

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 249/2023, de 11 de abril de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3199/2021

**SUMARIO:****Falsedad de documento oficial. Malversación de caudales públicos. Autoría de extraños. Delitos especiales.**

El artículo 398 del CP, castiga a la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico.

En este caso se trata de alteraciones mendaces de las obras realizadas por el ingeniero jefe de obra y su ayudante, ambos condenados, que fueron realizadas, a conciencia, alterando mediciones con la finalidad de generar los sobrecostes que sirvieron de base a las órdenes, provisionales y definitiva, de pago que se declaran probados, y lo realizan enmarcado en las interesadas relaciones del acusado con la contratista, tratándose de documentos oficiales de la obra.

Respecto al criterio diferenciador del tipo penal de la falsedad documental del artículo 392 del Código Penal y de la falsedad de certificados del artículo 398 del Código Penal, no es otro que la gravedad de lo contenido en el documento. Como criterio diferenciador, y elemento de la distinción, entre la falsificación documental y los tipos atenuados del libramiento de certificaciones falsas se encuentra el que, en los últimos, los certificados, sólo cumplen la función de acreditar hechos y otras finalidades, en cambio, la falsificación adquiere especial trascendencia por la alteración de datos fácticos que supone su documentación sobre aspectos relevantes con eficacia constitutiva, probatoria y de garantía.

Respecto a la admisibilidad de la responsabilidad del extraño en los delitos especiales, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que en los delitos especiales puedan incriminarse la intervención de personas no afectadas por la condición especial de autoría que el tipo penal requiere, por la vía de la inducción o por la vía de la participación necesaria superando la anterior concepción por la que se consideraba que la participación de extraños en delitos especiales era impune. Quien conociendo la condición de funcionario del sujeto activo llamado a decidir, le inclina decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta, induce a prevaricar y es autor, lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización de tal delito comete, como autor.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 8, 28, 65.3, 77, 109, 110, 116, 120, 122, 123, 124, 392, 398, 432  
Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 714, 730

**PONENTE:**

*Don Andres Martinez Arrieta*

Magistrados:

ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
ANA MARIA FERRER GARCIA  
VICENTE MAGRO SERVET  
ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 249/2023**

Fecha de sentencia: 11/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3199/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

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

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3199/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Sentencia núm. 249/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y de quebrantamiento de forma, interpuesto por **Secundino y Construcciones Sánchez Domínguez S. A. (SANDO)** representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Díaz Solano y defendidos por el letrado D. Pedro Apalategui de Isasa; **el Ministerio Fiscal; Victorio y Rosendo** representados por el procurador D.<sup>a</sup> Miguel Ángel Ortega Gil y defendidos por la letrada D.<sup>a</sup> Cecilia del Santísimo Rosario Pérez Raya; **el Abogado del Estado de la Autoridad Portuaria de Málaga**, siendo recurridos Carlos Miguel representado por el procurador D.<sup>a</sup> Federico Pinilla Romeo y defendido por el letrado D.<sup>a</sup> José Raúl Dolz Ruiz y Luis Pablo representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Díaz Solano y defendido por el letrado D. Jaime Fabricio Cros Cecilia, contra la Sentencia n.º 108/2021, de 15 de marzo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de Rollo de Sala n.º 5000/2018.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción n.º 5 de Málaga instruyó el procedimiento abreviado n.º 41/2016, contra **María Virtudes** habiendo intervenido como acusación pública el Ministerio Fiscal, por supuestos delitos de falsedad en documento oficial, malversación y fraude, en la que figuran como partes acusadoras, el Ministerio Fiscal y la Abogada del Estado, en representación y defensa de la Autoridad Portuaria; y como partes acusadas, los imputados D. Victorio, D. Rosendo, D. Secundino, D. Luis Pablo y D. Carlos Miguel, y demandada como presunta responsable civil subsidiaria la sociedad CONSTRUCCIONES SANDO S.A.

**SEGUNDO.-** Concluida la tramitación, se elevó la causa a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, el recurso Rollo Procedimiento Abreviado n.º 16/2019. Celebrada vista en juicio oral y público en varias sesiones, se dictó Sentencia n.º 30/2020, de 30 de diciembre, que contiene los siguientes: "HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.- INTRODUCCIÓN.**

La configuración del puerto de Málaga, que databa del siglo XIX, inició a finales del siglo XX un profundo proceso de ampliación y modernización con sucesivas inversiones en grandes obras de infraestructura impulsadas desde su Autoridad Portuaria (en adelante AP o APMA) y financiadas con planes de inversión que en buena parte se nutrían de fondos procedentes de la Unión Europea. Proceso que se inició con la prolongación del Dique de Levante a su actual estado y construcción del Muelle de Levante y que continuó con una Terminal polivalente especialmente destinada al tráfico de contenedores, la cual ocupa una gran plataforma levantada sobre espacios ganados al mar, delimitada por el Muelle 9 y dos diques de protección llamados Dique Sur y Dique Oeste.

Para la realización de esas obras se elaboraron y tramitaron los correspondientes proyectos, entre los cuales figuran los dos siguientes: uno primero, de gran relevancia y alto coste económico (su presupuesto superaba los 8 millones de euros), cuyo objeto era la ejecución de un nuevo muelle para cruceros en la zona del morro del dique atraque sur cuya redacción inicial se remonta a diciembre de 2002 y que culminó definitivamente su ejecución (tras modificaciones y complementos) con la liquidación definitiva de las obras en julio de 2009. Y otro segundo, de muy inferior alcance y coste económico (su presupuesto no llegaba a los 300.000 €), que tuvo por objeto mejorar el calado de la dársena del antepuerto y alineación del muelle 9 cuya redacción tuvo lugar en mayo de 2007 culminando definitivamente su ejecución en noviembre de 2009.

En la ejecución de cada uno de estos dos proyectos se produjeron incidencias que dieron primeramente lugar al despido disciplinario del jefe del departamento de infraestructuras de la Autoridad Portuaria, que fue confirmado en la jurisdicción social, y posteriormente a una denuncia del Presidente de la Autoridad Portuaria que fue presentada el 22 de diciembre de 2011 ante la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Málaga que inició las correspondientes diligencias de investigación penal tras cuya culminación procedió esta a formular el 26 de julio de 2012 la denuncia judicial que ha dado origen a la presente causa en la cual resultaron finalmente acusados las cinco personas que aparecen en los antecedentes de hecho de esta sentencia por los presuntos delitos que igualmente en ellos se mencionan, siendo concretamente estos acusados, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, los siguientes: D. Victorio (director del departamento de infraestructuras de la APMA), D. Rosendo (jefe de la división de obras del mismo departamento), D. Secundino (ingeniero técnico de obras públicas, empleado de la empresa contratista SANDO, que actuó como jefe de obras en la ejecución del proyecto de construcción del atraque sur), D. Luis Pablo (ingeniero de caminos, también dependiente de SANDO, que desde el año 2005 ocupó el cargo de delegado de obras de esta contratista en la ejecución de ese mismo proyecto) y, por último, D. Carlos Miguel (ingeniero técnico de obras públicas, empleado de la empresa contratista DRAGADOS, que actuó como jefe de obra en la ejecución del proyecto de mejora de calados de la dársena del antepuerto y alineación del muelle 9).

Tras la correspondiente valoración de todas las pruebas que han tenido lugar en las diversas sesiones del juicio oral han quedado probados los hechos que se exponen a continuación siguiendo para ello la misma pauta de tres bloques seguida por las partes acusadoras en sus correspondientes escritos de calificación si bien, para el más adecuado encaje del concreto contexto temporal y circunstancial en el que los acusados protagonizaron sus respectivas conductas, le ha parecido de interés a este tribunal que al menos el bloque más amplio y complejo (el primero) venga precedido de una exhaustiva, pero a su vez sintetizada, descripción cronológica de los hitos más relevantes de carácter predominantemente objetivo que constan debidamente documentados en autos.

**SEGUNDO.- BLOQUE I. OBRAS DEL ATRAQUE SUR: LOS PROYECTOS BASE, MODIFICADO Y COMPLEMENTARIO Y SUS LIQUIDACIONES.**

**I.- TRAMITACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS TRES PROYECTOS.**

El primer PROYECTO BASE o inicial de obras, denominado "Proyecto de atraque para cruceros y buques de pasaje en la zona del morro del dique en el Puerto de Málaga", tenía por objeto (según indica literalmente su Memoria) "la definición completa de las obras para la ejecución en el puerto de Málaga de un nuevo muelle para cruceros, construido con pilotes en la alineación diagonal al nuevo dique de levante, adosado al relleno construido entre los diques antiguo y nuevo, destinado a la futura estación de cruceros".

Según describe igualmente su Memoria, el proyecto consta de una plataforma de atraque de 136 x 28 m en planta, cimentada mediante pilotes, complementada a ambos lados con varios macizos para anclaje de bolaros. El calado del muelle se sitúa a la cota -12 m. Los pilotes son de "hormigón in situ" de 1.50 m de diámetro, cimentados a la cota -37.0 m, de tal manera que penetren en la capa de gravas un mínimo de 6.0 m, salvando la capa de fangos de más de 10 m de espesor que constituye el fondo marino. La ejecución de los pilotes se ha previsto con medios terrestres, mediante un relleno provisional de todo uno que habría de ser retirado una vez ejecutados los pilotes y

las primeras fases de vigas y cantil. E igualmente se indica expresamente en la Memoria de este proyecto así como en el artículo 1.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares (documento 4) que "los pilotes van provistos de camisa perdida hasta la cota -20. A profundidades mayores la camisa es recuperable" describiendo, por otra parte, el artículo 2.17 las concretas características que debe reunir el material de acero de estas camisas perdidas.

Respecto a este proyecto inicial y subsiguientes modificaciones y complementos se reseñan cronológicamente a continuación los siguientes hitos de interés.

Diciembre de 2002. Redacción del proyecto base.

Se efectúa esta redacción por la consultora ALATEC-PROES SA y se presenta ese mismo mes a la Autoridad Portuaria (APMA) firmado por el jefe del departamento de infraestructuras, el referido acusado Victorio (en adelante, para abreviar, GF) y el ingeniero de caminos autor del proyecto Eutimio.

18 de septiembre de 2003. Informe de supervisión del proyecto por Puertos del Estado.

Este organismo público, integrado en el Ministerio de Fomento, da su conformidad global al proyecto pero en su apartado 4 efectúa una serie de recomendaciones y observaciones, algunas de ellas referidas a los pilotes y a las camisas perdidas en los siguientes términos literales: "4.1. Tanto el apartado 7 de la memoria del proyecto como la propia definición de la unidad aluden a una camisa recuperable y/o perdida para ejecutar los pilotes. Se considera que la intubación- recuperable es suficiente para la ejecución de pilotes por medios terrestres, debiendo eliminarse las referencias a la camisa perdida o recuperable que, además, no aparece considerada en la justificación de precios de la citada unidad de pilotes". Es decir, este informe oficial, preceptivo pero no vinculante, consideraba innecesaria la utilización de camisas perdidas para la ejecución de los pilotes por lo que recomendaba a la Autoridad Portuaria que se eliminaran del proyecto las referencias que se hacían a las mismas, cosa que, como veremos más adelante, no se llevará a cabo.

Octubre de 2003. Aprobación técnica y económica del proyecto y convocatoria a concurso.

Durante este mes se realizan los siguientes trámites:

Día 8. El acusado Victorio (como jefe del departamento de infraestructuras) remite oficio al entonces director de la APMA, Justo, para la aprobación técnica y económica del proyecto y posterior iniciación del expediente de contratación del mismo y del pliego de cláusulas administrativas particulares informándole de que en la adaptación para el concurso de ese pliego se han incluido, para consideración de los licitantes en sus ofertas, las puntualizaciones efectuadas por Puertos del Estado en su informe de supervisión. Con esa misma fecha el referido director del puerto Justo tras comprobar (según se refiere) que esas puntualizaciones de Puertos del Estado han sido recogidas en el PCAP, en el mismo documento propone al órgano de contratación de la APMA (Consejo de administración) la aprobación del plazo de ejecución de la obra en 31 meses. Ello, no obstante, pese a afirmarse en esta aprobación técnica del proyecto haber quedado incluidas en el PCAP todas las puntualizaciones contenidas en el informe de PE, lo cierto es que ninguna mención específica se hace en este pliego respecto a la recomendación relativa a la eliminación de las referencias a las camisas perdidas.

Día 9. Tras aprobar técnicamente el proyecto, el director del puerto dirige oficio al Presidente APMA proponiendo su aprobación económica, con la correspondiente habilitación de crédito y aprobación del pliego de cláusulas particulares que adjunta para la contratación de las obras del proyecto por el sistema de concurso abierto sin variantes y para que autorice dicha contratación. Día 10. Se produce la aprobación económica del proyecto por el Presidente de la APMA Melchor así como su licitación en la modalidad de concurso abierto sin variantes por un presupuesto base de 9.656.516,25 € (IVA incluido, además de 13% gastos generales y 6% de beneficio industrial) y plazo de ejecución 31 meses. Asimismo el presidente aprueba el pliego de cláusulas particulares (PCAP) ajustado al de condiciones generales aprobado por el Consejo de administración de la APMA en su sesión de 09/07/1993.

Día 17. Se publica en el DOCE (diario oficial de la Comisión Europea) y al mes siguiente en el BOE (04/11/03) la convocatoria a concurso abierto sin variantes, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 9 de diciembre del mismo año

12 de diciembre de 2003. Apertura de la documentación administrativa.

Con esta fecha se constituye la MESA DE CONTRATACIÓN, previamente designada por el presidente de la APMA (11/12/03), para proceder a la apertura de la documentación administrativa presentada por los ofertantes, levantando el correspondiente acta.

Febrero de 2004. Comisión técnica, apertura de ofertas y presunción de anormalidad de la de SANDO.

Día 11. Con esta fecha se constituye esta COMISIÓN TÉCNICA para informar técnicamente las ofertas presentadas al concurso que son 10 en total. Todas ellas admitidas por la Mesa de Contratación. Se procede por la Comisión a la puntuación técnica de cada una de las ofertas resultando con mayor puntuación la empresa FCCSA y la penúltima en puntuación la empresa SANDO. Integran la Comisión los siguientes miembros: a) Por la Autoridad Portuaria: el director del puerto Justo, el jefe del departamento de infraestructuras y conservación Victorio y el jefe de división de obras del puerto, Rosendo. b) Por el ente público Puertos del Estado: el jefe de área de análisis técnico Romualdo y la jefa de división de proyectos Visitación.

Día 13. Con esta fecha se reúne nuevamente la MESA DE CONTRATACIÓN para proceder a la apertura de las proposiciones económicas presentadas por las empresas concurrentes a la licitación, levantándose el correspondiente acta que firman todos los asistentes (sus seis miembros) sin formular reclamación o reserva alguna al acto: su Presidente Justo (director del puerto) y los vocales Sixto (abogado del Estado), Victorio (como jefe del departamento de infraestructura y conservación del puerto), Julián (jefe del área de planificación de inversiones de Puertos del Estado), Benita (jefe de unidad de coordinación a administrativa y secretaria de la mesa) y Rosendo (jefe de división de obras del puerto). Tras la apertura de los sobres número 3 que contiene la proposición económica de las 10 empresas concursantes, la de importe más bajo es la ofertada por SANDO la cual se compromete a ejecutar las obras por un importe de 8.062.601,57 (IVA incluido), muy por debajo, pues, del precio de licitación.

Día 20. A efectos de resolver la adjudicación del concurso abierto y a la vista de la oferta económica realizada por SANDO, el presidente de la Mesa de contratación Sr. Justo le solicita informe por escrito para que en el plazo de 10 días justifique la "presunción de anormalidad" en que se encuentra el bajo importe de la oferta por ella realizada.

Marzo de 2004. Justificación de oferta por SANDO, declaración de más ventajosa y adjudicación del proyecto a esta empresa.

Día 3. Con esta fecha esta licitante evacua el requerimiento justificando detalladamente las razones de su oferta anormalmente baja y solicitando, en consecuencia, sea admitida como válida su propuesta económica por considerar que no tiene carácter de temeraria. Explica a tal respecto que sólo el 25,88% de la ejecución de la obra se contrataría con una tercera empresa destacando como partida más importante porcentualmente la correspondiente a la ejecución de pilotes de la que expresa en un cuadro su medición total-2106 m lineales-, el precio del metro lineal-572,15-y el precio total de ejecución material-1.204.947,90). No computa aparte las camisas perdidas. Ni tan siquiera efectúa al respecto alguna observación o duda sobre su inclusión en el precio de la unidad de pilotes que ella misma ha expresado meridianamente.

Día 8. La MESA DE CONTRATACIÓN, mediante acta de esta fecha, considera como oferta más ventajosa la presentada por la empresa SANDO tras considerar suficiente la documentación aportada para justificar su oferta anormalmente baja. Esta vez, de sus seis integrantes están presentes sólo cinco porque el vocal Sixto (abogado del Estado) sustituye a Julián (el referido jefe del área de planificación de inversiones de Puertos del Estado). El acta de la Mesa se remite por su Presidente al Consejo de administración de la APMA.

Día 17. Con esta fecha el Consejo de Administración de la APMA dicta resolución acordando la adjudicación de ese proyecto base a SANDO por un presupuesto de 8.062.601,57 euros (IVA incluido) y con compromiso de ejecución en 24 meses, de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación. Asimismo requiere a la entidad adjudicataria la constitución de aval bancario en el plazo de 15 días por importe de 1.931.303,25 € y formalización del contrato en el plazo de 30 días así como la presentación de determinada documentación preceptiva. En la notificación que se efectúa a la empresa se indica que esa adjudicación se convertirá en definitiva una vez presentada correctamente la documentación y verificados los requisitos exigidos dentro de los plazos establecidos, informándole asimismo de los recursos de reposición y contencioso administrativo que proceden contra dicha resolución.

Abril de 2004. Publicación en el BOE de la adjudicación y firma del contrato.

Día 14. Se publica en el BOE esa resolución de adjudicación del proyecto a SANDO.

Día 30. Con esta fecha, 30 de abril de 2004, se firma el CONTRATO DEL PROYECTO BASE ENTRE APMA Y SANDO por sus respectivos representantes ( Melchor- Carmelo), una vez prestado el aval bancario y aportado los documentos requeridos. En sus cláusulas se plasma el compromiso de SANDO de ejecutar el proyecto por el importe y plazo (dos años), antes indicados, por el que le había sido adjudicado. Asimismo se establece que la forma de pago se realizará de conformidad con lo establecido en la cláusula 15ª del pliego de cláusulas particulares (PCAP) que rige esta contratación. El plazo de garantía del contrato se fija en un año. Y asimismo se expresa en el contrato la conformidad de la empresa adjudicataria con las cláusulas pactadas en el mismo y, subsidiariamente, con las Normas Generales de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias (NGCPE y AP) así como, en lo que le sea aplicable, con la normativa de Contratación del Estado.

En la referida cláusula 15ª del PCAP, titulada abonos al contratista, se indica en su apartado 1 literalmente lo siguiente: "A los efectos del pago, la Autoridad Portuaria expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden" (tal y como también lo disponía el artículo 145.1 TRLC). Y en el apartado 4 de esa misma cláusula se establece literalmente que "los pagos y sus posibles demoras se regirán por lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 99 del TRLC" (es decir, el texto refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio). Precepto este en el que se indica, entre otras cosas, que " la administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato".

31 de mayo de 2004. Acta de comprobación de replanteo. Con esta fecha se firma el acta de comprobación de replanteo de las obras que es suscrita por el director facultativo de las mismas ( Victorio) y el representante de la contratista SANDO ( Everardo) en la que se hace constar que se autoriza la iniciación de las obras cuyo plazo empezará a contar desde el día siguiente, dando su plena conformidad ambas partes sin efectuar ninguna de ellas algún tipo de reparo, reserva u observación que pudiera afectar a su cumplimiento . Consecuentemente, las obras deberían finalizar el 1 de junio de 2006.

Es preciso recordar que este acta de comprobación de replanteo tiene un especial relevancia para las partes pues "forma parte integrante del contrato a los efectos de su exigibilidad" ( artículo 140 RD 1098/2001) por lo que de haber existido entre ellas, después de la firma del contrato, algún punto de discrepancia o precisado de aclarar era este todavía un momento idóneo para resolverlo.

Por otra parte, en el plazo de un mes desde la firma de este acta la contratista estaba obligada a presentar (conforme al PCPA ) el programa de trabajo a que se refiere el artículo 144 del citado RD, si bien éste dispone que ese mismo plazo deberá contar desde la formalización del contrato para su aprobación por el órgano de contratación, pudiendo este imponer la introducción de modificaciones o el cumplimiento de determinadas prescripciones siempre que no contravengan las cláusulas del contrato. No consta debidamente acreditada la fecha de presentación de tal documento.

Septiembre de 2004. Comienzo material de las obras.

Según recoge la propia acta de reunión extendida por el coordinador de seguridad, en este mes se produce el inicio efectivo de las obras acometiendo los trabajos de dragado de la plataforma el día 23 de este mismo mes.

3 de enero de 2005. Escrito de SANDO al director de obra sobre futura ejecución de pilotes.

