

Roj: **STS 2558/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2558**Id Cendoj: **28079120012016100463**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/05/2016**Nº de Recurso: **1729/2015**Nº de Resolución: **447/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 2334/2015,**
STS 2558/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Maximino y Nicolasa, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta) de fecha 28 de julio de 2015, en causa seguida contra Maximino; Secundino; Nicolasa y Violeta, por delitos de falsedad y estafa, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por el procurador D. Javier Fraile Mena y como parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RÍO representado por el procurador D. Luciano Rosch Nadal. Siendo magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 3 de Lora del Río, incoó procedimiento abreviado núm. 43/2014, contra Maximino; Secundino; Nicolasa y Violeta y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta) rollo: procedimiento abreviado nº 10176/2014 que, con fecha 28 de julio de 2015, dictó sentencia nº 418/2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

PRIMERO .- Maximino y Secundino, mayores de edad y sin antecedentes penales, fueron durante muchos años empleados, como contratados laborales, del Ayuntamiento de Lora del Río, con categoría de auxiliar administrativo, siendo los únicos integrantes del departamento de personal de dicha Corporación, que asumían en consecuencia todas las funciones propias del mismo, lo que suponía elaborar las nóminas de todo el personal (excepto los correspondientes a algún programa específico), confeccionando igualmente los mandamientos de pago que luego pasaban a la firma de Interventor, Tesorero y Alcalde, así como la correspondiente orden a la entidad bancaria para la materialización de las oportunas transferencias, incluyendo la preparación de la documentación correspondiente a seguros sociales y retenciones fiscales para su ingreso en correspondiente entidad u organismo.

Con un sistema que ya venía utilizando Maximino al menos desde 1996 y ya a partir de la llegada al departamento en 1998 de Secundino, ambos decidieron de común acuerdo obtener ventaja económica a costa del Ayuntamiento de Lora del Río, para lo cual elaboraban mensualmente nóminas ficticias a nombre de personas que, o no existían o no habían realizado trabajo alguno para el Ayuntamiento ese mes, nóminas que intercalaban con las reales y que aplicaban a las vacantes económicas de la plantilla del municipio, incorporando así esos importes a los correspondientes mandamientos de pago y a las órdenes bancarias de transferencias, que suscribían los responsables municipales desconociendo tal circunstancia, logrando así



que parte de los fondos municipales destinados al pago de personal acabaran en poder de ambos acusados; para eludir los controles administrativos existentes en el Ayuntamiento, los acusados hacían constar en las nóminas nombres inventados o reales correspondientes a sus esposas u otros familiares, así como el número de documentos nacionales de identidad de tales personas, los suyos propios o de terceros desconocidos, haciendo constar siempre como cuenta bancaria de abono una de la que era titular alguno de los dos acusados; como quiera que las nóminas incluían también las correspondientes retenciones para pagos a Seguridad Social -tanto de la cuota patronal como de la obrera- y las retenciones a cuenta del IRPF, el conocimiento y la experiencia que sus años en el Ayuntamiento les proporcionaba les llevó a hacer que cuadraran siempre los números globales, y así por ejemplo respecto de la Seguridad Social la parte correspondiente a la cuota obrera de esas nóminas, que se había ingresado globalmente junto con la patronal, la compensaban luego con otro tanto que a efectos del Ayuntamiento aplicaban a la empresarial, y de modo similar procedían con las retenciones fiscales, que se ingresaban durante el año sin especificar el contribuyente, de tal modo que al presentar en el modelo 190 el resumen anual donde ya se individualizaba ese dato, se adjudicaban a sí mismos aquellas retenciones, y ello tras haberse rebajado previamente durante todo el año las retenciones correspondientes a su salario real y legal para evitar que el total retenido fuere llamativo.

Con esta dinámica, y hasta que fueron descubiertos en marzo de 2011, tanto Maximino como Secundino lograron hacer suya de las arcas municipales la cantidad total de 1.076.460,82 €, de los cuales Maximino percibió en sus cuentas un total de 932.213,14 €, y el resto de 144.247,68 € los hizo suyos Secundino mediante transferencias recibidas en sus cuentas bancarias. En concreto, ambos acusados elaboraron nóminas ficticias por los importes que se reflejan en el siguiente cuadro, elaborando también como queda dicho los mandamientos de pago y órdenes de transferencia en las que se incluían esos importes, haciendo suyos los importes correspondientes:

Maximino

BANCO

LA CAIXA CAJASOL CAJAS. FERNANDO EL MONTE BANCO ANDALUCIA TOTAL

1996 4554,59 4554,59

1997 1739,64 1618,52 1005,63 4363,79

1998 13607,46 11164,91 24772,37

2000 11525,51 25408,69 36934,20

2001 11986,79 25785,31 37772,10

2002 16194,27 26372,66 42566,93

2003 29009,58 31291,17 60300,75

2004 39113,83 52095,27 4266,20 95475,30

2005 40354,92 39574,01 10640,37 90569,30

2006 37069,59 36453,74 25371,54 98894,87

2007 43873,99 38263,05 20927,14 103064,18

2008 45027,80 37551,17 23024,08 105603,05

2009 40147,02 36488,78 21895,35 98531,15

2010 41293,29 1003,62 53725,83 14932,34 110955,08

2011 6056,31 8945,71 2853,46 17855,48

TOTAL: 932.213,14 EUROS

Secundino

BANCO

B. SANTANDER UNICAJA EL MONTE TOTAL

1998 840,30 840,30

2000 845,75 1583,02 2428,77

2001 3454,06 3454,06



2002 9807,60 9807,60
2003 11970,88 11970,88
2004 16808,97 16808,97
2005 12998,98 12998,98
2006 14361,41 14361,41
2007 15088,77 15088,77
2008 13208,12 13208,12
2009 572,13 15462,29 16034,42
2010 10566,64 11951,88 22518,52
2011 2363,44 2363,44 4726,88

