012, de 22 de octubre y 128/2013, de 26 de febrero, entre otras muchas) que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es, por lo general, revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar: 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala Quinta, en relación con este último supuesto)".

No estamos en presencia de ninguno de estos supuestos,. El recurrente pretende llevar a la consideración de responsabilidad civil los criterios que, en aras a una aplicación del *in dubio pro reo*, ha establecido el tribunal



sentencia para diferenciar la tipicidad en el hecho y limitar el hecho punible. Este criterio, no discutido en la impugnación ha delimitado el alcance de la tipicidad pero no es válido para determinar la inexistencia del perjuicio derivado del delito.

VIGÉSIMOCUARTO.- Se queja en el ordinal trigésimo segundo, de la condena en costas de la acusación particular y considera que su actuación en el juicio ha sido temeraria al haber sido rechazada parte de su pretensión de condena.

De manera reiterada ha señalado esta Sala en relación al régimen de imposición de costas en el proceso penal, en los casos en que la condena a su abono se engarce con una actuación temeraria o de mala fe por parte de quien ha ejercitado la acción penal, que la misma ha de ser introducida en el debate procesal en momento hábil, por imperativo del principio de rogación (SSTS, entre otras, 1845/2000 de 5 de diciembre, STS 1571/2003 de 25 de noviembre, 36/2006 de 25 de enero, 863/2014 de 11 de diciembre, 410/2016 de 12 de mayo, 682/2016 de 26 de julio o 522/2017 de 6 de julio). Abandonada ya la concepción de las costas como sanción a favor de su carácter resarcitorio, y entendidas como compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar la parte a quien el derecho ampara, su imposición queda sometida al principio dispositivo. Y solo si la pretensión se ha introducido en momento hábil, entendido como el último temporalmente idóneo el de la formulación de las conclusiones definitivas, goza la parte que pudiera verse afectada por esa petición de la posibilidad de instrumentalizar la defensa que estime oportuna en relación a la misma.

La exclusión de la condena en costas únicamente procederá cuando la actuación de la acusación particular haya resultado notoriamente inútil o superflua o hay formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las aceptadas en la sentencia.

En el caso existe una semejanza entre los escritos de acusación y la sentencia dictada de condena por lo que procede la desestimación del recurso, y las diferencias son escasas por lo que no procede calificar de temeraria y procede mantener la condena en costas.

VIGESIMOQUINTO.- Denuncia en el motivo trigésimo tercero la vulneración del art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no haber requerido juramento o promesa a los peritos que intervinieron en el enjuiciamiento.

El motivo se desestima. Contrariamente a lo expresado en la impugnación los peritos prestaron juramento o promesa de desempeñar fielmente su contenido y así obra en el enjuiciamiento en el que comparecieron los peritos ratificando su informe. El que no lo hubieran realizado durante la instrucción no es más que una irregularidad, quizá un olvido, subsanado durante el juicio oral donde se practica la prueba pericial.

VIGESIMOSEXTO.- Denuncia en el último de los motivos el error de derecho por la inaplicación al hecho probado del art. 21.6 del Código Penal, la atenuante por dilaciones indebidas.

El motivo es similar al que formalizó el anterior recurrente y al que hemos dado respuesta en el fundamento decimoprimer de esta sentencia al que nos remitimos para su desestimación.

Recurso de Ismael

VIGESIMOSEPTIMO.- En el primero de los motivos denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se produce, según denuncia, porque el recurrente se adhirió a la queja formulada por el recurrente Ángeles respecto a la indefensión producida al no haberse practicado durante la instrucción de la causa las diligencias que solicitada y acordadas no fueron practicadas.

El motivo es similar al formalizado en primer lugar por el recurrente Humberto y a lo fundamentado en el segundo fundamento de esta Sentencia nos remitimos para su desestimación.

