



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 797/2015, de 24 de noviembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 599/2015

SUMARIO:

Falsedad en documento oficial. Prevaricación. Malversación de caudales públicos. Acusador particular La actuación de la alcaldesa no se limitó a dictar una resolución manifiestamente arbitraria –prevaricación- permitiendo con ello que un tercero sustrajese caudales públicos que tenía a su cargo por razón de sus funciones –malversación- sino que utilizó como instrumento la falsificación de un documento oficial, atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos suscritos por los funcionarios públicos y cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la administración, pues si se manipulan desde el ámbito político los elementos esenciales de los documentos oficiales que sirven de sustrato a los expedientes administrativos, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos. En los delitos de prevaricación y malversación concurre prueba directa de los elementos objetivos, ya que la resolución administrativa que materializa la prevaricación y constituye el instrumento de la malversación fue dictada personalmente por la recurrente, en su calidad de alcaldesa, dato indiscutido, documentalmente acreditado y reconocido. La alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solicitud, conocía desde el principio la naturaleza de la empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que permite concluir razonablemente que firmó las resoluciones “a sabiendas de su injusticia”. La posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil. Se opta en la aplicación del art 390.1.2º CP 95 (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de autenticidad, conforme con su significado literal, incluyendo en dicha modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva).

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 8, 22.7, 24, 28, 65.3, 74.1, 77, 110, 111, 112, 113, 116, 199, 390, 391, 392, 404, 423, 432, 436.

Constitución española, arts. 14, 24, 103

Ley de enjuiciamiento criminal, arts. 641, 656, 659, 729, 741

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art 14 5º

PONENTE:

Don Candido Conde-Pumpido Touron.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Magistrados:

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
Don FRANCISCO MONTERDE FERRER
Don JOSE MANUEL MAZA MARTIN
Don PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 797/2015

RECURSO CASACION Nº : 599/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 10/11/2015

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz

Fecha Sentencia : 24/11/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Cándido Conde Pumpido Tourón Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río Escrito por : AMM

Recurso Nº: 599/2015

Recurso Nº: 599/2015

Malversación, prevaricación y falsedad de la Alcaldesa de Jerez.- Prueba indiciaria.- Doctrina del Tribunal Constitucional, a los efectos del recurso de amparo.- Doctrina de esta Sala, a los efectos del recurso de casación.- Requisitos formales y materiales.- Requisitos relativos a los indicios y requisitos relativos a la inducción o inferencia.- Control de la razonabilidad de la inferencia.- Deben excluirse aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión) o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios).

Prevaricación.- Prueba.- La recurrente ha sido condenada por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación, en relación de concurso medial. En los delitos de prevaricación y malversación concurre prueba directa de los elementos objetivos, ya que la resolución administrativa que materializa la prevaricación y constituye el instrumento de la



www.civil-mercantil.com

malversación fue dictada personalmente por la recurrente, en su calidad de Alcaldesa de Jerez, dato indiscutido, documentalmente acreditado y reconocido. Lo que se cuestiona es el requisito subjetivo, "a sabiendas de su injusticia", que es lo que se ha acreditado a través de prueba indiciaria. Pero la acreditación del elemento subjetivo del tipo de prevaricación a través de la prueba de indicios constituye un supuesto generalizado, que no aporta motivo alguno para cuestionar la resolución impugnada.

Indicios.- Consta que la recurrente llamó al técnico responsable para solicitarle que tratase a esa empresa "con cariño". Esta actuación no implica necesariamente un interés espurio, ni una propuesta de actuación delictiva, pues puede estar motivada por el deseo de promover el desarrollo industrial de la ciudad, y la creación de puestos de trabajo. Pero pone de relieve que la Alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solicitud, conocía desde el principio la naturaleza de la empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que permite concluir razonablemente que la recurrente firmó las resoluciones "a sabiendas de su injusticia".

Falsificación.- Prueba.- El delito de falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuesta que actúe a su instancia, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa de la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien en concierto con él se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.

No existe ninguna hipótesis alternativa razonable a que la operación, que exigía necesariamente como instrumento esencial la manipulación del informe, se pudiese realizar sin el impulso y aquiescencia de la Alcaldesa. Era ésta, además, la que iba a beneficiarse de la falsificación del dictamen, al permitir que su resolución del expediente pudiese superar las objeciones de la Intervención, si la concesión de la máxima subvención no estuviese apoyada en un dictamen con la máxima puntuación. Valorados en su conjunto los plurales indicios existentes y relacionándolos racionalmente, surge como conclusión natural de las normas ordinarias de la lógica y la experiencia que la falsificación se realizó a instancia de la recurrente, que fue quien se aprovechó de la documentación falseada, conclusión que supera el canon de la lógica o cohesión interna, y el canon externo de la suficiencia o calidad de la conclusión.

Acusación particular.- Legitimación.- El art 109 Lecrim otorga la posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil. Como recuerda la reciente STS núm. 754/2015, de 17 de noviembre, constituye un error manifiesto denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito para ligar esta condición exclusivamente a quien sucesivamente fuese el titular del patrimonio dañado, o excluir como acusador a quien no pudiese ejercitar la acción civil, pues en tal caso todo el que fuese indemnizado perdería la condición de acusador particular.

El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho



www.civil-mercantil.com

delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP). En el caso actual el Estado es ofendido por el delito porque el dinero malversado, incrementando ilícitamente la ayuda o subvención que recibió la empresa adjudicataria, procedía en su mayor parte de una subvención de once millones de euros concedida al Ayuntamiento de Jerez por el Ministerio de Agricultura, con una finalidad específica. El Estado se convierte en ofendido por el delito en la medida en que dichos fondos son malversados por miembros del Ayuntamiento, desviándolos de la finalidad acordada.

Principio acusatorio.- Elementos fácticos.- El juicio oral constituye el momento esencial del proceso penal, en el que debe practicarse la prueba. La contradicción a la que se somete la prueba puede, y debe, dar lugar a que aparezcan elementos de convicción, fruto de la viveza de los interrogatorios, que no se encuentren expresamente relacionados en los escritos de acusación, pero el hecho de que el Tribunal los tome en consideración no vulnera el principio acusatorio. Lo que prohíbe este principio es que la condena se fundamente en hechos sustancialmente diferentes de los que han sido objeto de acusación, no que el Tribunal valore datos o elementos de convicción emanados de la prueba practicada y sometidos a contradicción en el juicio, que no apareciesen minuciosamente relacionados en la calificación acusatoria, pues lo contrario fosilizaría el juicio.

Falsificación.- La doctrina de esta Sala ha optado en la aplicación del art 390.1.2º (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo en dicha modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva). En el caso actual concurren ambos supuestos. En primer lugar, el contenido del documento objetivamente auténtico, el dictamen emitido por el técnico competente para elaborarlo, se ha alterado de una forma sustancial (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad primera de falsedad del art 390 1, alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales), e implica en cualquier caso la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad objetiva. Y, en segundo lugar, en la firma del documento se ha incorporado a un capataz del servicio, persona que en realidad no tuvo intervención en su redacción (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad tercera de falsedad documental, art 390 1 3º "suponiendo en un acto la intervención de persona que no la ha tenido"), e implica la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad subjetiva, o genuinidad. Es decir, que la falsedad cometida es triple: alterar un documento en sus elementos esenciales, simular un documento induciendo a error sobre su autenticidad y hacer intervenir en el mismo a una persona que no la ha tenido.

Esta falsificación documental, que conforme a su tipificación legal influye de modo determinante en la gravedad de la pena impuesta, dota a la conducta enjuiciada de una especial gravedad. La actuación de la recurrente no se limitó a dictar una resolución manifiestamente arbitraria (prevaricación), permitiendo con ello que un tercero sustrajese caudales públicos que la Alcaldesa tenía a su cargo por razón de sus funciones (malversación), sino que utilizó como instrumento la falsificación de un documento oficial, atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos suscritos por los funcionarios públicos y cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la



www.civil-mercantil.com

administración, pues si se manipulan desde el ámbito político los elementos esenciales de los documentos oficiales que sirven de sustrato a los expedientes administrativos, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos. Prevaricación.- Arbitrariedad.- La decisión de la Alcaldesa recurrente de adjudicar la ayuda máxima a la empresa TISA constituyó una resolución adoptada con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional. El seguimiento de todo el proceso así lo indica. Primero influyó sobre el funcionario competente para que tratase con cariño a la empresa. Seguidamente, visto que el perito no le adjudicaba a la empresa TISA la puntuación máxima, necesaria para la concesión de la ayuda máxima, se le presionó para que cambiase el informe. Y, por último, como el nuevo informe tampoco daba cobertura a la máxima subvención que arbitrariamente quería conceder la Alcaldesa, se manipuló el informe y se sustituyó por otro firmado por un capataz. La arbitrariedad del proceso es manifiesta.

Malversación.- Elemento subjetivo del tipo.- El ánimo de lucro, elemento subjetivo añadido a la figura por el CP 95, ha de ser interpretado como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo. En consecuencia, el hecho de que la recurrente dispusiera ilícitamente de fondos públicos en beneficio de terceros, consciente de que les proporcionaba un enriquecimiento, provecho o ventaja ilícitos, en perjuicio del patrimonio municipal, integra el ánimo de lucro, con independencia de que el fin último sea el de conceder una mera liberalidad para beneficiar a una compañía y así facilitar ilícitamente la instalación de la empresa en la comarca. Pues lo requerido por el tipo es que la conducta enjuiciada incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia, que puede ser, bien directa para el sujeto público implicado, o bien indirecta cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, ya que tal interés tendría en todo caso una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos.

Malversación.- Reforma CP 2015.- El delito de malversación de caudales públicos ha sido modificado por la reforma operada en la LO 1/2015. Esta modificación es relevante pues, siguiendo el modelo germánico que tanto ha influido en la reciente reforma, se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art 252) y apropiación indebida (art 253,) a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público. Esta modificación, que parece responder al mero mimetismo pues es sabido que al no existir en Alemania un delito específico de malversación de caudales públicos los supuestos correspondientes se tienen que resolver mediante la aplicación del tipo de administración desleal (266 StGB), puede provocar problemas interpretativos pues, como ha señalado acertadamente la doctrina, la modalidad de malversación construida por mera remisión a la administración desleal del patrimonio privado puede generar distorsiones al no ser totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público y el privado.

Malversación.- Norma más beneficiosa.- Lo que interesa a los efectos de la aplicación retroactiva de la norma penal más beneficiosa, es determinar si la conducta sancionada como



www.civil-mercantil.com

malversación de caudales públicos en la sentencia impugnada es también típica conforme a la nueva definición de la malversación, y, en su caso, si está sancionada de modo más benévolo. Para ello se ha dado traslado a las partes, que no han cuestionado que la conducta enjuiciada continúe siendo típica como malversación en la nueva redacción, y además interesan que se mantenga la aplicación de la normativa anterior, por estimarla más beneficiosa. La cuestión no es sencilla, pues se ha sostenido doctrinalmente que los supuestos de distracción, antes comprendidos en la modalidad ordinaria de malversación apropiatoria, deberían tratarse ahora como administración desleal de patrimonio público, lo que puede introducir un cambio de enfoque no sometido a contradicción en la sentencia impugnada, que fue dictada con anterioridad a la modificación legal. Pero en el caso actual esta cuestión no se ha planteado, por lo que podemos considerar que nos encontramos ante un supuesto de malversación apropiatoria que debe ser sancionado manteniendo la regulación anterior, por resultar más beneficiosa, dado que al ser su cuantía superior a 50.000 euros la nueva regulación impondría la aplicación de la modalidad agravada prevenida en el nuevo art 432 3 b (CP 2015).

Inadmisión de prueba.- Doctrina general.- Prueba sobre la prueba.- Art 729 3º Lecrim .- Secreto profesional de los Abogados.- Regulación legal.- Es claro que una prueba que exige a un Abogado declarar sobre un hecho o noticia conocido a través de su intervención profesional en el proceso es inadmisibles por contravenir el secreto profesional (art. 542.3 LOPJ).

Recurso Ministerio Fiscal.- Relación concursal entre el delito de fraude y el de malversación.- Consolidación de doctrina jurisprudencial controvertida.- El delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial, consolidando con ello la doctrina establecida en la STS 806/2014, de 13 de diciembre , entre otras.