TOTAL: 144.247,68 EUROS

SEGUNDO .- Hacia febrero de 2011, el Director de la entidad bancaria Cajasol detectó que en la cuenta corriente de Maximino se venían abonando nóminas procedentes del Ayuntamiento a nombre de distintas personas, lo que puso en conocimiento del entonces Alcalde Julio el día 3 de marzo de aquel año, comprobando también que algo similar ocurría con Secundino, por lo que el referido responsable municipal, tras unas discretas e iniciales gestiones en las que no podía profundizar sin alertar a los que eran únicos empleados del servicio de personal, formuló el 10.03.11 una denuncia ante la Guardia Civil, cuerpo que inició sus investigaciones en el curso de las cuales llegó a detener a Maximino y Secundino el día 25 de marzo, y ese mismo día registraron -con autorización del Alcalde- las dependencias que ambos ocupaban, interviniendo diversa documentación; al prestar declaración, ambos detenidos admitieron parte de los hechos, aceptando básicamente que habían recibido en sus cuentas corrientes el importe de nóminas abonadas por el Ayuntamiento a personas y por trabajos no reales, por mas que no admitieron la totalidad de los años en que lo venían ejecutando y Secundino decía no haber intervenido en los artificios que determinaban esos pagos, no describiendo ninguno de ellos el modo en que llevaban a cabo esa defraudación ni facilitando listados o similares de las cantidades obtenidas ilícitamente, declaraciones que en términos generales reprodujeron a presencia judicial ya al día siguiente. Hacia el día 3 ó 4 de marzo anterior a la detención, el propio Director bancario antes mencionado había informado también a Maximino, en una entrevista personal, de que había descubierto el ingreso de esas nóminas irregulares en su cuenta, ante lo cual éste se lo comunicó también a su compañero Secundino y, además, borró de los sistemas informáticos del Ayuntamiento parte de los datos relativos a esas nóminas ficticias. Días después de su detención, Secundino, tras pedir perdón a los responsables municipales que le quisieron recibir, resolvió voluntaria y unilateralmente su relación laboral con el Ayuntamiento de Lora del Río.

TERCERO .- Maximino ha consignado en el Juzgado la cantidad de 20.400 euros a fin de reparar parcialmente el daño ocasionado. También Secundino ha consignado, a los mismos fines, un total de 24.000 euros.

CUARTO .- No consta que Nicolasa, esposa de Maximino, conociera la conducta descrita de su marido ni fuera consciente de que éste ingresaba de forma ilícita cantidades procedentes del Ayuntamiento superiores a la que correspondían a su legítima retribución, aunque sí es cierto que, como cotitular de la sociedad de gananciales que regía económicamente su matrimonio, la misma se beneficiaba de esos elevados ingresos, que revertían en una parte importante en gastos y adquisiciones de la familia, salvo la parte directamente gastada por Maximino que en el siguiente hecho se describirá.

QUINTO .- Maximino padecía, desde la época en que comenzaron los hechos, un trastorno de control de los impulsos que le llevaba a realizar algunas compras impulsivas de objetos no necesarios, a veces incluso repetidos, lo que limitaba ligeramente su capacidad volitiva en orden a obtener recursos económicos con los que realizar esas compras o pagar los créditos derivados de ellas; no consta cuántas compras ni de qué importes realizara en ese periodo de aproximadamente quince años en que se desarrollaron las conductas más arriba descritas.

SEXTO .- La presente causa comenzó en marzo de dos mil once, practicándose desde entonces distintas diligencias; el día 8 de julio de 2011 (folio 682) se recibió en el Juzgado el último atestado de la Guardia Civil, extenso y con abundante documentación debidamente analizada, ordenada y extractada, sin que hasta el 26 de noviembre de 2012 se practicara ninguna otra diligencia, pues aunque consta que el Ministerio Fiscal solicitó en mayo de 2012 algunas declaraciones y que se acordó su práctica mediante proveído de 16 de julio de 2012, ni siquiera consta que se libranan las oportunas citaciones.



Segundo.- La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, dictó sentencia núm. 418/2015 con el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS** : **Absolvemos libremente** de los delitos de que venían acusadas en esta causa a **Violeta y Nicolasa** , declarando de oficio dos cuartas partes de las costas.

Condenamos a Maximino , como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial, en concurso medial con otro delito también continuado de estafa agravada por la cuantía total defraudada, ambos ya definidos y circunstanciados, a las penas de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA DE CATORCE MESES** a razón de seis euros de cuota diaria (con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas), e **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO** por tiempo de tres años y seis meses, condenándole así mismo al pago de una cuarta parte de las costas, incluidas las de la acusación particular.

Condenamos a Secundino , como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial, en concurso medial con otro delito también continuado de estafa agravada por la cuantía total defraudada, ambos ya definidos y circunstanciados, a las penas de **DOS AÑOS, SIETE MESES Y QUINCE DÍAS DE PRISIÓN, MULTA DE NUEVE MESES Y VEINTITRÉS DÍAS** a razón de seis euros de cuota diaria (con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas), e **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO** por tiempo de dos años y seis meses, condenándole así mismo al pago de una cuarta parte de las costas, incluidas las de la acusación particular.