VIGESIMOCTAVO.- Denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que concreta en la falta de una actividad probatoria sobre los hechos que relaciona, la decisión del coacusado Humberto de adjudicar las obras, el aprovechamiento de su cargo para esa adjudicación, la supervisión de las obras y el concierto del coacusado Humberto con las empresa del grupo.

Refiere esa denuncia respecto del coacusado Humberto pues la falta de acreditación del hecho realizado por el coacusado supone la falta de acreditación de los hechos que se refieren a este recurrente.

Dijimos al analizar la actividad probatoria desarrollada ante el tribunal del enjuiciamiento que este dispuso de la precisa actividad probatoria que ha relacionado en las páginas 51 y siguientes que parten de las testificales del Secretario, del Interventor y de la jefa directa del coacusado Humberto , y las propias declaraciones de éste y de otros acusados, además de la pericial que analiza cada una de las facturas y los hechos en general. La motivación de la sentencia es detallada y referido a cada una de las facturas que han propiciado la despatriomonalización declarada en la sentencia.



VIGESIMONOVENO.- En el tercero de los motivos de la impugnación nuevamente cuestiona la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, en esta ocasión referida a la escasa credibilidad que le merece la prueba pericial desarrollada por la acusación, a la que considera parcial, con reiteración de la argumentación que examinamos en el recurso de Humberto , y las deficiencias que la misma presenta, junto al hecho de que no se les recibiera juramento al tiempo de su comparecencia en el sumario.

Nos remitimos a los fundamentos décimo y decimosegundo al dar respuesta a la impugnaciones novena del correcurrente Humberto y primera del recurrente Gregorio , en los que se discutía semejantes impugnaciones referidas a la prueba pericial.

TRIGÉSIMO.- En el cuarto de los motivos denuncia un error de hecho en la apreciación de la prueba. Afirma la existencia de documentos en la causa que permiten acreditar que el coimputado Humberto no era quien adjudicaba las obras a realizar, ni quien supervisaba las ejecución de las obras y que había otras muchas empresas adjudicatarias de las obras.

El motivo debe ser desestimado. El error de hecho exige la designación de un documento que por si mismo acredite un hecho o un error en la declaración fáctica y esa acreditación ha de resultar del propio documento sin entrar en colisión con otros medios de prueba. Sin embargo, y como se ha dicho, la afirmación fáctico sobre el papel que realizaba en el Centro de Mantenimiento regentado por el acusado Humberto resulta de pruebas personales e incluso, de las propias declaraciones de este acusado.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

TRIGESIMOPRIMERO.- En el quinto de los motivos denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba pretendiendo que a partir de un reexamen de las facturaciones, adjudicaciones y los documentos referidos a las contrataciones, incluso fotografías, en las que participaba el recurrente y sus parientes, llegar a la convicción que el recurrente propone de irrelevancia acreditativa de la pericial que el tribunal ha valorado como fundamento de su convicción.

El motivo se desestima. El cauce de impugnación elegido parte de la literosuficiencia de un documento que por sí mismo, sin necesidad de otros acreditamientos en la materia, acredite un hecho o un error en la valoración realizada por el tribunal. Es por ello que el concepto de documento acreditativo de un error en la valoración penal es muy restringido pues el documento que acredita un error debe llevar al mismo sin necesidad de valoración y sin que su resultancia probatoria resulte de la percepción inmediata. La documentación que designa es la que ha valorado el tribunal y la que ha sido analizada por la pericial que la ha realizado en el tribunal de forma presencial e inmediata y refrendada por las testificales oídas en el juicio.

El documento designado no puede servir de base a una revaloración de la prueba pericial.

TRIGESIMOSEGUNDO.- En el sexto de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho por la aplicación indebida al hecho probado del art. 439 del Código Penal, las negociaciones prohibidas a los funcionarios.- En el desarrollo argumental se aparta de la vía de impugnación y sostiene que el error resulta de una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de una errónea interpretación de los hechos en lo referente al bien jurídico, a la falta de acreditación de las expresiones típicas "informar o intervenir", pues intervenían varias personas y a la falta de acreditación de los elementos subjetivos del tipo penal.