Reforma Código Penal 2015.- Art. 77.- Nueva penalidad del concurso medial.- Precisamos que se trata de un concurso medial porque el fraude es el instrumento para cometer la malversación, y no un concurso ideal porque no nos encontramos ante un mismo hecho, ya que generalmente ambos delitos exigen conductas diferenciadas y sucesivas. Distinción que hoy es conveniente realizar, porque la reforma de 2015, a través de una modificación insuficientemente explicada, ha separado la penalidad de ambas modalidades de concurso aunque las siga regulando en el mismo precepto (Art. Aplicación al caso específico.- Desestimación del recurso del Fiscal.- Nueva doctrina para supuestos en que la totalidad del desvalor de la conducta ya esté comprendido en la sanción impuesta.- La punición como concurso de delitos, y no de normas, exige que la sanción del delito más grave (la malversación) no abarque el total desvalor de la conducta, consistente en estos casos tanto en el artificio y concierto con terceros propios del fraude (que lesionan los principios de objetividad y transparencia), como el efectivo perjuicio del patrimonio público, propio de la malversación. De otro modo vulneraríamos el principio non bis in ídem, sancionando doblemente una conducta cuyo desvalor ya está comprendido en la sanción de una sola de ellas. Por esta vía debe darse la razón al Tribunal de Instancia, y desestimarse el recurso del Ministerio Público. En efecto, en el específico caso actual nos encontramos con que no se ha producido concierto alguno con los interesados, pues el Tribunal sentenciador considera que no se ha probado, y absuelve a los terceros. No concurre, en consecuencia, la modalidad de fraude por concierto.

Nos resta la modalidad de fraude por uso de artificio. En el caso enjuiciado, el artificio consiste en la falsificación de un informe pericial necesario en el proceso de contratación. Pero esta falsificación ya se ha sancionado autónomamente, como delito de falsificación de



www.civil-mercantil.com

documento oficial. La Sala sentenciadora ha condenado a las recurrentes por un triple concurso de delitos, falsificación, prevaricación y malversación de caudales públicos, en concurso medial. Sancionar además la falsificación, en su calidad de artificio, como constitutiva de un delito adicional de fraude, constituiría una punición duplicada, que vulneraría el principio non bis in ídem, pues el desvalor de dicha conducta ya ha sido tomado en consideración a través del delito de falsedad. En consecuencia, estimamos que en el supuesto actual, el triple concurso ya abarca la totalidad del desvalor de la conducta, y no procede añadir un cuarto tipo delictivo, como interesa el Ministerio Fiscal. El recurso debe ser desestimado.

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 797/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos pende, interpuestos por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL y por quebrantamiento de forma e infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Custodia Celia y por Rosa Yolanda contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, de fecha 20 de febrero de 20015, en causa seguida a Custodia Celia y Rosa Yolanda por delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, siendo



www.civil-mercantil.com

también parte el Ministerio Fiscal y estando dichas recurrentes representadas, respectivamente, por los Procuradores D. Francisco Fernández Rosa y D^a Ana M^a Llorens Pardo; y como recurridos Cosme Leovigildo, Pascual Dionisio, Eloy Justino y Anton Benedicto, representados todos ellos por el Procurador D. Álvaro José de Luis Otero; y el Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 5 de Jerez de La Frontera, instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 23/2014, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, con sede en Jerez de la Frontera, que con fecha 20 de febrero de 2015, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" PRIMERO.- El 4 de septiembre de 2003 se firmó un protocolo de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, (M.A.P.A.) y el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. El 24 de enero de 2004 se firmó un convenio de colaboración entre el referido Ministerio y el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, (I.P.D.C.), que era un organismo autónomo adscrito al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. El objeto del convenio era la creación y puesta en funcionamiento de un centro agroindustrial en Jerez de la Frontera. Se pactó que el M.A.P.A. aportaría 11 millones de euros mientras que el I.P.D.C. aportaría 1.500.000 euros. El destino de esas cantidades sería:

-3 millones de euros aportados por el M.A.P.A. para cursos de formación sobre materias agroalimentarias y agrarias.

-2 millones de euros aportados por el M.A.P.A. y 600.000 euros por el I.P.D.C. para la construcción de un edificio donde ubicar servicios a la agricultura.

- 6 millones de euros aportados por el M.A.P.A. y 900.000 euros aportados por el I.P.D.C. para la urbanización de un parque empresarial especializado en el sector agroalimentario que permitiese disponer de 140.000 metros cuadrados destinados a la instalación de empresas relacionadas con el sector agroalimentario. El 7 de septiembre de 2005 se modificó el convenio sólo en lo relativo a los planes de formación para introducir un programa de innovación tecnológica vinculado a la producción agraria.

Segundo.

El 24 de septiembre de 2004 se firmó un acuerdo de colaboración entre el I.P.D.C., que como ya hemos dicho era un organismo autónomo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, y la "Empresa Municipal del Suelo de Jerez", (EMUSUJESA), que era una empresa municipal dependiente de la citada corporación municipal. El objetivo del convenio era el desarrollo del centro agroindustrial conforme a los acuerdos con el M.A.P.A.. EMUSUJESA se comprometió a destinar una finca de su propiedad a la instalación del futuro Parque Agroalimentario de Jerez y a tramitar los expedientes necesarios para las obras de urbanización, mientras que el I.P.D.C. se comprometió a financiar las obras de urbanización y a definir y gestionar la política de ayudas municipales a los futuros adquirentes de parcelas en el parque. En ese acuerdo se estableció que para la ejecución del proyecto I.P.D.C. y EMUSUJESA constituirían una "comisión de seguimiento" en la que, entre otras funciones, se



www.civil-mercantil.com

analizaría las solicitudes de adquisición de parcelas mediante un procedimiento de valoración objetiva. Doña Custodia Celia fue alcaldesa de Jerez y presidenta del I.P.D.C. desde antes del 20 de enero de 2005. En esa fecha el pleno del Ayuntamiento designó a Don Cosme Leovigildo vocal de dicho organismo (folio 1044 de las actuaciones) El señor Cosme Leovigildo era concejal. Por resolución de 16 de marzo de 2005 fue designado vicepresidente del I.P.D.C. (folio 1045 de las actuaciones). La señora Custodia Celia también era presidenta de EMUSUJESA (Empresa Municipal del Suelo de Jerez sa.), en su condición de alcaldesa. El señor Cosme Leovigildo también era consejero de EMUSUJESA desde al menos el 20 de enero de 2005 y por resolución de 21 de junio de 2007 fue nombrado vicepresidente de esa sociedad (folios 1059 a 1060 de las actuaciones). La señora Rosa Yolanda no tenía ni en el I.P.D.C. ni en EMUSUJESA ningún cargo que le permitiese la disposición de fondos.

Tercero.

El 16 de febrero de 2005 el Consejo de Administración de EMUSUJESA, con intervención de Doña Custodia Celia y de Don Cosme Leovigildo, fijó las bases para la venta de las parcelas del parque agroalimentario, haciendo constar la voluntad del gobierno local de repercutir el importe de la subvención ministerial en los empresarios que adquiriesen las parcelas. En el acuerdo adoptado se indicó que era necesario "un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: Servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestra comarca."

Se estableció que, tras la solicitud de adquisición, se realizarían dos informes técnicos:

-Un informe de la Delegación de Desarrollo Rural del Ayuntamiento de Jerez para valorar la adecuación del proyecto empresarial a los objetivos del proyecto de modernización agroindustrial de Jerez.

-Un informe de EMUSUJESA sobre la adecuación del proyecto a lo (7 establecido en el plan parcial del sector 38-parque agroalimentario).

Esos informes serían trasladados a la "comisión de seguimiento", creada por el convenio entre EMUSUJESA y el I.P.D.C.. Esa comisión sería la que acordaría si el proyecto presentado cumplía o no las condiciones exigidas para incorporarse al parque.

En caso de ser favorable la decisión, se pasaría a la fase de contratación. Concretamente, a la firma del contrato privado de compraventa de la parcela el comprador tendría que abonar el 30 % del precio, "dicho importe será sobre el precio final sin subvencionar".

Una vez firmado el contrato privado y antes de formalizar la escritura pública de compraventa, el adquirente podría solicitar al I.P.D.C. la concesión de ayudas directas sobre el precio de adquisición, correspondiendo ese procedimiento al I.P.D.C. que sería el encargado de regularlo.

A la firma de la escritura pública debería abonarse el 70 % restante del precio de la parcela, pudiendo el adquirente presentar la resolución con la subvención concedida por el I.P.D.C. descontando del precio de la parcela las cantidades entregadas a cuenta y el importe de la subvención.

En ese acuerdo del Consejo de Administración de EMUSUJESA se estableció el precio de venta de cada una de las parcelas, que oscilaba entre 95 y 105 euros por metro cuadrado, según la actividad a la que se podía destinar la parcela. Se añadió que ese precio de referencia de las parcelas podría ser objeto de subvención por el I.P.D.C. o por la Delegación de Desarrollo Agroindustrial del Ayuntamiento de Jerez.



www.civil-mercantil.com

Se indicó también que para los casos de incumplimiento de sus obligaciones por los adquirentes se establecería la procedencia de la resolución contractual y la reversión de los terrenos a EMUSUJESA con reintegro del 80 % de las cantidades abonadas por el adquirente. A solicitud del comprador el derecho de reversión podría sustituirse por un aval a favor de EMUSUJESA.

Cuarto.

La firma el 6 de abril de 2005 de un protocolo entre el Ayuntamiento de Jerez y dos Consejerías de la Junta de Andalucía, se comunicó a la comisión de seguimiento del convenio con el M.A.P.A. y dio lugar a que se incorporase el concepto de innovación y se cambiase la denominación de "centro agroalimentario" por la de "Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez". QUINTO.- El 19 de julio de 2005 el Consejo Rector del I.P.D.C. fijó los criterios de valoración de empresas para su ubicación en el "parque tecnológico agroindustrial de Jerez". En ese consejo rector intervino Don Cosme Leovigildo . El consejo rector del I.P.D.C. decidió que para evaluar la pertinencia de ubicación de una empresa en el Parque Agroindustrial de Jerez se estaría a los siguientes criterios:

- Criterios de tecnología e innovación. Puntuación máxima 2 puntos.
- Criterios de actividad. Puntuación máxima 3 puntos.
- Criterios de desarrollo rural. Puntuación máxima 4 puntos.
- Criterios de oportunidad. Puntuación máxima 2 puntos.
- Criterios de inversión/empleo. Puntuación máxima 3 puntos.

La máxima puntuación total posible era de 14 puntos. Se acordó que las empresas serían valoradas de acuerdo con esos criterios y que tendrían que cumplir:

-Un criterio de necesidad, debiendo obtener puntuación en, al menos, dos de los criterios establecidos. En caso contrario se entenderá que la empresa no es apta para su ubicación en el parque.

-Un criterio de suficiencia, debiendo obtener al menos 6 puntos.

Se indicó que "una vez se disponga de valoración positiva para la incorporación en el parque, las empresas podrán optar a una minoración en el precio tipo de venta del suelo", según la siguiente tabla:

14 puntos	40% de minoración
13-12 puntos	30% de minoración
11 - 10 puntos	25 % de minoración
9-8-7-6 puntos	20 % de minoración

Sexto.

Por resolución de la Alcaldía, de 18 de junio de 2007, se crearon nuevas Delegaciones en el Ayuntamiento de Jerez, entre las que estaban la de Fomento Económico, desempeñada por Don Cosme Leovigildo , y la de Medio Rural, desempeñada por Doña Rosa Yolanda . Tanto el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, (I.P.D.C.), como EMUSUJESA dependían de la Delegación de Fomento Económico, mientras que el Parque Tecnológico Agroalimentario, (P.T.A.), dependía de la Delegación de Medio Rural.

Séptimo.



www.civil-mercantil.com

El 24 de julio de 2007 Doña Custodia Celia , como presidenta del I.P.D.C. y Don Cosme Leovigildo , como vicepresidente de "EMUSUJESA" acordaron una 'addenda' al acuerdo de colaboración firmado entre ambas entidades el 29 de septiembre de 2004 para el desarrollo del Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez. En la 'addenda' se dijo:

1. El I.P.D.C. fijará la ayuda que debe corresponder a cada adquirente de suelo "en forma de porcentaje de bonificación sobre el precio del suelo, en función de los criterios que el mismo instituto ha establecido y previa valoración de las circunstancias concurrentes en cada adquirente".

2. EMUSUJESA concederá una subvención directa, mediante la firma del correspondiente convenio, a cada adquirente de suelo que haya sido propuesto como beneficiario por el I.P.D.C.

OCTAVO- Las adjudicaciones de parcelas en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez de la Frontera se resolvieron en las siguientes reuniones de la "Comisión de Seguimiento", creada por el convenio entre "EMUSUJESA" y el I.P.D.C:

a.- El 30 de diciembre de 2005 se reunió la comisión, interviniendo:

-En nombre del I.P.D.C., el Delegado de Desarrollo Agroindustrial y Rural, el gerente del I.P.D.C. y Don Constancio Carlos , director del Área de Desarrollo Agroindustrial y Rural que se indicó que intervino con voz pero sin voto.

-En nombre de EMUSUJESA el coordinador de suelo de la Gerencia Municipal de Urbanismo y el gerente de EMUSUJESA.