En sede de responsabilidad civil, Maximino y Secundino indemnizarán, conjunta y solidariamente, al Ayuntamiento de Lora del Río en la cantidad de **1.076.460,82 ?** , conforme al desglose por años que figura en los hechos probados, en el entendido de que esas cantidades fijadas por año se entenderán sustituidas por la que para cada uno de tales años sea, en su caso, fijada por el Tribunal de Cuentas, manteniéndose la de aquellos otros años respecto de los cuales no medie pronunciamiento de dicho Tribunal. Esta cantidad devengará los intereses prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Declaramos a Nicolasa , como partícipe a título lucrativo, responsable civil solidaria con su esposo Maximino de la indemnización impuesta a éste aunque con el límite de la cuantía de su participación, que se fija en **932.213,14 EUROS**, conforme al desglose por años que figura en los hechos probados y en el entendido de que dichas cantidades se entenderán sustituidas por la que para cada uno de tales años y respecto de su esposo lleguen a ser, en su caso, fijada por el Tribunal de Cuentas, limitándose su responsabilidad civil como máximo a la cantidad que se declare apropiada por su referido esposo".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Maximino , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y principio acusatorio (art. 852 de la LECrim y 24.1 de la CE). **II.-** Infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 852 de la LECrim y 24.1 de la CE). **III.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos. **IV.-** Quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1 de la LECrim por contradicción entre los hechos probados. **V.-** Infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y deber de motivación (art. 852 de la LECrim y 24.1 y 120.3 de la CE). **VI.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim por infracción del derecho de igualdad, art. 14 de la CE .

Quinto.- La representación legal de la recurrente Nicolasa , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y principio acusatorio (art. 852 de la LECrim y 24.1 de la CE). **II.-** Infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 852 de la LECrim y 24.1 de la CE). **III.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos.

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 11 de noviembre de 2015, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.



Séptimo.- Por providencia de fecha 25 de abril de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 18 de mayo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 418/15, dictada por Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 28 de julio de 2015, condenó al acusado Maximino como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial, en concurso medial con otro delito también continuado de estafa agravada por la cuantía total defraudada, a las penas de 3 años y 6 meses de prisión, multa de 14 meses, a razón de 6 euros de cuota diaria e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 años y 6 meses. Asimismo absolvió libremente a Nicolasa del delito de receptación por el que venía siendo acusada y la declaró partícipe a título lucrativo, respondiendo en concepto de responsable civil solidaria con su esposo Maximino de la indemnización impuesta a éste con el límite de la cuantía de su participación, que fue fijada en 932.213,14 euros.

Ambos interponen recurso de casación. Formalizan respectivamente seis y tres motivos, que van a ser tratados por separado, al venir así aconsejado por razones sistemáticas.

RECURSO DE Maximino

2.- El primero de los motivos se formula con cita del art. 849.1 de la LECrim, por vulneración del principio acusatorio y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE.

A) A juicio de la defensa, la vulneración del principio acusatorio habría estado asociada al dato de que el atestado policial fue incoado inicialmente por hechos constitutivos, entre otros, de delitos de malversación de caudales públicos y delito informático. Y no fue éste el desenlace definitivo de la sentencia.

Conviene recordar que, entre las garantías que incluye el principio acusatorio -conforme explica la STC 42/2013, 25 de febrero-, se encuentra la de que «nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse»; ha precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse únicamente «un concreto devenir de acontecimientos, un factum», sino también «la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica» (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 6). Esta vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión; lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la verificación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4, y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4).

Es evidente, por tanto, que el contenido material del principio acusatorio, que el recurrente considera vulnerado, nada tiene que ver con una pretendida correlación entre la cita de preceptos penales verificada por los agentes de policía para el encauzamiento inicial de las investigaciones y la tipicidad finalmente proclamada por el órgano decisorio. La mención en el atestado de una calificación jurídica respecto de los hechos que en ese momento se empiezan a investigar no tiene otro valor que el que sería propio de una etiqueta de identificación, sin capacidad alguna para vincular el Fiscal en el momento de la formulación de sus conclusiones provisionales, ni al órgano jurisdiccional cuando proclama en su sentencia el juicio de tipicidad. Hemos dicho en numerosas ocasiones que el objeto del proceso penal es de cristalización progresiva. Se va formateando conforme avanzan las investigaciones. Queda provisionalmente fijado con las conclusiones provisionales. Pero es cuando el Fiscal o las acusaciones elevan sus conclusiones a definitivas cuando éstas quedan fijadas con capacidad para condicionar el desenlace jurisdiccional del hecho enjuiciado.

Son muchos los precedentes de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que recuerdan dónde se sitúa la exigencia de la obligada correlación entre acusación y fallo. En efecto, la STC 75/2013, 8 de abril, razonaba que "... la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución



congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE ". Y añade esa misma resolución: " es esta la razón por la que el Tribunal ha venido reiterando que el instrumento procesal esencial para la fijación de los términos de la acusación en el proceso es el escrito de conclusiones definitivas (SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5 y 183/2005, de 4 de julio , FJ 4), dado que estas habrán de ser producto de lo debatido en el acto del juicio oral ".

Esto es precisamente lo que sucedió en el supuesto que es objeto de nuestra atención. Los hechos no sufrieron mutación alguna y los delitos que fueron objeto de condena no eran otros que aquellos que habían sido postulados en conclusiones definitivas por el Ministerio Fiscal y las demás acusaciones. No existió indefensión y no hubo, por tanto, la vulneración denunciada.