El error de derecho consiste en el cuestionamiento de la subsunción jurídica de los hechos, que es preciso respetar, en el tipo penal, comprobando la correcta aplicación de la norma penal al hecho declarado probado. El relato fáctico es preciso al declarar la conducta del Acusado, Humberto , que como encargado del Centro de Mantenimiento, adjudicó obras a las empresas del grupo familiar en el que estaba interesado, en total 13 empresas, todas unidas en el desarrollo de su actividad con la misma sede y estructura administrativa, señalando el relato fáctico los diversos contratos y facturas que resultan de esa actividad. Los requisitos de la tipicidad derivados del interés y de la vulneración del principio de incompatibilidad que rige en el actuar administrativo, se declaran expresamente probados y en la tipicidad realizada interviene, de forma relevante, el recurrente quien coopera en la ejecución del hecho. Incluso cuando el coacusado intervenía en las contrataciones posibilitando los sobrecostes, pues le correspondía la supervisión de las obras encomendadas. La conducta de este recurrente es de cooperación en la medida en que con su actuar, la contratación y la oferta, contribuía a la intervención del coacusado Humberto en la ejecución del delito.

Ningún error cabe declarar por lo que el motivo se desestima.

TRIGESIMOTERCERO.- El error de derecho que denuncia en este motivo se refiere a la consideración de cooperador necesario. Denuncia la indebida aplicación del art. 28 del Código Penal, al considerar que desde las teorías causales la acción realizada por el recurrente no era necesaria para la ejecución del delito. Argumenta



que aunque el acusado no hubiera intervenido el resultado sería el mismo, pues por el tiempo en el que entró en la empresa y la labor profesional que realizaba no contribuyó al delito.

El relato fáctico refiere, respecto de la conducta de este acusado, refiere que este recurrente, "puestos de acuerdo con el también acusado Humberto y aprovechándose todos de la ventaja que le ofrecía la cualidad de este como jefe del Centro de Mantenimiento, para adjudicar directamente las obras de ejecución de contratos de obras menores al grupo empresarial-familiar de su entorno, se valieron de esa propicia coyuntura para incrementar los precios de las obras ejecutadas, presentando facturas que han sido calificadas de excesivas, por tanto fuera del precio del mercado".

El relato fáctico describe, por lo tanto, un concierto, una cooperación entre el recurrente y otros para la realización de los tipos penales por los que han sido condenados. En ese sentido su aportación al delito, el concierto, es relevante para la realización del tipo al trabajar para la empresa a la que se adjudican las obras mediante la presentación de propuestas y facturas que permiten la realización del tipo penal. El recurrente es un extraneus en la realización del tipo de las negociaciones prohibidas a los funcionarios, un sujeto no cualificado que contribuye a que el cualificado pueda ser destinatario de las contrataciones que el adjudica a través de empresas en la que figuran terceras personas.

En lo referente a la aplicación del art. 65.3 CP, en la medida en que al estimar la impugnación del Ayuntamiento de Valladolid y penar separadamente en régimen de concurso de delitos el tipo penal del art. 439 y el del art. 436, la penalidad correspondiente al delito respecto al que el recurrente es tercero ajeno a la condición de funcionario público, y como antes señalamos, conformamos una nueva penalidad con la previsión específica del art. 65.3 del Código Penal.

TRIGESIMOCUARTO.- Denuncia en el motivo octavo la infracción de ley al aplicar indebidamente, error de derecho, el art. 436 del Código Penal. Arguye sobre las siguientes consideraciones: desde la perspectiva del bien jurídico, no concurre por la efectividad de la ejecución de las obras adjudicadas; tampoco existe ánimo defraudatorio, invocando la transparencia en la conducta de los acusados que justifica con la expresión de que era de general conocimiento los vínculos familiares existentes; concluye afirmando que no procede la responsabilidad civil, al no resultar acreditados los sobrecostes por encima de los precios de mercado.