Secundino (en nombre de la contratista SANDO) presenta en el departamento de infraestructuras (sello de entrada de la misma fecha) escrito dirigido al director de la obra Victorio en el que, refiriéndose a los pilotes de 1500 mm previstos en el proyecto, le informa que "las camisas perdidas y su montaje en las jaulas de la ferralla serán suministradas y colocadas por la empresa subcontratada COOPERATIVA INDUSTRIAL MALAGUEÑA"(CIM), describiendo además el proceso de ejecución con camisa que se pretende realizar y maquinaria a utilizar para "las soldaduras y solapes de las armaduras y camisas perdidas".

En la posterior acta de reunión de 27/01/2005 suscrita por el coordinador de seguridad sobre los asuntos tratados se hace constar que "comienzan estos trabajos de elaboración de ferrallado de pilotes y montaje de camisas". Sin embargo, por no disponerse hasta mucho más adelante de la máquina de pilotaje y su montaje, la ejecución de los pilotes no comenzará hasta julio del mismo año y no culminará hasta mayo de 2006 (tal y como reflejan las certificaciones de obra expedidas y se hacen fiel eco también otras actas de reunión presididas por el coordinador de seguridad), no obstante aparecer en el programa de trabajo presentado por SANDO que esta labor se iniciaría en febrero de 2005 y terminaría en mayo del mismo año.

31 de mayo de 2005. Propuesta de redacción de modificación del proyecto base. El director de la obra, Sr. Victorio, dirige esta propuesta, acompañada de un informe adjunto, al director de la APMA en la que se pone de manifiesto la conveniencia de introducir ciertos elementos correctores a las definiciones del proyecto inicial a la vista de las incidencias registradas durante la ejecución de los trabajos ya realizados. Incidencias que se habrían producido en la ejecución del relleno provisional para el desarrollo posterior sobre él del pilotaje y la plataforma y que habrían sufrido serios daños, causados, según refiere, por unos temporales de componente sur y suroeste. En el escrito Victorio pide al director que solicite de PE de traslado de la propuesta a la inspección general del Ministerio Fomento para que realice el informe pertinente. Y también se hace constar en el mismo que las modificaciones propuestas suponen un incremento sobre el presupuesto en vigor en 1.575.000 €, IVA incluido, lo que representaría un incremento del 19,60% sobre el presupuesto inicial.

Al tiempo de realizar esta propuesta de modificación del proyecto inicial, aún no se habían comenzado a ejecutar los pilotes de 1500 mm con camisa perdida previstos en el mismo pero en este nuevo texto que el propio Victorio redacta se mantiene literalmente que "los pilotes van provistos de camisa perdida hasta la cota -20 y que a profundidades mayores la camisa es recuperable".

Por otra parte, no obstante lo que se indica por el propio redactor del proyecto, el Sr. Victorio, acerca de esos temporales (cuya fecha no precisa) y de los supuestos daños causados (que tampoco concreta ni cuantifica), en ninguna de las actas mensuales extendidas por el coordinador de seguridad a lo largo de todo ese año, en las que siempre se reflejan las incidencias ocurridas, se hace mención a temporal alguno o a posibles daños o incidencias relacionadas con el mismo.

21 de junio de 2005. Solicitud de informe a la Inspección de Fomento.

Se solicita a la Inspección General del Ministerio Fomento este preceptivo informe por tratarse de un proyecto cuyo presupuesto de adjudicación supera la cantidad de 3.005.060,52 € (los 500 millones de Pts. establecidos en la orden de 21/03/2000 del Ministerio de Fomento)

Julio de 2005. Inicio de la hinca de pilotes

Tal y como se infiere de las correspondientes certificaciones de obra y se hace constar también en las actas de reunión del coordinador de seguridad, una vez finalizados los trabajos de montaje de la maquinaria de pilotes y la construcción de dos taludes de protección a ambos lados de la plataforma, la contratista procede a comienzos de este mes a la hinca de pilotes de 150 cm de diámetro con camisa perdida hasta la cota a -20 previstos en el proyecto base.

Septiembre de 2005. Redacción del proyecto modificado, visita e informe de inspección

En este mismo mes se culmina por Victorio la redacción del PROYECTO MODIFICADO 1 de este atraque (al que da su conformidad la empresa contratista de las obras, SANDO y que absorbe al inicial), cuyo objeto (según se explica en su Memoria) es proteger más adecuadamente las obras derivadas del proyecto frente a los temporales de componente sur y suroeste (no se mencionan sus fechas ni su magnitud) que, según se indica en la memoria, habían producido daños en la banqueta realizada que afectaban a la estabilidad de las obras proyectadas, entre otras, los muros talud de ambos lados de la plataforma de atraque como la superficie a urbanizar para unión de las vías de circulación desde el vial del dique al vial del futuro atraque norte. A tal fin se proponen en particular las siguientes modificaciones en las obras:

- 1). Se modifica la tipología de los muros en talud que, a ambos lados del muelle de atraque sur, contienen el vial que transcurre desde el dique al futuro atraque norte. Se propone apoyar dichos muros en una cimentación profunda mediante pilotes de hormigón in situ de 1 m de diámetro. Estos pilotes, situados cada 7 m se construirán de forma que penetren en la capa de gravas un mínimo de 4 m e irán provistos de camisa perdida hasta la cota -20 m. Los macizos de anclajes para los bolardos en tierra, de 150 t van igualmente pilotados.
- 2). Se dota al tablero de una pendiente del 1,2% que eleve el apoyo de la viga trasera a la cuota +1,50 m, y ello a fin de atenuar la incidencia de la marea de agua contra la parte común viga-manto escollera.
- 3). Se dispone una estructura en la coronación del talud de relleno, en la zona de unión con la parte trasera de la plataforma, capaz de atenuar las salpicaduras de agua en la parte inferior del tablero.
- 4). Se cambia la protección catódica de las armaduras de las losas y vigas que figura en el proyecto base por un galvanizado en caliente para mejorar su protección frente a la corrosión.
- 5). Se hormigonan las vigas de la plataforma en una sola fase.

En este nuevo proyecto, sin embargo, no se modifica la solución de pilotaje del proyecto originario adjudicado, en cuya memoria, según se acaba de referir, se indica (al igual que en el proyecto base) que los pilotes van provistos de camisa perdida hasta la cota -20 m y que, a profundidades mayores, la intubación es recuperable.

Día 7. Visita de las obras por el Inspector General del Ministerio de Fomento, acompañado del director facultativo de la mismas ( Victorio).

Día 12. Informe del Inspector General del Ministerio de Fomento ( Rodrigo) sobre la propuesta de modificación del proyecto base en el que se indica que, una vez estudiada la documentación presentada y visitadas las obras, el inspector acepta las modificaciones propuestas y las informa favorablemente.

26 de octubre de 2005. Solicitud de informe a Puertos del Estado. Por la presidencia de la APMA se remite el texto de este proyecto modificado a Puertos del Estado para recabar su preceptivo informe técnico (conforme al 26 de la ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

Diciembre de 2005. Informe supervisión PE, aprobación técnica y económica, adjudicación a SANDO del proyecto modificado y firma del contrato.

Día 14. Informe de supervisión favorable de Puertos del Estado al proyecto modificado con una única observación (la de que "el anejo de cálculos justificativos no incluye el cálculo de los esfuerzos y del armado de la losa de transición que une el tablero con el muro de hormigón situado sobre la mota"). A esta fecha las obras del proyecto base (según señala este informe) estaba en su mes 17 y se estaba procediendo a hincar los pilotes de la viga cantil.

Día 19. Aprobación técnica del proyecto modificado 1 por el Director del Puerto. A esta fecha ya estaban ejecutados la mitad (27 de 54) de los pilotes con camisa perdida previstos en el proyecto inicial, tal y como acreditan los partes de obra.

Día 22. Aprobación económica y adjudicación al contratista SANDO del proyecto modificado por el Consejo de Admón.. de la APMA con sujeción al pliego de condiciones particulares y prescripciones técnicas que rigió para el contrato principal. El proyecto modificado incluye 25 precios nuevos (cuya acta se encuentra firmada por el director de las obras y el contratista) y la modificación propuesta supone un incremento del líquido de cobro sobre el presupuesto de adjudicación en vigor del 19,78% (concretamente de 1.594.537,67, IVA incluido) y el plazo de ejecución de las obras se amplía en cinco meses. O sea 29 meses en total contados desde la fecha del acta de replanteo del proyecto originario, lo que significa que la totalidad de las obras del proyecto base y las modificaciones aprobadas deberían finalizar el 1 de noviembre de 2006. Ello no obstante, dos prórrogas posteriores situarían finalmente esa fecha de terminación en el 1 de junio de 2007, tal y como después se verá.

Día 30. Con esta fecha, 30 de diciembre de 2005, se firma el CONTRATO PROY. MODIF. APMA-SANDO ( Melchor-Luis Pablo), una vez prestado por SANDO aval bancario para cubrir la fianza complementaria por un importe de 67.781, 51 €. En sus cláusulas se plasma el compromiso de SANDO de ejecutar el proyecto por el importe y plazo antes indicados. Y asimismo se expresa la conformidad de la empresa adjudicataria con las cláusulas pactadas en el contrato y, subsidiariamente, con las Normas Generales de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias (NGCPEyAP) así como, en lo que le sea aplicable, con la normativa de Contratación del Estado.

14 de septiembre de 2006. Primera prórroga del modificado por huelga.

SANDO solicita por escrito al director de la obra, Sr. Victorio, una prórroga por tres meses del plazo de ejecución para que se establezca como nueva fecha de terminación de las mismas el 1 de febrero de 2007, sin penalización al venir motivada por causas no imputables a la contratista derivadas de una huelga indefinida de las industrias extractivas de áridos desarrollada entre el 28 de noviembre de 2005 y el 16 de enero de 2006 que habrían afectado al suministro normal de materiales (escolleras, áridos y hormigones) necesarios para el desarrollo de los trabajos hasta bien pasado mediados de febrero de 2006. A dicha petición dan su conformidad, en documento posterior de fecha 18/09/2006, tanto el director de la obra como el director del puerto.

De esta huelga y de la paralización en la ejecución de pilotes que conllevó se hizo eco el coordinador de seguridad en su acta de reunión de 21 de diciembre de 2005, reflejando igualmente su reiniciación otra posterior acta de 31 de enero de 2006.

Diciembre de 2006. Redacción del proyecto complementario.

En este mismo mes se culmina por Victorio Victorio la redacción de un PROYECTO COMPLEMENTARIO de este atraque sur (al que también da su conformidad la empresa contratista de las obras, SANDO), cuyo objeto es el siguiente:

- 1). Estabilizar el manto exterior de la mota sur de cruceros en la zona de encuentro con el borde interior del dique de levante y eliminar, en lo posible, los rebases en dicha zona.
- 2). Evitar la disminución de longitud de atraque que ocasiona el talud de escollera dispuesto en el borde interior del dique exterior de levante.
- 3). Estabilizar la plataforma de apoyo del paramento situado en el muro del morro del dique de levante antiguo, que constituye el extremo oeste del nuevo atracadero, y habilitar una zona de operaciones para embarcaciones menores y un vial de comunicaciones en dicho morro.



4). Dotar de servicios al nuevo atracadero (agua, energía, comunicaciones, balizamiento etc.) que no se incluyeron en el proyecto vigente por no estar en su día completamente definida la forma de explotación.

16 de enero de 2007. Segunda prórroga del modificado por coincidencia de obras.

El Presidente de la APMA, a la vista del informe favorable del director de la obra y al amparo de la regla 34 de las NGCPEyAP, acuerda otorgar a SANDO una nueva prórroga del plazo de ejecución de la obra por cuatro meses más, fijando, por tanto, el nuevo plazo de terminación en la fecha de 1 de junio de 2007. El motivo esta vez es que la fase final de las obras requiere de la ejecución de unidades que coinciden especialmente con actuaciones que forman parte de otro expediente y que son desarrolladas por otro adjudicatario (concretamente la empresa ACCIONA estaba realizando las obras en la terminal de contenedores de la estación marítima del puerto) siendo necesario que para que esta pudiera terminar sus trabajos se ralentizaran los de SANDO a fin de que no se interfiriesen recíprocamente.

Esta eventualidad ya fue contemplada por el coordinador de seguridad en su acta de 28 de octubre de 2005 previendo al respecto una futura reunión extraordinaria de coordinación en la que estuvieran presentes los representantes de ambas contratistas. Posteriormente las actas de 2 de febrero de 2007 y de 21 de mayo de 2007 recogen, respectivamente el traslado del taller de ferralla por parte de SANDO para desalojar la zona y la finalización de los trabajos de la pasarela por parte de ACCIONA.

Abril de 2007. Aprobación técnica y económica del complementario y adjudicación.

Día 10. Se produce la aprobación técnica de este proyecto por el director del puerto.

Día 18. Se aprueba económicamente este proyecto complementario por el Presidente de APMA del proyecto complementario y se adjudica el mismo al contratista principal SANDO con un presupuesto 1.361.574,16 €, al que se le aplica la baja de adjudicación resultando un presupuesto de adjudicación de 1.569.281,93 euros (IVA incluido). Adjudicación que se efectúa a esta contratista conforme a la regla 35ª de las NGCPEyAP y con sujeción al pliego de condiciones particulares y de prescripciones técnicas que rigió para el contrato principal. Mayo de 2007. Firma del contrato complementario, replanteo y comienzo de obras.

Día 21. Con esta fecha, 21 de mayo de 2007, se firma el CONTRATO PROYECTO COMPLEMENTARIO APMA-SANDO ( Melchor- Luis Pablo), una vez prestado por SANDO aval bancario para cubrir la fianza complementaria por un importe de 62.771,281 €. En sus cláusulas se plasma el compromiso de SANDO de ejecutar el proyecto por el importe de 1.569.281,93 euros (IVA incluido) antes indicado, si bien no se menciona expresamente en el contrato el plazo de ejecución ni el de garantía. Asimismo se establece que la forma de pago se realizará de conformidad con lo establecido en la cláusula 16ª del pliego de cláusulas particulares (PCP) que rige esta contratación. Y por último se recoge también en él la conformidad de la empresa adjudicataria con las cláusulas pactadas en el contrato y, subsidiariamente, con las Normas Generales de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias (NGCPE y AP) así como, en lo que le sea aplicable, con la normativa de Contratación del Estado. (Ello no obstante, debe tenerse en cuenta que a la firma de este contrato esas NGCPE yAP habían quedado ya derogadas por la OM 4247/2006 que entró en vigor el 19 de abril de 2007).

Día 22. Acta de comprobación de replanteo

Día 23. Comienzo de las obras del proyecto complementario.

1 de junio de 2007. Fecha oficial de terminación de las obras del proyecto modificado.

23 de octubre de 2007. Fecha oficial de terminación de las obras del proyecto complementario.

## II.- RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ATRAQUE SUR.

### A).- RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL BASE MODIFICADO.

19 de diciembre de 2007. Acta de recepción provisional de las obras del proyecto base y modificado por el Inspector General del Ministerio de Fomento. Tras exponer el director facultativo de las obras ( Victorio) a los asistentes al acto las características de las ejecutadas manifestando que se han realizado ajustándose al proyecto vigente y documentación complementaria puesta a su disposición, el referido inspector (en representación de la autoridad portuaria a los fines de este acto), da por recibidas provisionalmente las obras en dicho acto, una vez reconocidas las mismas por los asistentes y comprobado que aparecen ejecutadas sensiblemente de acuerdo con el proyecto vigente (esta expresión "sensiblemente" es de uso ritual en este tipo de actas) con arreglo a las precisiones previstas y que se encuentran en buen estado y no manifestar ninguno de ellos reparo alguno. En prueba de ello, todos los asistentes firman siete ejemplares del acta. Son estos: Melchor (Presidente de la APMA) Justo (director de la APMA),

Victorio (director facultativo de las obras), Luis Pablo (representante de la contratista) y Rodrigo (el inspector general del Ministerio de Fomento).

Diciembre de 2007. Propuesta de liquidación obras del proyecto modificado por Victorio. Supone un adicional líquido de 779.820,09 € que representa un 8,07% del presupuesto vigente. El documento, en el que no consta la fecha del mes, aparece firmado por dos miembros de la dirección facultativa de las obras: Victorio (con indicación de su cargo de jefe del departamento de infraestructuras) y Rosendo (con indicación de su cargo de jefe de división de obras).

19 de diciembre de 2007. Aprobación técnica de la liquidación de las obras del proyecto modificado por el director del puerto, Justo, y comunicación al Presidente para su aprobación económica.

20 de diciembre de 2007. Aprobación económica de la liquidación provisional del proyecto modificado por el Consejo de Administración de la APMA con informe del director del puerto Justo. Se hace constar que la valoración adicional de la liquidación es de 2.554.763,28 euros.

31 de diciembre de 2007. Certificación de liquidación (número 35) del proyecto modificado por un total líquido de 2.555.625,29 € (se computan los conceptos de precio de ejecución material, gastos generales, beneficio industrial, coeficiente de baja, IVA y revisión de precios) que es firmada por los dos miembros de la dirección facultativa de las obras, Victorio (con indicación de su cargo de jefe del departamento de infraestructuras) y Rosendo (con indicación de su cargo de jefe de división de obras), apareciendo asimismo la firma del contratista.

31 de enero de 2008. Certificación de liquidación (número 36) del proyecto modificado por un total líquido de 2.207.625,29 € (incluye revisión de precios e IVA) que es firmada por Victorio (como director de las obras) con el visto bueno de Justo (director del puerto) y el conforme del contratista.

21 de enero de 2009. El director del puerto solicita de Puertos del Estado que, habiendo finalizado el plazo de garantía de las obras del proyecto, de traslado a la inspección del Ministerio de Fomento de la solicitud de recepción definitiva de este expediente. Hacía casi un año que, por colisión accidental, un buque (el STOLT CAPABILITY) había causado daños en la plataforma del atraque sur.

6 de mayo de 2009. Acta de recepción definitiva del proyecto por el Inspector General del Ministerio de Fomento, Rodrigo, quien, conforme a la orden del Ministerio de Fomento de 30 04/1998, da por recibidas definitivamente las obras en representación de la Autoridad Portuaria en un acto celebrado en el lugar de emplazamiento de las mismas al que también asisten Melchor (Presidente de la APMA) Justo (director de la APMA), Victorio (director facultativo de las obras), Luis Pablo (representante de la contratista), además del referido Inspector General del Ministerio. Previamente a ello (según se recoge en el acta) el director facultativo de las obras (Victorio) expuso a los asistentes al acto las características de las ejecutadas, puso a su disposición el proyecto vigente y la documentación complementaria indicando que las obras fueron objeto de recepción provisional el 19 de diciembre de 2007 por considerarse realizadas ajustándose a dicho proyecto y documentación. Y tras señalar también que ha transcurrido el plazo de garantía sin incidencias que deban ser detalladas, se procede por los asistentes al reconocimiento de las obras y se comprueba que, ejecutadas de acuerdo con el proyecto vigente y con arreglo a las prescripciones revistas, se mantienen en buen estado. Seguidamente, por el inspector general se solicita de los asistentes que manifiesten cuanto estimen conveniente en relación con este acto de recepción definitiva y con las obras realizadas a fin de, si lo desean y es pertinente, hacerlo constar en el epígrafe de observaciones, no efectuando ninguna los asistentes. Y para constancia de esa conformidad y a fin de que surtan los efectos previstos en la legislación vigente los asistentes firman siete ejemplares del acta. El Consejo de administración de la APMA tiene conocimiento oficial de esta recepción definitiva en su sesión de 6 de julio de 2009.

14 de mayo de 2009. Diligencia de elevación a definitiva de la liquidación provisional de las obras del proyecto modificado aprobada el 20/12/2007 por un importe líquido de valoración por contrata de 12.211.902,52 € (IVA incluido) y cuya recepción definitiva se produjo el 06/05/2009. En ella se hace constar que durante el plazo de garantía no se ha producido ninguna incidencia que varíe los términos de la liquidación provisional. Y en prueba de conformidad firman la diligencia Luis Pablo (en nombre de la contratista) y Victorio (como director de las obras).

15 de mayo de 2009. El director del puerto, Sr. Justo, remite al Presidente de la APMA esa diligencia de elevación a definitiva de la liquidación provisional de las obras para que éste, si lo estima conveniente, proponga al Consejo de administración su aprobación. Asimismo le manifiesta en el escrito que procede devolver a la contratista SANDO la devolución de la fianza definitiva depositada en su día proponiendo, en consecuencia, al Presidente que de su conformidad a tal devolución por no existir por parte del adjudicatario responsabilidad alguna por razón de las obligaciones derivadas del contrato. Existían, no obstante, problemas con la naviera propietaria del buque para asumir la responsabilidad de los daños causados por el accidente.

6 de julio de 2009. Elevación a definitiva de la liquidación provisional del proyecto modificado y acuerdo devolución de fianza. En esta fecha el Consejo de administración de la APMA levanta acta (apartado 3.3) en la que acuerda

elevant a definitiva la liquidación provisional de este proyecto que había acordado en su sesión de 20 de diciembre de 2007. A esta fecha el Consejo de administración no tenía aun conocimiento oficial del accidente del buque STOLT CAPABILITY ocurrido el 13 de febrero de 2008. Y el presidente no le daría cuenta de ello hasta la sesión que tuvo lugar el 3 de marzo de 2010.

