



Roj: **STS 85/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:85**

Id Cendoj: **28079120012017100024**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **1231/2016**

Nº de Resolución: **32/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia Nº: 32/2017

RECURSO CASACION Nº : 1231/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 18/01/2017

Recurso Nº: 1231/2016

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección Segunda

Fecha Sentencia : 26/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MAJN

Recurso Nº: 1231/2016

RECURSO DE CASACIÓN: art. 848 LECrim , contra autos que declaran el sobreseimiento libre en procedimiento abreviado. Doctrina general. Se desestima el recurso del Ministerio Fiscal. No se detectan los presupuestos fácticos de naturaleza objetiva indispensables para sustentar, aun provisionalmente, el juicio de subsunción en los delitos por los que se ha formulado acusación. Retribuciones en sociedad pública que se correspondieron con el trabajo realizado.

Nuestra respuesta acerca del acierto o de la equivocación del órgano de instancia exige hacer una puntualización previa. La decisión de la Audiencia Provincial de cierre adelantado del juicio oral por falta de los presupuestos indispensables para calificar los hechos como constitutivos de delito, no podría ser confirmada por esta Sala si lo que estuviera en cuestión fuera la intensidad de unos indicios o la interpretación de la estructura típica de los delitos por los que el Fiscal pretende formular acusación. El recurso de casación no proporciona un marco procesal adecuado para resolver de forma anticipada lo que debería ser objeto de debate en el plenario. Si, como apunta el Ministerio Fiscal, las investigaciones desarrolladas por el instructor evidenciaran la confabulación de los acusados para dibujar un organigrama administrativo en su exclusivo beneficio y si, además, las retribuciones obtenidas lo hubieran sido pese la inactividad de la entidad para la que trabajaban, la viabilidad de la acusación estaría fuera de toda duda.

Sin embargo, no es esto lo que evidencia el examen de lo actuado y las alegaciones del Fiscal recurrente y de los acusados recurridos.

Es importante destacar que esta conclusión se alcanza sin necesidad de oponer juicios valorativos divergentes acerca de la fortaleza de los indicios que militan en favor de una u otra alternativa. No estamos

en presencia de un problema de interpretación. Se trata de una afirmación del Juez instructor -la ideación de un organigrama como mecanismo defraudatorio del erario público- que desmiente la documentación obrante en la causa, demostrativa de que ese organigrama preexistía al nombramiento de los acusados.

Tampoco es sostenible que los importes percibidos lo fueran sin una actividad laboral que lo justificara. Frente a las valoraciones del Juez instructor y el Fiscal, la resolución de la Audiencia constata la existencia de una más que voluminosa documentación, expresiva de que los tres acusados siguieron desempeñando las funciones propias del puesto que habían asumido. Se trataba, pues, de cantidades retributivas, no de importes defraudados a las arcas públicas.

La atipicidad de los hechos no excluye, desde luego, la más que posible concurrencia de irregularidades administrativas - algunas de carácter grave- cuyo examen y valoración escapan a la consideración de esta Sala.

Nº: 1231/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 18/01/2017

Recurso Nº: 1231/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 32/2017

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil diecisiete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra el auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en el procedimiento: apelación autos instrucción nº 111/2016, de fecha 27 de abril de 2016, dimanante del procedimiento abreviado nº 171/2015 del Juzgado de instrucción nº 14 de Valencia, por el que se acordó el sobreseimiento libre de la causa respecto a D. Samuel ; D. Tomás ; D. Jose María y D. Carlos Antonio, 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 y la parte recurrida D. Tomás representado por la procuradora Dª. María del Rosario Sánchez Rodríguez; D. Carlos Antonio representado por la procuradora Dª. Olga Catalina Rodríguez Herranz; D. Samuel representado por la procuradora Dª. Rosa María Correcher Pardo y D. Jose María representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina. Siendo Magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- En fecha 27 de abril de 2016 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia dictó auto núm. 314/2016 con los siguientes HECHOS:

"PRIMERO.- EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 14 DE VALENCIA incoó Procedimiento Abreviado con el número Nº 000171/2015 por auto de 23 de noviembre de 2015 auto que acordó la finalización de las diligencias previas y la continuación del procedimiento por los trámites de preparación del juicio oral.