Se realizaron 29 adjudicaciones sobre 39 solicitudes. Las solicitudes fueron valoradas conforme al baremo establecido, siendo la máxima puntuación concedida la de 12 puntos. Al menos 7 de los adjudicatarios de las parcelas habían obtenido menos de 6 puntos en la valoración realizada por la Delegación de Desarrollo Agrícola y Rural, cuando en los criterios establecidos en la reunión de 19 de julio de 2005 del I.P.D.C. se había establecido que para la incorporación al parque debía cumplirse un criterio de suficiencia consistente en obtener al menos 6 puntos. En las fichas de valoración realizadas por la Delegación de Desarrollo Agrícola y Rural para esta reunión de la comisión de seguimiento se incluyó un apartado de "propuesta de subvención en el coste del suelo" en el que se cuantificó el porcentaje de minoración que corresponderla a cada adjudicatario en función de los puntos obtenidos.

b.-El 10 de julio de 2006 hubo una nueva reunión de la comisión de seguimiento en la que intervinieron:

-Por el IPDC, Don Cosme Leovigildo , como Delegado de Desarrollo Económico y Promoción, el director gerente del LP.DC. y Don Constancio Carlos , director del Área de Desarrollo Agroindustrial y Rural.

-Por EMUSUJESA el Delegado de Política Territorial y el gerente de dicha sociedad.

Fueron 15 las adjudicaciones realizadas, constando en la documentación incorporada la puntuación concedida a todos los adjudicatarios menos la de "Arconet s.l. dedicada a la actividad de servicios informáticos. Además habla un adjudicatario, "Inavisa", que había sido valorado con 4 puntos. Los restantes tenían más de 6 puntos y la máxima puntuación reconocida fue de 11 puntos. En esta reunión se adjudicó una parcela a "Asaja".

c.- El 16 de abril de 2007 se reunió la comisión de seguimiento en la que intervinieron:



www.civil-mercantil.com

-Por el IPDC su director y Don Constancio Carlos , director del Área de Desarrollo Agroindustrial y Rural.

-Por EMUSUJESA su gerente.

Se efectuaron 9 adjudicaciones. En los expedientes administrativos constan las fichas de valoración de todos los que resultaron adjudicatarios, que superaban los 6 puntos, siendo la más puntuada "Tecnología e Innovación Sanitaria s.l." que obtuvo 9 puntos, según el contenido de la ficha de valoración que reflejaremos en el siguiente apartado de esta resolución.

d.- El 21 de enero de 2008 tuvo lugar otra reunión en la que intervino Don Cosme Leovigildo , haciéndose constar en el acta que lo hacía tanto en nombre del I.P.D.C. como de EMUSUJESA. Además intervinieron el director del I.P.D.C. y el gerente de EMUSUJESA. En esta reunión se produjeron

8 adjudicaciones. En los expedientes consta la puntuación asignada a cada solicitante, que en todos los casos fue de entre 6 y 8 puntos.

e.- El 24 de Julio de 2008 hubo otra reunión de la comisión de seguimiento. Al haberse suprimido el I.P.D.C. la reunión tuvo lugar entre el Ayuntamiento de Jerez, sucesor del I.P.D.C., y EMUSUJESA. Asistieron:

-Por el Ayuntamiento de Jerez Doña Rosa Yolanda , Delegada de Medio Rural.

-Por EMUSUJESA Don Cosme Leovigildo , vicepresidente de esa empresa.

Se adjudicaron 2 parcelas, sin que en los expedientes conste la valoración conforme al baremo de los adjudicatarios.

Pese a que no hay más reuniones de la comisión de seguimiento, la documentación aportada recoge otras solicitudes y adjudicaciones posteriores.

Noveno.

"Tecnología e Innovación Sanitaria s.l.", (T.I.S.A.), se constituyó el 30 de septiembre de 2005 con tres socios, Don Eloy Justino , Don Pascual Dionisio y Don Anton Benedicto , todos ellos consejeros delegados mancomunados. El objeto social indicado en los estatutos de T.I.S.A. hacía referencia a la comercialización y representación de suministros y material clínico, los sistemas de mantenimiento técnico del material y maquinaria médica, la asesoría sobre esas cuestiones, la limpieza y mantenimiento de edificios y jardinería, los sistemas de seguridad y la hostelería. En enero de 2006 T.I.S.A. solicitó una subvención a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía para un proyecto que iba a realizar en "Huévar del Aljarafe" e indicó que su principal producto era una planta generadora y, opcionalmente, envasadora de oxígeno para uso médico e industrial, presentando un estudio de mercado en el que 25 millones de euros de un total de 305 se referían a usos ajenos al médico. El 10 de julio de 2006 T.I.S.A. había presentado ya una solicitud para incorporarse al parque agroalimentario de Jerez. En esa solicitud T.I.S.A. indicó que el generador de oxígeno de T.I.S.A. permitiría mejorar la asistencia a los pacientes y ofrecer un coste económico inferior en el oxígeno hospitalario o industrial, con mejoras en el transporte, manipulación y seguridad. En la solicitud se indicó que la inversión prevista era de 7.585.162 euros y que se crearían 25 puestos de trabajo. En relación a esa solicitud, Don Constancio Carlos le comentó al señor Cosme Leovigildo las dificultades que veía para poder informar favorablemente la incorporación de esa empresa al parque agroindustrial por tratarse de una empresa dedicada a la actividad sanitaria. El señor Constancio Carlos trabajaba en la Delegación de Desarrollo Rural, era ingeniero agrónomo, estaba encargado de emitir los informes técnicos de valoración de los solicitantes de incorporación al parque agroalimentario y había intervenido en las dos reuniones de la comisión de seguimiento celebradas hasta el



www.civil-mercantil.com

momento. Tras esos comentarios que el señor Constancio Carlos hizo al señor Cosme Leovigildo, la alcaldesa, Doña Custodia Celia, habló con Don Constancio Carlos y le dijo que tratase con cariño a esa empresa, facilitándole diversa documentación y un teléfono de contacto.

Seguidamente el señor Constancio Carlos contactó con un asesor de T.I.S.A. al que le expuso las razones por las que consideraba que la disparidad entre su actividad y la propia del parque impedía la adjudicación solicitada. El 22 de septiembre de 2006 T.I.S.A. presentó un escrito en el 1.P.D.C. destacando que la fabricación de generadores de nitrógeno y de oxígeno se enfocaría hacia los sectores de servicios y agroindustrial, incluyendo el tratamiento de agua, la conservación de alimentos y la acuicultura. El 22 de noviembre de 2006 T.I.S.A. presentó una nueva solicitud de incorporación al parque en la que indicó como actividad principal la fabricación de generadores de oxígeno y nitrógeno para la acuicultura, dirigida a sectores como los de tratamiento de aguas residuales, industria hortofrutícola y conservera, congelación de alimentos en túneles por nitrógeno, conservas de fruta y hortalizas.

El 29 de enero de 2007 Doña Custodia Celia firmó un certificado indicando que lo hacía como Alcaldesa y Presidenta del Consejo de Administración de EMUSUJESA. La señora Custodia Celia certificó:

-Que T.I.S.A. había presentado el 22 de noviembre de 2006 una solicitud para la adquisición de una parcela edificable en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez.

-Que con esa solicitud T.I.S.A. había presentado el comprobante de ingreso de una cantidad a cuenta en concepto de fianza y parte de pago del precio de compraventa de la parcela "de la que resulte adjudicataria la citada entidad mercantil en la próxima reunión de la Comisión de Seguimiento del Proyecto de Puesta en Funcionamiento del Parque Agroindustrial de Jerez."

-Que la citada Comisión de Seguimiento "procederá a adjudicar, en su próxima reunión y en aplicación de los criterios de valoración aprobados, parcelas de este espacio empresarial entre las que se encuentra la parcela NUM000 de este espacio empresarial, con una superficie total de 6.440'00 metros cuadrados de extensión superficial y una edificabilidad total de 4.54664 metros cuadrados, solicitada y afianzada por la entidad mercantil Tecnología e Innovación Sanitaria S.L."

Como ya hemos indicado anteriormente, en la comisión de seguimiento celebrada el 16 de abril de 2007 se adjudicó una parcela a T.I.S.A.. Esa adjudicación se basó en una ficha de valoración realizada por Don Constancio Carlos con el siguiente contenido:

"Breve descripción de la actividad T.I.S.A. es una sociedad promovida por personas relacionadas con el mundo de la medicina cuyo objetivo es la producción de oxígeno para uso hospitalario e industrial. Según informe adjuntado por la empresa, se pretende abrir una línea de comercialización para el oxígeno dirigida a la acuicultura y la industria alimentaria. Concretamente los sectores a los que fría destinada la producción de la planta prevista en el parque son el tratamiento, esterilización y desinfección de aguas residuales procedentes de industrias agroalimentarias (con fuerte DBO), limpieza y oxigenación de aguas de acuicultura, la desinfección de depuradora de mariscos, la congelación de alimentos (túneles de N₂) y la conservación de frutas y hortalizas en atmósfera inerte."

En la ficha el señor Constancio Carlos propuso que T.I.S.A. se incorporase al parque agroindustrial con la siguiente valoración:

Criterio de tecnología e innovación: 3 puntos. (Cuando el máximo establecido para ese apartado era de 2 puntos)



www.civil-mercantil.com

Criterio de actividad: 1 punto. Criterio de desarrollo rural: 1 punto. Criterio de oportunidad: 2 puntos. Criterio de inversión y empleo: 2 puntos. Total: 9 puntos.

El señor Constancio Carlos incluyó en su ficha de valoración una nota con el siguiente contenido: "Aunque la empresa reúne los requisitos formales para incorporarse al PTA (sobre todo en lo referente al desarrollo tecnológico) debe tenerse en cuenta que su actividad principal es el suministro de oxígeno a hospitales, por lo que su actividad no encajaría con los objetivos del parque agroindustrial. Con todo, se ha considerado positivamente la intención de la empresa de desarrollar una línea de trabajo vinculada al sector agroalimentario en los términos señalados anteriormente. Asimismo, se ha tenido en cuenta la adjudicación anterior de suelo a empresas dedicadas a la producción de componentes y aditivos alimentarios, creándose las condiciones para configurar una agrupación de empresas vinculadas a dicho sector. Lo mismo se podría decir de empresas relacionadas con tecnologías del agua".

El 18 de mayo de 2007 se firmó contrato privado de compraventa de la parcela adjudicada entre T.I.S.A., representada por Don Eloy Justino, Don Anton Benedicto y Don Pascual Dionisio, y EMUSUJESA, representada por la alcaldesa de Jerez, Doña Custodia Celia. El precio de la parcela era de 611.800 euros más 97.888 euros de I.V.A.; T.I.S.A. abonó 106.45320 euros mediante cheque bancario y 106.453'20 euros mediante pagaré con vencimiento el 18 de agosto de 2007, mientras que el resto se abonaría a la fecha de otorgamiento de la escritura pública. En acuerdo del consejo de Administración de EMUSUJESA de 16 de febrero de 2005 se había establecido que a la firma del contrato privado debía abonarse el 30 % del precio del suelo sin subvencionar. T.I.S.A. abonó mediante un cheque el 15 % de ese precio y el otro 15 % mediante un pagaré con vencimiento a tres meses. El pagaré no fue abonado en la fecha de vencimiento, 18 de agosto de 2007, sino que el 26 de septiembre de 2007 T.I.S.A. solicitó un aplazamiento hasta el 19 de octubre de 2007, fecha en que fue abonado.

Décimo.

Aunque T.I.S.A. había obtenido la adjudicación de la parcela, la alcaldesa Doña Custodia Celia decidió que iba a concederle una ayuda del 40 % del precio establecido por el Consejo de Administración de EMUSUJESA. La ficha técnica que otorgaba 9 puntos a la propuesta de T.I.S.A. era un impedimento para ella porque el acuerdo del Consejo Rector del I.P.D.C. de 19 de julio de 2005 suponía que un adjudicatario valorado con 9 puntos sólo tenía derecho a un 20 % de minoración del precio. Por ello Doña Custodia Celia le dijo a la concejala Doña Rosa Yolanda que solicitase a Don Constancio Carlos la realización de un informe técnico que reconociese los 14 puntos necesarios a la solicitud de T.I.S.A. para concederle la minoración del 40 % del precio.