En el mismo día el presidente de la APMA, en respuesta a la petición formulada por el director del puerto, comunica a SANDO este acuerdo del Consejo de administración de elevar a definitiva la liquidación provisional del proyecto. Y en otro oficio de la misma fecha comunica también a la contratista su decisión de cancelar y devolverle de la fianza definitiva depositada en su día, a la vista del informe emitido por el director del puerto en el que se manifiesta que no existe por parte de esta contratista responsabilidad alguna por razón de las obligaciones derivadas del contrato y no tener tampoco conocimiento de la existencia de mandamiento de embargo contra esa fianza.

#### B).- RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL PROYECTO COMPLEMENTARIO

10 de abril de 2008. Acta de recepción provisional de las obras. Están presentes en la reunión y firman todos ellos el acta por triplicado para que así conste fehacientemente su contenido: Melchor (Presidente de la APMA) Justo (director de la APMA), Victorio (director facultativo de las obras) y Luis Pablo (como representante de la contratista SANDO).

En el acta se hace constar que el director de las obras ( Victorio) expone que las mismas han sido ejecutadas sensiblemente de acuerdo con el proyecto aprobado, teniendo en cuenta todas las prescripciones en vigor. Y asimismo se hace constar que todos los asistentes han realizado un reconocimiento detallado de las obras, terminado el cual y coincidiendo que las mismas se encuentran en buen estado y con arreglo a las precisiones previstas, el director de las obras, previa conformidad de dichos asistentes (que toman conocimiento de que existe una previsión de liquidación de las obras por importe aproximado de 1.721.661, 81 €), las da por recibidas provisionalmente, entregándolas al uso público o servicio correspondiente, comenzando desde esta fecha el plazo de garantía.

14 de abril de 2008. Aprobación técnica por el director de la APMA de la liquidación provisional de las obras del proyecto complementario.

15 de abril de 2008. Aprobación económica por el Consejo de Administración de la APMA de la liquidación provisional de las obras del proyecto complementario.

15 de mayo de 2009. Recepción definitiva de las obras del proyecto complementario. El Consejo de administración de la APMA tiene conocimiento de ello en su sesión de 6 de julio de 2009.

6 de julio de 2009. Elevación a definitiva de la liquidación provisional del proyecto complementario. En la misma sesión en que el Consejo de administración acuerda la elevación a definitiva de la liquidación provisional del proyecto modificado, acuerda también (apartado 3.4 del acta) esa misma elevación a definitiva de la liquidación provisional del complementario que con este carácter había probado anteriormente con fecha 15 de abril de 2008.

#### III.- COLISIÓN DE UN BUQUE CONTRA EL ATRAQUE SUR Y ACONTECIMIENTOS POSTERIORES.

Los hitos cronológicos más relevantes relacionados con este apartado son los siguientes:

13 de febrero de 2008. Accidente del buque "Stolt Capability contra un pilote del atracadero Sur, concretamente el pilote C-7 aunque rozando también el pilote C-8. De este accidente, ocurrido durante un temporal, no tendrá conocimiento el Consejo de administración de la APMA hasta dos años después. Y será con motivo de las obras de reparación realizadas entre mayo y junio de 2010 por la nueva contratista, SATO, cuando se descubra (tras el análisis comparado de las mediciones del proyecto de liquidación y la proporcionada por los partes de obra) que la longitud de los pilotes de ese atraque sur era muy inferior a la que se había certificado y liquidado en el expediente administrativo.

25 de febrero de 2008. Declaración de emergencia de la reparación del atraque por el Presidente de la APMA (folio 1172 de la causa). A la vista del accidente, el Presidente Melchor firma este documento en el que ordena la inmediata ejecución de los trabajos por parte de la empresa SANDO (por ser la empresa que construyó la estructura dañada) y aprueba asimismo económicamente el gasto de esos trabajos hasta un límite de 2 millones de euros (IVA excluido). Tras las primeras exploraciones se comprueba que la reparación no es tan apremiante por no advertirse grave peligro y después, por diversas circunstancias (entre ellas, la negativa de la naviera y su aseguradora a asumir los costes de esa reparación), esta no se lleva a cabo hasta el año 2010, siendo además otra empresa, SATO, la que finalmente realizará la obra.

Agosto de 2009. A principios de este mes toma posesión como nuevo director de la APMA D. Valeriano. En el mes anterior ya se había producido la liquidación definitiva de los proyectos modificado y complementario del atraque sur pero como se ha dicho, su reparación no se había siquiera iniciado.

Abril de 2010. Primeros desencuentros entre Valeriano y Victorio. Surgen en relación con la reparación del atraque sur, más concretamente por las divergencias entre ambos acerca del tipo de procedimiento por el que debía sacarse a concurso el proyecto. El nuevo director se hace eco de ello en una carta que el día 18 de este mes envía por e-mail al Presidente Melchor contándole su versión de los hechos y su deseo de "intentar resolver cuanto antes la adjudicación" de ese proyecto de reparación de los pilotes dañados .

22 de junio de 2010. Denuncia interna de Valeriano ante el Presidente de la APMA. En este escrito, presentado ante el registro oficial de la APMA (folio 145, tomo I), el nuevo director del puerto pide ya formalmente al Presidente Melchor el cese inmediato de Victorio como jefe del departamento de infraestructuras y conservación así como la apertura de un expediente disciplinario que culmine con su despido. Denuncia cuya forma de presentación por registro oficial y sin previo aviso verbal le sentó muy mal al Presidente Melchor, tal y como ha admitido este en el juicio.

En el texto de la denuncia se advierte inequívocamente el fuerte enfrentamiento que tiene ya Valeriano con Victorio al que imputa graves irregularidades en relación con el expediente de reparación del atraque sur (que, según dice, habrían puesto a la APMA "al borde de perder la indemnización del seguro de la compañía naviera" por los daños causados por el impacto del buque, tachando asimismo de "ilegal", por razón de la cuantía, la adjudicación por procedimiento negociado que, según dice, pretendía aquel llevar a efecto, en contraste con el concurso abierto con variantes que el denunciante ha llevado finalmente a cabo adjudicándose por un precio muy económico a la empresa SATO), refiriendo asimismo por último "la sorpresa" que se había llevado al descubrir durante las obras de reparación la sobre medición de la longitud de pilotes del atraque sur detectada en su liquidación. De todas esos hechos que le imputa sólo ha quedado debidamente probado este último.

15 de julio de 2010. Alegaciones de Victorio. De la denuncia interna, el Presidente da traslado al denunciado Sr. Victorio quien presenta por escrito sus primeras alegaciones exculpatorias frente a la denuncia y, en apoyo de su pretensión, aporta un documento elaborado por el jefe de obra, el acusado Secundino que contiene una reclamación económica de SANDO frente a la APMA que lleva como fecha "noviembre de 2007" pero que carece de sello de presentación y del que además ha quedado probado que fue elaborado después de la denuncia y precisamente para servir de apoyo a estas alegaciones exculpatorias.

29 de julio de 2010. Apertura de información reservada. El Presidente de la APMA acuerda con esta fecha la apertura de una información reservada sobre ese expediente y dirige escrito a Puertos del Estado pidiendo informes sobre diversos extremos, entre ellos sobre el posible daño patrimonial sufrido por la APMA.

5 de agosto de 2010. Contestación de Valeriano a las alegaciones de Victorio. Se plasma en un oficio dirigido al Presidente de la APMA (folio 184, tomo I) para replicar a los comentarios y alegaciones efectuados por Victorio en su escrito de 15/07/2010 de respuesta a la denuncia. En el oficio, el Sr. Valeriano concluye reiterando su petición de despido disciplinario del Sr. Victorio.

20 de octubre de 2010. Informe especial de auditoría interna de Puertos del Estado. En este informe (folios 2220 y siguientes tomo IV de la causa), emitido a petición del presidente de la APMA y firmado por Maximo (con la colaboración de Visitacion), este organismo público detecta efectivamente irregularidades en el proyecto de liquidación de las obras por incluirse un exceso de medición de metros lineales de pilotes que no reflejan la realidad construida, calculando el importe de esa sobre certificación en 515.182,92 € "con el correlativo enriquecimiento injusto para la empresa contratista, sin que existan razones administrativas que justifiquen diferencias entre diámetros y longitudes abonadas y ejecutadas como tampoco existe desde el punto vista técnico razón que justifique la diferencia entre las longitudes de pilotes abonados y realmente construidos" (indicaba literalmente el informe).

9 de noviembre de 2010. Apertura de expediente disciplinario. El Presidente de la APMA, a la vista del resultado de la información reservada, acuerda la apertura de expediente disciplinario contra Victorio por la supuesta comisión de faltas disciplinarias muy graves, nombrando instructor a Porfirio y secretario a Samuel, formulándose posteriormente el correspondiente pliego de cargos frente al que Victorio formula sus correspondientes alegaciones. Más tarde el día 23 del mismo mes declara este en dicho expediente asistido de letrado manifestando, entre otras cosas, que la contratista reclamaba 1.124.370, 51 € (la que recogía el documento antes mencionado) y que tras negociar con ella logró reducir su reclamación a una cantidad inferior al 10% de la liquidación total y que para poder encajar esa deuda en la liquidación de la obra (al no poder consignarla como pago de las camisas perdidas ni de obra ejecutada y no prevista en los proyectos) la solución que se arbitró fue "introducir esa cantidad como si se tratara del pago de metros lineales de pilotes ejecutados y así quedó reflejado en la liquidación final"

27 de diciembre de 2010. Despido disciplinario de Victorio. Con esta fecha el Presidente de la APMA acuerda el despido del Sr. Victorio por los incumplimientos contractuales que en ella se indican. Se notifica al interesado el 17/01/2011. El despido será confirmado posteriormente por el juzgado de lo social 2 de Málaga en sentencia de 30/05/2011 y asimismo por la sala de lo social del TSJA en sentencia de 19/04/2012.

29 de junio de 2011. Acta Consejo de administración APMA acordando iniciar expediente de determinación del perjuicio patrimonial. Sólo un mes después de ser confirmado judicialmente el despido disciplinario de Victorio del que ya se había hecho eco la prensa, el Presidente de la AP da cuenta al Consejo de administración de este hecho y de las circunstancias que le han precedido y que se iniciaron con la denuncia interna formulado un año antes por el director del puerto Sr. Valeriano, no obstante haberse celebrado ya durante este periodo de tiempo tres consejos de administración (30/06/2010, 21/12/2010 y 13/04/2011). El Consejo acepta la propuesta de su presidente de instar de dicho director la iniciación de un expediente para la determinación de los perjuicios patrimoniales que pudiera haber sufrido la autoridad portuaria.

14 de julio de 2011. Escrito de alegaciones de SANDO en ese expediente de determinación de perjuicios patrimoniales abierto contra ella. Lo firma en su nombre el acusado Luis Pablo y a él se acompaña ese ya mencionado documento fechado a "noviembre de 2007" en el que se contiene una reclamación económica contra la APMA, por supuestas partidas realizadas y no abonadas, ascendente a 1.124.370 €. Asimismo se acompaña al escrito un informe pericial elaborado por el técnico Jesús Ángel tomando como base dicho documento.

27 de julio de 2011. Informe provisional de perjuicios patrimoniales. Es este un primer informe de carácter provisional del Sr. Valeriano en el que afirma no haber encontrado ningún respaldo a las reclamaciones económicas de SANDO y calcula un posible perjuicio para la APMA de 620.688,27 € si bien precisa que queda pendiente de un estudio más profundo de los proyectos base, modificado y complementario del atraque sur.

2 de noviembre de 2011. Informe definitivo de perjuicios patrimoniales. En este informe (anexo 1, folios 426 y siguientes) dirigido al Consejo de administración de la AP en cumplimiento del encargo recibido, el Sr. Valeriano, tras rechazar casi todas las partidas reclamadas por la contratista SANDO, fija definitivamente un perjuicio patrimonial total de 1.609.443,67 € (615.030,67 €, por sobre certificación de pilotes, y 994.403 €, por otras partidas de obra que estima duplicadas en los proyectos modificado y complementario). Este informe definitivo se presenta por Valeriano en el registro de la AP el 02/11/2011 y se llevó al Consejo de administración en fecha 30/11/2011

23 de noviembre de 2011. Informe de Puertos del Estado. Ante el informe solicitado por la AP en este expediente de determinación de perjuicios patrimoniales, este organismo concluye que no procede emitir el mismo por no corresponderle legalmente realizar informes técnicos en relación al proceso de liquidación de las obras, si bien, en el ejercicio de sus funciones de control interno se remite al contenido del informe de auditoría que realizó dentro de la fase previa de información reservada.

30 de noviembre de 2011. Acta Consejo de administración APMA. A la vista del informe definitivo de perjuicios patrimoniales, elaborado por el director del puerto el Consejo (apartado 7º número 7.1 del acta) acuerda denegar el pago de las compensaciones reclamadas por SANDO y remitir el expediente al Ministerio Fiscal.

## V.- ALTERACIONES FALSARIAS EN LAS CERTIFICACIONES Y LIQUIDACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ATRAQUE SUR

Una vez expuestos por orden rigurosamente cronológico los hitos principales que conllevaron la tramitación, ejecución y liquidación de los tres proyectos del atraque sur de cruceros (el base, el modificado y el complementario) así como los acontecimientos e incidencias más relevantes de orden interno que se sucedieron en el puerto de Málaga tras la toma de posesión como director del Sr. Valeriano que culminaron con el despido del jefe del departamento de infraestructuras, Victorio, y que finalmente desembocaron en la denuncia que dio lugar a esta causa penal, procede ahora entrar a detallar las actuaciones realmente protagonizadas por los acusados que se plasmaron en una serie de alteraciones documentales que, a la postre, provocaron importantes perjuicios patrimoniales para la Autoridad Portuaria y el consiguiente beneficio económico para, al menos, la empresa contratista de las obras CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ (SANDO S.A.).

Todo ello tuvo su origen en un previo pacto verbalmente formalizado entre el referido jefe de infraestructuras de la APMA y un representante o representantes de la constructora SANDO cuya concreta identidad no ha quedado suficientemente esclarecida (o al menos no consta debidamente acreditado que fuese alguna de las dos personas aquí acusadas, Sres. Luis Pablo o Secundino) pero que, en cualquier caso, contaban a tal efecto con la plena anuencia de la superior dirección de esta empresa. Por el contrario, no consta en modo alguno que Victorio contara, a su vez, con el respaldo o autorización, siquiera sea tácita o implícita, de sus superiores para negociar y llevar a cabo ese acuerdo que esencialmente debería traducirse (y así sucedió) en autorizar aquél con su firma la expedición de certificaciones y propuesta de liquidación en las que deliberadamente haría constar mediciones o sobremediciones mendaces en perjuicio de la Autoridad Portuaria.

Las concretas razones que llevaron a ese ilícito acuerdo, aparentemente sólo beneficioso para SANDO, no han podido quedar acreditadas de forma precisa e inequívoca. Sí que, desde luego, ha quedado totalmente descartado que esas convenidas simulaciones documentales respondieran al propósito de compensar subrepticamente el pago a esta constructora de camisas perdidas u otras partidas o unidades de obra que esta hubiese previamente reclamado, dado que esa reclamación no se produjo por parte de SANDO hasta mucho tiempo después de finalizado el proceso de liquidación y tan sólo cuando, luego de abrir la Autoridad Portuaria una investigación interna por las presuntas irregularidades denunciadas, decide su Consejo de Administración iniciar contra ella un expediente reservado encaminado a determinar los posibles perjuicios patrimoniales sufridos por la entidad pública.

Pero, aunque no hayan podido quedar inequívocamente acreditadas las concretas razones que directamente condujeron a ese ilícito acuerdo sí que han quedado positivamente acreditadas las circunstancias concretas que lo propiciaron y que dimanaban directamente de las muy estrechas relaciones comerciales, con sus consiguientes intereses recíprocos, que desde el año 2003 venía manteniendo Victorio con SANDO a través de su empresa familiar GF INGENIERÍA APLICADA S.L. Una empresa con la que este mantenía desde muchos años atrás un estrecho vínculo familiar y económico. Primeramente porque fue él mismo quien la constituyó junto con tres hermanos en el año 1990, siendo su presidente hasta el año 1993. Y después de esta fecha porque, a pesar de dejar de ostentar cargo alguno en la misma siguió ligado económicamente a ella, fundamentalmente a través de su esposa Lidia que sucesivamente pasó a desempeñar los cargos de apoderada, secretaria y finalmente, desde junio de 2002 (sólo meses antes de que aquél firmase, como jefe del departamento de infraestructuras, el proyecto base del atraque sur) el puesto de administradora única por tiempo indefinido pero continuando Victorio con firma autorizada en las cuentas de la sociedad y percibiendo también retribuciones de esta durante los años 2003 a 2011 (que compatibilizaba con las que percibía por su cargo en la APMA), constando igualmente haber declarado Fiscalmente durante el periodo 2008-2010 ventas a esta empresa familiar por un importe total algo superior a los 77.000 €.

Así pues, estas interesadas relaciones comerciales entre GF y SANDO, unido al relevante puesto que el primero desempeñaba en la APMA, la jefatura del departamento de infraestructuras (desde la que, con notable autonomía, dirigía toda la materia relativa a división de obras y proyectos), propició, sin duda, ese ilícito acuerdo entre ambas partes que, no se sabe con certeza, si tuvo lugar antes o después de la licitación del proyecto pero sí, como muy tarde, antes de octubre de 2005, después de que a comienzos del verano se hubiera iniciado la hinca de pilotes de 1500 mm y que en las certificaciones mensuales de pilotes no pararan de crecer llamativamente las mediciones consignadas en las mismas hasta llegar a la suma total de metros que finalmente se recogió en la liquidación.

Una vez alcanzado este acuerdo falsario, el acusado Victorio puso en pleno conocimiento del mismo a su subordinado Rosendo, ayudante de la dirección facultativa de las obras y jefe de división de obras del puerto, mostrando este su total disposición a colaborar a su realización, a cuyo efecto se procedió a concretar entre ambos las unidades de obras, preferentemente submarinas u ocultas, sobre las que se iban a plasmar en las correspondientes certificaciones mensuales las simuladas mediciones, comprometiéndose concretamente este acusado, en cuanto miembro de la dirección facultativa personalmente encargado de medir y controlar las mediciones reales (pues esta obra no tuvo nunca ninguna asistencia técnica especialmente asignada al efecto), a realizar esa específica labor así como a confeccionar y rellenar el contenido de cada concreto documento oficial que posteriormente su jefe, Victorio, como director facultativo de la obra, procedería a autorizar con su firma a sabiendas de la alteración ya realizada en el mismo.

Y así, efectivamente, llevaron coordinadamente a efecto ambos funcionarios de la Autoridad Portuaria la ejecución del plan convenido formalizando y expidiendo, respectivamente, las correspondientes certificaciones mensuales con sobremediciones falaces de unidades de obra y en último término una liquidación final igualmente mendaz deliberadamente encaminada a proporcionar a la contratista unos documentos oficiales que, por la apariencia de veracidad y natural confianza en el funcionario legítimamente competente que los expedía, dieron lugar a que los órganos superiores del puerto específicamente facultados legalmente para ello (el Presidente, mancomunadamente con el Director de la AP) expidieran las correspondientes órdenes de pago a cuenta de los importes de esas certificaciones mensuales y a que, en última instancia, el órgano de contratación (en el presente caso el Consejo de Administración de la AP) aprobase definitivamente la liquidación final resultante seguida de la correspondiente orden de pago por parte de esa misma mancomunada dirección portuaria. Liquidación definitiva que no agotó aquí sus efectos, dado que posteriormente, llegado su momento reglamentario, dio lugar a la devolución a la contratista de la fianza definitiva depositada en su día. Todo ello en los términos que han quedado detalladamente expuestos en el relato cronológico antes efectuado.

También aunque en menor grado, tuvo participación en estos hechos el acusado Secundino quien, aunque nominalmente sólo era el jefe de obra de SANDO, su cualificada experiencia en esta materia y largas ausencias de la obra de su superior Luis Pablo (en la que, sin embargo, él se encontraba a diario) le llevaron a convertirse de hecho en su efectivo director aunque siempre, naturalmente, conforme a las instrucciones de la dirección facultativa. Una relevante posición de facto que aún se vio más reforzada por el hecho de tener bilateralmente reconocida plena

capacidad de interlocución entre dicha dirección facultativa y su empresa, en nombre de la cual prestaba habitualmente su conformidad a las certificaciones mensuales que Victorio iba expidiendo.