Las procuradoras D^a. ROSA CORRECHER PARDO, D^a ANA BALLESTERO NAVARRO y D^a. CARMEN NAVARRO BALAGUER, en nombre y representación, respectivamente, de D. Samuel , D. Jose María y D. Carlos Antonio , interpusieron contra dicha resolución recurso de apelación.

La procuradora D^a. ASUNCIÓN GARCÍA DE LA CUADRA, en nombre y representación de D. Tomás , interpuso contra dicha resolución recurso de reforma.

El recurso de reforma fue desestimado por auto de 15 de enero de 2016. Contra dicho auto, la representación procesal del señor Tomás interpuso recurso de apelación.

SEGUNDO.- Se dio trámite a los recursos de apelación de manera conjunta en providencia de 26 de enero de 2016. El Ministerio Fiscal impugnó, exclusivamente, el recurso interpuesto, por la representación procesal del señor Tomás .

Fueron remitidos particulares testimoniados de las diligencias a esta Audiencia Provincial. El 4 de febrero de 2016 se repartió a esta Sección el conocimiento de los recursos. El día siguiente se incoó el rollo de apelación y se designó ponente al Magistrado D. JOSÉ MANUEL ORTEGA LORENTE.

El 5 de abril se solicitó del Juzgado de Instrucción la remisión íntegra del procedimiento original.

Se fijó fecha para deliberación y quedaron los autos en poder del ponente quien, sometida su ponencia a deliberación, expresa lo resuelto por unanimidad".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó auto de fecha 27 de abril de 2016 con la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

"En atención a todo lo expuesto, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia.

PRIMERO: ESTIMAR parcialmente los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación de D. Samuel , **ha decidido:**

D. Jose María , D. Carlos Antonio y D. Tomás , los tres primeros, contra el auto de 23 de noviembre de 2015 y el último, contra el auto de 15 de enero de 2016.

SEGUNDO: SOBRESEER LIBREMENTE el procedimiento seguido como PA 171/2015 ante el Juzgado de Instrucción nº 14 respecto de los hechos punibles y las personas imputadas a los que se hace referencia en el apartado 1 del Hecho Único del auto de 23 de noviembre de 2015 -imputación por delito de prevaricación administrativa del art. 404 y delito continuado de malversación de caudales públicos de los arts. 432.1 y 74 del Código Penal dirigida contra D. Samuel , D. Tomás y D. Jose María y D. Carlos Antonio -.

TERCERO: SOBRESEER PROVISIONALMENTE el procedimiento seguido como PA 171/2015 ante el Juzgado de Instrucción nº 14 respecto de los hechos punibles y las personas imputadas a los que se hace referencia en el apartado 2 del Hecho Único del auto de 23 de noviembre de 2015 -imputación por delito continuado de prevaricación administrativa de los arts. 74 y 404 del Código penal dirigida contra D. Samuel y D. Jose María -.

CUARTO.- Declarar de oficio las costas procesales de esta alzada. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes, haciéndose saber que contra la misma, en tanto que acuerda el sobreseimiento libre parcial de la causa, cabe interponer recurso de casación en los términos previstos en los arts. 848 , 855 y 856 de la L.e.crim .

Únase testimonio de esta resolución a los autos de su razón y al rollo de Sala".

Tercero.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el **MINISTERIO FISCAL** , 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.- El **MINISTERIO FISCAL** , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I .- Infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 849.1 y 852 de la LECrim , en relación con lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE , del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un derecho público con todas las garantías.

II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por indebida inaplicación de los arts. 27 y 28 del CP en relación con los arts. 404 , 432.1 y 74 del mismo texto legal .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 14 de junio de 2016, SUPLICA A LA SALA: " tenga por presentado este escrito con las copias que se acompañan, se

sirva admitirlo, le de la tramitación correspondiente y, en su día, tras sustanciarse el Recurso, casando y anulando el Auto recurrido, se dicte resolución confirmando en su integridad el autor de transformación del Procedimiento Abreviado de 23 de Noviembre de 2015 dictado por el Juzgado de instrucción nº 14 de Valencia, por entender que el mismo es ajustado a derecho. Las representaciones legales de la parte recurrida solicitaron la impugnación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

Sexto.- Por providencia de fecha 20 de diciembre de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 18 de enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 .- El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación contra el auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de la Sala núm. 11/2016, fechado el 27 de abril de 2016, dimanante del procedimiento abreviado núm. 171/2015, del Juzgado de instrucción núm. 14, mediante el que se acuerda el sobreseimiento libre de la causa respecto de los acusados Samuel , Tomás , Jose María e Carlos Antonio .