La desestimación es procedente desde el debido respeto al hecho declarado probado. El relato fáctico, del que debe partirse en la impugnación, declara el aprovechamiento de la condición de funcionario encargado del Centro de Mantenimiento para la adjudicación de obras a las empresas en las que el acusado Humberto estaba interesado y a la que pertenecía el recurrente el cual colaboraba con la documentación que justificaba las adjudicaciones. El fundamento de derecho séptimo es racional en la explicación de la prueba sobre el concierto, la actuación por la que urde la maquinación para la adjudicación, para el sobrecoste y para la realización de desplazamientos económicos, mediante facturas falsas, aunque este recurrente no participara en esta última conducta.

Ningún error cabe declarar por lo que el motivo se desestima.

TRIGESIMOQUINTO.- Insta en el motivo noveno de su impugnación el error de derecho producido en la sentencia al entender que debería aplicarse a los hechos probados la redacción típica anterior a la reforma del tipo operada por la LO 5/2010.

El motivo es coincidente con los planteados en el motivo sexto del recurrente Humberto y vigesimonoveno de Victoriano y nos remitimos a la contestación dada para su desestimación.

TRIGESIMOSEXTO.- En el último motivo denuncia la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que, entiende que concurren, y expresa los plazos de lo que considera paralizaciones, como la que media desde la última declaración de un imputado hasta la calificación de las acusaciones, siete meses, y ocho meses desde el Auto de transformación del procedimiento abreviado hasta la presentación de las calificaciones de las acusaciones.

Para la desestimación del motivo reproducimos lo que argumentamos al dar respuesta a impugnaciones semejantes de los recurrentes Humberto, motivo décimo, y Victoriano, trigesimocuarto. Y reproducimos, también, la argumentación contenida en el fundamento de derecho décimo de la sentencia impugnada, por la extemporaneidad del planteamiento de la circunstancia de atenuación y la complejidad de la causa amparan el señalamiento de la causa. El examen de la causa no evidencia paralización alguna. La duración total del proceso, cinco años, no es excesivo dada la complejidad de la causa y el número de responsables penales, personas físicas y jurídicas. Desde la declaración del último imputado hasta la calificación de las partes se practicaron muchas diligencias, básicamente referidas a la pericia, ampliaciones de informe del interventor, y resolución de recursos de reforma frente a la petición del Ministerio Fiscal para la acomodación de las actuaciones a las normas del procedimiento abreviado, y la recepción de informes del Ayuntamiento sobre la



dinámica comisiva. Ha de valorarse también la necesidad de la suspensión para dar traslado a las personas jurídicas de las actuaciones y la calificación de los hechos.

No constatadas las dilaciones, muchos menos su consideración de indebidas, el motivo se desestima.

Recurso de Jenaro

TRIGESIMOSEPTIMO.- Este recurrente, al tiempo del enjuiciamiento era un trabajador en el grupo de Empresas que llevaba más de treinta y cinco años como trabajador y devino socio y accionista de varias de las empresas adjudicatarias participando, dice el hecho probado, en la realización del hecho delictivo en los términos de preparación de la documentación precisa para la facturación indebida de los supuestos que se relacionan.

En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que relaciona con el derecho a la presunción de inocencia arguyendo, en síntesis, que este recurrente carecía de autonomía para intervenir en el delito, al limitar su actividad a ser socio minoritario, de unas empresas y tratarse de un contable que desarrolla actos neutrales, pues ninguna alteración de la contabilidad ha supuesto un elemento constitutivo del delito y que, con excepción de la factura NUM013 correspondiente a la emisión por la empresa Paraíso 2008, que resultó ser excesiva, no tiene otra actividad.

Respecto de los denominados actos neutrales con los que se pretende eludir, por ajeneidad, la responsabilidad penal de quien colabora en un actuar delictivo, dijimos en la STS n.º 34/2007 de 1 de febrero que por tal consideración ha de tenerse a la acción que no representa peligro alguno de realización del tipo por lo que carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución. los criterios para poder calificar un acto neutral como participación delictiva: se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo".