Y es que, en efecto, aunque no ha quedado probado que, en nombre de esta contratista, este acusado participase en ese previo pacto verbal falsario formalizado con el jefe de infraestructuras de la APMA ( Victorio), sí que ha quedado acreditado que llegó a tener cabal conocimiento del mismo en algún momento posterior (que también, a lo más tarde, tuvo que producirse antes de que en octubre de 2005 las sobremediciones de las certificaciones mensuales comenzaran a crecer llamativamente) y que prestó a ello no sólo su asentimiento sino también su plena disposición a colaborar a su realización. Una colaboración que en su caso, a diferencia de la prestada por Rosendo, no consta se tradujera en una compartida realización por este del cálculo de las mediciones y sobre mediciones de obra a reflejar en las certificaciones y liquidación final pero si en dar su conformidad a las mismas en nombre de la contratista plasmando en ella su firma correspondiente. Una firma que, si bien no era legalmente indispensable para la plena validez de estos documentos, tampoco resultaba inútil en la práctica por cuanto que, indudablemente, esta conformidad de la contratista contribuía a avalar y reforzar la aparente fehaciencia de su contenido ante los superiores responsables de la Autoridad Portuaria. Es decir, de los ya referidos órganos del puerto específicamente facultados para expedir las órdenes de pago a cuenta de los importes de esas certificaciones y para aprobar definitivamente la liquidación final resultante.

Muy posteriormente a los hechos (aunque en otro distinto ámbito), sí que el papel de este acusado resultó mucho más relevante por cuanto que, debido a su alta experiencia profesional y conocimientos sobre estas materias técnicas, fue la persona específicamente cargada por su empresa de elaborar para ella en el año 2010 el ya mencionado documento de reclamación económica inverazmente fechado en noviembre de 2007 y que, conforme a la finalidad pretendida, sirvió de apoyo primeramente a las alegaciones que el 15 de julio de 2010 efectuó Victorio frente a la denuncia interna que le interpuso Valeriano y un año después, el 14 de julio de 2011, a las alegaciones que igualmente efectuó SANDO en el expediente interno de perjuicios patrimoniales que se abrió contra ella. Un escrito que, como ya se ha dicho, fue firmado, como formal representante de la misma, por el acusado Luis Pablo.

Y por lo que se refiere este cuarto acusado, delegado de obras de la empresa SANDO en varias provincias de Andalucía y que en fechas no precisadas del año 2005 vino a sustituir en el puesto a su predecesor Everardo, ha quedado probado que no tuvo participación alguna en ese ilegal acuerdo pactado entre Victorio y su empresa, sin que, por otra parte, haya quedado acreditado que llegara tampoco a tener conocimiento posterior de su verdadero contenido y alcance, pues, dado que muy de tarde en tarde visitaba la obra (al tener que llevar la delegación de otras muchas), sólo de referencia se pudo enterar de que, antes de su llegada al cargo, había existido una negociación entre la dirección de su empresa y la autoridad portuaria que había culminado con un acuerdo de incremento del 8% de la liquidación de la obra, pero en modo alguno ha quedado probado siquiera que hubiera tenido constancia de que ese acuerdo se había plasmado en una fórmula subrepticia consistente (entre otras cosas) en incrementar en la liquidación la longitud de los pilotes ejecutados, habiéndose limitado, por tanto, su actuación en este asunto a simplemente estampar su firma en las correspondientes actas de recepción definitiva de los proyectos modificado y complementario (de 06/05/2009 y 15/05/2009, respectivamente) y a dar su conformidad, como representante de SANDO, al trámite de traslado que a tal efecto se le dio de las respectivas propuestas de liquidación de obras formuladas por su director facultativo, el Sr. Victorio, no entrando además en su competencia el análisis de las concretas mediciones contenidas en los mismos.

Así pues, sólo los acusados Victorio, Rosendo y Secundino participaron, del modo que se ha dicho, en la realización de esas actuaciones documentales mendaces de orden fraudulento, habiendo quedado probado que estas afectaron, al menos, a las siguientes unidades de obra del proyecto modificado del atraque sur:

1). Unidades de pilotes. En estas unidades se produjo intencionadamente un exceso de medición en la liquidación que, tras su abono por la APMA, le originó un perjuicio patrimonial de 515.182,92 € (valorado en ejecución material). De ellos, 248.633,50 € corresponden a los 54 pilotes de la plataforma (de 1,5 m de diámetro) en los que se certificó un exceso de medición de 434,56 m. Y 248.633,50 € corresponden a los 33 pilotes del muro talud (de 1 m de diámetro) en los que se certificó un exceso de 514,40 m por computarse en la liquidación cinco pilotes más de los efectivamente ejecutados.

2).Partida de 3.363,30 t de escollera de 6 t en la misma mota de cierre. Se trata de una partida inexistente porque nunca se ejecutó. Su mendaz inclusión en la liquidación originó un detrimento patrimonial a la APMA que ha sido tasado pericialmente en 189.320 €.

3). Unidades de pavimentación. También en la liquidación relativa a estas unidades se introdujo de modo consciente un exceso de medición de la pavimentación tanto respecto de su superficie como de su grosor que en total originó un perjuicio para la APMA tasado pericialmente en 76.702 € (valorado en ejecución material).

En esa zona se habían asfaltado realmente 5.288 m<sup>2</sup> mientras que (intencionadamente y conforme al plan acordado) se certificaron 9250 m<sup>2</sup>, por lo que se introdujo en la liquidación una fraudulenta sobremedición de su superficie de 4662 m<sup>2</sup> grados. Y asimismo en el grosor del asfalto se faltó deliberadamente a la verdad consignando 20 cm de asfalto donde sólo existían realmente ocho.

Por consiguiente, la suma de todas estas manipulaciones en la propuesta de liquidación, que finalmente fue aprobada por el órgano de contratación de la AP y posteriormente pagado su importe a la contratista, generó a esta entidad pública un perjuicio total ascendente a 781.204,20 € (en ejecución material).

Aunque, como ha quedado probado, las manipulaciones documentales llevadas a cabo por estos no estuvieron dirigidas en ningún momento a tratar de compensar de esta forma subrepticia ninguna reclamación económica por parte de la empresa SANDO sino únicamente a consumir el plan lucrativo concertado, la defensa de esta demandada civil, con el pleno apoyo de las defensas de los otros cuatro acusados (los dos funcionarios y los dos ingenieros de la contratista) han venido alegando reiteradamente, como fórmula pretendidamente encaminada a tratar de diluir la responsabilidad de sus autores, un supuesto adeudo por parte de la APMA a la constructora de múltiples partidas por unidades de obra realizadas y perjuicios sufridos con ocasión de la ejecución del proyecto unilateralmente cuantificado en 1.124.370 €. Entre ellas, las correspondientes a las

camisas perdidas que fueron colocadas en todos los pilotes ejecutados y que, según dichas defensas, tenía la contratista derecho a cobrarlas separadamente del precio de cada pilote por no estar incluidas en el proyecto dentro su precio unitario.

Ha quedado probado, sin embargo, que los dos proyectos (base y modificado) contemplaban la utilización obligatoria de estas camisas perdidas en la ejecución de los pilotes incluyendo su valor en el unitario precio de cada pilote y que la contratista SANDO jamás opuso reparo a ello, habiendo sido sólo a raíz de los expedientes incoados por la Autoridad portuaria (primeramente contra el director de la obra y después contra la constructora) cuando estos dos denunciados, con ánimo defensivo, sacaron a relucir por primera vez, entre otras cosas, esa reclamación de pago separado de las camisas perdidas alegando inverazmente haber reclamado mucho antes por escrito tanto el abono de estas como el de otras muchas unidades por el importe total de 1.124.370 € antes mencionado. Un escrito mendazmente fechado a noviembre de 2007 y elaborado por Secundino con el único fin de servir de apoyo a esa coartada en esa primera fase de investigación interna de la APMA pero que asimismo ha sido invocado a los mismos fines a lo largo de toda esta causa penal.

E igualmente ha quedado probado, por último, que de toda esa cuantiosa reclamación de partidas económicas contenidas en dicho documento ad hoc esgrimido por SANDO (1.124.370 €) como supuestamente adeudadas por la APMA y, por tanto, susceptibles de compensación, sólo tres de ellas (junta de dilatación, geomalla y aire acondicionado) han resultado de legítimo abono, ascendiendo su importe a la escasa suma total de sólo 15.003,10 €. Una cifra que, asimismo, contrasta abiertamente con el importe total finalmente defraudado con las mutaciones falsarias concertadamente realizadas en la liquidación del proyecto del atraque sur ascendente a 781.204,92 €.

### TERCERO.- BLOQUE II. REPARACIÓN Y RESTAURACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL ATRACADERO SUR DE CRUCEROS.

El día 13 de febrero de 2008, antes de que entrara en servicio el atraque sur de cruceros, esta instalación sufrió un fuerte impacto por colisión del buque STOLT CAPABILITY cuando, empujado por un temporal, maniobraba para entrar al muelle de levante causando daños estructurales en la plataforma del atraque que posteriormente se pudo comprobar que afectaron a los pilotes C7 y C8, sobre todo al primero de ellos.

Realizadas las primeras inspecciones de urgencia sobre la zona dañada, el Presidente de la Autoridad Portuaria, Melchor, previo informe favorable del todavía director del puerto, Justo, decretó el día 25 de ese mismo mes una declaración de emergencia por la que (como ya se ha referido antes) ordenó la inmediata ejecución de los trabajos de reparación por parte de la empresa SANDO (por ser la empresa que había construido la estructura dañada) aprobando económicamente en el mismo documento el gasto correspondiente hasta un límite de 2 millones de euros (IVA excluido).

Aunque no consta la notificación formal a SANDO de esta declaración, lo cierto es que esta, apenas quedó enterada de su contenido y dada la premura de la orden, procedió a depositar en las inmediaciones del atraque el acopio del material necesario, básicamente dos pilotes con camisas de las mismas características que los que se consideraban dañados.

Ello no obstante, la ejecución de esta obra de reparación por esta vía de emergencia no se llevó finalmente a cabo porque, tras realizarse una campaña de ensayos que la APMA encargó una empresa especializada, se decidió esperar a las conclusiones del organismo oficial CEDEX (Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas), dependiente del Ministerio de Fomento, que hasta mayo del mismo año no emitió su informe en el que finalmente



concluyó que la estructura del atraque podía ser utilizada con relativa seguridad evitando acumular peso en un área determinada, razón por la que la reparación no se vio ya tan apremiante. Circunstancia ésta que unida a la actitud mostrada por los representantes de la naviera y su aseguradora contraria a asumir en exclusiva los costes de esa reparación, trajo como resultado que hasta el año 2010 no se realizara la obra pero fuera ya del cauce del procedimiento de emergencia, más concretamente por un procedimiento negociado con publicidad que fue licitado y adjudicado a otra empresa, la constructora SATO

Pero antes de ello, se intentó por la APMA llegar a algún tipo de acuerdo con la propietaria del buque y su aseguradora sin que las conversaciones mantenidas ofrecieran ningún resultado positivo. Sólo a una de las reuniones celebradas, en la que estuvieron presentes representantes de las dos partes en conflicto, entre ellas la abogada del Estado, ha quedado probado que asistiera el acusado GF, sin que conste que haya tenido este más protagonismo o intervención en esta materia como no fuera una reunión que el día 7 de julio de 2008 mantuvo en las oficinas de la Autoridad Portuaria (acompañado del ingeniero técnico del puerto Lucio) con dos personas que, no se sabe bien, si representaban a una consultoría de ingeniería británica o a la aseguradora de la naviera SURVEY MÁSTER, de la cual no se levantó ningún acta formal sino simplemente un resumen escrito que unilateralmente realizó uno de sus representantes sobre lo que, a su juicio, había sido el contenido de la reunión referido al problema de reparación de los pilotes del atraque pero cuya realidad, en cuanto al tenor literal de las manifestaciones que en él se atribuyen a Victorio, ha sido negada por éste acusado y no probada positivamente por ningún otro medio.

Ha quedado probado también que Victorio, a fin de hacer frente a la reparación de ese atraque, elaboró a instancias del presidente de la autoridad portuaria un documento, a modo de pre proyecto o proyecto incompleto, que contenía un presupuesto o evaluación previa de su coste calculado en aproximadamente 2 millones de euros (cantidad, por tanto, cercana a la que en su momento se había fijado por el Presidente para la declaración de emergencia) tomando como pauta de estudio y solución las que había propuesto el CEDEX en su informe de mayo en el que ofrecía dos soluciones alternativas, respectivamente valoradas en 2.121.625 € y 2.648.966 €, según se optase por la sustitución o el refuerzo del pilote dañado.

Este documento, en el que también se proponía por su autor como sistema de adjudicación de las obras el modelo de procedimiento negociado fue presentado por Victorio al entonces director del puerto, Justo, si bien éste no llegó a pronunciarse sobre ello antes de que muy pronto le sobreviniera la jubilación.

Y lo mismo volvió a hacer este acusado en septiembre de 2009 con el nuevo director del puerto, Valeriano, pero en esta ocasión el recién llegado directivo puso reparos al mismo, aduciendo primeramente que el sistema de procedimiento negociado no le parecía legalmente compatible con la cuantía del presupuesto y que consideraba más adecuado el sistema de concurso con variantes, llegando también más adelante a tildar de excesivamente desencuentro entre Victorio y Valeriano que posteriormente fue derivando hacia los derroteros que más atrás han quedado expuestos.

Vistas las circunstancias, el nuevo director procedió a mantener una intensa negociación con la naviera y su aseguradora que duró escasas horas y que fructificó en un pronto pago por parte de esta de 1.050.000 €. Y más tarde, con la anuencia del presidente, decidió recabar para sí el estudio y elaboración de un nuevo proyecto que, tras obtener la declaración de urgencia, fue convocado a concurso por el procedimiento negociado con publicidad y con variantes por un presupuesto máximo de 990.184,44 € que finalmente fue adjudicado a la constructora SATO por un precio de licitación de 650.000 €, formalizándose el contrato el 13 de mayo de 2010 y culminando su ejecución (a cuyo frente se puso al ingeniero técnico de obras públicas de su plena confianza Juan Francisco) a los dos meses desde que el 20 de mayo de ese mismo año se realizara el acta de comprobación del replanteo. Siendo precisamente con ocasión de la realización de estas obras cuando se descubre que los pilotes de ese atraque sur tenían una longitud muy inferior a la que se había certificado y liquidado en el expediente a administrativo.

No ha quedado probado que el proyecto elaborado por el acusado Sr Victorio contuviera unos precios desorbitados o muy superiores a los del mercado, como tampoco que el sistema de procedimiento negociado que proponía fuese contrario a derecho.

Tampoco ha quedado acreditado, en definitiva, que las actuaciones de este acusado que se acaban de exponer en este bloque hubiesen sido realizadas por el mismo con el deliberado propósito de conseguir que las obras de reparación de ese atraque le fueran adjudicadas a la constructora SANDO.

#### CUARTO.- BLOQUE III. OBRAS PARA MEJORA DE CALADO DE LA DÁRSENA DEL ANTEPUERTO Y ALINEACIÓN DEL MUELLE N° 9.

Al igual que en el bloque I relativo al atraque sur, exponemos a continuación por orden cronológico, y sobre la base de la documental aportada a autos, los hechos probados más relevantes relativos a este tercer bloque por el que vienen acusados D. Victorio (como director facultativo de la obra) y D. Carlos Miguel (como jefe de obra de la contratista DRAGADOS). Son los siguientes:

Mayo de 2007. Redacción del proyecto.

Victorio redacta propuesta o proyecto técnico denominado "Relación de unidades con especificaciones. "Dragado para mejora de calados de dársena de antepuerto y alineación muelle nº 9". Dentro del apartado "Memoria y Presupuesto" de este proyecto se hace constar que el material a dragar es de dos tipos: todo uno de cantera en la alineación del muelle 9 y fangos y arenas arcillosas en la dársena, indicándose también que "dado el volumen a dragar (algo menos de 30.000 m<sup>3</sup> como cifra máxima) y la forma de ejecución, no es posible acordar un precio por producción por lo que no hay más remedio que alquilar por tiempo la draga para la ejecución de los trabajos", por lo que, "suponiendo una producción en jornada de 24 horas de 1000 m<sup>3</sup>, las jornadas de trabajo son 30 a un coste de 8200 €/jornada de 24 horas". Y seguidamente se detalla el presupuesto total para la ejecución de los trabajos del modo

Una jornada de desplazamiento para arribar al puerto a 8200 €/jornada	8.200
30 días de trabajo para ejecución del dragado de conservación a 8200 €/día	246.000
Suma	254.200
16% IVA	40.672
Importe total del presupuesto de ejecución por contrata de las obras	294.872

siguiente:

6 de Junio 2007. Aprobación técnica del proyecto por el Director de la APMA para su licitación posterior como "procedimiento negociado sin publicidad" por ese presupuesto de 294.872 € (IVA incluido) y un plazo de ejecución de un mes y garantía de un año.

15 de Junio 2007. Aprobación económica del proyecto por el Presidente de la APMA por ese mismo presupuesto de licitación y autorizando su adjudicación mediante ese sistema de procedimiento negociado sin publicidad y de acuerdo con el pliego de condiciones debidamente informado.

2 agosto 2007. Acta de apertura de la única oferta presentada y admitida por la Mesa de Contratación que fue la de la constructora DRAGADOS SA. Firma el acta el Presidente de la APMA, Sr. Melchor, el director Sr. Justo y la jefa de coordinación administrativa Sra. Benita.

23 septiembre 2007. Adjudicación del contrato a DRAGADOS. Tal y como se hace constar en el contrato posterior, el Presidente de la APMA, previo informe del director y a la vista del acta anterior acuerda con esta fecha, en virtud de las facultades otorgadas por las reglas establecidas en la orden FOM 4247/2006 de 28 de diciembre (por la que se aprueban las normas y condiciones generales para la contratación de Puertos del Estado y de las autoridades portuarias) la adjudicación del contrato de ese proyecto a DRAGADOS importe ofertado de 293.480 € (IVA incluido) y por el plazo de ejecución de un mes.

19 octubre 2007. Contrato entre Autoridad Portuaria y DRAGADOS ( Melchor- Enrique), una vez prestada por DRAGADOS una fianza definitiva mediante aval bancario por importe de 11.739,20 €. En sus cláusulas se plasma el compromiso de DRAGADOS de ejecutar esa relación de unidades con especificaciones que indica el proyecto por el importe y plazo antes indicados. Y asimismo se expresa la conformidad de la empresa adjudicataria con las cláusulas pactadas en el contrato y, subsidiariamente, con las Normas Generales de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias (NGCPEyAP) así como, en lo que le sea aplicable, con la normativa de Contratación del Estado.

19 noviembre 2007 Acta aplazamiento comienzo obras del proyecto. Se hace constar en ella que se acuerda su aplazamiento debido a la situación actual del muelle 9 con la ejecución de diferentes obras en la dársena que aconsejan posponer el dragado a la finalización de las mismas.

31 octubre 2008. Comunicación de próxima llegada de una draga. Con esta fecha DRAGADOS comunica que el día 10.11.2008 entrará en Puerto de Málaga la draga ATLÁNTIDA I. Una draga que funciona por el sistema de succión en marcha.

3 noviembre 2008. Acta de comprobación de replanteo de las obras. Se hace constar en ella que "se autoriza la iniciación de los trabajos, empezando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente a la fecha de la presente acta; extremos estos de los que queda enterado el contratista por el hecho de suscribirla".

11 Noviembre 2008. Certificación nº 1 del proyecto Dragado para la mejora de calado de Dársena de Antepuerto y alineación muelle nº 9. Presupuesto vigente 254.200,00€

30 noviembre 2008. Certificación ejecución total de contrato por importe de 293.480,00€ (coeficiente de baja e IVA incluido). La certificación se encuentra expedida y firmada a esa fecha por el director de las obras, Sr. Victorio, apareciendo también la firma del visto bueno por parte del director del puerto Sr. Justo así como una tercera firma con el conforme del contratista pero cuyo nombre no se expresa. De su contenido llama la atención que, insólitamente, se indique en ella que el comienzo de las obras se produce el 4 de noviembre de 2008 y que termina

el 4 de diciembre del mismo año, indicando, por tanto, una fecha cuatro días posterior a la de la fecha de expedición de la certificación.

4 junio 2009. Instancia de DRAGADOS solicitando recepción de la obra

2 de septiembre de 2009. Comunicación del director APMA a TDS sobre el calado. Con esta fecha y a petición expresa de TERMINALES DEL SUDESTE S.A. sobre las condiciones de calado en los accesos y dársena del muelle 9, el director del puerto, Sr. Valeriano, le comunica que " una vez finalizados los trabajos de dragados a los que hacía referencia el director del puerto en su escrito de abril de 2008, le informo que la dársena y el muelle número 9 permite la entrada, maniobra y atraque de buques con un calado máximo de 15 m con un resguardo de 0,50 m". El escrito al que hace referencia Valeriano era un anterior oficio de 24/04/2008 suscrito por la anterior director del puerto, Sr Justo, y dirigido a esa misma empresa en el que le indicaba que el calado máximo de la dársena era entonces de 14,50 m con un resguardo de 0,50 m pero que para comienzos de septiembre del mismo año estarían finalizados unos trabajos de dragado que permitirían el acceso y maniobra de buques con un calado máximo de 15,50 m y resguardo de 0,50 m.

10 noviembre 2009 Acta de recepción provisional de obras del proyecto y proyecto de liquidación de obras fechado en septiembre de 2009.