B) El desarrollo argumental del motivo no es fiel a lo que anticipa su enunciado. En efecto, la impugnación sirve de base para añadir otras consideraciones críticas que desbordan los límites del cauce casacional elegido por defensa. A todas ellas da respuesta el Fiscal del Tribunal Supremo, que en su encomiable dictamen proporciona las claves para el rechazo de aquéllas.

B.1.- Se habla así, por ejemplo, de la posible prescripción de los hechos, dado que la causa se inició en 2014 y los hechos datan del período de 1996 a 2011. Se trata de una alegación sobrevenida y, por tanto, de imposible resolución en la instancia. En todo caso, el delito continuado habría comenzado la prescripción al finalizar la actividad delictiva -año 2011-, sin que desde entonces haya transcurrido el plazo prescriptivo.

B.2.- Se cuestiona también el carácter de funcionario público del acusado, con el argumento de que se trataba *"... única y exclusivamente de un auxiliar administrativo, sin más competencias que las inherentes al cargo"*. Sin embargo, basta una lectura del primero de los apartados del juicio histórico para concluir que el espacio funcional atribuido al acusado Maximino , tiene perfecto encaje en el concepto penal de funcionario público. Conforme al art. 24.2 del CP , *" se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"*.

Pues bien, el juicio histórico proclama en el primero de sus apartados que los acusados Maximino y otro coimputado no recurrente *"... fueron durante muchos años empleados, como contratados laborales, del Ayuntamiento de Lora del Río, con categoría de auxiliar administrativo, siendo los únicos integrantes del departamento de personal de dicha Corporación, que asumían en consecuencia todas las funciones propias del mismo, lo que suponía elaborar las nóminas de todo el personal (excepto los correspondientes a algún programa específico), confeccionando igualmente los mandamientos de pago que luego pasaban a la firma de Interventor, Tesorero y Alcalde, así como la correspondiente orden a la entidad bancaria para la materialización de las oportunas transferencias, incluyendo la preparación de la documentación correspondiente a seguros sociales y retenciones fiscales para su ingreso en correspondiente entidad u organismo "*.

Como puede apreciarse, la pertenencia del recurrente a la estructura administrativa de la corporación de Lora del Río es incuestionable. Su categoría profesional -auxiliar administrativo- fue precisamente la que le llevó a asumir las funciones relacionadas con un aspecto esencial de la actividad administrativa del ayuntamiento, a saber, la confección y pago de las nóminas. Era el recurrente el encargado de pasar los correspondientes mandamientos de pago a los servicios de la intervención municipal y era el recurrente, en fin, el que hacía posible su materialización mediante las oportunas transferencias bancarias. No resulta fácil a la vista de ese abanico funcional abarcado por Maximino desvincularse de la participación en el ejercicio de las funciones públicas, que es el presupuesto funcional al que el art. 24.2 del CP asocia el concepto de funcionario a efectos penales.

La STS 874/2006, 18 de septiembre recuerda que *"... el Código Penal se ha decantado por un concepto amplio de funcionario, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Se ha destacado que el Código Penal prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario al decir en el comienzo del precepto que se "considerará funcionario público" a los que se comprendan en algunos de los supuestos que describe a continuación. Los ejes rectores del concepto de funcionario a efectos penales pasan por criterios distintos. Por un lado tendrán esta consideración todos aquellos que presten servicios a entidades y organismos públicos. Pero no se agota en este criterio la atribución del concepto de funcionario en cuanto que puede venir también atribuido por el hecho de actuar sometido a la actividad de control del derecho administrativo. Como ha dicho un sector de la doctrina, se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo "*.



En el mismo sentido se han pronunciado otros muchos precedentes de esta Sala (cfr. SSTS 186/2012, 14 de marzo ; 615/2007, 12 de junio y 1544/2004, 23 de diciembre).

Y ya en la indagación del ámbito funcional al que ha de atenderse para predicar la condición de funcionario público, la STS 1030/2007, 4 de diciembre , apuntaba que *"... en cuanto al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos. La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos. Así, en la STS nº 1292/2000 , se dice que «lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública». En la STS nº 68/2003 , luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública». También en este sentido la STS nº 1590/2003, de 22 de abril de 2004 . También en la STS nº 866/2003, de 16 de junio , se entendió que lo «verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos ».*

En suma, la condición de Maximino como contratado laboral del ayuntamiento de Lora del Río, su nombramiento con categoría de auxiliar administrativo y la actividad desarrollada por aquél -confección y reparto de nóminas, labor indispensable para el funcionamiento de la corporación y para el desarrollo de la actividad de servicio público- permiten encajar la descripción del factum en el concepto normativo que de funcionario público ofrece el art. 24.2 del CP .

C) La defensa reprocha a la sentencia recurrida que el alcalde, el interventor y el tesorero del ayuntamiento no hayan tenido que responder de su *"... manifiesta y temeraria infracción de las más elementales normas presupuestarias del ayuntamiento. Y consecuentemente por su inexcusable deber de vigilancia, serían los que por dolo eventual habrían incurrido en la infracción de que esta causa se ocupa" (sic)* . A esta línea argumental se suma el dato de que los hechos estarían siendo enjuiciados por el Tribunal de Cuentas.

No tiene razón el recurrente.