Doña Rosa Yolanda, que era la Delegada Municipal de la que dependía el señor Constancio Carlos, conociendo que el objetivo del nuevo informe era aprobar una subvención del 40 % del precio de la parcela adjudicada a T.I.S.A. le solicitó al señor Constancio Carlos que realizase ese informe con 14 puntos. El señor Constancio Carlos no accedió a hacer el informe en los términos interesados y mantuvo que los 9 puntos indicados en la ficha técnica eran correctos. Posteriormente fueron diversos empleados de la Delegación de Fomento quienes insistieron al señor Constancio Carlos que debía hacer el informe porque "arriba" estaban esperándolo. El señor Constancio Carlos entendió que con la expresión "arriba" se referían a la Delegación de Fomento, de la que era Delegado el señor Cosme Leovigildo. Finalmente el señor Constancio Carlos decidió redactar un documento con el siguiente contenido:



www.civil-mercantil.com

"En el presente informe se realiza una valoración de la empresa Tecnología Innovación Sanitaria S.L. (TIS), en base a los criterios adoptados por el Consejo del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de 19 de julio de 2005, a efectos de conceder una posible subvención a dicha empresa para la adquisición de suelo en el parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez (PTA JEREZ).

I.- Consideraciones Generales

En relación con la actividad que desarrolla la empresa y su papel en el PTA-JEREZ, cabe hacerse las siguientes consideraciones:

Primero.

El Parque Agroindustrial de Jerez es una infraestructura financiada por el Ministerio de Agricultura a través del convenio firmado el 24 de enero de 2004 con el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (modificado el 29 de marzo de 2005). El origen de la financiación obliga, por tanto, a que las empresas adjudicatarias de parcelas de dicho parque estén relacionadas con el sector agroindustrial, ya sea porque participen en la cadena de valor de productos agroindustriales finales o porque suministren insumos o servicios a dicha cadena.

Segundo.

En la primera semana de julio de 2006 se mantiene un contacto informal con la empresa TIS SL que expresa su interés en realizar una inversión en el parque agroindustrial de Jerez consistente en la creación de una planta de producción de oxígeno y nitrógeno. Se le informa de la orientación sectorial del parque, del procedimiento de adjudicación y se le requieren los estatutos de la sociedad y una breve memoria para evaluar la oportunidad de realizar la solicitud.

Tercero.

"Recibida la documentación anterior se constata que el objeto social de TIS SL está relacionado con la prestación de servicios y suministros a instituciones sanitarias. Sólo el punto e) (hostelería, explotación por sí o por cuenta de terceros de cafetería, bares y comedores o cualquier otra actividad de hostelería) del artículo referente al objeto social, podría relacionarse con el sistema agroalimentario (consumo social).

Cuarto.

El objeto específico de las inversiones que se realizarían en el parque agroindustrial es la construcción de una planta de producción de nitrógeno y oxígeno. Puestos en contacto con la empresa se nos informa que la producción de oxígeno está orientada a instituciones hospitalarias e industrias agroalimentarias con especial incidencia en los siguientes sectores:

- Tratamiento, esterilización y desinfección de aguas residuales de: Industrias hortofrutícolas. Industrias conserveras.
- Limpieza y oxigenación de aguas en la acuicultura
- Desinfección de depuradoras de marisco.
- Congelación de alimentos en túneles por nitrógeno.
- Conservación industrial de frutas y hortaliza.



www.civil-mercantil.com

Dado que estos fines encajan con el objeto del parque agroindustrial se le comunica la necesidad de proceder a formalizar la solicitud para lo que es necesario realizar un ingreso de 600 euros en cuenta de EMUSUJESA y redactar el impreso de solicitud. Posteriormente la empresa nos informa que el 1718/2006 se realiza el pago referido.

Quinto.

Con todo, se le requiere a la empresa una ampliación de la información sobre su vinculación al sector agroindustrial, por lo que el 22 de septiembre de 2006 se recibe en el registro del IPDC un informe firmado por D. Pascual Dionisio , Presidente de TIS SL, en el que se recogen sus líneas de negocio relacionadas con el sector agroindustria!

En consecuencia, a pesar de que el objeto social de la sociedad y la inversión a realizar no están relacionadas directamente con el sector agroindustrial, la empresa ha demostrado suficientemente que la producción de la planta que se ubicaría en el parque se destinaría en más de una (sic) 40% al sector agroindustrial, de hecho, se nos informa verbalmente que una de las razones por las que se decide ubicar la planta en Jerez es precisamente por el crecimiento que se prevé que tenga la acuicultura en los próximos años, sin dejar a un lado la línea de negocio relacionada con la depuración de aguas.

Por otro lado, es altamente valorable el potencial de la empresa como colaboradora y socia en proyectos de I+D+I vinculados a los usos del oxígeno y el nitrógeno en los sectores anteriores, por lo que puede resultar de interés para el conjunto del proyecto del PTA, la presencia de TIS SL en el mismo, siempre y cuando se garantice el compromiso de la empresa de orientar la producción a los usos (dentro de la cadena alimentaria) anteriormente referidos.

2.- Valoración

a. Criterio de tecnología e innovación (hasta 3 puntos): La empresa utiliza tecnologías, participe en proyectos de I+D (o puede ser un socio solvente en la puesta en marcha de futuros proyectos) y presenta en su dirección y equipo técnico titulados superiores con fuerte implicación en el ámbito empresarial. Por todo ello se propone una puntuación de 3.

b. Criterio de actividad (hasta 3 puntos). La empresa no está directamente vinculada con el sector agroalimentario pero, como se apuntó anteriormente, puede ofrecer servicios y producir insumos para el mismo, por lo que proponemos una puntuación de 1.

a- Criterio de desarrollo rural (hasta 3 puntos). A este respecto la empresa tendrá un impacto escaso sobre el desarrollo rural de Jerez. No obstante, su presencia en el parque puede inducir la atracción de empresas que promuevan la diversificación productiva del campo jerezano. En consecuencia propones (sic) se valore este criterio con 1 punto.

d.- Criterio de oportunidad (hasta 3 puntos). La presencia en el parque de una empresa conectada con el sistema sanitario facilitará un puente en un ámbito clave en la industria agroalimentaria como es el de la alimentación y la salud. Esto dará singularidad al parque, por lo que proponemos una puntuación de 2.

e.- Criterio de inversión-empleo (hasta 2 puntos). Tanto por el carácter de la inversión como por la cantidad y calidad del empleo generado por la empresa, proponemos una puntuación de 2.

En consecuencia, la empresa obtendría una puntuación de 9 puntos sobre 14 (un 64%), lo que deberá tenerse en cuenta a la hora de (en base a la Ordenanza Municipal de Subvenciones y la LEY 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) aplicar una posible minoración en el precio de compra de suelo en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez.

En Jerez de la Frontera, a 21 de enero de 2008. Servicios Técnicos de la Delegación de Medio Rural.



www.civil-mercantil.com

Ese documento lo envió por correo electrónico el señor Constancio Carlos a Doña Rosa Yolanda y, siguiendo las indicaciones que otras personas le transmitieron de parte de la señora Rosa Yolanda, lo remitió por correo electrónico el 23 de enero de 2008 a las 13:36 horas a Don Esteban Hugo y a Don Alexis Severiano.

El señor Esteban Hugo era en aquél momento el jefe de gabinete de la señora alcaldesa, Doña Custodia Celia, y es actualmente su marido. La Alcaldesa no disponía de una dirección de correo electrónico oficial en el Ayuntamiento sino que los mensajes electrónicos para ella se dirigían a las direcciones de correo oficiales de los integrantes de su gabinete. A Doña Custodia Celia le fue entregado ese correo electrónico y también el documento adjunto al mismo y que había sido remitido por el señor Constancio Carlos.

Don Alexis Severiano había sido desde el 11 de mayo de 2005 al 16 de junio de 2007 director del Área de Desarrollo Económico de la que era Delegado Don Cosme Leovigildo. A partir de esa fecha el señor Alexis Severiano pasó a trabajar en la "Escuela de Negocios" que era otro organismo dependiente del Ayuntamiento y que estaba situada en el mismo edificio del Área de Desarrollo Económico.

En el correo figuraba como asunto "informe TIS S.L." y se mencionaba como datos adjuntos "informe minoración suelo tisa.docx". El texto del correo decía: "Siguiendo instrucciones de Rosa Yolanda, os adjunto informe justificativo para la posible concesión de una subvención para la compra de suelo en el PTA, a la empresa TIS s.l. Un cordial saludo. Constancio Carlos".

Puesto que el documento redactado por el señor Constancio Carlos no era suficiente para conceder la subvención del 40 % del precio de la parcela, una o más personas no identificadas, con conocimiento de Doña Custodia Celia, procedieron a realizar las siguientes modificaciones en el mismo:

-El apartado tercero de las consideraciones generales quedó como sigue:

"Recibida la documentación anterior se constata que el objeto social de TIS SL, está relacionado con la prestación de servicios y suministros a instituciones sanitarias y producción industrial, relacionándose con el sistema agroalimentario, prestando servicios y suministrando insumos. Cuando la relación de ese párrafo en el documento anterior decía: "Recibida la documentación anterior se constata que el objeto social de TIS SL, está relacionado con la prestación de servicios y suministros a instituciones sanitarias. Sólo el punto e) (hostelería, explotación por sí o por cuenta de terceros de cafetería, bares y comedores o cualquier otra actividad de hostelería) del artículo referente al objeto social, podría relacionarse con el sistema agroalimentario (consumo social).

-El apartado quinto, en su párrafo segundo, sufrió una modificación que hizo que su comienzo quedase así: "La empresa ha demostrado suficientemente que la producción de la planta que se ubicada en el pamue se destinaría en gran medida al sector agroindustrial..." Cuando la redacción en el documento anterior de ese párrafo comenzaba así: "En consecuencia, a pesar de que el objeto social de la sociedad y de la inversión a realizar no están relacionadas directamente con el sector agroindustrial, la empresa ha demostrado suficientemente que la producción de la planta que se ubicaría en el parque se destinaría en más de una (sic) 40 % al sector agroindustrial..."

En la parte del documento relativa a valoración, no se modificó el criterio a.- relativo a tecnología e innovación, manteniendo los tres puntos concedidos que excedían del máximo posible de 2 según las normas de valoración.

Si se modificó el criterio b.-, denominado de actividad, que quedó como sigue: "La empresa está directamente vinculada, aunque no exclusivamente, con el sector



www.civil-mercantil.com

agroalimentario, como se apuntó anteriormente, ofrece servicios y produce insumos para el mismo, por lo que proponemos una puntuación de 3." La anterior redacción del apartado decía: "La empresa no está directamente vinculada con el sector agroalimentario pero, como se apuntó anteriormente, puede ofrecer servicios y producir "insumos" para el mismo, por lo que proponemos una puntuación de 1."

También se modificó el criterio c.-, relativo al desarrollo rural, que se redactó en los siguientes términos: "A este respecto, la presencia en el parque, inducirá la atracción de empresas que promuevan la diversificación productiva del campo jerezano, además de crear sinergias importantes en el sector agroindustrial, que ayudarán a fortalecer el sector agroalimentario. En consecuencia proponemos se valore este criterio con 3 puntos. Sin embargo, este apartado en el documento que el señor Constancio Carlos admite haber redactado decía:

"A este respecto, la empresa tendrá un impacto escaso sobre el desarrollo rural de Jerez. No obstante, su presencia en el parque puede inducir la atracción de empresas que promuevan la diversificación productiva del campo jerezano. En consecuencia, propones (sic) se valore este criterio con 1 punto."

En el criterio d.-, el criterio de oportunidad, la modificación consistió en incrementar a 3 puntos los 2 puntos que incluía el documento cuya autoría admite el señor Constancio Carlos .

El criterio e.- no fue modificado.

En el último párrafo del escrito se indicó que la puntuación total sería de 14 puntos sobre 14 (un 100 %), sustituyendo así la indicación del documento elaborado por el señor Constancio Carlos en el que se había indicado que los puntos eran 9 sobre 14, (un 64 %). Se mantuvo la indicación relativa al lugar y fecha, (En Jerez de la Frontera, a 21 de enero de 2008), pero se suprimió la indicación "servicios técnicos de la Delegación de Medio Rural" en el lugar destinado a la firma.

Puesto que el señor Constancio Carlos no estaba dispuesto a reconocer los 14 puntos de valoración, las señoras Custodia Celia y Rosa Yolanda decidieron que ese documento tenía que firmarlo otro empleado municipal. Entre el 23 y el 25 de enero de 2008, la señora Rosa Yolanda le indicó a su secretaria Doña Herminia Noelia que buscarse a Don Miguel Efrain o a Don Segismundo Mario y les dijese que acudiesen urgentemente a Alcaldía, Donde estaba ella, sin que la señora Rosa Yolanda le indicase a su secretaria el motivo de su solicitud.

Don Miguel Efrain prestaba servicios en el mismo departamento que el señor Constancio Carlos , con la categoría de técnico medio.

Don Segismundo Mario también prestaba servicios en ese mismo departamento y su categoría profesional era la de capataz, sin que nunca hubiese firmado informes técnicos.