Se formalizan dos motivos. El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración de precepto constitucional, de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE). En el segundo de los motivos, con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim , se alega infracción de ley, inaplicación indebida de los arts. 404 , 432.1 y 74, todos ellos del CP .

Ambos motivos van a ser tratados conjuntamente.

2 .- El primero de los enunciados se enriquece con una referencia -no desarrollada argumentalmente- que reivindica la infracción de los derechos a un proceso público con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando recuerda en su escrito de formalización que la precipitada decisión de sobreseimiento de una causa penal puede implicar un cierre extemporáneo -por anticipado- del proceso, con la consiguiente frustración del derecho a la tutela judicial efectiva de quien aspira a la defensa de sus legítimos intereses. El reconocimiento de este derecho al Fiscal, órgano constitucional que promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad, cuenta con numerosos precedentes en la jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTs 37/2013, 30 de enero ; 599/2012, 11 de julio ; 619/2006, 5 de junio ; 25 noviembre 1997 -rec. 2587/1996 -; 2192/1993 , 11 de octubre y 797/1994, 14 de abril). Su lectura permite dar por zanjada, al menos en el plano jurisprudencial, la controversia derivada del reconocimiento al Ministerio Público de un derecho fundamental. Su condición como parte en sentido formal, en igualdad de condiciones con el resto de los sujetos del proceso y, sobre todo, la conexión natural entre el contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), abonan las razones para admitir la procedencia del recurso.

Se invoca también -ahora en el marco de la infracción de derecho que autoriza el art. 849.1 de la LECrim - la indebida aplicación de los preceptos en los que el Fiscal considera subsumibles los hechos por los que formula acusación.

Conviene matizar, en línea con otros pronunciamientos de esta Sala, que cuando se recurre en casación un auto de sobreseimiento libre, el error de derecho denunciado por la vía del art. 849.1 de la LECrim no nos autoriza a evaluar la corrección de un juicio de tipicidad que, como es lógico, sólo puede ser proclamado por el Tribunal de instancia una vez valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral (cfr. art. 741 LECrim). De lo que se trata, en fin, es de examinar el fundamento de la imputación con la que el Fiscal o cualquiera de las acusaciones aspiran a abrir el juicio oral. Nos movemos, por tanto, en un plano en el que la subsunción sólo tiene que dibujarse indiciariamente, con toda la provisionalidad que es asociable a esa etapa del proceso calificada como *fase intermedia*, de marcado carácter jurisdiccional en nuestro sistema y que se orienta precisamente a garantizar que ningún ciudadano habrá de soportar una acusación infundada. En palabras de la STS 903/2011, 15 de junio -con cita literal de la STS 1524/2004, 29 de diciembre -, en tales casos "... el juicio de revisión casacional debe extenderse a comprobar si los hechos investigados pueden ser o no constitutivos de infracción penal teniendo en cuenta el fundamento de la imputación a la vista de los indicios racionales de criminalidad existentes en las diligencias (artículos 386 y 779.1 ambos LECrim), luego en estos casos necesariamente la infracción de preceptos penales sustantivos es de segundo grado o por alcance teniendo en cuenta la existencia o no de fundamento de la imputación. La existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una

persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma, lo que en este caso equivale a acordar la apertura del juicio oral".