Éste último, es decir el proyecto de liquidación (de la denominada relación de unidades con especificaciones de "Dragado para mejora de calado de la dársena de antepuerto y alineación muelle nº 9) aparece fechado en septiembre de 2009 y autorizado con la firma exclusiva del acusado don Victorio (en su condición de jefe del

departamento de infraestructuras y conservación del puerto) haciendo constar en el mismo un presupuesto líquido de liquidación por importe de 293.480 €. El texto del proyecto de liquidación (tal y como obra incorporado a autos) viene acompañado de los siguientes documentos: documento 1-memoria (a la que se acompaña como anejo una fotocopia de ese acta de recepción provisional de 10/11/2009 y, por ende, de fecha muy posterior a ese proyecto de liquidación), documento 2- planos y documento 3- liquidación, integrado este último por tres capítulos, el tercero de los cuales, denominado valoración general, contiene, a su vez, el presupuesto total líquido de liquidación, la relación de certificaciones expedidas durante la ejecución de la obra (una sola y por el mismo importe de la liquidación, o sea, 223.480 €), la determinación del adicional resultante (que es 0) y el resumen de la liquidación con un resumen comparativo entre el proyecto y la ejecución real de valoración general. Sólo en estos documentos integrantes del capítulo de valoración general aparece también la firma del conforme del contratista aunque no el nombre de la persona en concreto que la efectúa, si bien la misma resultaba innecesaria para la plena validez y eficacia jurídica del documento de liquidación. Es de destacar que a este proyecto de liquidación no se adjunta ninguna planta que refleje la batimetría final de la zona de obras a esa fecha.

Y por lo que respecta al acta de recepción provisional (código 50-71-01-0) fechada a 10 de noviembre de 2009, se hace constar en ella que Victorio "expone" (es decir, informa, no certifica, porque tampoco actúa como fedatario) que "las obras habían sido ejecutadas sensiblemente de acuerdo con el proyecto aprobado, teniendo en cuenta todas las prescripciones en vigor". Asimismo se hace constar en el acta, autorizada y firmada conjuntamente por Valeriano (como director de la AP), Victorio (como director de la obra) y Carlos Miguel (por la contratista) que "los mencionados señores han realizado un reconocimiento detallado de las obras, terminado el cual y coincidiendo que las mismas se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el director de las obras, previa conformidad de los asistentes y a los efectos de lo establecido en la regla 19 párrafo 2 de las Normas y condiciones Generales para la Contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias da por recibidas, entregándolas al uso público o servicio correspondiente, comenzando desde esta fecha el plazo de garantía".

En este segundo documento, tal y como puede verse, no consta que Victorio realizara advertencia alguna acerca de que los calados obtenidos fueran o no homogéneos en la profundidad pretendida de -16 m.

En cualquier caso, tampoco en la documentación obrante en el expediente de obra aparece documento alguno que refleje el estado de la batimetría de la dársena a la fecha de recepción de las obras (noviembre de 2009) existiendo tan sólo un plano denominado "planta de estado actual" de fecha 9 de enero de 2009 en el que se representa la batimetría del lugar de las obras pudiendo apreciarse en ella la existencia de zonas en las que la cota de la dársena (no la de la zona del muelle, que no consta) se encuentra por encima de la cota a -16 m, lo que significaría que a esa concreta fecha (muy anterior al proyecto de liquidación y al acta de recepción provisional) no se habría conseguido el objetivo último pretendido en el contrato de obtener un calado a -16 de la dársena mediante la realización de las 30 jornadas de draga pactadas.

29 diciembre 2009. Remisión de factura por parte de DRAGADOS a la Autoridad Portuaria

por los trabajos realizados sobre la base de la certificación de 30 de noviembre de 2008 que le había sido expedida por ese mismo importe de 293.480 € recogido en el proyecto de liquidación.

29 enero 2010. El director APMA, Sr. Valeriano, recibe correo electrónico de TERMINALES DEL SUDESTE S.A (perteneciente al mismo grupo empresarial que DRAGADOS) comunicándole que un buque portacontenedores no podrá atracar en el muelle porque no tiene la profundidad mínima de 16 m

4 y 10 febrero 2010. El director, no obstante la comunicación que con fecha 2 de septiembre de 2009 había remitido a esa empresa, manifiesta sentirse "engañado" por Victorio (así lo ha sostenido en el juicio) porque el acta de recepción se le habría presentado este a la firma sin batimetría y que a pesar de ello la firmó "porque no tenía aun motivos para recelar" del referido acusado. No consta probada, sin embargo, la realidad de ese supuesto engaño. Sí consta acreditado que, ciertamente, Valeriano pidió explicaciones de ello tanto a Victorio como a Jose Augusto (máximo responsable de DRAGADOS) sobre ese problema de calado y que ambos dieron como respuesta que el objeto del contrato no era de resultado (obtener la cota -16) sino la de realizar en la zona 30 jornadas de dragado.

22 de junio de 2010. Denuncia del director ante el Presidente APMA. El hecho anterior y otros que hayan sido relatados en el bloque correspondiente al atraque sur, dieron lugar a esta denuncia interna también ya comentada.

20 marzo 2012 DRAGADOS solicita la devolución de la fianza definitiva de 11.739,20 € que constituyó en su día por haber transcurrido el plazo de garantía contractual.

25 marzo 2012. Nota sobre devolución de fianza definitiva. Se trata de un informe inusual (por cuanto que este tipo de dictámenes son más propios de un director de la autoridad portuaria) que en este caso realiza Benita (jefa de división de coordinación a administrativa). En él, su autora, después de efectuar un profuso análisis del estado del expediente, del plazo del año desde la recepción reglamentariamente establecido, de la disconformidad mostrada por la autoridad portuaria con la ejecución del contrato y manifestada en el escrito de febrero de 2010 dirigido a DRAGADOS (se refiere al escrito de Valeriano antes mencionado), del acta de recepción de 2009 en el que dirección de obra y contratista dieron su conformidad a la ejecución del dragado y comprobar la inexistencia, por otra parte, de ninguna reclamación económica iniciada por la APMA contra dicha contratista (por haber afirmado tanto la dirección de obra como la contratista que se habían realizado el número de días de trabajo que era la única medición contemplada en el presupuesto), concluye finalmente que procede acceder a la devolución de la fianza solicitada por DRAGADOS.

2 abril 2012. Devolución fianza definitiva. Aunque no consta debidamente acreditada en autos la preceptiva aprobación definitiva de la liquidación por el órgano de contratación (el Presidente de la AP o el Consejo de administración) de las obras realmente ejecutadas para que pudiera así el Presidente acordar la devolución de la fianza solicitada, mediante resolución de esta fecha y "a la vista del informe emitido por el Sr. Director" (extremo este que no consta en autos, obrando sólo en el expediente esa nota de informe favorable de la jefa de división de coordinación a administrativa), el Presidente Sr. Melchor ordena con esta fecha la cancelación y devolución de dicha fianza a SANDO.

Ha quedado probado que el espíritu que guió la adjudicación y formalización de este proyecto fue la de tratar de reducir en esa zona del puerto (alineación del muelle 9 y dársena) la cota a -16 m pero que, ante la imposibilidad de poder acordar un precio global para ese resultado pretendido (debido al gran volumen a dragar) se optó por una modalidad de arrendamiento de servicio consistente realizar 30 jornadas de dragado constituyendo, pues, este el verdadero objeto del contrato cuyo precio estipulado a tal efecto se presupuestó en 294.872 € .

Consta suficientemente acreditado que el objetivo deseado de lograr rebajar homogéneamente la cota de esas zonas a -16 m no se logró plenamente, pero no ha quedado probado que no se cumplieran las 30 jornadas de dragado pactadas. No habiendo quedado tampoco debidamente esclarecido en que concretas fechas se realizaron, continuadamente o no, pues, entre otras cosas, no había ninguna asistencia técnica específicamente destinada a controlar la efectiva realización íntegra de cada jornada (tan sólo existía un control batimétrico), teniéndose, pues, tan sólo segura constancia de que en la realización de esos trabajos intervinieron en distintos momentos dos tipos de dragas: la ATLÁNTIDA 1 (que funcionaba mediante el sistema de succión en marcha y que se sabe estuvo trabajando en la dársena del muelle 9 desde el 5 al 15 de noviembre de 2008) y la OMOVAC 4 (barcaza con retroexcavadora que funcionaba anclada y balizada y que se sabe estuvo trabajando en el muelle 9 desde el 31 de octubre al 5 de diciembre del mismo año). Lo que no ha quedado esclarecido es cuántos de esos días estuvieron esas dragas dedicadas a realizar las labores del proyecto y número de horas de cada jornada efectivamente invertidas.

Y por lo que respecta a la certificación, recepción de obras y liquidación objeto de este proyecto de obra, no ha quedado probado que el funcionario legítimamente autorizado para su firma, el acusado Victorio, faltara deliberadamente a la verdad en lo en ellas contenido como tampoco que el contratista aquí acusado, Carlos Miguel, incurriera en lo mismo al firmar el acta de recepción de obras, no habiendo siquiera quedado acreditado que fuese concretamente él la persona que puso su firma de conformidad al proyecto de liquidación de septiembre de 2007 sino tan sólo en la certificación de 30 de noviembre de 2008 (así lo ha reconocido expresamente en el juicio) y que,

al margen de no ser precisa para la plena validez del documento, tampoco ha quedado probado que con ello pretendiera avalar o coadyuvar a hacer pasar por verdadero algo objetivamente mendaz. "

La Audiencia Provincial dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a D. Victorio y D. Carlos Miguel del DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL del artículo 390.4 CP de que venían acusados por los hechos del BLOQUE III, con declaración de las costas de oficio.

Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a D. Victorio del DELITO DE FRAUDE del artículo 436 CP de que venía acusado por los hechos del BLOQUE II, con declaración de las costas de oficio.

Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a D. Luis Pablo del DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL del artículo 390.4 CP en concurso medial con un DELITO DE MALVERSACIÓN del artículo 432 CP de que venía acusado por los hechos del BLOQUE I, con declaración de las costas de oficio.

Que debemos condenar y CONDENAMOS, por los hechos del BLOQUE I, a los siguientes acusados:

1).- A D. Victorio como autor directo de un DELITO SIMPLE DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL del artículo 390.4 CP, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE TRES MESES a 10 € de cuota diaria (con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas) e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por DOS AÑOS y que, conforme a lo previsto en el artículo 42 CP, se concreta en la privación o prohibición de empleos o cargos públicos que hayan tenido relación directa con el delito cometido, más concretamente de cualquier empleo o cargo relacionado con las administraciones públicas portuarias.

2).- A D. Rosendo, como autor por cooperación necesaria de un DELITO SIMPLE DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL del artículo 390.4 CP, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA DE TRES MESES a 10 € de cuota diaria (con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas) e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por UN AÑO Y SEIS MESES que, conforme a lo previsto en el artículo 42 CP, se concreta en la privación o prohibición de empleos o cargos públicos que hayan tenido relación directa con el delito cometido, más concretamente de cualquier empleo o cargo relacionado con las administraciones públicas portuarias.

3).- A D. Secundino, como cómplice de un DELITO SIMPLE DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL del artículo 390.4 CP en relación con el artículo 65.3 del mismo texto punitivo, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA DE UN MES a 10 € de cuota diaria (con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas) e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por TRES MESES que, conforme a lo previsto en el artículo 42 CP, se concreta en la privación o prohibición de empleos o cargos públicos que hayan tenido relación directa con el delito cometido, más concretamente de cualquier empleo o cargo relacionado con las administraciones públicas portuarias.

Se impone a los tres condenados el pago de las tres quintas partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en la proporción indicada en el fundamento jurídico 16º de esta sentencia.

Asimismo les condenamos a que en concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL indemnicen a la AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA, en los términos establecidos en el fundamento jurídico 15º, en la suma de 781.204,92 € (en concepto de ejecución material), más las cantidades que en proporción al importe total de la liquidación correspondan a los conceptos de baja de adjudicación, gastos generales, beneficio industrial y actualización de precios. Suma total resultante que se determinará en ejecución de sentencia conforme al procedimiento establecido en el artículo 794 LECrim, ya cuya cantidad líquida, una vez fijada, se le aplicarán los intereses legales del artículo 576 LEC.

Se declara RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA en el pago del importe total de esa suma a la mercantil CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO S.A. [...]."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Secundino y Construcciones Sánchez Domínguez S. A. (SANDO); el Ministerio Fiscal; Victorio y Rosendo; **y por la Autoridad Portuaria de Málaga**, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes, formalizaron el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

#### **Recurso de Secundino y Construcciones Sánchez Domínguez S. A. (SANDO)**

MOTIVO Nº 1 .- Al amparo del artículo 852 de la LECrim y del artículo 5.4 de la LOPJ. Por infracción de precepto constitucional. por vulneración del artículo 24.2 en su vertiente de presunción de inocencia.

MOTIVO Nº 2 .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción de ley. por vulneración del artículo 390.4 del Código Penal

MOTIVO Nº 3 .- Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley, en relación a los artículos 109, 110, 116 y 120.4 Código Penal

MOTIVO Nº 4 .- Recurso de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 390.4 del Código Penal

#### **Recurso del Ministerio Fiscal**

ÚNICO: Infracción de ley del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 28 CP en relación con delito de malversación de caudales públicos continuado del art. 432.1 y 74.1 CP o, alternativa o subsidiariamente por inaplicación indebida del delito de hurto agravado continuado art . 234 y 235.5º y 74.1 CP en relación con los acusados absueltos del delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP Victorio, Rosendo y Secundino.

Recurso de Victorio y Rosendo

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 390.1.4 del Código Penal por la indebida aplicación al no consignar los documentos que se indican falseados hechos sino opiniones o valoraciones. Y de no considerarse, la infracción del artículos 398 del Código Penal en la redacción vigente en el momento de los hechos, habiendo dado carácter retroactivo a la reforma del Código Penal de 2012, siendo, además, que de estimarse el motivo los hechos estarían prescritos.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 28 del Código Penal.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- 21 Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los arts. 116 , 120.4, 109, 110.1, 110.3 y ss del Código Penal, al establecer las consecuencia civiles de la infracción penal declarando la responsabilidad civil directa de los recurrentes y subsidiaria de la entidad SANDO, S.A. omitiendo en la fundamentación jurídica valorar hechos considerados probados respecto a un acuerdo con la citada entidad y uno de los acusados.

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 122 del Código Penal, regulador de la figura del partícipe a título lucrativo, por su no aplicación, dados los hechos que se consideran probados, en relación con la entidad CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO S.A. (SANDO).

QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la aplicación indebida del art. 123 y 124 del Código Penal, en relación con los artículos 239 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto a la imposición de las costas, al no haberse declarado de oficio algunas de las costas impuestas, habiéndolo hecho solo a las correspondientes de los dos acusados absueltos, siendo que se ha dictado sentencia absolutoria también para el acusado Victorio por otros delitos de los que venía acusado, sin tener en cuenta, por tanto, la jurisprudencia de este Tribunal.

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos de casación por Infracción de Preceptos Constitucionales.

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al quebrantar la sentencia los derechos fundamentales de mi mandante a ser informado de la acusación y a no padecer indefensión. ( art. 24.1 y 2 CE).

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Breve extracto de su contenido: Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por incurrir la sentencia en vulneración del derecho al proceso debido, a la defensa y a las normas reguladoras de la prueba en relación con determinados medios probatorios e implicar en algún caso una clara inversión de la carga de la prueba.

**TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.-** Breve extracto de su contenido: Al amparo de lo dispuesto en el [art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial](#), vulneración del derecho de mi mandante a la tutela judicial efectiva, reconocido como derecho fundamental por el [art. 24.1 de la Constitución Española](#), ante la falta de motivación en relación con los hechos, la carga de la prueba, la regularidad de las que se consideran de cargo; la valoración de las pruebas personales y periciales en el conjunto de la pruebas; el proceso mental sobre la prueba 56 indiciaria indicada en la misma, el rechazo de la tipicidad del [art 398 del Código Penal](#), así como sobre la responsabilidad civil y las costas. **CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.-** Breve extracto de su contenido: Al amparo de lo dispuesto en el [art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial](#), vulneración del derecho de mi mandante a la presunción de inocencia, reconocido como derecho fundamental por el [art. 24.2 de la Constitución Española](#).

**QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.-** Breve extracto de su contenido: Al amparo de lo dispuesto en el [art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial](#), vulneración del derecho de mi mandante a la defensa y a un proceso con todas las garantías, reconocido como derecho fundamental en el [art. 24.2 de la C.E.](#) con invocación de la limitación que el Presidente del Tribunal estableció al derecho de los acusados a la última palabra, lo que supuso una limitación contraria a la doctrina constitucional de tal derecho, regulado en el [art. 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y que ha causado indefensión a los recurrentes.

## Recurso de la Autoridad Portuaria de Málaga

**PRIMERO.-** Por infracción de ley del [artículo 849.1 LECrim](#), por vulneración del [artículo 432 del Código Penal](#) aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su redacción vigente en la fecha de los hechos.

**SEGUNDO.-** Al amparo del [artículo 852 de la LECrim](#), por vulneración de precepto constitucional, al haberse infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del [artículo 24 de la Constitución Española](#).

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 23 de enero de 2023 se señala el presente recurso para fallo para el día 28 de marzo del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

**SÉPTIMO.-** En proveído de 6 de febrero de 2023 se dio traslado a los recurrentes por término de 5 días para que informara sobre la eventual aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la L.O. 14/2022, de 22 de diciembre. El Abogado del Estado, en escrito de 13 de febrero de 2023 manifestó que "no existiendo modificación alguna en cuanto a los elementos que configuran el tipo delictivo entendemos que no procede realizar adaptación alguna respecto de lo ya alegado en nuestro escrito de formalización del recurso de casación.

Por lo demás, teniendo en cuenta que el límite inferior de la pena establecido en la nueva redacción del artículo 432.1 resulta más beneficioso que el fijado por la anterior redacción, resultaría de aplicación con carácter retroactivo en el caso de dictarse sentencia por la cual se estimen las pretensiones de esta Abogacía del Estado."

Del mismo se dio traslado al Ministerio Fiscal y a las partes recurridas, mediante proveído de 20 de febrero de 2023, "por término de cinco días, para que adapten, si lo estiman procedentes, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley"

El Abogado del Estado, mediante escrito de 23 de febrero de 2023 manifestó: "ÚNICA.- Mantenimiento de los motivos de Casación

Esta representación procesal formuló escrito de impugnación de los recursos de casación formulados de contrario mediante escrito de fecha de 29 de junio de 2021. Dado que ninguno de los motivos de impugnación hace referencia a ninguna de las normas modificadas a raíz de la Ley Orgánica 14/22, de 22 de diciembre, entendemos que no procede efectuar adaptación alguna."

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación es condenatoria respecto de los acusados Victorio y Rosendo por un delito de falsedad de documento oficial, en tanto que son absueltos del delito de malversación de caudales públicos del que habían sido acusados. También recurren es la absolución por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. La sentencia es larga, demasiado larga, reproduciendo aspectos de la prueba practicada en el enjuiciamiento, tanto su contenido como la valoración realizada.

En síntesis, y en cuanto afecta al contenido condenatorio de la sentencia, el hecho probado refiere que los hechos tienen lugar en el puerto de Málaga, en el proceso de ampliación y modernización de las instalaciones portuarias, desarrollando un proyecto base que comprendía la tramitación y ejecución de un proyecto de atraque para cruceros y buques de pasaje en la zona del morro del dique. El relato fáctico refiere los diversos momentos por los que

transcurrió la ejecución de obra, que fueron recibidas, según acta de recepción provisional, el 19 de diciembre de 2017. Se detallan el curso de obras de ejecución y se declara probado que el acusado Victorio, jefe de infraestructuras del puerto, formalizó un pacto verbal con un representante no identificado de la empresa SANDO, con capacidad para obligarla, que había sido adjudicataria de los trabajos desarrollados en el atraque sur. El acusado Victorio, refiere el hecho, pacta con SANDO, sin apoyo alguno en el ámbito de sus competencias, un pago de unas cantidades en concepto de sobrecostes. El pacto se funda en "las concretas circunstancias que lo propiciaron y que dimanaban directamente de las muy estrechas relaciones comerciales, con sus consiguientes intereses que desde el año 2003 venía manteniendo Victorio con SANDO, a través de su empresa familiar GF INGENIERÍA APLICADA SL", no resultando acreditado que respondieran al "propósito de compensar subrepticamente el pago a esta constructora de "camisas perdidas" u otras partidas o unidades de obra que éste hubiese previamente reclamado". Igualmente, se declara probado que el acuerdo tuvo lugar antes de octubre de 2005, ignorándose si fue antes o después de la liquidación de la obra, desde el aprovechamiento de la Jefatura del Departamento de Infraestructuras que este acusado desempeñaba. En ejecución del acuerdo, se dispuso la realización de liquidaciones en venta, y también la definitiva, con sobrevaloraciones apoyadas en medidas y dimensiones mendaces, para afirmar unos costes superiores a los efectivamente generados. Alcanzado el acuerdo, el recurrente Victorio lo puso en pleno conocimiento de su subordinado, y también acusado y recurrente, Rosendo, también perteneciente a la dirección facultativa y "se procedió a concretar entre ambos las unidades de obra, preferentemente submarinas u ocultas, sobre las que se iban a plasmar en las correspondientes certificaciones, las simuladas mediciones comprometiéndose, concretamente este acusado Rosendo, en cuanto miembro de la dirección facultativa personalmente encargado de medir y controlar las mediciones reales (pues esta obra nunca tuvo ninguna asistencia técnica especialmente asignada al efecto), a realizar esa específica labor, así como a confeccionar y rellenar el contenido de cada concreto documento oficial que posteriormente su jefe Victorio, como director facultativo de la obra, procedería a autorizar con su firma a sabiendas de la alteración realizada en el mismo". Ambos funcionarios llevaron a cabo coordinadamente la ejecución del plan convenido, formalizando y expidiendo respectivamente, las correspondientes certificaciones mensuales, con sobredimensiones falaces de unidades de obra, y en último término, una liquidación final, igualmente mendaz, deliberadamente encaminada a proporcionar a la contratista unos documentos oficiales que, por la apariencia de veracidad y natural confianza en el funcionario legítimamente competente que los expedía, dieron lugar a que los órganos superiores del puerto, con facultados legalmente para ello (el presidente, mancomunadamente con el Director de la Autoridad Portuaria) expidieron los correspondientes órdenes de pago a cuenta los importes de esas certificaciones mensuales y a que en última instancia el órgano de contratación (en el presente caso el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria), aprobase definitivamente la liquidación final resultante, seguida de la correspondiente orden de pago de la misma, llegando en su momento para la devolución de a la contratista de la fianza definitiva depositaba en su día. Respecto al acusado Secundino, también recurrente, el hecho probado refiere que era jefe de obra de la constructora SANDO, y "de facto" director de la obra, aunque siempre conforme a las instrucciones de la dirección facultativa siendo la persona que prestaba habitualmente la conformidad a las certificaciones mensuales que Victorio iba expidiendo, participaba en la confección de las liquidaciones que recogían las medidas falsas con su firma "contribuyendo a avalar y reforzar la aparente fehaciencia de su contenido ante los superiores responsables de la autoridad portuaria".