La señora Rosa Yolanda y el señor Cosme Leovigildo tenían su despacho en el edificio popularmente conocido como "La Moncloita", en la Avenida Alcalde Alvaro Domecq, Donde estaba también el lugar de trabajo de los señores Miguel Efrain y Segismundo Mario . La Alcaldía estaba situada en el edificio principal del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en la calle Consistorio, aproximadamente a mil metros del anterior edificio. Allí tenía su despacho Doña Custodia Celia .

La secretaria de la señora Rosa Yolanda localizó a Don Segismundo Mario y le dijo que se desplazase urgentemente a Alcaldía porque Doña Rosa Yolanda le estaba esperando. El señor Segismundo Mario acudió a las dependencias de Alcaldía, sin saber el motivo por el que le llamaban, y la señora Rosa Yolanda le dijo que tenía que firmar un informe, que al señor Constancio Carlos no lo localizaban y que había que firmarlo. El señor Segismundo Mario le dijo a la señora Rosa Yolanda que él no sabía, pero leyó el documento y le preguntó a la señora Rosa Yolanda sobre el mismo, contestando la señora Rosa Yolanda que el documento



www.civil-mercantil.com

lo había visto Constancio Carlos y que todo estaba correcto. El señor Segismundo Mario , confiando en la señora Rosa Yolanda , decidió hacer lo que le pedían y firmó el documento, con una firma ilegible y sin indicar su nombre. Seguidamente el señor Segismundo Mario regresó al edificio de "La Moncloita" en el que estaba la Delegación Municipal a la que estaba adscrito y le dijo a Doña Herminia Noelia que le hablan hecho firmar un papel y que si no sería nada malo. La señora Rosa Yolanda sabía que el documento que presentaba al señor Segismundo Mario para que lo firmase estaba elaborado sobre el borrador remitido por el señor Constancio Carlos y también sabía que respecto a ese borrador se había alterado la puntuación, introduciendo la concesión de 14 puntos, así como que el señor Constancio Carlos se negaba a firmar un documento en el que se concediese más de 9 puntos a la solicitud de T.I.S.A.

UNDÉCIMO.- Una vez firmado el documento por el señor Segismundo Mario , se incorporó al expediente administrativo. El 24 de enero de 2008 el interventor municipal informó en los siguientes términos:

"Informe sobre expediente de gasto. En relación con la propuesta de otorgamiento de subvención a "Tecnología Innovación Sanitaria, S.L." por importe de 244.720 euros, para su ubicación en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez, he de informar:

1. Que existe crédito previsto en el presupuesto de gastos del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, prórroga del presupuesto para el año 2007, en la partida de gastos 02/711-A489.01. Una vez se produzca la integración de este organismo autónomo en el Ayuntamiento de Jerez, en el presupuesto municipal de gastos para el año 2008 el crédito se encuentra consignado en la partida 02/721-C470.00.

2. Que habrá de cumplirse la normativa vigente en materia de SUBVENCIONES (en mayúsculas en el documento firmado por el interventor.)

3. Fase de aprobación: Fase ADO.

4.- Órgano de aprobación del gasto: La Presidenta."

El 25 de enero de 2008 se dictó una resolución con el siguiente encabezamiento: "Resolución de la Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, de 25 de enero de 2008, por la que se fija ayuda económica por adquisición de suelo en el parque tecnológico agroalimentario de Jerez en favor de Tecnología Innovación Sanitaria s.l.". Decía la resolución que se dictaba al amparo del acuerdo de colaboración entre el I.P.D.C. y EMUSUJESA, en relación con la addenda de 24 de julio de 2007, en aplicación de los criterios acordados por el consejo rector del I.P.D.C. el 19 de julio de 2005 y de acuerdo con el informe técnico de valoración emitido por el Área de Medio Rural de 21 de enero de 2008, indicando que "La ayuda que corresponde a Tecnología Innovación Sanitaria s.l." por la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez es de un 40 % sobre el precio de venta." y que se notificase a EMUSUJESA. La resolución la firmó Doña Custodia Celia sabiendo que a los restantes adjudicatarios del parque no se les había otorgado ninguna subvención y hablan pagado el precio acordado por EMUSUJESA, con la única excepción de "Bornay Desserts s.l." y de lo ocurrido con la entidad ASAJA con la que en esa fecha se estaba renegociando el precio de venta. También era consciente la señora Custodia Celia al firmar esa resolución de que la solicitud de incorporación al parque de T.I.S.A. habla sido valorada con 9 puntos, lo cual sólo permitía una subvención del 20 % del precio de venta, según los criterios establecidos por el I.P.D.C.. La señora Custodia Celia sabía que el informe incorporado al expediente había sido elaborado modificando el borrador remitido por el señor Constancio Carlos , subiendo la puntuación de 9 a 14 puntos contra el criterio de dicho señor. También sabía la señora Custodia Celia que posteriormente se habla conseguido que ese documento lo



www.civil-mercantil.com

firmase un empleado municipal que no había intervenido en su realización y que se había limitado a estampar su firma en el documento que le habían presentado, sin que el firmante hubiese realizado ninguna valoración.

DUODÉCIMO.- Por acuerdo dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 27 de diciembre de 2007 se había acordado la supresión, entre otros organismos, del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, sucediéndole el Ayuntamiento de Jerez en los derechos y obligaciones contraídos. Se fijó como fecha de entrada en vigor de ese acuerdo la de entrada en vigor del presupuesto general del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera para el año 2008. EL LP.D.C. se integró en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 1 de febrero de 2000

DECIMOTERCERO.- El 6 de Junio de 2008 se firmó la escritura pública por la que EMUSUJESA vendió la parcela a T.I.S.A. por un precio de 611.800 euros, más el I.V.A. por importe de 97.888 euros, por lo que el precio total de la venta fue de 709.688 euros pagados del siguiente modo:

- 106.45320 euros ya habían sido abonados mediante un pagaré fechado el 18 de mayo de 2007.

- 106.453'20 euros ya abonados con otro pagaré de 18 de mayo de 2007.

- 143.323'83 euros fueron abonados mediante la entrega de un cheque de la misma fecha que la escritura de compraventa.

- 108.737'77 euros fueron abonados mediante la entrega de otro cheque de la misma fecha que la escritura de compraventa.

- 244.720 euros fueron abonados mediante la aplicación de la ayuda que corresponde a la entidad compradora", T.I.S.A., "...tal y como consta en la resolución de la Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de fecha 25 de enero de 2008". A la escritura pública se unió fotocopia de los pagarés, de los cheques y de la resolución de 25 de enero de 2008. Esa escritura se firmó por Doña Custodia Celia, como presidenta de EMUSUJESA, y por Don Anton Benedicto, Don Pascual Dionisio y Don Eloy Justino en nombre de T.I.S.A.. Con esa misma fecha EMUSUJESA emitió una factura que en uno de sus apartados indicó: aplicación subvención 244.720 euros. Se realizó un apunte contable de aplicación de la subvención por compensación contable, (folio 797 tercer tomo), que era el mecanismo habitual entre entidades dependientes del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Como el I.P.D.C. se había extinguido ya, que el Ayuntamiento de Jerez quien dispuso de una partida de 244.720 euros de su presupuesto para aplicarla a parte del precio cobrado por EMUSUJESA por esa parcela.

DECIMOCUARTO.- En la escritura de venta de la parcela, de 6 de junio de 2008, T.I.S.A. aceptó una serie de condiciones relativas a la obligación de solicitar licencia de obras en el plazo de 10 meses desde esa escritura, respetar en la edificación el plan parcial y construir en el plazo señalado en la licencia, no efectuar actos de enajenación o cesión de uso de la parcela antes de obtener la licencia de apertura, debiendo solicitar esa licencia antes de un mes desde la obtención de la licencia de primera utilización, además de ejercer la actividad de fabricación y envase de oxígeno destinado a la industria agroalimentaria durante el plazo de 5 años desde la obtención de la licencia de apertura, con prohibición de enajenar o traspasar la parcela o la edificación durante ese plazo. Se pactó que el incumplimiento de cualquiera de las condiciones anteriores conllevaría la resolución de la compraventa y la reversión de la parcela a EMUSUJESA con reintegro a la parte compradora del 80 % del importe del precio. En escrito fechado el 11 de junio de 2008, dirigido a la señora Alcaldesa y Presidenta de EMUSUJESA, Doña Custodia Celia, por Don Pascual Dionisio, actuando en nombre de T.I.S.A., aunque no está firmado por dicho señor, se indicó que diversas entidades bancarias habían manifestado la



www.civil-mercantil.com

imposibilidad de proporcionar financiación para la construcción de la nave si no se eliminaban las condiciones establecidas en la cláusula cuarta de la escritura de compraventa. En el escrito se indicó también que T.I.S.A. conocía la posibilidad de sustituir esas obligaciones por un aval bancario, pero no podía asumir el coste, por lo que proponía la realización de otra escritura pública en la que se cancelasen las obligaciones de la cláusula cuarta de la escritura de compraventa y que en su lugar se firmase un acuerdo privado en el que T.I.S.A. se comprometiera a cumplir las condiciones de la estipulación cuarta de la escritura de compraventa. El 23 de julio de 2008 el gerente de EMUSUJESA, señor Lorenzo Urbano, informó respecto a esa solicitud indicando que hasta el momento cuando una empresa alegaba problemas con esas condiciones de la estipulación cuarta se había sustituido las mismas por un aval bancario, que la finalidad de las condiciones era garantizar la ejecución del proyecto empresarial e impedir la enajenación de las parcelas antes del transcurso de 5 años desde el otorgamiento de la licencia, dado que los precios de la parcela eran sensiblemente inferiores a los de mercado, que la sustitución del aval bancario por un convenio privado no garantizaría con absoluta certeza el cumplimiento de las condiciones y supondría la necesidad de iniciar un procedimiento judicial en caso de incumplimiento y que a T.I.S.A. se le había reconocido una ayuda del 40 % del precio de venta de la parcela. No obstante, añadió Don Lorenzo Urbano que las condiciones del mercado financiero habían variado desde el año 2005, fecha en que se había fijado las condiciones de venta de las parcelas, y que parecía razonable que la Presidenta de EMUSUJESA elevase al Consejo de Administración de dicha sociedad una propuesta para flexibilizar las condiciones de venta permitiendo a todas las empresas la posibilidad de suscribir un convenio privado, aplicando esa posibilidad con carácter retroactivo, una vez aprobada por el Consejo de Administración. El 25 de julio de 2008 Doña Custodia Celia dictó una "resolución de la Presidenta del Consejo de Administración" de EMUSUJESA en la que accedió a la solicitud de T.I.S.A.. El mismo 25 de julio de 2008 se firmó un contrato privado en el que T.I.S.A. se comprometió a cumplir las mismas obligaciones de la cláusula cuarta de la escritura de compraventa y a abonar la cantidad de 386.400 euros en caso de incumplimiento de esas condiciones. En esa misma fecha, 25 de julio de 2008, se firmó la escritura pública de cancelación del derecho de reversión pactado en la escritura de compraventa y su sustitución por el convenio privado firmado entre las partes.

EMUSUJESA firmó entre el 25 de julio de 2008 y el 9 de marzo de 2009 los siguientes convenios relativos al compromiso de cumplir una serie de obligaciones, la resolución del contrato en caso de no hacerlo y el abono de una indemnización de 60 euros por metro cuadrado, además de la pérdida del 20 % de lo abonado:

- El 28 de octubre de 2008 con Don Agapito Casimiro, que sólo había firmado hasta el momento un contrato privado.
- El 4 de noviembre de 2008 con el representante de "Biorganic Research and Services, s.l." que también había firmado un contrato privado.
- El 5 de noviembre de 2008 con "Viñedos La Trinidad s.l" que también tenía contrato privado.
- El 7 de noviembre de 2008 con "Laboratorios Gómez Besser s.l. que había firmado ya la escritura pública de compraventa y que había constituido un aval bancario por importe de 83.226 euros para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas. Ese aval fue devuelto con motivo de la firma de este acuerdo entre las partes.
- El 28 de noviembre de 2008 con "Derivados Naturales Agrícolas s.l.", que también había firmado ya la escritura pública y había constituido un aval bancario por importe de 227.748 euros para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones y que fue devuelto como consecuencia de haberse firmado este acuerdo.



www.civil-mercantil.com

- El 28 de noviembre de 2008 con "Felipe Gómez Ingenieros s.l." que tenía sólo contrato privado.

- El 9 de marzo de 2009 el consejo de administración de EMUSUJESA aprobó una serie de medidas para flexibilizar las condiciones de venta de las parcelas destinadas a actividades económicas, entre las que se incluyó la posibilidad de cancelar las condiciones reflejadas en la estipulación cuarta de las escrituras públicas de compraventa otorgadas y sustituirlas por un convenio privado en el que los adjudicatarios asumiesen esas mismas condiciones junto a una condición resolutoria por incumplimiento de las mismas.