Sobre la inexistencia de cualquier clase de prejudicialidad contable en el proceso penal y acerca de la capacidad de los órganos judiciales penales para la investigación y enjuiciamiento de hechos que puedan afectar, directa o indirectamente, a las arcas públicas, se ha pronunciado de forma reiterada esta misma Sala (cfr. SSTS 1394/2009, 25 de enero ; 1074/2004, 18 de octubre y 381/2007, 24 de abril). Como expresa con acierto el Ministerio Fiscal, no cabe confundir la responsabilidad penal de los acusados que mediante engaños y falsedad documental determinaron de aquellos responsables municipales la aprobación y abono de nóminas falsas, lo que integra la falsedad documental y estafa, de la responsabilidad administrativa y contable de aquéllos, que se enjuicia por el Tribunal de Cuentas.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

3 .- El motivo segundo sostiene infracción de ley (art. 849.1 LECrim), con vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim).

El argumento que sirve de eje a la impugnación está relacionado con la vulneración del principio de autorresponsabilidad por parte de los responsables del ayuntamiento de Lora del Río. Los presupuestos de la corporación fueron presentados año tras año con la aquiescencia de todos sus integrantes. Las cuentas generales fueron supervisadas y debidamente autorizadas por los servicios técnicos, sin que haya habido nunca una reclamación al respecto.

A) La jurisprudencia de esta Sala, en los últimos años, ha hecho un esfuerzo por centrar en sus justos límites el significado de la doctrina de exclusión. Decíamos en nuestras SSTS 421/2014, 26 de mayo ; 832/2011, 15 de julio , 1188/2009, 19 de noviembre ; 687/2008, 30 de octubre y 425/2008, 27 de junio, que *"... es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda , en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa, tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial, en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia*



el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «...una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos. Más recientemente no faltan pronunciamientos de la Sala en este mismo sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero , con cita de otras sentencias - SSTS 1285/98 de 29 de octubre , 529/2000 de 27 de marzo , 738/2000 de 6 de noviembre , 2006/2000 de 22 de diciembre , 1686/2001 de 24 de septiembre - tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». En el mismo sentido SSTS 880/2002 de 14 de mayo y 449/2004 de 2 de abril .

En tales supuestos, la ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas. De hacerlo así se corre el riesgo de desproteger a quien por razón de sus circunstancias personales es más vulnerable y precisa de mayor tutela, pues la metodología del fraude admite estrategias bien distintas, con un grado de sofisticación variado. La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema jurídico no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa.

De forma más reciente, la STS 162/2012, 15 de marzo , precisa que "... una cosa es la exclusión del delito de estafa de supuestos de <engaño burdo>, o de <absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia>, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales. Como señala la STS de 28 de junio de 2.008 <el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección>.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo , se subraya también en la misma línea que <una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado>.

Decíamos en la misma resolución que , "...como ha señalado un autor destacado, <un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas> y en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas y que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto".



B) En el presente caso, el éxito lucrativo que tuvo la estafa imputada al recurrente, no era sino consecuencia del impecable diseño puesto al servicio del apoderamiento de los fondos falsariamente destinados a pagar a los funcionarios y contratados de la corporación.

En el FJ 3º de la sentencia recurrida se explica que *"... tampoco puede resultar controvertido el engaño, que existió y fue bastante para provocar el enunciado desplazamiento patrimonial, bastando recordar lo que ya hemos dicho anteriormente sobre el sofisticado sistema diseñado inicialmente (...) Con visión retrospectiva podría tal vez advertirse la oportunidad de instaurar otros controles que evitaran hechos como los ocurridos, pero no olvidemos que se trataba de los dos únicos integrantes del departamento de personal, que llevaban muchos años prestando sus servicios y que, en consecuencia, resultaban de plena confianza de quienes habían de controlar la gestión municipal, ya en el ámbito estrictamente administrativo, ya en el político, de tal manera que el propio diseño del fraude hacía que no saltara ninguna alarma al cuadrar perfectamente los números globales, no rebasando las vacantes económicas que existían en el Ayuntamiento (evitándose así desviaciones presupuestarias) y sin dejar desasistido ningún servicio, por lo que en definitiva hablamos de un engaño especialmente adaptado a la dinámica de funcionamiento de Ayuntamiento de Lora del Río, sobradamente eficaz para provocar el error en quienes habían de suscribir los documentos y ordenar los pagos, que lógicamente no eran los responsables de redactar materialmente tales documentos"*.

Existió, pues, el engaño y éste fue bastante para generar el error en todos aquellos otros funcionarios que debían fiscalizar la cadena de pagos y que, como consecuencia de los actos falsarios atribuidos al recurrente, nunca advirtieron irregularidad alguna.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

4.- El motivo tercero sirve de cauce, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , para denunciar error de hecho en la apreciación de la prueba.

A) El núcleo argumental que da vida al motivo se basa en que el acusado sufre un trastorno consistente en realizar compras compulsivas, con una necesidad irrefrenable de gastar, aparte de tener que hacer frente a numerosos préstamos e hipotecas que suscribió para satisfacer dichos impulsos, lo cual le habría ido envolviendo en una situación irrefrenable de necesidad de dinero, a la que no podía hacer frente con su sueldo, llegando a poseer más de 18 tarjetas de crédito y unos 40 créditos rápidos o microcréditos.