Es lógico que el sistema arbitrado por la redacción originaria de la LECrim, acomodado al esquema del procedimiento ordinario, admitiera la posibilidad excepcional de un recurso de casación contra autos de sobreseimiento, siempre que fuera libre el acordado, por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y exista alguien procesado como autor de esos hechos (art. 848 LECrim). La discrepancia valorativa tan acusada entre el órgano instructor, que ha visto razones indiciarias para convertir a un ciudadano en sujeto pasivo de la acción penal y el órgano colegiado, que no detecta las razones sobre las que se fundamenta ese juicio indiciario, hace aconsejable abrir la puerta al recurso extraordinario de casación para que sea esta Sala la que resuelva a favor de una u otra de las tesis valorativas enfrentadas. Es también lógico que cuando el procedimiento ordinario por delitos más graves redujo su presencia estadística, hasta el punto de hacer posible la paradoja de ser el menos ordinario de los procedimientos, la jurisprudencia de esta Sala adaptase la interpretación del art. 848 a los nuevos modelos de procedimientos, en los que ya no había auto de procesamiento y en los que, en algunos casos, ni siquiera existía posibilidad de casación. El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 9 de febrero de 2005, proclamó que los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: a) que se trate de un auto de sobreseimiento libre; b) que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; c) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación. Esta idea ha sido reiterada en una línea jurisprudencial que puede considerarse plenamente consolidada y de la que las SSTS 836/2008, 11 de diciembre , 705/2008, 4 de noviembre y 612/2007, 1 de junio , son fieles exponentes. Criterio jurisprudencial que también inspira la nueva redacción del art. 848 de la LECrim , modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

3 .- En el presente caso, la viabilidad formal del recurso entablado se deduce del cumplimiento de esos tres presupuestos: a) con fecha 27 de abril de 2016 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia dictó auto de sobreseimiento libre en respuesta al recurso entablado por los imputados contra el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado; b) ese auto de transformación había sido dictado con anterioridad por el Juez instructor con fecha 23 de noviembre de 2015; y c) los delitos por los que se formuló acusación -singularmente, el delito de malversación de caudales públicos- y llegó a acordarse la apertura del juicio oral serían susceptibles de recurso de casación.

El recurso del Ministerio Fiscal, que incluye veintidós páginas de *consideraciones previas* y diez de desarrollo de los dos motivos formalizados, no abarca todas las cuestiones que fueron objeto de valoración por el Juez instructor y por la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito de conocimiento se limita, por tanto, a lo alegado en el escrito de formalización. Quedan fuera de nuestro análisis aspectos como los relacionados con la legalidad de la contratación de algunos de los servicios jurídicos que fueron retribuidos por la entidad pública VPI (*Valencia Plataforma Intermodal y Logística S.A*).

La divergencia valorativa entre la resolución recurrida - auto de sobreseimiento libre de 27 de abril de 2016 dictado por la Audiencia Provincial de Valencia - y el auto de incoación del procedimiento abreviado suscrito por el Juez de instrucción núm. 14 de Valencia, fechado el 23 de noviembre de 2015 , es radical. Esa discordancia, además, afecta a lo que es el núcleo mismo de la fundabilidad de la imputación, a saber, la existencia o no de indicios de criminalidad en la conducta imputada a los acusados Samuel , Jose María , Carlos Antonio y Tomás .

A) El auto de transformación de las diligencias previas e incoación del procedimiento abreviado atribuye a aquéllos -con especial protagonismo de Samuel , en su calidad de Presidente de la Autoridad Portuaria de Valencia desde el día 9 de septiembre de 2004 y designado como representante legal de esa entidad Consejero Delegado de la sociedad pública VPI- la ideación de un plan que incluía la creación de "... *un organigrama consistente en la creación de una plaza de Director General y otra de Director Técnico, nombrándose para tales cargos a D. Jose María y a D. Carlos Antonio , nombramientos que sólo respondían a la finalidad de obtener una retribución ilícita para las tres personas, no respondiendo a un efectivo desarrollo de funciones, siendo su único objetivo justificar las compensaciones económicas que fueron aprobadas en el Consejo de Administración de fecha 16-12-2004*".

En ese mismo acuerdo se fijaron las retribuciones que tres de los acusados, a saber, Samuel (1.689 euros mensuales), Jose María (1.680 euros mensuales) y Carlos Antonio (550 euros mensuales) iban a cobrar como directivos de la sociedad VPI. El Juez instructor explica que "... *con la finalidad de burlar las incompatibilidades las personas reseñadas extinguieron su relación laboral con la Sociedad pública, concretamente el Sr. Samuel con fecha 31-10-2004 y los Sres. Jose María y Carlos Antonio desde el 30-11-2004*".

Una vez conocido el informe de la Intervención General del Estado en el año 2013, las cantidades cobradas en el período 2009- 2012 fueron devueltas al erario público.