En el caso, el recurrente era el contable y participaba en la administración del grupo de empresas familiar que resultaron ser destinatarias de las adjudicaciones del funcionario, participa en la confección de la documentación precisa para las ofertas previas a la concesión de la adjudicación y refleja en las contabilidades de las empresas las obtenidas, confecciona los sobrecostes y participa en el accionariado de laguna de las empresas y dirige también alguna de ellas. Su participación es, si se quiere, de menor intensidad, como empleado inicial del grupo, y después accionista y socio de las mismas, llegado a ser el Administrador de una de ellas y quien libra una de las facturas que han sido reputadas de excesivas según la pericial valorada por el tribunal, que resulta acreditado a partir de la actividad probatoria que el tribunal ha analizado a partir de las declaraciones personales, documental y pericial a la que nos hemos referido.

TRIGESIMOCTAVO.- Cuestiona la valoración de la pericial realizada porque los peritos no prestan juramento en el desarrollo en el juzgado de instrucción de la pericia.

Como hemos señalado anteriormente, la prueba pericial se practicó en el juicio oral y al mismo acudieron los peritos que participaron sus conocimientos y fueron requeridos a su realización con observancia de las prevenciones legales.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

TRIGESIMONOVENO.- Plantea en el tercer motivo la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Con invocación del art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para destacar que la instrucción ha durado más de 35 meses, que supera el plazo de seis meses que debe durar la instrucción penal.

La sentencia recurrida aborda esta cuestión señalando la complejidad de la causa, varios imputados y varias empresas intervinientes en los hechos, descartando la existencia de dilaciones indebidas.

Hemos declarado que es preciso indicar el reducido alcance de la atenuación de dilaciones indebidas a partir de la vigencia del art. 324 de la Ley procesal que da contenido a lo que ha sido una demanda de los operadores del sistema penal: la necesidad de agilizar la prestación del servicio público de la justicia fijando unos plazos que legitimen la actuación del *ius puniendi* del Estado, superador de las instrucciones eternas solamente remediadas con la aplicación de la atenuación de la responsabilidad penal, a manera de límites temporales a la instrucción de causas penales y previendo la dificultad de determinadas instrucciones, habilita la posibilidad de una ampliación en el supuesto de instrucciones declaradas complejas. Según resulta del precepto podemos distinguir:



- a) El establecimiento de unos plazos máximos para llevar a cabo la instrucción siendo posible su ampliación previa "declaración de complejidad", con intervención de las partes. En ningún caso podrá ser acordada de oficio sino a petición del Ministerio Fiscal. La declaración de complejidad no puede ser arbitraria sino que el precepto expone los supuestos en los que procede esa declaración. Excepcionalmente, cabe una segunda ampliación del plazo de instrucción "por concurrir razones que lo justifiquen".
- b) Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor deberá dictar el auto de conclusión, si es procedimiento ordinario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECRIM. si se trata de procedimiento abreviado. Estas resoluciones que implican el fin de la instrucción se acuerdan de oficio o a instancias del Ministerio fiscal a resolver en el plazo de 15 días.
- c) transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo
- d) el transcurso del plazo no supone, "en ningún caso" el archivo de la causa, si no concurren las circunstancias previstas en los arts 637 y 641 de la Ley procesal, sino la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso. Se trata de un efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción. En el mismo sentido STS 455/2021 de 27 de mayo, el plazo del art. 324 LECrim, no es de carácter voluntarista o subsumible, sino de obligado cumplimiento.