La defensa reivindica una atenuante analógica muy cualificada. La Audiencia apreció una atenuante simple, por referencia a las circunstancias previstas en los arts. 21 y 20 del CP , al entender que *"... en el presente caso no hablamos de adicción a sustancias sino a determinadas conductas compulsivas"*. El trastorno apreciado, a juicio de los Jueces de instancia, no provoca ningún tipo de alteración de la percepción de la realidad, menos aún de tipo psicótico. Puesta esta idea en relación con los aproximadamente quince años en que el acusado vino desplegando sus acciones, de por sí complejas y reflexivas, resulta difícil pensar que en todo ese transcurso del tiempo tuviera mermada su capacidad de actuar conforme a la norma. De ahí que - concluye el Tribunal a quo- aun apreciando el referido trastorno como atenuante analógica, aquél no entraña una merma significativa de la culpabilidad del acusado Sr. Maximino y sí únicamente una muy ligera merma de sus facultades volitivas.

La STS 135/2009, 12 de febrero , denegó la reivindicada alteración de la imputabilidad basada en la inclinación compulsiva a la compra. Recordó el necesario carácter mixto biológico-psicológico de la exención de responsabilidad y concluyó que la alteración no se materializa en una afectación de las bases de la imputabilidad, pues el descontrol de impulsos en una realización compulsiva de compras no tiene trascendencia en el momento de la comisión de los hechos delictivos. A distinta conclusión llegó la STS 747/2011, 1 de junio , que estimó procedente la apreciación de una atenuante, al entender que la acusada padecía un trastorno de la personalidad límite, conocido como trastorno del comprador compulsivo, que no le impedía comprender la trascendencia de sus actos aunque la limitaba para actuar conforme a dicha comprensión.

La Sala entiende, en consonancia con el significado psiquiátrico de esta dolencia y a la vista de los precedentes apuntados, que la *oniomanía* o trastorno del comprador compulsivo no supone ninguna enfermedad psíquica. Se trata de un trastorno de la personalidad en el que el patrón de conducta se define por la presencia de un impulso frente al que el afectado tiene una fundada dificultad de control y resistencia. Los problemas para superar esa tendencia imperiosa a la frenética adquisición de objetos -en la mayoría de las ocasiones innecesarios- genera situaciones de tensión que el afectado percibe como irresistible, que no es capaz de afrontar ni de controlar. Sin embargo, la compulsión que experimenta el comprador no le invita al delito, sino a la adquisición de objetos. Cuestión distinta es que en la lucha particular del sujeto para la superación de la ansiedad e inquietud creadas por ese trastorno, se realicen actividades encaminadas a allegar fondos con los que atender a ese impulso. Pero lo que resulta decisivo es que quien padece *oniomanía* no pierde en ningún caso la conciencia de la ilicitud de sus actos. El comprador compulsivo capta sin dificultad alguna el



mensaje imperativo de la norma penal. En definitiva, no ve menoscabada su capacidad de culpabilidad. De ahí la excepcionalidad de la aplicación de una solución jurídica que vaya más allá de una atenuante simple.

B) Con independencia de lo anterior, la vía casacional seleccionada por la defensa del acusado no permite atribuir al documento pericial el carácter de literosuficiente. El informe ya ha sido valorado por el Tribunal, conforme se explica en el FJ 10 de la resolución cuestionada. Sobre el carácter documental de los dictámenes periciales y su significado casacional nos hemos pronunciado en numerosas ocasiones. La Sala Segunda -decíamos en las SSTS 458/2014, 9 de junio y 370/2010, 29 de abril - solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 182/2000, 8 de febrero ; 1224/2000, 8 de julio ; 1572/2000, 17 de octubre ; 1729/2003, 24 de diciembre ; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo , entre otras).

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

5 .- El cuarto motivo denuncia quebrantamiento de forma, por no expresar la sentencia de forma clara y terminante los hechos que se consideran probados. Existe una manifiesta contradicción en los hechos, al menos, en lo que afecta al recurrente Maximino (art. 851.1 LECrim).

La defensa se aparta ostensiblemente del significado casacional del motivo previsto en el art. 851.1 de la LECrim . Se limita a reivindicar la responsabilidad exigible al alcalde, Julio , a Victorino y a Jesús Luis . Se basa para ello en la cita de distintos preceptos reguladores del funcionamiento de las haciendas locales y en el acta de liquidación provisional suscrito por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas de fecha 24 de enero de 2013.

Como ya hemos apuntado *supra*, no existe en nuestro sistema prejudicialidad contable en atención a las decisiones del Tribunal de Cuentas. Y nada tiene que ver el objeto del presente recurso -la defensa de la inocencia de Maximino - con la extensión de las responsabilidades a otros potenciales autores o cooperadores en el hecho que fue objeto de enjuiciamiento por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.

El motivo, por tanto, ha de ser rechazado (art. 884.4 y 885.1 LECrim).

6 .- El quinto motivo, por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim denuncia la inaplicación de los arts. 120.3 y 24.1 de la CE , con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de derecho a una resolución motivada (art. 852. LECrim).

Entiende la defensa que la pena finalmente impuesta debería atemperarse a las circunstancias del hecho - reparación del daño causado, trastorno psicológico y carencia de antecedentes penales- sin sujetarse al límite de la mitad superior de la pena. De ahí que la pena finalmente impuesta debería situarse en 1 año y 6 meses de prisión, con multa de 6 meses a razón de 3 euros de cuota diaria, con la consiguiente inhabilitación durante el tiempo que dure la condena de prisión.

El motivo no es acogible.