Los tres, condenados por el delito de falsedad y absueltos de su participación en el delito de malversación de caudales públicos, "participaron en la realización de las actuaciones documentales mendaces de orden fraudulento que afectaron a las siguientes unidades de obra: unidades de pilotes, partida de escollera, unidades de pavimentación", con los respectivos importes que se declaran.

La sentencia es objeto de impugnación por los tres condenados, que centran en su impugnación en errores de derecho, de hecho y vulneraciones de derechos fundamentales, y por el Ministerio Fiscal, y la Abogacía del Estado, que cuestionan la absolución de estos recurrentes del delito de malversación, entienden que los acusados son coautores, por autoría mediata, del delito de malversación de caudales públicos, en la impugnación del Ministerio Fiscal, y por cooperación necesaria, la abogacía del Estado.

#### Recurso De Victorio y Rosendo

**PRIMERO.-** Anticipamos, en el estudio de la impugnación de estos dos recurrentes los motivos formalizados por vulneración de derechos fundamentales que, necesariamente, han de preceder a los motivos formalizados por infracción de ley.

El recurso se articula en diez motivos dando lugar a un extenso recurso de casación, más de 150 páginas, en los que reproduce jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional, y, también, la prueba practicada, particularmente, las testificales, tratando de obtener de esta Sala una revaloración de la prueba, que no podemos atender por no ser función de la revisión casacional, ni disponer de la precisa intermediación que permita la valoración de la prueba conforme al [art. 741 LECrim](#). Se hace preciso recordar que la valoración de la prueba, conforme a este



artículo, ha de realizarse sobre las pruebas practicadas en el juicio oral, correspondiendo a los órganos de la revisión al comprobar la estructura racional de la valoración de la prueba que ha realizado el tribunal de la instancia.

En el primer motivo denuncia la vulneración del principio acusatorio, por vulneración del derecho fundamental al proceso debido. El recurso adolece de omisiones, voluntarias o no, en torno al contenido de lo que fue objeto de acusación, para cuestionar vulneración al principio acusatorio. Concreta la impugnación en la vulneración del principio acusatorio, al señalar que hay extremos del hecho probado que no han sido objeto de acusación previa. Concretamente, refiere que no ha sido objeto de acusación la existencia de un plan preconcebido, consecuente a un acuerdo entre el acusado Victorio y la empresa constructora SANDO, que era la adjudicataria las obras; además, tampoco fue objeto de acusación la correspondencia a estos acusados de funciones referidas a la medición de la obra ejecutada y de sus unidades de ejecución. Entiende que esos dos extremos no han sido objeto de la acusación y al no hacerlo no ha podido contradecirlo, "porque ninguna de las acusaciones atribuyeron a los acusados entre sus funciones la de medir obras y que no existiera asistencia técnica para ello", o que " basta examinar los escritos de acusación definitiva de ambas acusaciones para constatar que en ninguno de ellos se menciona la existencia de ningún acuerdo previo entre el señor Victorio y responsables de la entidad contratista".

Pues bien, el examen del escrito de acusación del Ministerio Fiscal permite constatar la existencia de las concretas omisiones que denuncia. Al folio 4 del escrito de acusación, refiere el acuerdo delictivo entre los acusados para determinar el saldo a favor del empresario, convirtiéndose en la liquidación en definitiva después del periodo de garantía, por el que los tres acusados se pusieron de acuerdo para omitir cualquier corrección de las partidas indebidamente certificadas durante la obra y volver a manipular al alza algunas mediciones hasta alcanzar valores que agotaran el margen de incremento presupuestario que la ley permite en ese trámite. Se afirma en el escrito de acusación, "los acusados faltando en los más elementales deberes de lealtad ... previamente concertados entre sí y con técnicos o representantes ... a fin de incrementar fraudulentamente las mediciones...", y mejorar por esta vía las ganancias de los contratistas. Es posible una mayor claridad, pero lo expresado es suficiente para conformar una acusación. Respecto a la función encomendada a los acusados Victorio y Rosendo, en la página 3 del escrito de acusación se refieren las funciones atribuidas a Victorio, como ingeniero jefe del departamento de infraestructuras, asumiendo en esta obra la dirección técnica que incluía las tareas como redacción de informes y certificaciones que periódicamente debía emitir la administración para documentar el avance de las obras y determinar los pagos que la contratista podía recibir provisionalmente por unidades realizadas, así como la preparación de la liquidación final del contrato de obras. El segundo, el acusado Rosendo, era ingeniero técnico jefe de la división de proyectos y obras del departamento de infraestructuras, formó parte de la dirección facultativa, como ayudante o principal colaborador del ingeniero director, a quien daba cuenta de los avances, resultados o incidencias significativas con cometidos específicos, como la dirección a pie de obra y la medición de sus distintas partidas o unidades, debiendo generar los documentos precisos para trasladar toda esa información a los expedientes técnico y administrativo de la obra.

El escrito de acusación contiene las específicas expresiones sobre el acuerdo entre los acusados y las funciones correspondientes a cada uno de los acusados, la redacción de las liquidaciones a cuenta y la liquidación definitiva y las mediciones correspondientes a cada uno de ellos, así como el mutuo conocimiento y la ejecución del plan en los términos que posteriormente se declaró probado.

Ninguna vulneración del principio acusatorio se constata, y los acusados tuvieron pleno conocimiento de la acusación vertida contra ellos, se pudieron defender, proponiendo la prueba que estimaron procedente, y participando activamente en el desarrollo de las pruebas propuestas por las partes recibiendo con anterioridad la calificación de los hechos, para proponer su defensa. No es preciso adentrarnos en las exigencias del principio acusatorio que los recurrentes expresan en su impugnación, y a la que nos remitimos. Hemos constatado que el escrito de acusación recoge los hechos objeto de la imputación y su calificación jurídica, satisfaciendo las exigencias del principio acusatorio por lo que el motivo, consecuentemente, se desestima.

**SEGUNDO.-** En el segundo de los motivos refiere la vulneración de su derecho al proceso debido, a la defensa y a las normas reguladoras de la prueba, afirmando la lesión a su derecho desde el incumplimiento por la autoridad portuaria de la orden remitida desde la Audiencia para que aportara toda la documentación de las obras, tanto del archivo central, como del Departamento de Infraestructuras, afirmando que se han aportado de forma sesgada, faltando, una buena parte de la misma, entre ellas el material fotográfico, los informes de asistencias técnicas, los tickets de las básculas, la documental suscrita por el jefe de obra, así como el proyecto gemelo de atraque norte".

El motivo carece de contenido y debe ser desestimado. La sentencia señala en la fundamentación que la documental aportada en la causa la ha examinado, y es la aportada con la denuncia, que la autoridad portuaria hizo llegar al Ministerio Fiscal y que incorporó a la denuncia definitiva, la aportada por la unidad de policía judicial, especializada en delitos de corrupción, la aportada por las partes, y la requerida por el tribunal, haciendo referencia al contenido de 5 cajas, que tanto en papel como en el expediente digital, permite tener un conocimiento cabal de la documental

referida al contrato sobre el que han efectuado las mendacidades a las que se refiere el hecho probado y que habían sido objeto de la acusación. Tal cantidad de documentación es considerada por la sentencia, de excesiva, incluso de perjudicial, para el desarrollo de la causa, por su carácter de excesivo e indiscriminado, y alejada del objeto del proceso, lo que ha contribuido más que a esclarecer los hechos, a enturbiarlos.

El recurrente, no obstante, refiere la importancia de esos documentos no por su contenido, sino porque en la declaración de un testigo, el Sr. Valeriano, manifiesta haber visto las fotografías, y referirse a los tickets de pesado, de manera referencial para señalar que los había visto pero sin darle importancia para el objeto del informe que debía realizar. Los recurrentes denunciaron que, puesto que no los han visto en la causa, no han sido aportados, por lo que la Autoridad portuaria ha realizado una aportación incompleta de la prueba que le fue requerida, razón que, entiende, ha lesionado su derecho.

La denuncia que opone, la denegación de prueba, exige no solo que haya sido propuesta en tiempo y forma, sino que además sea necesaria para la actuación de su derecho de defensa y esa necesidad no aparece en la causa, ni ha sido argumentada por el recurrente, para fundar la vulneración de su derecho fundamental al derecho de defensa, máxime cuando, como se afirma la sentencia, la ingente documental aportada, a veces sin relación con el objeto de la causa, no ha hecho más que enturbiar el conocimiento de los hechos. En todo caso, el recurrente no refiere cuál sea la necesidad de su aportación para la defensa de los intereses que ha desarrollado en enjuiciamiento. Las fotografías no permiten atisbar la relevancia que pueden tener, y tampoco la documentación sobre el peso, pues el propio testigo, sobre cuyo testimonio se arguye la falta de aportación, los desecha por ser irrelevantes para el informe que preparó sobre los hechos. La documentación de las obras aparecen en la fundamentación y han sido valoradas, y las fotografías y tickets de pesado no permiten considerar, tampoco lo hace el recurrente, atisbar su necesidad en el enjuiciamiento.

Consecuentemente el motivo se desestima

**TERCERO.-** En el tercer motivo denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ante la falta de motivación en relación con los hechos la carga de la prueba, la regularidad de las que se consideran de cargo, la valoración de las pruebas personales y periciales, en el conjunto de las pruebas, el proceso mental sobre la prueba indiciaria indicada en la misma, el rechazo de la tipicidad del artículo 398 del Código Penal, así como la responsabilidad civil y las costas.

El motivo se desestima. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido poliédrico que, entre varios contenidos, exige en su inteligencia que los autos y sentencias, sea cual sea su decisión, contengan una motivación, entendiéndose por tal la inclusión de una argumentación ajustada al objeto de litigio que permita evaluar y comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una valoración racional de la misma y no fruto de la arbitrariedad. La ausencia de motivación conllevará, por regla general, la nulidad de la resolución.

La motivación no debe medirse en parámetros de excelencia, o extensión, y no es preciso siquiera que sea exhaustiva, dando respuesta a cualesquiera alegaciones que previamente hayan podido formular las partes. Lo que se exige es que ofrezca una explicación clara, precisa, adecuada y congruente con el objeto procesal.

En caso de la casación que examinamos, de ningún modo puede afirmarse que la sentencia carezca de motivación sobre los concretos extremos a que alude el motivo, ni tampoco que esa motivación sea meramente aparente o arbitraria. Cuestión distinta es que no se compartan los razonamientos de la sentencia.

No es factible tachar de falta de motivación la resolución judicial que hoy se recurre. El tribunal expone cada una de las pruebas practicadas, desarrolla el contenido esencial de las manifestaciones de los testigos, y el contenido de las pericias, otorgando la fiabilidad de cada uno de los testimonios en función de la inmediación, y de la correspondencia de esas declaraciones, oídas en el juicio oral, con el resto de la documental aportada. Así, respecto a la asistencia técnica para realizar mediciones, el tribunal destaca que tanto de las declaraciones del acusado Rosendo, durante la instrucción sumarial, donde manifestó que la obra no disponía de asistencia técnica y, por lo tanto, que él mismo se encargó de realizar las mediciones, como la testifical Escudero Rodríguez, quien afirmó que las mediciones fueron realizadas por el acusado Rosendo, dado que este testigo, expresamente, manifestó que inicialmente las realizaba él pero que no fue llamado a realizarlos en esta obra, permite declarar ese apartado fáctico sobre la autoría y la mendacidad, de las mediciones. Respecto de la prueba de descargo, el tribunal ha analizado los distintos testigos y señala cuáles carecen de fiabilidad, en función de la seguridad que transmitieron, o las continuas referencias a expresiones como "no recuerdo", etcétera, que le permite hacer un juicio de fiabilidad que surge desde la inmediación. Sobre todo ha valorado la prueba documental, que le ha relacionado con la prueba testifical del juicio. El análisis de la pericial es razonable desde la realización conjunta de la prueba.

En orden a la valoración de la subsunción de los hechos en el artículo 392, o en el artículo 398 del Código Penal, la falsedad de certificados, el tribunal expresa la interpretación jurisprudencial sobre la aplicación de ambos tipos penales y las funda en la jurisprudencia de esta Sala, que transcribe, para afirmar la calificación jurídica de los

hechos. Este concreto objeto de impugnación es también cuestionado por infracción de ley, al abordar el error de derecho por inaplicación del artículo 398 del Código Penal y esa subsunción la abordaremos al analizar esa impugnación.

En cuanto a la prueba pericial, la sentencia analiza cada una de las periciales practicadas en el juicio y realiza una valoración conjunta de todas las periciales, otorgando mayor capacidad suasoria a la pericia de Puertos del Estado, por las razones que explicita en el desarrollo argumental de la valoración de la prueba, sin que en esa función pueda ser sustituida por la que expone la defensa del acusado que tilda a esta pericial de insuficiente, afirmando que se realiza sobre la misma documentación que la realizada por el Sr. Valeriano que ha sido apartada de la valoración. Es cierto que la sentencia al analizar la testifical del Sr. Valeriano, rechaza sus valoraciones, dada la enemistad existente con el acusado Victorio. Lo que ahora pretende el recurrente es que, como la documentación que valora la pericial de Puertos del Estado y el anterior testigo es similar, la mencionada pericial debe ser igualmente rechazada. La queja no es atendible. El tribunal explica porqué no valora las manifestaciones del testigo-perito Sr. Valeriano, con una argumentación racional que nada tiene que ver con el contenido de la pericial desarrollada por los peritos de Puertos del Estado, que son valorados desde los aspectos técnicos que analiza.

La sentencia da cumplida observancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proporcionando es la motivación de la sentencia el juicio racional sobre la valoración de la prueba y explicitando el contenido de la comisión obtenida la percepción inmediata de la prueba practicada en el juicio.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** En el cuarto de los motivos denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. De cuanto llevamos dicho resulta procedente la desestimación del motivo. El tribunal explica, de forma razonable y razonada, el fundamento de su convicción y lo hace desde las propias declaraciones de los acusados durante la instrucción sobre las cuales ha sido interrogado en el juicio oral, en el caso del acusado Rosendo, destacando sus contradicciones sobre los que fue indagado. Respecto a las verdidas por el acusado Victorio en el proceso de instrucción del expediente disciplinario, en el que intervino provisto de asistencia letrada y que también fueron incorporados al juicio oral, el tribunal valora esas manifestaciones en el juicio a través del interrogatorio de las partes, entrando en contradicción con lo que manifestó en el expediente, lo que permitió al tribunal formarse un cabal conocimiento sobre sus declaraciones por lo dicho en el juicio contrastado con la documental. No ha sido de aplicación el art. 730 de la ley procesal, como se sugiere en el recurso, sino la propia audición del testimonio, junto al art. 714 LECrim en cuanto a las retractaciones. Además de esas declaraciones personales de los acusados, el tribunal ha tenido en cuenta las declaraciones testificales de los testigos que han ido deponiendo en el juicio oral, manifestando su conocimiento de los hechos, y también de la documentación aportada a la causa de lo cual resulta la convicción expresada y la participación activa en la elaboración de las liquidaciones a cuenta y la liquidación definitiva que fueron determinantes para el libramiento de las órdenes de pago a la empresa constructora, destacando las mendacidades en las mediciones que supusieron un sobrecoste no autorizado y que solo se justifica en las razones que expresa en la sentencia. Anteriormente nos hemos referido a las testificales sobre la medición y las periciales realizadas que han destacado las mendacidades en las mediciones, que el tribunal analiza y valora racionalmente.

La pretensión de los recurrentes, exponiendo la prueba practicada e instando una valoración acorde con su defensa, es ajena a la denuncia que formaliza en esta impugnación. Hemos declarado reiteradamente que la función que corresponde a un tribunal de revisión casacional, cuando se invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede consistir en una revaloración de la prueba, pues carece de la necesaria intermediación y en nuestro ordenamiento, sólo el tribunal que ha percibido la prueba puede valorarla en los aspectos sujetos a la misma ( art. 741 LECrim). Sí corresponde a un tribunal de la revisión, comprobar que la prueba es lícita y regular, porque se ha practicado en el juicio de acuerdo a la disciplina de la prueba, que constituye garantía de las partes del enjuiciamiento, y de acuerdo a los principios que rigen el enjuiciamiento, esto es, intermediación, oralidad, publicidad y contradicción. Además, debemos comprobar que la prueba tiene el sentido preciso de cargo respecto del delito objeto de la acusación. Por último, el ejercicio de la función jurisdiccional realizada por el tribunal de la instancia en el enjuiciamiento es razonable porque ha valorado la prueba de forma motivada y razonada y sin llegar a ser cuestionada en esta casación. La prueba personal, identificando a quienes realizaron las mediciones, las periciales sobre la mendacidad y la documental sobre los documentos falsos y la realidad de los sobrecostes soporta, racionalmente, la convicción del tribunal.

**QUINTO.-** En el último de los motivos correspondiente a este bloque, por vulneración de derechos fundamentales, denuncia la vulneración del derecho en la expresión de la última palabra por parte del acusado, vulneración cuyo contenido no se alcanza a entender, en la medida en que la constancia documental del acta del juicio videográfico permite comprobar que, efectivamente, terminado los informes de las partes el tribunal concedió a los acusados la oportunidad de dirigirse al tribunal para ejercitar su derecho a realizar una valoración del juicio, previa explicación

del contenido de esa diligencia y la finalidad que con la misma se pretendía. El acusado Victorio hizo uso de su derecho, del minuto 29 al 38:21, del vídeo 98 que documenta el juicio oral, concluyendo con la expresión referida a que "con esto ya he dicho todo", y en los mismos términos, y de forma más breve, intervino el acusado Rosendo. Como hemos señalado no se alcanza a comprender el contenido de la queja al haber realizado expresión de valoración de los hechos objeto de las acusaciones como se ha documentado.

**SEXTO.-** En el primero de los motivos por error de derecho del [artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), denuncia la inaplicación del [artículo 398 del Código Penal](#). El motivo es extenso en su redacción y considera, de una parte, que las falsedades que se aducen en el hecho probado, "carecían de potencialidad lesiva, de capacidad para alterar la realidad jurídica en la que se insertaba... estamos ante falsedades penalmente atípicas por carencia de antijuridicidad material... en la propuesta de liquidación no recoge hechos con carácter probatorio sino como por su propio nombre indica una opinión del proponente". De otra parte, sostiene que de conformidad con la Sentencia de esta Sala 29 de enero del 2015 los hechos probados no refieren una falsedad de un documento, en los términos típicos del [artículo 392 del Código Penal](#), si no la falsedad de certificados del [art. 398 CP](#), precepto que modificado por la Ley Orgánica 7/2012, y que "no sería aplicable retroactivamente esa nueva exigencia referida a que la certificación tenga especial trascendencia".

El motivo se desestima. El hecho probado es claro en la afirmación referida a que las alteraciones mendaces de las obras realizadas por el ingeniero jefe de obra y su ayudante, ambos condenados, fueron realizadas, a conciencia, alterando mediciones con la finalidad de generar los sobrecostes que sirvieron de base a las órdenes, provisionales y definitiva, de pago que se declaran probados, y lo realizan enmarcado en las interesadas relaciones del acusado Victorio con la contratista (Pág. 21 y ss del hecho probado). Se trata de documentos oficiales de la obra. Y son los elementos técnicos necesarios para librar la los pagos que se refleja en el hecho probado. Consecuentemente no procede declarar, como el recurrente pretende, que se trata de meras opiniones de los imputados carentes de valor probatorio alguno, cuando el hecho probado señala que eran los documentos determinantes de la efectiva realización de la obra, sus mediciones, reputadas de mendaces, y generadoras del gasto en los términos que se declara probado. La función de garantía de prueba y constitutivas del hecho resultan del documento elaborado, cuya falsedad se vierte sobre un documento oficial.