DECIMOQUINTO.- En la comisión de seguimiento celebrada el 10 de julio de 2006 se había aprobado una adjudicación en favor de ASAJA. En un escrito fechado el 5 de septiembre de 2007 y dirigido a la señora alcaldesa, el gerente de EMUSUJESA, Don Lorenzo Urbano, explicó que, conforme a lo aprobado por el consejo de administración de EMUSUJESA en reunión de 16 de febrero de 2005, el precio de venta de la parcela adjudicada a ASAJA, a razón de 105 euros el metro cuadrado y sin incluir el I.V.A., debía ser de 885.806'25 euros, pero que el 15 de diciembre de 2006 el vicepresidente de EMUSUJESA, que en esa fecha no era el señor Cosme Leovigildo sino el señor Donato Diego, elegido concejal por un partido político distinto al de la señora Rosa Yolanda, había suscrito un contrato privado de compraventa estableciendo como precio de la parcela el de 265.741'88 euros, (a razón de 31'50 euros el metro cuadrado sin incluir el I.V.A.). En el expediente administrativo correspondiente a ASAJA consta ese contrato privado de compraventa de 15 de diciembre de 2006, en el que intervino también "Agricultores y ganaderos de Cádiz s.l." Ese contrato de 15 de diciembre de 2006 en su estipulación segunda indica que el precio de la compraventa era de 885.806'25 euros más I.V.A. y que de esa suma la cantidad de 620.064 euros más I.V.A. sería satisfecha mediante el endoso a EMUSUJESA de la subvención que para la adquisición de la parcela pudiera ser concedida por el I.P.D.C.. En ese contrato se pactó que, si llegado el momento del otorgamiento de la escritura pública el I.P.D.C. no hubiese concedido ninguna subvención para la compra de la parcela, del precio de compraventa se descontaría la subvención no concedida.

Don Lorenzo Urbano en un informe distinto, de 4 de diciembre de 2007, destacó esa y otras posibles anomalías del contrato suscrito con ASAJA y propuso que fuese resuelto y se firmase uno nuevo en el que se respetase el precio de venta aprobado por el consejo de administración de EMUSUJESA y las restantes condiciones establecidas. El 7 de marzo de 2008 Doña Custodia Celia firmó la resolución del contrato de 15 de diciembre de 2006 celebrado entre EMUSUJESA y "Agricultores y Ganaderos de Cádiz s.l.". El mismo 7 de marzo de 2008 la señora Custodia Celia firmó la escritura de compraventa de la parcela en la que se estableció el precio de 729.644'78 euros más I.V.A. Según consta en un escrito fechado el 8 de febrero de 2008 y firmado por Don Lorenzo Urbano, la diferencia con el precio original es consecuencia de que se fijó un coste unitario de 31'50 euros por metro cuadrado para los 2.12465 metros cuadrados necesarios para que con un coeficiente de edificabilidad de 0'7060 pudieran construirse los 1.500 metros cuadrados sobre rasante que se iban a destinar a las dependencias de ASAJA en el edificio proyectado. Al resto de metros cuadrados de la parcela, 6.311'60 euros, se les aplicó el precio de 105 euros el metro cuadrado, que era el establecido por el consejo de administración de EMUSUJESA.

DECIMOSEXTO.- En el mes de diciembre de 2004 "Innovación y soluciones frigoríficas sa." y "Marbrone s.l." habían presentado sendas solicitudes de incorporación al parque agroalimentario de Jerez de la Frontera. En ese mismo mes se había presentado un escrito indicando que ambos proyectos eran complementarios e indivisibles. En la comisión de seguimiento celebrada el 30 de diciembre de 2005 se había acordado adjudicar a esos solicitantes las parcelas en base a unas fichas técnicas de valoración realizadas por el señor



www.civil-mercantil.com

Constancio Carlos en las que había otorgado 9 puntos a "Marbrone s.l." y 10 puntos a "Innovación y soluciones frigoríficas s.a.", indicando en ambas fichas una "propuesta de subvención en el coste del suelo" del 20 % para "Marbrone s.l." y del 25 % para "innovación y soluciones frigoríficas s.a.". Posteriormente "Innovación y soluciones frigoríficas s.a." había comunicado que no estaba interesada en continuar con el proyecto y el 31 de agosto de 2007 se había firmado la escritura pública por la que "Bornay Desserts S.L." adquirió las parcelas que inicialmente habían sido adjudicadas a las dos sociedades antes indicadas. En la escritura pública se indicó que del precio total de 2.135.880 euros, la cantidad de 854.352 euros se abonaba mediante la aplicación de la ayuda que corresponde a "Bornay Desserts S.L." tal y como constaba en la resolución de la presidenta del I.P.D.C. de 2 de agosto de 2007. De esa resolución se unió una copia a la escritura. El texto de la resolución es el mismo que posteriormente se utilizó para la resolución dictada el 25 de enero de 2008 sobre la ayuda a T.I.S.A., con las únicas diferencias de la fecha, la empresa beneficiaria y la mención al informe de valoración que en este caso se indicó que había sido emitido por el "director del Área de Desarrollo Agroindustrial" del I.P.D.C.. Ese informe había sido emitido por Don Constancio Carlos el 25 de julio de 2007 y en el mismo el señor Constancio Carlos había valorado a "Bornay Dessert S.L." con 13 puntos ampliables a 14 si se cerrase un compromiso mínimo de contratación de trabajadores de la zona rural de Jerez.

DECIMOSEPTIMO.- Don Abel Balbino presentó una denuncia en la Fiscalía por estos hechos el 5 de noviembre de 2009. En escrito fechado el 27 de mayo de 2010 el Ministerio Fiscal comunicó los hechos al Decanato de los Juzgados de Instrucción. Las diligencias previas se incoaron el 17 de junio de 2010. En esas diligencias, mediante escrito fechado el 5 de octubre de 2010 Doña Rosa Yolanda comunicó que el informe de valoración de 21 de enero de 2008 referido a T.I.S.A. había sido emitido por "el técnico Don Segismundo Mario". El señor Segismundo Mario declaró el 27 de octubre de 2010 y reconoció su firma en ese documento.

DECIMOCTAVO.- El 28 de enero de 2010 "Tecnología Innovación Sanitaria s.l." cambió su denominación por la de "Sistema de Innovación de Fluidos si" y modificó su objeto social para introducir en el mismo que las plantas productoras de oxígeno para uso humano están destinadas a la industria agroalimentaria, conservera, piscifactoría y de tratamiento de agua, entre otros, además de mantener la mención a su destino a centros sanitarios. En escrito fechado el 12 de mayo de 2011 "Sistema de Innovación de Fluidos s.l." solicitó a EMUSEJESA la resolución de la compraventa realizada en escritura pública de 6 de junio de 2008.

DECIMONOVENO.- La ordenanza general reguladora de subvenciones fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 30 de marzo de 2004 y se publicó en el boletín oficial de la provincia el 23 de junio de 2004. En su artículo 5 la ordenanza establece una serie de requisitos mínimos que deben cumplir los solicitantes, como encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, no tener anteriores subvenciones pendientes de justificación, no haber sido condenado a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones, no haber sido declarado en concurso de acreedores, entre otros. El artículo establece que excepcionalmente y siempre que exista un claro interés público por la naturaleza de la subvención se podrá acordar por el órgano concedente la exoneración en el cumplimiento de algunos de esos requisitos. El artículo 8 indica que las subvenciones se pueden otorgar por el procedimiento ordinario, en régimen de libre competencia competitiva, o por el procedimiento especial, de forma directa, para ayudas en favor de personas en situación de necesidad, dificultad o riesgo social, las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos municipales en los términos recogidos en los convenios y normativa reguladora de las mismas, aquellas subvenciones cuyo otorgamiento venga impuesto por una norma de rango legal, y aquellas otras que con carácter excepcional se otorguen y en las que se acredite razones de interés público, social económico o



www.civil-mercantil.com

humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria. Del artículo 17 resulta que las subvenciones otorgadas por el procedimiento especial de concesión deberán ser aprobadas por acuerdo o resolución del órgano municipal competente, que con carácter general el instrumento para canalizar la subvención será un convenio con el beneficiario de la subvención, y que el convenio o el acuerdo de concesión deberán contener como mínimo la definición del objeto de la subvención, la indicación del carácter singular o extraordinario de la misma, las razones que acrediten el interés público, social, económico o humanitario y las que justifican la dificultad de su convocatoria, el régimen jurídico aplicable, el beneficiario, la cuantía, forma de pago y consignación presupuestaria, las obligaciones del beneficiario y el régimen de justificación de la aplicación dada a la subvención.

VIGÉSIMO.- Ninguno de los acusados ha estado privado de libertad por estos hechos".

Segundo.

La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Condenamos a Doña Custodia Celia como autora penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal , con fa concurrencia de la circunstancia agravante, del artículo 22.7º del Código Penal , de prevalerse la referida señora de su carácter público, de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal , tos dos últimos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad Penal, y todos ellos en relación de concurso ideal conforme al artículo 77 del Código Penal , a la pena de 4 años y 6 meses de prisión y a la pena de 8 años de inhabilitación absoluta con el contenido establecido en el artículo 41 del Código Penal Absolvemos a Doña Custodia Celia del delito de fraude a la administración del artículo 436 del Código Penal por el que fue acusada.

Condenamos a Doña Rosa Yolanda como autora penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal , con la circunstancia agravante del artículo 22.7º del Código Penal , prevalerse de su carácter público; de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y como autora por cooperación necesaria de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1, con aplicación del artículo 65.3 del Código Penal por no tener dicha señora la disponibilidad de los caudales públicos por razón de su cargo, sin que en los dos últimos delitos concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad Penal, con aplicación el artículo 77.2. del Código Penal , al estar los delitos cometidos en relación de concurso ideal. Imponemos a la señora Rosa Yolanda las penas de 2 años 6 meses y 15 días de prisión y de 10 meses y 15 días de multas con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias. Además imponernos como pena accesoria a la de prisión la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

Absolvemos a Doña Rosa Yolanda del delito de fraude a la administración del artículo 436 del Código Penal por el que fue acusada.

Condenamos a Don Segismundo Mario como autor penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante, del artículo 22.7º del Código Penal , de prevalerse el referido señor de su carácter público, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión y a la pena de 9 meses de multa con cuota diaria de 3 euros En caso de impago de la multa el señor Segismundo Mario deberá cumplir una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.



www.civil-mercantil.com

Absolvemos a Don Cosme Leovigildo , Don Pascual Dionisio , Don Anton Benedicto y Don Eloy Justino de los delitos por los que fueron acusados en el presente procedimiento.

Declaramos la nulidad de la resolución dictada el 25 de enero de 2008 por Doña Custodia Celia como presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad en la que se declaró que la ayuda correspondiente a "Tecnología Innovación Sanitaria s.l." por la adquisición de suelo en el parque tecnológico agroalimentario de Jerez era de un 40 % sobre el precio de venta.

Condenamos a Doña Custodia Celia y a Doña Rosa Yolanda , con carácter solidario, a abonar al Ayuntamiento de Jerez la cantidad de 122.360 euros, que devengará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago.

Absolvemos a los demás acusados de las pretensiones de responsabilidad civil dirigidas contra ellos y absolvemos también a "Tecnología Innovación Sanitaria s.l.", actualmente denominada "Sistema de innovación de fluidos s.l. de la pretensión relativa a responsabilidad civil dirigida contra ella.

Condenamos a Doña Custodia Celia a abonar 3/21 partes de las costas causadas en este procedimiento, incluyendo esa misma proporción de las generadas por la intervención de la Abogacía del Estado y del Ayuntamiento de Jerez como acusadores.

Condenamos a Doña Rosa Yolanda , a abonar 3/21 partes de las costas causadas en este procedimiento, incluyendo esa misma proporción de las generadas por la intervención de la Abogacía del Estado y del Ayuntamiento de Jerez como acusadores.

Condenamos a Don Segismundo Mario a abonar 1/21 parte de las costas causadas en este procedimiento, incluyendo esa misma proporción de las generadas por la intervención de la Abogacía del Estado, pero no por la intervención del Ayuntamiento de Jerez que retiró la acusación contra él.

Declaramos de oficio las restantes 14/21 partes de las costas".

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL y por quebrantamiento de forma e infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Custodia Celia y por Rosa Yolanda , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Custodia Celia , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim . y del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2 de la Constitución Española . SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim . y del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción de precepto constitucional, en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española . Indebida admisión de la acusación particular de la Administración General del Estado. TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim . y del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción de precepto constitucional, en concreto infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española . CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim . y del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción de precepto constitucional, por



www.civil-mercantil.com

vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española . QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del artículo 390.2 del Código Penal . SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal . SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del artículo 432 del Código Penal . OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por infracción del artículo 116 del Código Penal , existencia de enriquecimiento injusto. NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error de hecho en la apreciación de la prueba. DÉCIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º de la L.E.Crim ., por indebida inadmisión de medios de prueba propuestos en tiempo y forma y pertinentes, relevantes y necesarios para la defensa.