La pena impuesta en la sentencia de instancia es de 3 años y 6 meses de prisión y 14 meses de multa. La motivación del proceso de individualización de esta pena se contiene en su FJ 11. Conforme expresa el Fiscal en su dictamen, no cabe afirmar que la pena no haya sido motivada. Se ha atendido para su imposición a la concurrencia medial (cfr. art. 77 CP) de un delito de estafa continuado del art. 250.1.5 -sin que ninguna disposición sobrepase los 50.000 euros y sí la suma de todas que alcanza una cifra en torno a 1 millón- y un delito de falsedad documental continuada por funcionario público. La Audiencia declara también concurrente el subtipo agravado del art. 438 del CP -funcionario público- que obliga a imponer la pena en su mitad superior y tres atenuantes, que el Tribunal de instancia estima de escasa entidad dentro de su carácter de simples, por lo que ha decidido bajar la pena en un solo grado.

La reforma operada por la LO 1/2015, 22 de junio, afecta a la punición del concurso medial y a la redacción del art. 438 del CP . Sin embargo, no operan a favor del reo, por lo que ha de excluirse su aplicación. La Audiencia Provincial ha partido de la pena del art. 390 del CP -3 a 6 años de prisión y multa de 6 a 24 meses- que impone por continuidad en su mitad superior (art. 74.1 CP), con mínimos por ello de 4 años y 6 meses y multa de 15



meses. Sobre esa pena -sin aplicar siquiera el art. 77 del CP - rebaja la pena en un grado, lo que supone una pena como la impuesta, sin que sea imponible la de 1 año y 6 meses, pretendida en el motivo por el recurrente.

Se acuerda el rechazo del motivo (arts. 884.4 y 885.1 LECrim).

7.- El sexto motivo entiende infringidos los arts. 9 y 14 de la CE, en relación con el art. 66 del CP. Para respaldar su viabilidad se invocan los arts. 5.4 de la LOPJ y 849 de la LECrim.

A juicio de la defensa se ha vulnerado el principio de igualdad, en la medida en que ante las mismas circunstancias fácticas y personales del recurrente con el coacusado Secundino -que no impugna la sentencia-, se han impuesto penas de distinta duración y gravedad.

No tiene razón la defensa.

Es evidente que el derecho constitucional a la igualdad, en el ámbito del proceso penal, no puede interpretarse como el derecho a un desenlace compartido y solidario entre todos los imputados que soportan la acusación provisional del Ministerio Fiscal. Esa visión litisconsorcial de la imputación, que arrastraría a la misma suerte a todos los acusados, no sólo es contraria al significado mismo del proceso, sino que se opone a una idea tan elemental en el derecho penal moderno como la responsabilidad por el hecho propio (cfr. SSTS 623/2014, 30 de septiembre; 593/2009, 8 de junio; 527/2009, 22 de mayo y 598/2008, 3 de octubre). Esta idea se repite también en la jurisprudencia constitucional, en la que se insiste en que el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido (STC 21/1992, 14 de febrero). Tampoco puede pretender el acusado su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos «no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros» (STC 17/1984, 7 de febrero; en sentido similar, SSTC 157/1996, 15 de octubre y 27/2001, 29 de enero). La no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción (STC 157/1996, de 15 de octubre)».

Pues bien, a esta elemental idea se acoge la sentencia de instancia. En el FJ 11 se precisan las claves, más que justificadas, del diferente tratamiento jurídico en el momento de la individualización de la pena. Fue Maximino quien diseñó el sistema, al que posteriormente se incorporó, por menos tiempo, el coacusado Secundino y quien desapoderó al ayuntamiento de Lora del Río de cantidades próximas al millón de euros, frente a la cantidad significativamente inferior que hizo suya Secundino.

No existió vulneración del principio de igualdad y el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

RECURSO DE Nicolasa

8.- La defensa de Nicolasa hace valer un primer motivo de casación al amparo de los arts. 24.1 y 24.2 de la CE. Estima infringido el principio acusatorio, al haber sido condenada como participe a título lucrativo del art. 122 del CP.

No existe tal vulneración.

En efecto, Nicolasa había sido acusada en conclusiones definitivas como autora de un delito de receptación y con carácter alternativo, como participe a título lucrativo. La falta de autoría respecto de aquel delito no es obstáculo para su consideración, en el estricto ámbito de la responsabilidad civil, como participe a título lucrativo. Lo expresa con claridad la sentencia de instancia, en cuyo FJ 5, último apartado, razona en los siguientes términos: *"... algo similar ocurre con el ánimo de lucro, pues también la Jurisprudencia exige que se deduzca a partir de datos objetivos que aquí no constan y que supongan la obtención deliberada y consciente de alguna ventaja propia, conocimiento e intención que ya hemos dicho no puede predicarse de la Sra. Nicolasa. (...) La ausencia de esos elementos típicos lleva a la obligada absolucón de Nicolasa respecto del delito de receptación por el que venía acusada, con la correspondiente declaración de oficio de las costas. (...) Ahora bien, que la mencionada acusada no participara conscientemente tras el delito en la forma en que se describe no obsta al dato objetivo, desprovisto ya de ese elemento subjetivo, de que el dinero defraudado por su esposo al Ayuntamiento de Lora del Río ingresaba en su sociedad de gananciales, por más que luego el propio autor del delito pudiera haber malgastado o dilapidado ese importe -en cuyo caso también lo adquirido sería ganancial-, lo que nos sitúa de lleno en la hipótesis del tercero partícipe a título lucrativo que, como alternativa, formularon las dos acusaciones no públicas en los términos que derivan del artículo 122 del Código Penal, con el alcance que luego expondremos al abordar las responsabilidades civiles. Y ello porque concurren en la mencionada Nicolasa todas las notas que exige nuestra Jurisprudencia (valga, por todas y por reciente, la sentencia del*



Tribunal Supremo nº 227/15, de 6 de abril), pues se ha beneficiado de los efectos de un delito sin haber tenido ninguna intervención en el mismo, ni como autor o cómplice, y ese aprovechamiento lo ha sido a título gratuito, sin contraprestación alguna, lo que la obliga a responder en vía civil solidariamente con el autor material hasta el límite del enriquecimiento lucrativo que tuvo ".