Respecto al criterio diferenciador del tipo penal de la falsedad documental del [artículo 392 del Código Penal](#) y de la falsedad de certificados del [artículo 398 del Código Penal](#), la propia Sentencia que el recurrente invoca en la impugnación, recoge y transcribe la doctrina de esta Sala que refiere, como han realizado multitud de Sentencias dictadas con anterioridad a la reforma del 2012, Ley 7/2012. De acuerdo a esa jurisprudencia, el criterio diferenciador de la tipicidad en la falsedad del documento y de certificación, no es otro que la gravedad de lo contenido en el documento. Como criterio diferenciador, y elemento de la distinción, entre la falsificación documental y los tipos atenuados del libramiento de certificaciones falsas se encuentra el que, en los últimos, los certificados, sólo cumplen la función de acreditar hechos y otras finalidades, en cambio, la falsificación adquiere especial trascendencia por la alteración de datos fácticos que supone su documentación sobre aspectos relevantes con eficacia constitutiva, probatoria y de garantía. La trascendencia de las certificaciones, realizadas mendazmente, sobre las mediciones sobredimensionadas para generar un sobrecoste no autorizado evidencian su consideración de documento. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido el mismo criterio que posteriormente fue recogido por el legislador en la mencionada Ley 7/2012 a la que se refiere el recurrente. Las medidas de los pilares que supone la declaración de su realización, la observancia de contenidos de la contratación, y su efectiva realización, son el presupuesto técnico que permite el pago del compromiso adquirido en el contrato. Su plasmación documental sirve de declaración del servicio, prueba y garantía de realización.

En el sentido indicado, por todas la Sentencia 2001/2000, de 27 de diciembre, declara la que el documento constituye al mismo tiempo un certificado por lo que podría confluir una doble penalidad como documento oficial y como certificado. En consecuencia se ha considerado que nos encontramos ante un concurso aparente de normas en el que debe resolverse con arreglo a los criterios contenidos en el [artículo 8 del Código Penal](#), entre ellos el de mayor gravedad de la pena. Se hace referencia a la aplicación preferente del [artículo 392 del CP](#), respecto al [artículo 398 del CP](#) que se reserva para supuestos residuales y de escasa trascendencia. La Sentencia 876/2014, de 17 de diciembre, con cita de la 417/2010, reitera que el criterio de distinción entre la falsificación documental y los tipos atenuados el libramiento de certificación falsa, se encuentra en que en los últimos lo librado solo cumple la función de albergar o acreditar hechos sin otras finalidades; y en cambio en la primera se da la trascendencia de la alteración del instrumento documental atendida la afectación de bienes jurídicos de particular relevancia, lo cual permite calificar de especial gravedad la falsificación. en el hecho probado la especie de trascendencia resulta de ser el documento a partir del cual se genera la orden de pago que contemplan sobre dimensiones mentalmente realizadas generando los sobrecostes no autorizadas.

**SÉPTIMO.-** Al amparo procesal en el [número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) denuncia el error de derecho al entender indebidamente aplicado el [artículo 28 del Código Penal](#) respecto del [artículo 392 del](#)

Código Penal, arguyendo que la gravedad y trascendencia de las alteraciones realizados en la propuesta de liquidación (en realidad es el único documento aquí verdaderamente relevante a efectos penales, por cuanto que las certificaciones mensuales, no obstante su importancia, son todos a cuenta y por tanto rectificables) excluyen automáticamente cualquier posibilidad de aplicación al caso de la falsedad".

El motivo carece de base atendible puesto que el hecho probado no solo refiere las certificaciones mensuales, que de por sí son documentos que permiten el libramiento de los fondos y que recogen elementos mendaces consignados por los dos recurrentes, sino que también el hecho probado hace referencia a la liquidación final con lo cual toda la argumentación del recurrente carece de sentido al no respetar el hecho declarado probado.

**OCTAVO.-** En el tercer motivo de su impugnación denuncia el error de derecho del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al entender indebidamente aplicado el artículo 116, 120, 109, 110, apartados primero y tercero y siguientes del Código Penal, al establecer las consecuencias civiles de la infracción penal declarándola de responsabilidad civil directa de los recurrentes y subsidiaria de SANDO.

Como quiera que el motivo opuesto guarda relación con el que es objeto de la impugnación formalizada por el Ministerio fiscal y la abogacía del Estado daremos respuesta a esta impugnación a las realizar las impugnaciones sostenidas por las acusaciones en el presente causa. En todo caso, el libramiento de fondos es una consecuencia directa del falseamiento de las mediciones y se deriva de esa alteración del dato recogido en el documento, por lo que de acuerdo al art. 116 CP es un gasto derivado del delito que genera la responsabilidad civil por el que han sido condenados.

**NOVENO-** En el cuarto de los motivos de oposición sostiene que la responsabilidad civil por la que ha sido condenada, a título de responsable civil subsidiario la empresa constructora SANDO, debiera ser sustituido por la consideración de partícipe a título lucrativo del artículo 122 del Código Penal.

La desestimación es procedente toda vez que dicha responsabilidad civil está sujeta al principio de rogación y en la causa no se ha mantenido la responsabilidad civil de la constructora por ese título, sino por el de responsable civil subsidiario del artículo 120.4 del Código Penal.

Añadir tan solo que la responsabilidad civil sujeta al mencionado principio ha sido declarada conforme a la solicitud de las partes legitimadas para pedirla, en tanto el recurrente carece de legitimación para la pretensión que ahora verbaliza en este recurso de casación.

**DÉCIMO.-** En el quinto de los motivos, formalizado también por el error de derecho del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la indebida aplicación del artículo 123 y 124 del Código Penal, cuestionando la falta de motivación, vulnerada del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación con la aplicación de estos tipos penales y en referencia a las costas procesales.

Como quiera que estos motivos de impugnación están supeditados a la impugnación opuesta por las acusaciones, y éstas van a afectar al contenido condenatorio de la sentencia, será allí cuando hagamos un pronunciamiento sobre costas procesales.

Recurso del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado

**DECIMOPRIMERO.-** El Ministerio Fiscal opone un único motivo en el que denuncia la inaplicación al hecho probado del artículo 432 del Código Penal, delito de malversación de caudales públicos. La Abogacía del Estado coincide con esta impugnación, en el primer motivo que opone. Si bien, una y otra, difieren en lo referente al título de imputación, autor mediato, el Ministerio Fiscal y cooperador necesario, la Abogacía del Estado.

La vía impugnatoria elegida por ambas acusaciones exige un absoluto respecto al hecho declarado probado del que debe partirse para denunciar la indebida aplicación del delito de malversación de caudales públicos. El hecho probado, anteriormente transcrito, en el particular que interesa a la impugnación, refiere que los acusados, Victorio y Rosendo, ambos funcionarios públicos, y Secundino, como encargado de la empresa adjudicataria, actuaron de mutuo acuerdo, y participaron en un pacto. Los tres confeccionan una documentación mendaz que es entregada a los funcionarios (presidente y director de la Autoridad Portuaria y el Consejo de administración de la misma) para ordenar los pagos por parte de esa misma mancomunada dirección portuaria. Esto es, si bien las órdenes de pago no eran dispuestas por los funcionarios que habían falsificado las mediciones, sí que eran el precedente necesario para el libramiento de las órdenes de pago, por parte de los funcionarios encargados, mancomunadamente, de la tenencia de los caudales públicos y de librar las órdenes de pago. En la fundamentación de la Sentencia, refiere la subsunción de los hechos en el delito de falsedad en documento público, en tanto que son absueltos del delito de malversación de caudales públicos, argumentando que no concurren los elementos necesarios para su integración típica, ya que este delito sólo puede ser cometido por el funcionario público que tenga a su cargo la disponibilidad de los bienes por lo que no pueden ser autores directos, ni por cooperación necesaria del delito de malversación,

porque los acusados Victorio y Rosendo, no tenían ni facultad decisoria ni detentaban los caudales públicos, y aunque es cierto que la expedición de esas certificaciones y liquidación final, que mendazmente expidieron, Victorio con la colaboración de Rosendo y Secundino, tienen una apariencia de veracidad y presunta legalidad, esos documentos no facultaban por sí solos al pago por parte del funcionario superior al que venía encomendada legalmente su previa supervisión, por limitada que fuera. Tampoco es procedente hablar de autoría mediata, dice la sentencia impugnada, porque la jurisprudencia si bien la ha admitido esta autoría respecto de los delitos que no sean de propia mano, no lo ha admitido en delitos de infracción de deber, como la prevaricación administrativa o judicial, el falso testimonio, etc. y de otra, "salvo error le ha resultado totalmente infructuosa la búsqueda de alguna Sentencia del Tribunal Supremo en el que de forma clara se contemplará un caso de aplicación de esta modalidad de autoría a este tipo delictivo".

Los recurrentes, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, sostienen, por el contrario, que la jurisprudencia de la Sala Segunda ha admitido la participación de extraños en el hecho típico y antijurídico cometido por el detentador de los caudales públicos objeto de la malversación, y para ello es preciso que exista esa conducta típica y antijurídica por parte del detentador de bienes y caudales públicos, y que el tercero, o terceros, ajenos a la especial cualificación hayan realizado una conducta relevante que contribuya a la realización por el funcionario público que detenta los bienes y caudales públicos de una conducta típica y antijurídica. Lo relevante es la causación, la contribución al resultado, debiendo de calificarse su aportación, como relevante o no, para merecer la imputación como cooperador necesario o como cómplice. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la participación en los delitos especiales con esas prevenciones. Concretamente, la acusación de la abogacía del Estado afirma que "el señor Melchor y el señor Justo, respectivamente, en su condición de presidente y director de la autoridad portuaria de Málaga han realizado los hechos típicos del delito de malversación de caudales públicos, pues han dispuesto de forma indebida de caudales públicos, ostentando las facultades decisorias o de detentación material fáctica y jurídica de los caudales públicos que han sido objeto de disposición y de desvío, y su conducta se ha realizado, aprobando el libramiento de fondos públicos tras recibir de los funcionarios públicos y del representante de la empresa contratista, la documentación precisa para realizar las liquidaciones, previa recepción de las mediciones mendaces que le han proporcionado los acusados Victorio y Rosendo, que en ejercicio de sus competencias realizaron los presupuestos necesarios para la adopción de las órdenes de libramiento. Quienes así han actuado, los señores Melchor y Justo, han realizado disposiciones indebidas de fondos a su cargo, conducta que ha de ser tenida por típica y antijurídica, si bien no culpable, al no haberse acreditado la concurrencia de dolo, incluso de culpa, en su acción. Es la ausencia total de conciencia y voluntad de ambos funcionarios públicos, cualificados en la disposición de bienes, cuando ha de entrarse a valorar la aportación realizada por los recurridos quienes llevaron a cabo, según refiere el hecho probado, coordinadamente la ejecución del plan convenido formalizando y expidiendo, respectivamente, las correspondientes certificaciones mensuales con sobredimensiones falaces de unidades de obra y en último término una liquidación final igualmente mendaz. deliberadamente encaminada a proporcionar al contratista unos documentos oficiales que por la apariencia de veracidad y natural confianza en el funcionario legalmente competente que los expedía, hubiere lugar a que los órganos superiores del puerto específicamente facultados legalmente para ello (el presidente, mancomunadamente con el director de la autoridad portuaria) quienes expidieron las correspondientes órdenes de pago". La acusación del Ministerio Fiscal incide en la utilización de un instrumento que actúa sin dolo, enmarcando su actuación en la autoría mediata. Los acusados, funcionarios públicos, emplean un instrumento que actúa sin dolo, para la malversación.

Ambas acusaciones coinciden, también la sentencia, en que no cabe duda de la aportación causal al desvío de los fondos públicos por parte de los acusados Victorio y Rosendo, tampoco de Secundino que, conocedor de la mendacidad, la firma también dando apariencia de legalidad a la documentación remitida a quien libra los fondos. Tampoco cabe dudar, respecto de los dos funcionarios públicos Victorio y Rosendo, de la cualificación de la relevancia de sus aportaciones mendaces para el libramiento de los fondos. Sus mediciones constituyen un informe preceptivo y técnico para el libramiento de los fondos, que integran la desviación típica del delito de malversación de caudales públicos, pues suponen la acomodación al contrato de la obra ejecutada y la medición de la aportación realizada a la obra y por el que debe ordenarse el pago con caudales públicos. Las facultades de supervisión para que pudieran suponer un efectivo control del libramiento, exigiría mayores posibilidades y capacidades de control, pues los directores, con firma mancomunada no tienen posibilidades técnicas de control pues son los técnicos los que falsean. En el caso, las posibilidades de control son meramente formales y limitadas a la concurrencia de los presupuestos técnicos que son certificados. No ha de olvidarse que los dos acusados Victorio y Rosendo, son funcionarios públicos altamente cualificados, como miembros de dirección facultativa y jefe de obra, eran responsables de las mediciones -las efectuaron, las supervisaron- sin que los detentadores de los caudales públicos pudieran realizar una supervisión técnica de esas mediciones, y se limitaron a controlar la concurrencia de los informes técnicos. Eran, consecuentemente, detentadores de facto de los caudales públicos pues su firma en las liquidaciones suponía, de hecho, el libramiento de los fondos públicos. Desde esta perspectiva la subsunción en la autoría del art. 28 CP, es procedente.

El principio de confianza en los técnicos, especialmente cualificados, tiene relevancia a la hora de señalar la causalidad con las disposiciones indebidas que realizaron los detentadores.

**DECIMOSEGUNDO.-** Desarrollamos la autoría con un planteamiento general sobre la admisibilidad de la responsabilidad del extraño en los delitos especiales.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que en los delitos especiales puedan incriminarse la intervención de personas no afectadas por la condición especial de autoría que el tipo penal requiere. Desde la Sentencia de 18 de enero de 1994, caso de la construcción de Burgos, y la Sentencia de 24 de junio de 1994, la jurisprudencia del Tribunal Supremo modificó su anterior doctrina, afirmando la posibilidad de participación de extraños en delitos con elemento especiales de autoría, por la vía de la inducción o por la vía de la participación necesaria en delitos especiales, como el delito de prevaricación, superando la anterior concepción por la que se consideraba que la participación de extraños en delitos especiales era impune. En la Sentencia del 18 de enero de 1994 se argumenta, que es evidente que por el número 1 del artículo 358, -en la actualidad artículo 404, - y es generalizable a todos los delitos especiales-, no puede imputarse un delito de prevaricación a quien no sea funcionario público, como no habrá delito de prevaricación judicial, si quien dicta la resolución no es un juez. Ello es claro y no necesita de mayores precisiones. Habría usurpación de funciones, o el delito que correspondiera pero, desde luego, no prevaricación. Sin embargo, la solución es distinta en los supuestos de inducción o cooperación necesaria, también participaciones no necesarias, de un extraño con un autor en que sí concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal. Si la participación del extraño es cooperación ello supone participación en acto ajeno, y en este sentido puede mantenerse, con parte de la doctrina científica, que no se requiere del sujeto, a diferencia de la autoría propiamente dicha, la calidad que al autor del número primero del artículo 14, en la actualidad artículo 28, exige el tipo penal. Continúa el argumento de la Sentencia afirmando "llevado el tema expuesto al caso de la presente casación hay que decir que quien conociendo la condición de funcionario del sujeto activo llamado a decidir, le inclina decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta, induce a prevaricar y es autor, en consecuencia, por el número dos de artículo 14, en la actualidad 28, del Código Penal, lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización de tal delito comete, como autor del número 3 del artículo 14, en la actualidad 28, tal figura penal". Argumentación que es trasladable a quien aporte a la desviación de caudales públicos un informe técnico mendaz, preciso y relevante, que es el presupuesto del libramiento de fondos, pues esa mendacidad, precisa y relevante, es causal al desvío de fondos ilícitos.

Con posterioridad muchas Sentencias de esta Sala han incidido en la posibilidad de participar en un hecho delictivo cuyo autor es una persona especialmente cualificada por el elemento especial de autoría que preside la tipicidad. Frente a la impunidad de la acción se alza la admisibilidad de formas de participación en el hecho delictivo

La jurisprudencia de esta Sala en supuestos similares al que es objeto de esta casación se decanta por la autoría. En el hecho, los recurridos, acusados de malversación, son quienes, como jefe de obra y miembros de la dirección facultativa, funcionarios públicos declaran el cumplimiento de las exigencias del contrato de obra pública y realizan las mediciones que son el presupuesto técnico, suficiente y necesario, para su abono. Su conducta cumple las exigencias del art. 28 del Código Penal respecto al delito de malversación de caudales públicos, que considera autor al material, al mediato, al inductor y al partícipe necesario.

**DECIMOTERCERO.-** Los recurridos, en su impugnación al conocer el recurso de las acusaciones, como en esa jurisprudencia pero se oponen a su aplicación que en ellas se hace referencia a un funcionario público que detenta caudales públicos y se concierta con otros, que son, o no, funcionarios públicos para la comisión del hecho delictivo de la malversación, pero, en todo caso, la punición del partícipe requiere que la acción del funcionario cualificado sea típica y antijurídica. Además sostienen que en el caso de esta casación, los funcionarios a los que se imputa el delito de malversación de caudales públicos por cooperación necesaria, desde las afirmaciones de la sentencia de instancia, "hacen pensar en un presunto delito de estafa del que no se ha formulado acusación y no en un delito de malversación de caudales públicos".

También refiere, como impugnación al recurso planteado desde las acusaciones, que la corrección de sentencias absolutorias no puede realizarse por un órgano jurisdiccional de revisión que no haya percibido la prueba y en cuyo proceso de revisión no haya estado presente el acusado.

**DECIMOCUARTO.-** Analizamos estas objeciones. En cuanto al segundo apartado, una reiterada jurisprudencia ha señalado el alcance y ámbito de revisión del recurso de casación, en general del régimen de recursos, contra sentencias absolutorias, o parcialmente absolutorias. Para dar idea de su contenido basta con remitirnos a la STS 1012/2022, de 12 de enero, que sistematiza la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala "anatematizando cualquier variación fáctica contra reo a través de un recurso devolutivo, (menos si es de carácter extraordinario y no permite conferir audiencia a los afectados), se erige en obstáculo insalvable para el éxito del recurso. Lo corrobora, entre otras, la STS 146/2014, de 14 de febrero, de la

que tomamos prestadas algunas de las consideraciones que siguen y que recogen la evolución de tal doctrina y su recepción por esta Sala Segunda (vid. también, entre muchas otras, STS 363/2017, de 19 de mayo).

"La doctrina constitucional limitando las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso arrancó en la STC 167/2002, de 18 de septiembre. Se ha reiterado en numerosos pronunciamientos posteriores (junto a muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, o 24/2009, de 26 de enero, hasta las 80/2013, 120/2013 ó 191/2014, de 17 de noviembre: una cifra muy superior a la centena en la actualidad). El eje de la argumentación, vertida habitualmente al hilo de sentencias que en apelación dictaban una condena ex novo, gira alrededor del respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrados en el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE). Una condena, si se quiere guardar fidelidad plena a esos principios, debe fundarse en una actividad probatoria, examinada directa y personalmente por el Tribunal que la dicta en un debate público en el que se dé oportunidad para la contradicción referida a la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en un recurso devolutivo se suscitan cuestiones de hecho relacionadas directa o indirectamente con la valoración de pruebas de las que depende la condena ex novo, resulta imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, inmediación y contradicción exigen que el Tribunal *ad quem* oiga personalmente a testigos, peritos y acusados, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y quedar habilitado para corregir la efectuada por el órgano de instancia. El Tribunal de apelación no puede modificar los hechos probados en aras de una condena que revierta la absolución o de una agravación de la condena recaída, si tal variación no viene precedida del examen directo y personal de acusados y testigos en un debate público con posibilidad de contradicción. Confluye también en apoyo de tal conclusión el derecho de defensa que aconseja conferir al acusado la posibilidad de dirigirse personal y directamente al Tribunal. La doctrina del TC, como es bien sabido, hunde sus raíces en una jurisprudencia más lejana del TEDH. La primera decisión que abordó esta materia data de 1988. Resolvía el caso Ekbatani contra Suecia ( STEDH de 26 de mayo de 1988). Le seguirán otras tres sentencias del mismo origen que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia, caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia). La doctrina se consolidó con pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino); STEDH 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial, cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción punible, so pena de sacrificar exigencias irrenunciables del derecho a un juicio justo.

El TEDH ha ido más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal *ad quem* antes de resolver aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o pericial, o en una revisión de inferencias. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es valoración de cuestiones estrictamente jurídicas.

En el caso de esta casación, la cuestión a la que se contrae nuestra decisión es estrictamente jurídica, concretamente, la punibilidad de extraños en delitos con elementos especiales en autoría. El hecho probado lo refiere si bien objeta dificultades dogmáticas para su punición y esa objeción es objeto de este recurso.