La mencionada reforma que invoca como fundamento de la impugnación entró en vigor en el mes de diciembre de 2015, con posterioridad a la incoación de la causa en junio de 2014, y las previsiones legales que le eran de aplicación ni se solicitaron, ni han concurrido los plazos denunciados de su entrada en vigor.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO.- en el motivo cuarto denuncia el error de derecho por la inaplicación de los arts. 131 y 132 del Código Penal, la prescripción de delitos. Este motivo será analizado junto al quinto en el que denuncia la indebida aplicación de los arts. 2.2 y 7 del Código Penal, la irretroactividad de las normas penales. Afirma que como quiera que los hechos tienen lugar desde el año 2000 y prosiguieron hasta su cesación en el 2014, la ley penal aplicable era la vigente hasta 2010, fecha en que se promulga la LO 5/2010 con una nueva redacción, con consecuencias jurídicas menos beneficiosas, del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios.

La desestimación es procedente con remisión al fundamento séptimo de esta Sentencia en el que hemos analizado una impugnación semejante a la que ahora plantea.

En todo caso no sería de aplicación un instituto como la prescripción cuando, como señala el recurrente los hechos suceden hasta el 2014, fecha en que se inicia las actuaciones y en los delito continuado el inicio de la prescripción se computa desde la última de las conductas incriminadas.

CUADRAGESIMOPRIMERO.- En el sexto de los motivos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 114 y 116 del Código penal, la responsabilidad civil. Plantea una doble argumentación. De una parte que el recurrente solo intervino en una de las empresas, Paraíso 2008, por lo que la responsabilidad debería haberse delimitado respecto a su intervención. De otra reproduce el motivo trigésimosegundo opuesto por el recurrente Gregorio , en el que refiere que si la sentencia ha cifrado el sobrecoste de las facturas giradas cuando supera en el doble de lo efectivamente realizado, ese mismo criterio ha de sostenerse en la determinación de la responsabilidad civil.

Para la desestimación de este último argumento nos remitimos a los que dijimos en el fundamento vigésimosegundo de esta Sentencia. En cuanto al primer argumento, tan solo señalar que el recurrente es coautor de un delito de negociaciones prohibidas y otro de fraude a la administración, respectivamente arts 439 y 436 de Código penal a los que corresponde la fijación de la responsabilidad civil de forma conjunta y solidaria (art. 116 CP), no por cuotas, y de forma subsidiaria a las empresas.

Ningún error cabe declarar por lo que el motivo se desestima.

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- En el séptimo de los motivos denuncia una infracción de ley por la indebida aplicación, al hecho probado, del art. 28 del Código Penal y del art. 65.3 del Código Penal, en una impugnación que es coincidente con la formalizada por el recurrente Gregorio , motivo trigésimo, y que será estimado en orden a la consideración de *extraneus* al que será de aplicación la atenuación del art. 65.3 en relación con el delito del art. 439 del Código Penal, de acuerdo a lo argumentado en el fundamento vigésimoprimer de esta Sentencia.

CUADRAGESIMOTERCERO.- El error de hecho en el que apoya este octavo motivo consiste en la denuncia de un error en la conformación fáctica de la sentencia apoyado en documentos literosuficientes y con entidad para acreditar un error en la valoración de la prueba. A tal efecto designa, notas simples del Registro mercantil, los



informes periciales de los peritos del Ayuntamiento, el informe del Servicio de Vigilancia Aduanera, el contenido de la prueba presentada en juicio por la defensa de Gregorio y las grabaciones de las pruebas testificales.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley procesal, es decir un documento con entidad para la acreditación de un error en la apreciación de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial - con las excepciones que en ésta prueba se ha señalado jurisprudencialmente y que permite su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del tribunal que con inmediación la percibe.

En segundo término, el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica.

Además, el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley procesal.

Por último, el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia.

Las consideraciones anteriores permiten al tribunal de casación adentrarse en la formación del relato fáctico, que aunque, ajeno a la formulación más clásica de la casación, forma parte de nuestro ordenamiento desde la instauración del recurso, sin perjuicio de que este Tribunal de casación ejerza facultades de valoración en aquellos extremos no sujetos a la inmediación, es decir, en lo referente a la lógica y racionalidad de la convicción que aparece reflejada en la necesaria motivación de toda resolución judicial.