La aprobación de ese acuerdo del Consejo de Administración fue posible

-razona el Juez instructor- porque los otros tres acusados *"... se valieron de la colaboración del Secretario del Consejo y Letrado asesor del mismo, nombrado el 5-11-1996, condición recaída en D. Tomás , Abogado del Estado en ejercicio, que con conocimientos suficientes para estimar la incompatibilidad e ilegalidad de la percepción de dichas cantidades no informó debidamente de tal irregularidad, lo que permitió que los miembros del Consejo, confiados en el informe favorable del Secretario, votasen a favor de tal propuesta"*. Esa contribución ha llevado al Juez instructor a considerar que el acusado Tomás es *"... colaborador de tal ilicitud"*. Al igual que los restantes imputados, *"... venía también percibiendo desde el año 2004 cantidades con cargo a fondos públicos, sin justificación alguna y sin autorización de compatibilidad por el organismo competente, utilizando para burlar la ley justificar el cobro de tales retribuciones acudir a la ficción de la facturación a la sociedad VPI como profesional independiente en concepto de asesoramiento inexistente"*.

Esos hechos, a juicio del instructor y del Fiscal recurrente, serían constitutivos de un delito de prevaricación del art. 404 del CP y un delito continuado de malversación de caudales públicos de los arts. 432.1 y 74 del CP . La resolución prevaricadora estaría representada por el acuerdo del Consejo de Administración de 16 de diciembre de 2004, en el que se aprobó -con el desconocimiento de su ilegalidad por parte de los miembros del Consejo- el organigrama ideado por Samuel . La conducta malversadora la habrían cometido los acusados al percibir cantidades que perjudicaron al patrimonio público y que nunca debieron haber cobrado.

Subraya el Fiscal en su recurso que el cobro de esas retribuciones era contrario al régimen jurídico administrativo que regula la percepción de cantidades por los funcionarios públicos y resultaba manifiestamente injustificado, a la vista de la ausencia de toda actividad que hiciera entendible su percepción.

B) La resolución recurrida -el auto de sobreseimiento libre dictado por la Audiencia Provincial- descarta la existencia de todo indicio que permita la calificación provisional de los hechos como constitutivos de los delitos por los que se formula acusación.

Nuestra respuesta acerca del acierto o de la equivocación del órgano de instancia exige hacer una puntualización previa. La decisión de la Audiencia Provincial de cierre adelantado del juicio oral por falta de los presupuestos indispensables para calificar los hechos como constitutivos de delito, no podría ser confirmada por esta Sala si lo que estuviera en cuestión fuera la intensidad de unos indicios o la interpretación de la estructura típica de los delitos por los que el Fiscal pretende formular acusación. El recurso de casación no proporciona un marco procesal adecuado para resolver de forma anticipada lo que debería ser objeto de debate en el plenario. Si, como apunta el Ministerio Fiscal, las investigaciones desarrolladas por el instructor evidenciaran la confabulación de los acusados para dibujar un organigrama administrativo en su exclusivo beneficio y si, además, las retribuciones obtenidas lo hubieran sido pese la inactividad de la entidad para la que trabajaban, la viabilidad de la acusación estaría fuera de toda duda.

Sin embargo, no es esto lo que evidencia el examen de lo actuado y las alegaciones del Fiscal recurrente y de los acusados recurridos.

Así la supuesta concertación previa entre los acusados -Presidente, Director General y Director Técnico de VPI- para idear un organigrama que hiciera posible el cobro indebido de fondos públicos, la descarta la Audiencia con un examen de los documentos obrantes en la causa y que demuestran precisamente lo contrario: *"... consta que la plaza de Director Técnico existía, cuanto menos, desde que el señor Carlos Antonio fue contratado para la misma por VPI en fecha 2 de enero de 2001 - v. fs. 155 a 158 del tomo V-. Consta que la creación de la plaza de Director General fue acordada por el Consejo de Administración de VPI de 21 de octubre de 2003 -v. f. 101 del tomo V- y que el señor Jose María fue contratado como tal el 12 de enero de 2004 -fs. 103 a 108, tomo V-"*.

No existe, por tanto, indicio alguno de que los acusados se concertaran para *"... la percepción con cargo a fondos públicos de cantidades indebidas"*, ni de que idearan para ello la creación *"... de un organigrama consistente en la creación de una plaza de Director General y otra de Director Técnico"*. Esas plazas estaban ya creadas con anterioridad a la asunción de sus respectivos cometidos por los acusados Carlos Antonio y Jose María .