De ahí que su consideración como partícipe a título lucrativo, instada así por las acusaciones, no haya generado indefensión y no pueda ser considerada como una vulneración del principio acusatorio. El partícipe a título lucrativo no es un responsable penal. No puede ser, por tanto, *condenado*. Su responsabilidad es exclusivamente civil y como tal ha de ser declarada, por más que se ventile en un proceso penal. A esta conclusión no se opone el hecho de que esa responsabilidad -insistimos, de carácter civil- se derive de una acción delictiva ejecutada por otro. La responsabilidad como partícipe a título lucrativo es una responsabilidad civil directa declarada en sentencia constitutiva, pero cuya existencia en nada puede confundirse con la responsabilidad criminal, pese a que su declaración se verifique en un mismo proceso. No existe una igualdad axiológica entre el responsable penal y el partícipe a título lucrativo. La responsabilidad de éste no debe estar expuesta al mismo juicio de reproche que sirve de fundamento a la declaración de culpabilidad penal. Desde este punto de vista, existe una desconexión con el delito objeto de enjuiciamiento, tanto en relación a su autoría y participación, como respecto a la eventual posibilidad de comisión por un tercero de un delito de encubrimiento. El partícipe a título lucrativo, por definición, no puede tener conocimiento alguno del hecho típico ejecutado por otro y del que se derivan sus activos patrimoniales. Dicho con otras palabras, el partícipe a título lucrativo participa de los efectos del delito, esto es, *participa del delito, pero no en el delito* . De ahí que su llamada al proceso no tenga otro objeto que la interdicción del enriquecimiento ilícito. Su exigencia en el proceso penal no puede perder de vista la naturaleza que le es propia. Estamos ante un ejemplo más que evidente de acumulación heterogénea en el objeto del proceso. Y esta consideración afecta, no sólo a la ubicación física del responsable en el *escenario del juicio oral*, sino a las normas que disciplinan su citación para el plenario. De ahí que su comparecencia sea una carga procesal, más que una obligación.

Esto es lo que sucedió en el supuesto que nos ocupa, en la medida en que Nicolasa disfrutó, sin haber tenido ninguna responsabilidad penal en el acto de desapoderamiento por el que ha sido condenado su esposo, de los efectos de su delictiva actuación al frente de los pagos del ayuntamiento de Lora del Río.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

9.- El segundo motivo aduce, con invocación del art. 849.1 de la LECrim , aplicación indebida del art. 122 del CP , al no darse los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para configurar la existencia de esa participación a título lucrativo. En la sentencia - insiste la defensa- no se razona ni explica -salvo la referencia al vínculo conyugal con el condenado- en base de qué pruebas deduce esa participación lucrativa.

No tiene razón el recurrente.

De entrada, el cauce casacional seleccionado - art. 849.1 LECrim - no autoriza a cuestionar el proceso de valoración probatoria que ha llevado a proclamar un determinado juicio histórico. Lo que autoriza a discutir es la indebida aplicación de un precepto de naturaleza penal, el juicio de tipicidad, en fin, la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia. De ahí que el motivo incurra, sin más, en la causa de inadmisión - ahora desestimación- prevista en el art. 884.3 y 4 de la LECrim .

El motivo es inviable.

En palabras de esta Sala, decíamos en la STS 57/2009, 2 de febrero , que el art. 122 del CP recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (cfr. SSTS 532/2000, 30 de marzo , 59/1993, 21 de enero y 1257/1995, 15 de diciembre). Para ello es indispensable, 1º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del « *crimen receptationis* » en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (cfr. STS 532/2000, 30 de marzo y las que en ella se citan).

Pues bien, todas y cada una de esas exigencias se dan en el supuesto de hecho que ahora centra nuestra atención. En efecto, en el apartado 4 del relato de hechos probados puede leerse lo siguiente: "... *no consta*



que Nicolasa , esposa de Maximino , conociera la conducta descrita de su marido ni fuera consciente de que éste ingresaba de forma ilícita cantidades procedentes del Ayuntamiento superiores a la que correspondían a su legítima retribución, aunque sí es cierto que, como cotitular de la sociedad de gananciales que regía económicamente su matrimonio, la misma se beneficiaba de esos elevados ingresos, que revertían en una parte importante en gastos y adquisiciones de la familia, salvo la parte directamente gastada por Maximino que en el siguiente hecho se describirá ". Nicolasa no es una responsable penal, no participó en el hecho injusto atribuido a su esposo, pero no puede beneficiarse de las ganancias procedentes del delito que ejecutaba su esposo.

Se impone la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

10 .- El tercer y último motivo, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , denuncia error de hecho derivado de documentos que obran en la causa y que expresan la equivocación del juzgador.

El motivo está condenado al fracaso. La defensa insiste en la ausencia de las notas que definen al partícipe a título lucrativo, pero no menciona un solo documento en respaldo de su denuncia.

Se quebrantan así los dos apartados 4º y 6º del art. 884, con el consiguiente efecto de la desestimación del motivo.

11 .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Maximino y Nicolasa , contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2015, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla , en la causa seguida por los delitos de falsedad, estafa y receptación. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer D. Pablo Llarena Conde D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.