También y en el mismo sentido, hemos declarado reiteradamente que el motivo en el que ampara su impugnación a la sentencia exige que el recurrente designe los documentos acreditativos del error denunciado y que permitan a la Sala, tras su estudio, comprobar la impugnación realizada, sin que pueda pretenderse que, sin designar ningún documento, esta Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada, dado que para esa función que se pretende atribuir a la casación se carece de los elementos necesarios que permiten la apreciación de la prueba, como la inmediación, la contradicción efectiva y la oralidad y publicidad, principios que concurren en el momento del juicio oral. Por ello sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla. Esta Sala, en el caso de que se le plantee por la vía del recurso de casación la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá constatar la existencia o no de una actividad probatoria, su carácter de prueba de cargo, y si ha sido obtenida lícitamente y con vigencia de los principios que informan la valoración de la prueba antes dichos.

Desde la perspectiva que se expone, los documentos designados no pueden acreditar el error que se denuncia. Los documentos designados, a salvo de las notas del registro mercantil, que no evidencian ningún error, no son el documento al que se refiere la norma procesal que ampara la impugnación. Forman parte del contenido probatorio que el tribunal ha valorado desde la inmediación.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUADRAGESIMOCUARTO.- En el último de los motivos de la formalización denuncia un quebrantamiento de forma por la redacción del hecho probado con el empleo de términos contradictorios. Tras referir la jurisprudencia de esa Sala sobre el motivo por quebrantamiento de forma afirma la contradicción cuando el relato fáctico refiere que los cuatro imputados " puestos de acuerdo con el también acusado Humberto y aprovechándose todos de la ventaja que les ofreció la cualidad de este como Jefe del Centro de Mantenimiento...", frase que considera contradictoria con la realidad probatoria, al no ser posible concluir con la existencia del acuerdo.

El motivo se desestima. La contradicción a la que se refiere la impugnación ha de ser interna del hecho probado y se produce cuando en el relato fáctico el tribunal declara, al mismo tiempo, una cosa y la contraria, impidiendo conocer el sentido del hecho probado subsumible en un tipo penal, lo que impide conocer el alcance de lo probado porque se afirma y niega, a la vez, un hecho con relevancia penal. Es por ello que la consecuencia del quebrantamiento es la nulidad de la sentencia.

El motivo carece de base atendible porque la contradicción que denuncia no es interna del hecho sino que pretende la contradicción entre el hecho probado y la prueba que, a su juicio, no permite su declaración.



Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUADRAGESIMOQUINTO.- A resultados de lo anteriormente fundamentado procede conformar un nuevo título de condena y nueva imposición de penas.

Humberto es autor de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, art. 439 CP, en concurso real, con el delito de estafa a la administración, art. 438 CP, que absorbe el delito de fraude a la administración, en concurso ideal con otro de falsedad. La pena resultante es la de 1 año de prisión y multa de 12 meses con una cuota diaria de 20 euros, e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 3 años y para el derecho de sufragio pasivo por 3 años, por el delito del art. 439 CP. Por el delito de estafa agravada, comprensivo del fraude a la administración, en concurso ideal con el delito de falsedad, a la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para cargo público y para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por 4 años, tenemos en cuenta en la imposición de penas el largo período de la actividad delictiva y las distintas modalidades de su conducta.

Gregorio, es condenado por los mismos delitos en cooperación necesaria el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, y como autor en los otros dos, falsedad y estafa a la administración, concurriendo la regla de determinación de la pena del art. 65.3 CP, a la pena de 3 meses y 1 día de prisión por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios y de 3 años por el delito de estafa en concurso ideal por el de falsedad, y en igual término las inhabilitaciones para el empleo de cargo público y el ejercicio del derecho de sufragio activo. Al igual que el anterior, tenemos en cuenta la reiteración prolongación temporal de su conducta.