Es importante destacar que esta conclusión se alcanza sin necesidad de oponer juicios valorativos divergentes acerca de la fortaleza de los indicios que militan en favor de una u otra alternativa. Si así fuera, se trataría de una materia a dilucidar en el plenario. No estamos en presencia de un problema de interpretación. Se trata de una afirmación del Juez instructor -la ideación de un organigrama como mecanismo defraudatorio del erario público- que desmiente la documentación obrante en la causa, demostrativa de que ese organigrama preexistía al nombramiento de los acusados.

Es indudable que si esas cantidades hubieran sido percibidas sin actividad alguna por parte de los perceptores, la estimación del recurso del Fiscal resultaría obligada para esclarecer si, más allá de la autoría del organigrama ya referido, estaríamos en presencia de una acción depredatoria de fondos públicos.

El Juez instructor señala en su auto de transformación que esas cantidades "... sólo respondían a la finalidad de obtener una retribución ilícita para las tres personas, no respondiendo a un efectivo desarrollo de funciones". El Ministerio Fiscal aduce en su recurso que la sociedad pública VPI es "... una sociedad creada con un objeto que es el desarrollo de la ZAL, y que a fecha de hoy lo único que se ha realizado es la expropiación de terrenos sin que tenga otra actividad comercial".

Sin embargo, frente a las valoraciones del Juez instructor y el Fiscal, la resolución de la Audiencia constata la existencia de una más que voluminosa documentación, expresiva de que los tres acusados siguieron desempeñando las funciones propias del puesto que habían asumido. Se trataba, pues, de cantidades retributivas, no de importes defraudados a las arcas públicas. Resulta de interés la transcripción de algunos fragmentos del FJ 2º del auto de sobreseimiento: "... de la continuación del señor Samuel, de manera efectiva, en la presidencia del Consejo de Administración de VPI, como Consejero Delegado del mismo, como vocal del mismo, a partir del acuerdo que el auto recurrido considera que cabe calificar de prevaricador -el de 16 de diciembre de 2004-, hay documentación abundante en la causa -v.gr. Expediente personal del señor Samuel y documentación que soporta dicho expediente, a los fs. 3 y 6 a 66 del Tomo V-.

De la continuación del señor Jose María en funciones de dirección general de VPI, obra en la causa mucha documentación que lo avala. Tanto su expediente personal -f. 4, y 66 a 144 del tomo V- como en la abundantísima documentación aportada por su representación procesal con su escrito de 8 de mayo de 2015 -fs. 266 a 481 del tomo III y 1 a 391 del tomo IV- y en la remitida para la resolución del recurso de apelación interpuesto por dicha parte contra el auto de transformación, identificada como documento 3 anexo a dicho recurso, en el que constan cientos de documentos fotocopiados reveladores de una actividad continuada en funciones de gerencia a lo largo del periodo de tiempo durante el que el señor Jose María cobró las cantidades que la resolución recurrida sostiene malversadas.

De la continuación del señor Carlos Antonio en funciones de Dirección Técnica obra en la causa su expediente personal -fs. 148 a 166 -.

La falta de información reveladora de una actividad concreta por parte del este último acusado la justifica la Audiencia en que esa información tampoco existe desde el 2 de enero de 2001, fecha en la que fue contratado como Director Técnico de VPI, ni siquiera de su anterior etapa como asesor técnico desde el año 1998. Sea como fuere, añaden los Jueces de instancia "... no se ha discutido fundadamente que no fuera cierta la contratación; tampoco se ha sostenido fundadamente que no realizara las funciones para las que venía siendo contratado".