La representación de Rosa Yolanda , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E ., en relación con el art. 53.1 del propio texto constitucional. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 432.1 del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 392 del Código Penal en relación al artículo 390.1.2º del mismo texto legal . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal en relación al artículo 28, párrafo 2º, apartado b) del Código Penal . QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 28, párrafo 2º, apartado

b), en relación a los artículos 432.1 y 404 del Código Penal . SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 110 del Código Penal en relación al 111, 112 y 113 del mismo Código . SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error de hecho en la apreciación de la prueba. OCTAVO (Numerado como Noveno en el recurso del recurrente): Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º de la L.E.Crim ., como consecuencia de la inadmisión de la prueba testifical interesada de Dª Lucia Eugenia .

El MINISTERIO FISCAL formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim , por infracción del art. 436 en relación con el art. 77 del Código Penal por indebida inaplicación.

Quinto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 10 de noviembre pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez, de fecha 20 de febrero de 2015 , condena a la recurrente Dª Custodia Celia , Alcaldesa del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, como autora de un delito



www.civil-mercantil.com

de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los arts. 392 y 390.1.2º CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante 22.7º CP, de un delito de prevaricación del art. 404 CP y de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP, todos ellos en relación de concurso ideal, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión y 8 años de inhabilitación absoluta.

Asimismo condena a la recurrente Rosa Yolanda, Concejala del Ayuntamiento de Jerez, como autora de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los arts. 392 y 390.1.2º CP, con la agravante del art. 22.7º; de un delito de prevaricación del art. 404 CP y como cooperadora necesaria de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1, con aplicación del art. 65.3 CP, todos ellos en relación de concurso ideal, a las penas de 2 años, 6 meses y 15 días de prisión y 10 meses y 15 días de multa.

Frente a ella se alzan los recursos de las dos condenadas, fundados en un total de dieciocho motivos y el recurso del Ministerio Fiscal fundado en un motivo único.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que en el año 2003 el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera recibió del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, (M.A.P.A.) una subvención de once millones de euros para, entre otras finalidades, la creación y puesta en funcionamiento de un Centro Agroindustrial en Jerez, incluyendo la urbanización de un Parque Empresarial destinado a la instalación de empresas relacionadas con el sector agroalimentario.

El 16 de febrero de 2005, con la intervención de la Alcaldesa Dª Custodia Celia, se fijaron las bases para la venta de las parcelas del Parque Agroalimentario, haciendo constar la voluntad del Gobierno Local de repercutir el importe de la subvención ministerial en los empresarios que adquiriesen las parcelas. En el acuerdo adoptado se indicó que era necesario "un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestracomarca", para lo cual se realizarían dos informes técnicos.

En abril de 2005 se cambió la denominación de "Centro Agroalimentario" por la de "Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez". El 19 de julio de 2005 se fijaron, por una entidad municipal presidida por la Alcaldesa, los criterios de valoración de empresas para su ubicación en el "Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez", que deberían ser tomados en consideración en los informes técnicos. En esos criterios la máxima puntuación posible era de 14 puntos, y se tomaba en consideración la relación con el desarrollo rural y con la actividad agropecuaria. La puntuación máxima de 14 puntos daría lugar a un 40 % de minoración en el precio de la parcela, 12 puntos 30 % de minoración, 10 puntos 25 % de minoración y 9-8-7-6 puntos 20 % de minoración. Conforme a dichos criterios se fueron adjudicando las parcelas, en sucesivas reuniones del Comité correspondiente.

El 30 de septiembre de 2005 se constituyó "Tecnología e Innovación Sanitaria S.I.", (T.I.S.A.), cuyo objeto social era la comercialización y representación de suministros y material clínico, los sistemas de mantenimiento técnico del material y maquinaria médica, la asesoría sobre esas cuestiones, la limpieza y mantenimiento de edificios y jardinería, los sistemas de seguridad y la hostelería.

El 10 de julio de 2006 T.I.S.A. presentó una solicitud para incorporarse al Parque Agroalimentario de Jerez. En esa solicitud T.I.S.A. indicó que el generador de oxígeno de T.I.S.A. permitiría mejorar la asistencia a los pacientes y ofrecer un coste económico inferior en el oxígeno hospitalario o industrial, con mejoras en el transporte, manipulación y seguridad. En la solicitud se indicó que la inversión prevista era de 7.585.162 euros y que se crearían 25 puestos de trabajo.



www.civil-mercantil.com

En relación a esa solicitud Constancio Carlos , ingeniero agrónomo, que estaba encargado de emitir los informes técnicos de valoración de los solicitantes de incorporación al Parque Agroalimentario, comentó las dificultades que veía para poder informar favorablemente la incorporación de esa empresa al Parque Agroindustrial por tratarse de una empresa dedicada a la actividad sanitaria. Tras esos comentarios, la Alcaldesa, D^a Custodia Celia , habló con Constancio Carlos y le dijo que tratase con cariño a esa empresa, facilitándole diversa documentación y un teléfono de contacto.

Seguidamente Constancio Carlos contactó con un asesor de T.I.S.A. al que le expuso las razones por las que consideraba que la disparidad entre su actividad y la propia del Parque impedía la adjudicación solicitada. El 22 de noviembre de 2006 T.I.S.A. presentó una nueva solicitud de incorporación al Parque en la que indicó como actividad principal la fabricación de generadores de oxígeno y nitrógeno para la acuicultura, dirigida a sectores como los de tratamiento de aguas residuales, industria hortofrutícola y conservera, congelación de alimentos en túneles por nitrógeno, conservas de fruta y hortalizas.

El 29 de enero de 2007 la Alcaldesa, D^a Custodia Celia , firmó un certificado en el que se expresaba que la Comisión de Seguimiento " procederá a adjudicar, en su próxima reunión y en aplicación de los criterios de valoración aprobados, parcelas de este espacio empresarial entre las que se encuentra la parcela NUM000 , con una superficie total de 6.440 metros cuadrados de extensión superficial y una edificabilidad total de 4.546'64 metros cuadrados, solicitada y afianzada por la entidad mercantil Tecnología e Innovación Sanitaria S.L.". Efectivamente, en la siguiente reunión, celebrada el 16 de abril de 2007, se adjudicó una parcela a T.I.S.A.

Esa adjudicación se basó en una ficha de valoración realizada por el Sr Constancio Carlos , en la que se le adjudicaba a TISA una valoración de 9 puntos , que no permitía concederle la desgravación del 40% , y añadiendo una nota con el siguiente contenido: "Aunque la empresa reúne los requisitos formales para incorporarse al PTA (sobre todo en lo referente al desarrollo tecnológico) debe tenerse en cuenta que su actividad principal es el suministro de oxígeno ahospitales, por lo que su actividad no encajaría con los objetivos del Parque

Agroindustrial . Con todo, se ha considerado positivamente la intención de la empresa de desarrollar una línea de trabajo vinculada al sector agroalimentario en los términos señalados anteriormente. Asimismo, se ha tenido en cuenta la adjudicación anterior de suelo a empresas dedicadas a la producción de componentes y aditivos alimentarios, creándose las condiciones para configurar una agrupación de empresas vinculadas a dicho sector. Lo mismo se podría decir de empresas relacionadas con tecnologías del agua."

El 18 de mayo de 2007 se firmó el contrato privado de compraventa de la parcela adjudicada entre T.I.S.A., y la Alcaldesa de Jerez, D^a Custodia Celia .

Aunque T.I.S.A había obtenido la adjudicación de la parcela, la Alcaldesa decidió que iba a concederle una ayuda del 40 % del precio. La ficha técnica que otorgaba 9 puntos a la propuesta de T.I.S.A. era un impedimento para ello porque un adjudicatario valorado con 9 puntos sólo tenía derecho a un 20 % de minoración. Por ello D^a Custodia Celia le dijo a la concejal D^a Rosa Yolanda que solicitase al Sr Constancio Carlos la realización de otro informe técnico que reconociese los 14 puntos necesarios a la solicitud de T.I.S.A. para concederle la minoración del 40 % del precio.

Doña Rosa Yolanda , que era la Delegada Municipal de la que dependía el señor Constancio Carlos , conociendo que el objetivo del nuevo informe era aprobar una subvención del 40 % del precio de la parcela adjudicada a T.I.S.A, le solicitó al señor Constancio Carlos que realizase ese informe con 14 puntos. El señor Constancio Carlos no accedió a hacer el informe en los términos interesados y mantuvo que los 9 puntos indicados en la ficha técnica



www.civil-mercantil.com

eran correctos. Posteriormente fueron diversos empleados de la Delegación de Fomento quienes insistieron al Sr Constancio Carlos que debía hacer el informe porque "arriba" estaban esperándolo. Finalmente decidió redactar un nuevo documento, en términos más favorables, pero en el que se mantiene la valoración de nueve puntos.

Este documento lo envió por correo electrónico el señor Constancio Carlos a la Concejala D^a Rosa Yolanda y al Jefe de Gabinete de la Alcaldesa, que es actualmente su marido, dado que los mensajes electrónicos para la Alcaldesa se dirigen habitualmente a las direcciones de correo oficiales de su gabinete.

Puesto que el documento redactado por el señor Constancio Carlos no era suficiente para conceder la subvención del 40 % del precio de la parcela, una o más personas no identificadas, con conocimiento de la Alcaldesa, realizaron una serie de modificaciones en el mismo, de manera que en el último párrafo del escrito se indicó que la puntuación total sería de 14 puntos sobre 14 (un 100 %), sustituyendo así la indicación del documento elaborado por el señor Constancio Carlos en el que se había indicado que los puntos eran 9 sobre 14 (un 64 %).

Ya que el señor Constancio Carlos no estaba dispuesto a reconocer los 14 puntos de valoración, las acusadas D^a Custodia Celia y D^a Rosa Yolanda decidieron que ese documento tenía que firmarlo otro empleado municipal. Entre el 23 y el 25 de enero de 2008, D^a Rosa Yolanda llamó a un funcionario subordinado del Departamento del Sr Constancio Carlos, el Sr Segismundo Mario, para que acudiese urgentemente a la Alcaldía, donde le dijo que tenía que firmar un informe, porque al señor Constancio Carlos no lo localizaban, diciéndole que todo estaba correcto. El señor Segismundo Mario, confiando en la Concejala, firmó el documento, con una firma ilegible y sin indicar su nombre. La Concejala conocía que se había alterado el documento y la puntuación, introduciendo la concesión de 14 puntos, así como que el señor Constancio Carlos se negaba a firmar un documento en el que se concediesen más de 9 puntos a la solicitud de T.I.S.A.

Una vez firmado, el documento alterado se incorporó al expediente administrativo. El 25 de enero de 2008 se dictó una resolución por la Alcaldesa en el que se establecía que "La ayuda que corresponde a Tecnología Innovación Sanitaria S.l." por la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez es de un 40 % sobre el precio de venta." La resolución la firmó doña Custodia Celia sabiendo que la solicitud de incorporación al parque de T.I.S.A. había sido valorada con 9 puntos, lo cual sólo permitía una subvención del 20 % del precio de venta, y que el informe incorporado al expediente había sido elaborado modificando el borrador remitido por el señor Constancio Carlos, subiendo la puntuación de 9 a 14 puntos, en contra del criterio técnico.

El 6 de junio de 2008 se firmó la escritura pública de venta de la parcela a T.I.S.A. en la que 244.720 euros fueron abonados "mediante la aplicación de la ayuda que corresponde a la entidad compradora", T.I.S.A., Esta escritura se firmó por la Alcaldesa, como Presidenta de la sociedad municipal EMUSUJESA. Con esa misma fecha EMUSUJESA emitió una factura que en uno de sus apartados indicaba: "Aplicación subvención 244.720 euros". Se realizó un apunte contable de aplicación de la subvención por compensación contable, que era el mecanismo habitual entre entidades dependientes del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, siendo el Ayuntamiento de Jerez quien dispuso de una partida de 244.720 euros de su presupuesto para aplicarla a parte del precio pagado por TISA por esa parcela.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA CONDENADA D^a Custodia Celia .

Segundo.



www.civil-mercantil.com

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la condenada D^a Custodia Celia , por la vía del art 5 4º de la LOPJ , alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, garantizado en el art 24 2º CE .