Los acusados Ismael y Jenaro serán condenados como autores de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, art. 439 CP, concurriendo la regla de aplicación de la penal del art. 65.3 CP, a la pena de 3 meses y 1 día de prisión, y como autores de un delito de fraude a la administración, del art. 436 CP a la pena de 1 año de prisión y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organizaciones o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de 2 años. La menor intervención de estos acusados, en el tiempo y en las modalidades comisivas, proporcionan la pena en la duración señalada.

Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia impugnada en orden a la responsabilidad civil, costas procesales y penas accesorias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º) Estimar los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Ayuntamiento de Valladolid, Gregorio, Ismael, y Jenaro, y contra la sentencia 110/2019, de 10 de mayo de 2019, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, Rollo de Procedimiento Abreviado 11/2018, declarando de oficio las costas causadas en esta casación respecto de estos recurrentes.

2.º) Desestimar el interpuesto por **Humberto** si bien que en aplicación del art. 903 LECrim le benefician las estimaciones de otros recursos, condenándole a las costas causadas en esta casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3389/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.



D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por **el Ayuntamiento de Valladolid**, representado por la procuradora D.^a Tatiana González Riocerezo y defendido por el letrado D. Rafael Guerra Posadas, **Gregorio**, representado por la procuradora D.^a Gloria María Calderón Duque y defendido por el letrado D. Luis Samaniego Martínez de Rituerto, Humberto representado por la procuradora D.^a María del Carmen Martínez Bragado y defendido por el letrado D. Santiago González Recio, **Ismael**, representado por la procuradora D.^a María del Carmen Martínez Bragado y defendido por el letrado D. Jaime González Suárez y **Jenaro**, representado por el procurador D. Íñigo Rafael Llanos González y defendido por el letrado D. Juan Francisco Llanos Acuña, contra la sentencia n.º 110/2019, de 10 de mayo de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, Rollo de Procedimiento Abreviado 11/2018.

El **Ministerio Fiscal** presentó escrito de 17 de julio de 2019 y, se le tuvo por desistido del recurso de casación, por Decreto de esta Sala Segunda, de fecha 26 de julio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo el de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en lo fundamentado en el cuadragésimoquinto fundamento jurídico de la primera sentencia dictada por esta Sala, procede conformar un nuevo título de condena y nueva imposición de penas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Humberto es autor de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, art. 439 CP, en concurso real, con el delito de estafa a la administración, art. 438 CP, que absorbe el delito de fraude a la administración, en concurso ideal con otro de falsedad. La pena resultante es la de 1 año de prisión y multa de 12 meses con una cuota diaria de 20 euros, e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 3 años y para el derecho de sufragio pasivo por 3 años, por el delito del art. 439 CP. Por el delito de estafa agravada, comprensivo del fraude a la administración, en concurso ideal con el delito de falsedad, a la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para cargo público y para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por 4 años.

Gregorio, es condenado por los mismos delitos en cooperación necesaria el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, y como autor en los otros dos; concurriendo la regla de determinación de la pena del art. 65.3 CP, a la pena de 3 meses y 1 día de prisión por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios y de 3 años por el delito de estafa en concurso ideal por el de falsedad, y en igual término las inhabilitaciones para el empleo de cargo público y el ejercicio del derecho de sufragio activo.

Los acusados Ismael y Jenaro serán condenados como autores de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, art. 439 CP, concurriendo la regla de aplicación de la penal del art. 65.3 CP, a la pena de 3 meses y 1 día de prisión, y como autores de un delito de fraude a la administración, del art. 436 CP a la pena de 1 año de prisión y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organizaciones o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos



fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de 2 años. La menor intervención de estos acusados, en el tiempo y en las modalidades comisivas, proporcionan la pena en la duración señalada.

Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia impugnada en orden a la responsabilidad civil, costas procesales y penas accesorias.

Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia impugnada en orden a la responsabilidad civil, costas procesales y penas accesorias.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