El distanciamiento del auto dictado por el Juez instructor respecto de la documentación obrante en la causa lleva a un párrafo conclusivo en el que se condensan las razones por las que se niega la existencia del delito de malversación de caudales públicos: "... de lo expuesto, se desprende que las afirmaciones soporte de la primera imputación delictiva por malversación no se corresponden con la información que ofrecen las diligencias practicadas. Por lo demás, la ausencia de exposición en el auto recurrido del soporte que el relato de hechos punibles encuentra en las diligencias investigadas, impide conocer las razones por las que el Juez de Instrucción, a partir de una investigación materializada en tan voluminoso procedimiento, considera sostenible que el señor Samuel, en connivencia con otros investigados, diseñó el plan que permitió que el Consejo de Administración de 16 de diciembre de 2004 aprobase compensaciones económicas, no sólo infractoras de la normativa vigente en materia de incompatibilidades de los funcionarios públicos, sino que no se correspondían con prestación de servicios alguna. Por el contrario, las diligencias practicadas lo que permiten sostener es que tanto el señor Samuel, como el señor Jose María, como el señor Carlos Antonio, cobraron, periódicamente y hasta el año 2012, las compensaciones económicas acordadas el 16 de diciembre de 2004 por trabajos efectivamente realizados y, en concreto, por el desarrollo de las actividades indicadas en dicho acuerdo - Consejero Delegado de VPI, Director General y Director Técnico -".

Descartada la confabulación de los acusados Samuel, Jose María y Carlos Antonio para diseñar un organigrama que les permitiera cobrar fondos públicos sin actividad laboral alguna, la imputación delictiva del acusado Tomás, a quien el Juez de instrucción atribuye haber desplegado una actividad engañosa entre los miembros del Consejo de Administración de VPI con el fin de respaldar el acuerdo del Consejo de Administración de 16 de diciembre de 2014, se desmorona sin discusión. Desplegar -si efectivamente fue desplegada- una actividad de persuasión para la realización de un acto lícito, a saber, la fijación de unas retribuciones para el personal directivo, nunca puede alcanzar relieve típico. En palabras de la Audiencia Provincial: "... también se cuestiona que en el auto se sostenga que el señor Samuel se valió de la

colaboración del Secretario del Consejo de Administración, Sr. Tomás , para conseguir que los miembros del Consejo acordasen unas contraprestaciones indebidas. Al respecto (...) debemos señalar que, de las diligencias practicadas y que han sido objeto de examen en los puntos anteriores, lo que se desprende es que en el acuerdo de 16 de diciembre de 2004 no se pretendía fijar compensaciones económicas indebidas; y no cabe sostenerlo porque en tanto en cuanto se acordaba que los señores Samuel , Jose María y Carlos Antonio continuaran desarrollando labores de Consejero Delegado, Director General y Director Técnico, siendo esto cierto, acordar abonarles una contraprestación por dichas actividades era algo correcto. Cuestión distinta es que los mismos pudieran recibir o no dos percepciones económicas periódicas de dos organismos vinculados al sector público y por cuantías como las que percibían, que el señor Tomás acertara o no en su asesoramiento, asesorara o no a los miembros del Consejo de Administración o se concertara o no con los señores Samuel , Jose María y Carlos Antonio para no informar a aquéllos de los problemas de incompatibilidad que podían existir ".

Excluida la malversación derivada del acuerdo de los acusados Samuel , Jose María , Carlos Antonio y Tomás , instrumentado a través del acuerdo del Consejo de Administración de VPI de 16 de diciembre de 2004, que habría permitido el saqueo de fondos públicos, desaparece también toda posibilidad de subsunción de los hechos en el delito de prevaricación.

C) Como puede apreciarse, la ausencia de relieve delictivo de los hechos imputados nace en el presente caso de la imposibilidad de construir, ni siquiera provisionalmente, un juicio de subsunción sobre la base de unos presupuestos fácticos, de naturaleza objetiva, que se distancian de la porción de injusto abarcada por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos. La atipicidad es, por tanto, integral. Y esta conclusión no se alcanza a raíz de la valoración del tipo subjetivo o de la interpretación de los elementos normativos del tipo, cuestiones que habrían de ser objeto de debate en el plenario. El discurso argumental de la Audiencia Provincial pone de manifiesto la falta de apoyo de la imputación mediante la que pretendía abrirse el juicio oral.

La atipicidad de los hechos no excluye, desde luego, la más que posible concurrencia de irregularidades administrativas - algunas de carácter grave- cuyo examen y valoración escapan a la consideración de esta Sala.

4 .- La desestimación del recurso del Ministerio Fiscal conlleva la declaración de oficio de las costas procesales, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto 314/16, de fecha 27 de abril de 2016, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia , en la causa seguida por los delitos de prevaricación y malversación continuada de fondos públicos.

Se declaran de oficio las costas procesales.

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 Gómez D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco D. Carlos Granados Pérez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, 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.