En un segundo discurso argumentativo en contra de la estimación del recurso afirma que los hechos, es posible que fueran subsumibles en el delito de estafa, "hacen pensar más bien en un presunto delito de estafa del que no se ha formulado acusación". Tiene razón el recurrente, pero ese delito no es el objeto del enjuiciamiento, pues no se acusó de este ilícito. El ámbito de esta casación es la posibilidad de que pueda apreciarse la participación de los acusados en el delito de malversación por su participación, pero ya da idea del aprovechamiento económico por la acción cometida por los acusados del delito de malversación de caudales públicos.

**DECIMOQUINTO.-** Solventadas las anteriores objeciones, el motivo de las acusaciones será estimado. El hecho probado refiere una malversación de caudales públicos, al declararse probado que se libraron fondos económicos indebidos, a consecuencia de unas actuaciones mendaces que sobrevaloraron lo construido aumentando el gasto de la administración, de forma indebida, y merced a la actuación falsaria de dos funcionarios. Ciertamente, los dos funcionarios acusados no eran jurídicamente los detentadores de los caudales pero sí aportaron a ese libramiento de caudales un hecho de capital importancia, el presupuesto técnico para la realización del gasto, que era indebido porque su aporte técnico era falso. Conocían la trascendencia de sus actos, pues pertenecían a la dirección facultativa y eran jefes de la obra, y conocían que las funciones detentadoras del caudal, tenía una aparente función de control que no afectaban a los presupuestos técnicos, que era de su exclusiva responsabilidad. En consecuencia, han de ser considerados detentadores de hecho de los caudales malversados, pues, como jefe de obra y miembros de la dirección facultativa, eran quienes certificaban la acomodación de la obra al contrato público y las mediciones



sobre las que soportaban los gastos. Los libradores no podrían realizar ninguna comprobación salvo la de la efectiva concurrencia de las certificaciones de obra.

No obstante lo anterior, el dominio funcional del hecho probado permitiría argumentar sobre la participación que postula la Abogacía del Estado. El hecho probado describe una conducta típica y antijurídica de los funcionarios públicos detentadores de los caudales públicos, quienes libran caudales del patrimonio público que son malversados. La conducta de los funcionarios públicos encargados de su custodia, típica y antijurídica, en cuando no justificada, no ha sido objeto de sanción penal porque no se ha declarado probada la culpabilidad en el hecho de los funcionarios detentadores de los fondos públicos, no se ha acreditado su participación en el hecho, porque no se ha acreditado la existencia de una actuación dolosa, o imprudente, en la realización de la acción. Desde la perspectiva expuesta hemos valorado, y afirmado, que las mendacidades recogidas en las mediciones daban lugar, como presupuesto fáctico, a una aportación necesaria al libramiento de la orden de pago, de entidad suficiente como para fundar la participación necesaria en el hecho por aportar a su realización un elemento esencial, en el caso de los dos funcionarios miembros de la dirección facultativa de la obra, y no esencial, al meramente contribuir a la credibilidad del documento, respecto de Secundino. Los funcionarios detentadores de los caudales, con capacidad para librar fondos, no tienen otras capacidades de supervisión que las que resultan de los informes técnicos del jefe de obra y de su asistencia técnica. Los acusados son funcionarios que pertenecen a la estructura de mando de la obra y persiguen la resultancia económica de su acción, hasta el punto que la propia sentencia les condena como responsables civiles derivados del desfaldo realizado, pues saben y conocen que, como resultado de la falsedad determinan una desviación de los fondos públicos, una malversación de los fondos públicos, que ellos no han realizado directa y de forma inmediata, pues no son detentadores del caudal público, aunque sí participan de forma relevante y necesaria, porque sus informes determinan el libramiento de las de los caudales públicos en los términos que se declara probado y el detentador, que libra la orden de pago, no tiene facultades reales de control y suspensión que no sean la de constatar la realidad de los informes técnicos, en ese punto mendaces. El tercer acusado realiza una aportación de validación del documento mendaz, aportación que no alcanza la relevancia de la participación necesaria, por lo que la subsunción se realiza en la complicidad.

Incluso esa participación se afirma aún cuando el funcionario público, *intrañeus*, fuera absuelto. "No es obstáculo para la condena de quien actuó como cooperador necesario, en cuanto que, siendo indiscutible que la conducta ejecutada por el funcionario que dictó las resoluciones alberga una antijuridicidad penal objetiva, los actos que dolosamente inducen o cooperan a ella resultan penalmente ilícitos y como tales deben de ser castigados (en este sentido la STS 482/2020, de 30 de septiembre)."

"El principio de accesoriadad -decíamos en las SSTS 390/2014, 13 de mayo y 1394/2009, 25 de enero- "no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriadad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriadad. Lo decisivo, insistimos, es la existencia de una acción típicamente antijurídica que opera como delito de referencia para el fundamento de la accesoriadad. La imposibilidad sobrevenida de enjuiciamiento del autor principal, por una u otra razón, no erige un obstáculo insalvable para el enjuiciamiento del copartícipe. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes. En el descriptivo relato de los hechos probados se expresan con claridad los elementos que definen el delito principal que sirve de referencia para estructurar el principio de accesoriadad, así como la contribución aportada por el recurrente, quien por ello pudo perfectamente defenderse, con independencia de que por la rebeldía de unos o la falta de identificación de otros no haya sido posible el enjuiciamiento de todos los responsables". ( STS 827/2012, 24 de octubre).

También cabría argumentar la aplicación del art. 28 desde la concepción mediata de la autoría. En el delito de malversación de caudales públicos se produce la conjunción entre la realización de un acto injusto, que se corresponde con la categoría normativa de la infracción del deber, y un acto de disposición económica, lo que incide en el carácter patrimonial mediante actos de disposición de caudales públicos, causalmente relacionados entre sí. En el caso objeto de nuestro enjuiciamiento puede considerarse una autoría mediata porque el autor mediato, funcionario público, utiliza a otro funcionario público, el cualificado, para la disposición de los caudales públicos mediante una infracción del deber del sujeto cualificado que actúa sin conocimiento de la ilicitud de su conducta, y lo que persigue el mediato es la realización del acto de disposición económica.

Esto supone que en los delitos que se agotan en la mera infracción del deber, no cabe, conforme ha sostenido reiteradamente la doctrina científica y la jurisprudencia, la autoría mediata dado el carácter especialísimo de la infracción del deber que solo compete a quien efectivamente infringe el deber. Por el contrario en los delitos en los que junto a la infracción del deber se produce un desvío patrimonial, es posible la autoría mediata pues el sujeto

que utiliza al cualificado lo que persigue efectivamente es el desvío patrimonial y para ello se utiliza para infringir el deber.

Señalado lo anterior, en el caso de esta casación, nos decantamos por la autoría directa. El fundamento de los delitos de los funcionarios públicos radica en la inobservancia del deber de probidad, junto a otras especificidades derivadas de la naturaleza pública de los caudales y las posiciones de garantía de tutela de interés pública consagrados en el art. 103 CP. En este caso, esas exigencias concurren en los dos acusados, y son autores por el dominio del hecho que tienen de la acción, y son temidos detentadores de hecho de los caudales públicos que son malversados, pues su aportación a la realización del hecho es el de tal implicación que, infringido su deber, disponen de facto, de los caudales públicos.

La jurisprudencia de esta Sala ha elaborado el concepto de "funcionario que detenta de hecho los fondos malversados" para subsumir en la autoría de los delitos especiales propios a situaciones similares a la descrita en el hecho probado. Así, la STS 633/2020, de 24 de noviembre, señala que "el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: "a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la admón. Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo" ( STS 1051/2013, de 26 de septiembre). Y esa Sala ha precisado que "Lo trascendente no viene determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada por su condición de servidor público, y que le permita en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma, la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercero de esos caudales"

También la Sentencia 908/2021, de 23 de noviembre, "Tampoco puede compartirse la consideración que hace el recurrente en el sentido de que, careciendo formal y materialmente de las oportunas facultades de disposición sobre los fondos no pudo en ningún caso cometer el delito. En este punto, es clara y reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que no es necesario un especial vínculo de disponibilidad entre el funcionario y los bienes que se dicen malversados. De esta forma, decíamos en la Sentencia núm. 13/2017, de 14 de febrero, que es necesaria para la existencia del delito que el funcionario tenga facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material." En el mismo sentido, señalábamos en la Sentencia núm. 827/2012, de 24 de octubre que "son posibles autores del ilícito todos aquellos funcionarios que ostenten una facultad de disposición, de hecho o de derecho sobre los bienes, entre o no en las atribuciones legales de su cargo o cuerpo administrativo al que pertenezca. Lo trascendente no viene determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada por su condición de servidor público y que le permita, en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma, la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercero de esos caudales. El del tipo elemento comentado".

La Sentencia 908/2021, de 23 de noviembre, fundamenta la responsabilidad del *extraneus* en la coautoría. "Tampoco puede compartirse la consideración que hace el recurrente en el sentido de que, careciendo formal y materialmente de las oportunas facultades de disposición sobre los fondos no pudo en ningún caso cometer el delito. En este punto, es clara y reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que no es necesario un especial vínculo de disponibilidad entre el funcionario y los bienes que se dicen malversados. De esta forma, decíamos en la sentencia núm. 13/2017, de 14 de febrero, que es necesaria para la existencia del delito que el funcionario tenga facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material. En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 827/2012, de 24 de octubre que "son posibles autores del ilícito todos aquellos funcionarios que ostenten una facultad de disposición, de hecho o de derecho sobre los bienes, entre o no en las atribuciones legales de su cargo o cuerpo administrativo al que pertenezca. Lo trascendente no viene determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada por su condición de servidor público y que le permita, en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma, la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercero de esos caudales. El del tipo elemento comentado".

En todos estos supuestos se aborda la cuestión de la autoría en aquellos supuestos en los que un funcionario público realiza una acción que supone, por la infracción del deber y el dominio de la acción relevante, su consideración de autor y aunque en su argumentación se solapan categorías porque de la autoría indirecta y de la cooperación, en la mayoría de los casos se subsume en la autoría directa.

Consecuentemente, el motivo primero de las acusaciones será estimado, declarando la imputación como autores en el hecho de la malversación, respecto de los acusados Victorio y Rosendo, y cómplice el tercer acusado Secundino.

**DECIMOSEXTO.-** La Abogacía Del Estado opone un segundo motivo en el que denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el que tras reproducir el contenido esencial del derecho y la legitimidad para interponer dicha vía de impugnación por ser parte en el proceso, concreta su denuncia en el hecho de que el Tribunal de instancia haya negado eficacia probatoria de la pericia del señor Valeriano, argumentando el tribunal de instancia que su imparcialidad ha quedado sobradamente en entredicho. El desarrollo argumental de su oposición reproduce la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, (Sentencia 586/2014) que considera que en un delito fiscal es válida como prueba pericial del inspector de Hacienda que depuso en la causa.

El contenido poliédrico, al que tantas veces nos hemos referido para afirmar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, exige que el órgano jurisdiccional otorgue la debida tutela judicial a las partes que la demandan en el curso de un proceso legalmente previsto y en el marco de una actividad jurisdiccional en el que actúen los principios fundamentales de un proceso previstos en el ordenamiento y acorde a los principios fundamentales que emanan de la Constitución, consagrados en el artículo 9.3, 120 y concordantes de la Constitución. El tribunal no ha apartado del acervo probatorio la pericia del Sr. Valeriano por su pertenencia al órgano que libró los fondos, sino que cuestiona que su testimonio sea fiable, como testigo y como perito, esto es, no por la relación laboral que mantenga con la autoridad portuaria, sino por las malas relaciones existentes entre el perito y los acusados, como así lo expresa la motivación de la sentencia, y que realiza desde la percepción de la prueba en los términos de que se ha desarrollado en la motivación de la sentencia. No hay vulneración del derecho que invoca sino ejercicio de la función jurisdiccional que le compete y explica en la motivación.

El motivo, carente de contenido ocasional, se desestima.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Damos respuesta ahora a los recursos opuestos por las defensas de Victorio y Rosendo en lo referente a la responsabilidad civil que, en la sentencia impugnada, ve referenciada el delito de falsedad cuestionando la declaración de responsabilidad civil por esa condena.

Estimada la impugnación de la acusación por delito de malversación de caudales públicos, la impugnación carece de contenido pues el delito de malversación de caudales públicos lleva consigo, como delito con un componente patrimonial, la condena por responsabilidad civil en los términos correspondientes al desvío patrimonial indebido.

Recurso de Secundino y Construcciones Sánchez Domínguez S.A., SANDO

**DECIMOCTAVO.-** Estos recurrentes formalizan una oposición conjunta en el que denuncian, en el primer motivo, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuestionando, no tanto la existencia de la precisa actividad probatoria para afirmar el relato fáctico, sino la calificación jurídica de los hechos probados. En el segundo motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 390.4 del Código Penal, al entender indebidamente aplicado el mencionado precepto. En el tercer motivo denuncia la vulneración de los artículos atinentes a la responsabilidad civil declarada en la sentencia, que como hemos señalado al analizar la impugnación de los condenados recurrentes Victorio y Rosendo es procedente desde la subsunción de los hechos en el delito de malversación de caudales públicos.

El relato fáctico de la sentencia en el particular que interesa a esta impugnación, refiere que en ejecución del pacto al que habían llegado los condenados Victorio y Rosendo con la empresa SANDO, se convino en la realización de unas liquidaciones parciales y también en una liquidación final, con unos sobrecostos basados en unas alteraciones de las mediciones que generaban unas sobredimensiones en los gastos. Respecto del acusado Secundino se señala que aunque nominalmente era jefe de obra de SANDO, su cualificada experiencia en esta materia y largas ausencias de la obra de su superior le llevaron a convertirse, de hecho, en su efectivo director, aunque siempre conforme a las instrucciones de la dirección facultativa. Se refiere al conocimiento que tenía sobre el pacto realizado y en la liquidación dio su conformidad a las mismas en nombre de la contratista, plasmando en ella su firma "que si bien no era legalmente indispensable para la plena validez de estos documentos, tampoco resultaba inútil en la práctica por cuanto que indudablemente esta conformidad de la contratista contribuye a avalar y reforzar la aparente fehaciencia".

La actividad probatoria resulta de las propias manifestaciones del recurrente, y de la constancia documental, y de la firma, que evidencia una participación en los hechos, no como se dice en el hecho probado para dar validez y

carácter constitutivo al documento, sino para contribuir a reforzar la fehaciencia de su contenido ante los superiores de la autoridad portuaria que en definitiva debían librar los cargos económicos derivados de las liquidaciones mensuales y la final, que fueron abonados merced a la credibilidad de la liquidación.

Los dos primeros motivos se desestiman.

En cuanto al tercero, referido a la responsabilidad civil, en cuanto refieren ese llamamiento de la misma consecuencia de un actuar delictivo, se ha analizado en el estudio de los escritos de acusación que piden la condena de este recurrente por su participación en el delito de malversación de caudales públicos.

**DECIMONOVENO.-** Consecuentemente desde la estimación del recurso de casación interpuesto por las acusaciones procede la condena de los acusados Victorio y Rosendo en concepto de autores de los delitos de malversación de caudales públicos del [art. 432 CP](#).

Ambos delitos concurren bajo los presupuestos del concurso ideal del [art. 77 del Código Penal](#).

**VIGÉSIMO.-** Abordamos la individualización de la consecuencia jurídica correspondiente a los delitos que concurren de acuerdo a las reglas del concurso medial del [artículo 77 del Código Penal](#). El acusado Victorio es autor de un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, concurrendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, tenidas como muy cualificadas, por lo que reducimos en un grado la pena procedente, en los términos declarados por la Audiencia Provincial. No consideramos procedente la reducción de la pena en aplicación del [art. 65.3 del Código Penal](#), dadas las circunstancias concurrentes, explicitada en la argumentación de esta Sentencia al estimar el recurso de las acusaciones, al considerarle coautor del hecho de la malversación y dada la especial cualificación de este acusado en la realización de los hechos, así como la reiteración de las conductas constitutivas de los delitos en concurso que, si bien no se integran en la continuidad, sí que expresan una reiteración de las conductas. De acuerdo a las previsiones del [artículo 77 del Código Penal](#) procede imponer una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave sin que pueda exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, y consideramos proporcionada a la gravedad de los hechos la pena de una pena de 2 años y 11 meses de prisión, para la que tenemos en cuenta la previsión penológica para el delito de malversación de caudales públicos en su redacción anterior a la Ley 1/2015, pena que se considera más grave que la del delito de falsedad, si bien corregida en la duración de la pena privativa de libertad por la pena prevista para este tipo penal tras la reforma del Código Penal propiciada por la Ley 1/2015. También es procedente la pena de inhabilitación especial que siguiendo las mismas reglas anteriormente señaladas sería la pena de 5 años y 3 meses de inhabilitación especial para cargo o empleo público, concretado en la prohibición y privación de empleos o cargos públicos que hayan tenido relación directa con el delito cometido, más concretamente de cualquier o un empleo o cargo relacionado con las Administraciones Públicas portuarias.

Respecto al acusado Rosendo, debe ser condenado como autor de un delito de falsedad en documento oficial y de malversación de caudales públicos, que concurren bajo las normas del concurso ideal del [artículo 77 del Código Penal](#). La pena que consideramos procedente a este acusado, es de 2 años y 3 meses de prisión, atendiendo a la menor implicación en los hechos y a la reiteración de las conductas de malversación y falsedad, si bien no se subsumen en la continuidad, y una pena de la inhabilitación especial, con la misma concreción que en el anterior acusado, de 5 años de inhabilitación especial para cargo y empleo.

Respecto del acusado Secundino es condenado como cómplice de un delito de falsedad en documento oficial con un delito de malversación de caudales públicos, concurrendo la circunstancia de atenuación de dilaciones indebidas, como muy cualificadas, optando por reducir en un grado la pena, y haciendo uso de la facultad prevista en el [artículo 65.3 del Código Penal](#), que esta Sala ha declarado la posibilidad de la doble degradación, SSTS 391/2014, de 8 de mayo, y 891/2016, de 25 de noviembre) al no tener la condición de funcionario público, a la pena de 6 meses de prisión y una pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de 10 meses.

Ratificamos el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia en materia de costas de la instancia, accesorias legales y en materia de responsabilidad civil.

## **FALLO**

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

**1.º) Estimar** el recurso de casación interpuesto por **el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado**, declarando de oficio las costas procesales.

**2.º) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Secundino, Construcciones Sánchez Domínguez S. A. (SANDO), Victorio y Rosendo, contra la Sentencia n.º 108/2021, de 15 de marzo, dictada

por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de Rollo de Sala n.º 5000/2018, condenándoles a una novena parte de las costas de esta casación.

**3.º)** Declarar de oficio las costas procesales de esta casación.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3199/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

### **Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **Secundino y Construcciones Sánchez Domínguez S. A. (SANDO)** representados por la procuradora D.ª Isabel Díaz Solano y defendidos por el letrado D. Pedro Apalategui de Isasa; **el Ministerio Fiscal; Victorio y Rosendo** representados por el procurador D.ª Miguel Ángel Ortega Gil y defendidos por la letrada D.ª Cecilia del Santísimo Rosario Pérez Raya; **el Abogado del Estado de la Autoridad Portuaria de Málaga**, siendo recurridos Carlos Miguel representado por el procurador D.ª Federico Pinilla Romeo y defendido por el letrado D.ª José Raúl Dolz Ruiz y Luis Pablo representado por la procuradora D.ª Isabel Díaz Solano y defendido por el letrado D. Jaime Fabricio Cros Cecilia, contra la Sentencia n.º 108/2021, de 15 de marzo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de Rollo de Sala n.º 5000/2018.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-**Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

**SEGUNDO.-** Por las razones expuestas en el fundamento de decimoprimeros de esta resolución, el motivo de la acusación será estimado, procediendo añadir a la condena por el delito de falsedad, las condenas a Victorio y Rosendo, como autores y a Secundino, como cómplice, de un delito de malversación de caudales públicos, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de **Construcciones Sánchez Domínguez S. A. (SANDO)** a las penas que se expresan en el fundamento vigésimo.

### **FALLO**

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

Que debemos condenar y condenamos a Victorio y Rosendo como autores de los delitos de falsedad en documento oficial en concurso con un delito de malversación de caudales públicos, concurriendo la atenuación muy cualificada de dilaciones indebidas a las penas, respectivamente, de 2 años y 11 meses de prisión al condenado Victorio, y de

2 años y 3 meses al condenado Rosendo y una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, concretado en la prohibición y privación de empleo o cargos públicos, respectivamente, de 5 años y 3 meses y de 5 años.

Debemos condenar y condenamos a Secundino, como cómplice de un delito de falsedad en documento oficial en concurso con otro de malversación de caudales públicos a la pena de 6 años de prisión y una pena de inhabilitación para cargo y empleo público de 10 meses.

Ratificamos los demás pronunciamientos de la Sentencia impugnada en orden a las absoluciones del delito de fraude y pago de los cuatro quintas partes de las costas procesales de la instancia y la condena por responsabilidad civil por el importe de 781.204,92 euros en favor a la Autoridad Portuaria de Málaga y de forma expresa ratificamos lo descrito en el fallo de la sentencia, en un apartado que no es objeto del recurso de casación, es decir, deferir a la ejecución de la sentencia en los términos contenidos en el fallo y fundamento decimocuarto de la sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.