Considera la recurrente, condenada por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación en relación de concurso ideal, que no existe prueba directa de los hechos declarados probados y que la prueba indiciaria es manifiestamente insuficiente, estimando que los indicios son inconsistentes, débiles y ambiguos. De modo específico insiste en que no existe prueba alguna, ni directa ni indiciaria, respecto del delito de falsedad.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y
- d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

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

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

Tercero.



www.civil-mercantil.com

Como se ha expresado, la recurrente ha sido condenada por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación, en relación de concurso medial. En relación con los delitos de prevaricación y malversación concurre prueba directa de los elementos objetivos del delito, ya que la resolución administrativa que materializa la prevaricación y constituye el instrumento de la malversación fue dictada personalmente por la recurrente el 25 de enero de 2008, en su calidad de Alcaldesa de Jerez, y de Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, dato indiscutido, documentalmente acreditado y reconocido por la propia parte recurrente.

Lo que se cuestiona en el delito de prevaricación, con la consiguiente incidencia en el de malversación, es la concurrencia del requisito subjetivo, "a sabiendas de su injusticia", que es lo que se ha acreditado a través de prueba indiciaria. Pero ha de tenerse en cuenta que la prueba de este elemento subjetivo del delito de prevaricación, que constituye la esencia de la cuestión controvertida en este recurso, al referirse a elementos internos (lo que el autor conoce, pretende o desea), no puede ser determinado generalmente por prueba directa, precisamente porque no se trata de un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino mediante un juicio de inferencia deducido a través de un proceso intelectual, razonado y razonable, de los datos fácticos concurrentes que figuren en la declaración probatoria de la sentencia. Es decir que la acreditación del elemento subjetivo del tipo de prevaricación a través de la prueba de indicios constituye un supuesto generalizado, que no aporta motivo alguno para cuestionar la resolución impugnada.

Cuarto.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la de esta Sala han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (Ver, entre las más recientes, la STS 500/2015, de 24 de julio .

Las STC 133/2014, de 22 de julio y STC 146/2014, de 22 de septiembre resumen la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, con cita de las SSTC 126/2011 , 109/2009 y 174/1985 , entre otras:

A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre " una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" .

Y en esta STC 133/2014 , se reseñan los requisitos necesarios para valorar el control de la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de Instancia desde la perspectiva del respeto al derecho constitucional de presunción de inocencia, lo que se reitera en nuestra reciente STS 500/2015, de 24 de julio .

"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23)".

"Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC15/2014, de 30 de enero , se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre , FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio , FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero , se establece que nuestro parámetro de control

"respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ

4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio ."

"Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio , "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio , FJ 2)".

Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo.

Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final

que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre , FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero , FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero , FJ2 ; 41/1998, de 31 de marzo , FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC247/1993, de 15 de julio , FJ 1)."

Quinto.

Asimismo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con la prueba indiciaria, sistematizando sus requisitos de un modo, a nuestro entender, más acabado que la doctrina constitucional y que permite un adecuado control de la razonabilidad de la valoración probatoria del Tribunal de Instancia desde la perspectiva propiamente casacional.

En sentencias como la reciente de 28 de mayo de 2015 (núm. 318/2015), o las de 22 de octubre de 2014 (núm. 720/2014), núm. 444/2014, de 9 de junio , núm. 359/2014, de 30 de abril , núm. 433/2013 de 29 de Mayo , núm. 533/2013, de 25 de junio , 25 de enero de 2001 (núm.1980/2000), 12 de mayo (649/1998), 14 de mayo (584/1998) y 22 de junio (861/1998) de 1998 , 26 de febrero (269/1999), 10 de junio (435/1999) y 26 de noviembre (1654/1999) de 1999 , 1 de febrero (83/2000), 9 de febrero (141/2000), 14 de febrero (171/2000), 1 de marzo (363/2000), 24 de abril (728/2000), y 12 de diciembre (1911/2000) de 2000, hemos reiterado la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia y señalado sus requisitos, formales y materiales, que son:

1º) Desde el punto de vista formal:

a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que - aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia.

A) En cuanto a los indicios es necesario:

- a) Que estén plenamente acreditados;
- b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;
- c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;
- d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".



www.civil-mercantil.com

El control casacional tiene límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado razonablemente probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no cabe, en principio, su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación como lo dispuesto en el art. 741 de la Lecrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia, salvo supuestos de valoración arbitraria. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no puede cuestionarse por esta vía la valoración que -de la prueba testifical, por ejemplo- ha realizado el Tribunal sentenciador, sobre la base de la inmediación y la contradicción, para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado, siempre que dicha valoración sea razonable.

El segundo supone admitir que el control de la racionalidad de la inferencia no conlleva la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y tampoco por el del recurrente, sino únicamente comprobar que dicha inferencia responde a las reglas de la lógica y del criterio humano y que respeta la prohibición de la arbitrariedad.

Se trata exclusivamente de excluir aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión) o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios).

En tercer lugar, queda fuera del ámbito del recurso casacional, (siempre que sea razonable) la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas -que el Tribunal valora con inmediación, apreciando su verosimilitud y otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia objetiva, contradicción con otros datos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda, como hemos dicho, a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En cuarto lugar, en cuanto a la forma de analizar los indicios debe alertarse frente al error de pretender valorarlos aisladamente, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000 entre otras muchas). El análisis desagregado o aislado de cada indicio, como islotes robinsonianos fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades, como ha señalado esta Sala, por ejemplo en las sentencias de 24 de octubre de 2000 y 21 de enero de 2001 .

Por último debe añadirse que, como destacan las sentencias de 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y 17 de noviembre de 2000, (núm. 1755/2000), siempre que concurren pruebas de cargo suficientemente serias de la participación del acusado en el hecho delictivo, la apreciación como indicio adicional -o más bien contraindicio- de la acreditación de la falsedad de la coartada del acusado o de la manifiesta inverosimilitud de sus manifestaciones exculpatorias, no significa invertir la carga de la prueba ni vulnera el principio "nemo tenetur", pues se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente,



www.civil-mercantil.com

acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.

Sexto.

En el caso actual el Tribunal sentenciador ha aplicado de modo correcto la doctrina sobre la prueba indiciaria, en relación con la valoración del elemento subjetivo del delito de prevaricación, y subsiguientemente de la malversación asociada a ésta. Más tarde analizaremos la cuestión del delito de falsedad, íntimamente relacionado.

En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Y en el caso actual, este conocimiento de la injusticia de la resolución por parte de la recurrente es manifiesto, ya que antepone el contenido de su voluntad a cualquier otra consideración.

En primer lugar consta que la recurrente, al tener conocimiento de que el técnico encargado de realizar las valoraciones no consideraba posible otorgar a la solicitud de TISA la máxima valoración, pues no se trataba de una empresa agropecuaria, le llamó para solicitarle expresamente que tratase a esa empresa "con cariño".

Este primer indicio no lo traemos a colación porque implique un interés espurio por parte de la Alcaldesa, ni una propuesta de actuación delictiva, pues su interés por otorgar facilidades a la instalación de la empresa TISA en su localidad puede estar razonablemente motivado por el deseo de promover legítimamente el desarrollo industrial de Jerez, y la creación de puestos de trabajo, promoción que forma parte de los deberes de su cargo, sin que la expresión utilizada implique necesariamente la propuesta de comisión de irregularidad alguna.

Pero este indicio cobra especial relevancia para poner de relieve que la Alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solicitud de la empresa TISA para instalarse en el Parque Agroalimentario, y de las dificultades generadas por la actividad médica a la que se dedicaba, que no era, en principio, compatible con la finalidad para la que se había



www.civil-mercantil.com

recibido la subvención ministerial ni con el Acuerdo adoptado bajo la Presidencia de la recurrente conforme al cual era necesario seguir "un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestra comarca".

En definitiva, este indicio permite razonablemente concluir que la Alcaldesa conocía desde el principio la naturaleza de esta empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que ilumina lo sucedido en la totalidad del proceso y, en conjunto valorado junto con el resto del material indiciario al que nos referiremos seguidamente, permite concluir razonablemente que la Acusada firmó las resoluciones que adjudicaban a la citada empresa la máxima calificación, y le vendían la parcela con el máximo descuento, "a sabiendas de su injusticia".

Séptimo.

La firma de la resolución arbitraria no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. Las Autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, pero en el caso actual el indicio expresado (la intervención personal de la Alcaldesa al comienzo del procedimiento para pedir al técnico que tratase con cariño la solicitud) pone de relieve que la acusada había expresado un especial interés por la empresa adjudicataria, que era consciente de las condiciones que limitaban la posibilidad de concederle subvenciones relevantes, condiciones que ella misma había aprobado, y que estaba perfectamente al corriente de la imposibilidad de alcanzar el máximo de subvención sin actuar irregularmente.

Un segundo indicio empleado por el Tribunal sentenciador, es la certificación firmada por la propia recurrente en el sentido de que a la empresa TISA se le iba a adjudicar una parcela del Parque Agropecuario en la siguiente reunión del órgano competente para ello. En principio ya resulta extraño que se certifique el resultado de una decisión administrativa, que debe tomar un órgano colegiado, antes de esta decisión se adopte. Pero lo relevante, a efectos indiciarios, en el caso actual, es que esta certificación pone de relieve el minucioso seguimiento de la acusada recurrente del procedimiento de adjudicación de la parcela solicitada por dicha empresa en el Parque Agropecuario. Seguimiento que razonablemente obliga a concluir que la resolución finalmente adoptada por la recurrente no fue tomada en un asunto del que desconociese sus características, y pudiese ignorar la arbitrariedad de la concesión de la puntuación máxima, sino en un asunto que conocía minuciosamente, y que siguió de forma particularizada.

Un tercer indicio se encuentra relatado en el conjunto de presiones sufridas por el técnico Sr Constanancio Carlos, para que modificase su informe. Después de la intervención personal de la Alcaldesa, pidiéndole que tratase a la empresa TISA "con cariño", el Sr Constanancio Carlos emitió un informe favorable, que permitía la adjudicación de la parcela con una subvención del 20%, pero no con la puntuación máxima dado que no se trataba de una empresa agropecuaria, que era a las que estaban destinadas prioritariamente las subvenciones. La Alcaldesa había aprobado los criterios de valoración y conocía estas



www.civil-mercantil.com

circunstancias, que imposibilitaban la puntuación máxima para TISA, pero una vez adjudicada provisionalmente la parcela el Sr Constanancio Carlos comenzó a recibir presiones de su entorno, según se le decía procedentes de la superioridad, para que modificase el informe. Una inferencia razonable, no suficiente por si misma pero si en valoración conjunta con el resto de los indicios concurrentes, es la de que dichas presiones solo podían proceder de la propia Alcaldía, dado el interés mostrado por ella en el asunto y la dificultad de que se interpusiesen cargos inferiores en un asunto que la propia Alcaldesa había llevado personalmente en su fase más delicada de interesar al técnico un dictamen favorable.

Un cuarto indicio consiste en que el propio técnico, que tuvo que elaborar un segundo informe en el que sin embargo mantuvo la misma puntuación, remitió el nuevo informe por correo electrónico al Jefe de Gabinete de la Alcaldesa, y en lo sucedido a continuación. No vamos a entrar en las alegaciones del Jefe de Gabinete en el sentido de no haber leído el correo, pues dado el interés mostrado por la Alcaldesa en este asunto resulta manifiestamente inverosímil que su propio Jefe de Gabinete no atendiese el correo y no le informase debidamente. La Sala sentenciadora lo razona suficientemente. Pero lo manifiesto es que se produce a continuación una falsificación del informe, y unas gestiones para que el informe falsificado se firme por otro funcionario, que únicamente pueden comprenderse desde la perspectiva de que la propia Alcaldesa, máxima autoridad municipal, tuvo necesariamente que interesar y autorizar esta manipulación.

La intervención personal de la Concejala Delegada constituye un indicio adicional. Ésta no ha declarado de modo directo que siguió instrucciones de la Alcaldesa, pero dada la posición que ocupaba en el Ayuntamiento, y lo delicado de las gestiones realizadas (en realidad delictivas, y lo cierto es que ha sido condenada por ello), es inimaginable que pudiese referirse a alguien diferente cuando manifestó que realizó esta gestión porque se lo pidieron "otras personas", a las que no identificó. Solo la autoridad de la Alcaldesa podía imponer a la Concejala Delegada que realizase esta gestión, según las normas ordinarias de la experiencia, pues la Alcaldesa era la única que podía tener sobre la Concejala la ascendencia necesaria para que accediese a realizarla.

La firma de la adjudicación, con el dictamen falseado y sin poner objeción alguna, constituye un nuevo indicio, pues por todo lo expresado es manifiesto que la recurrente tenía necesariamente que conocer que la empresa adjudicataria no podía alcanzar, en absoluto, la puntuación máxima.

La Sala sentenciadora se refiere a otros indicios, la celeridad de los trámites, la ausencia de solicitud expresa de la subvención por parte de TISA, la excepcionalidad de la ayuda, el carácter jerárquico del Ayuntamiento que hace inimaginable que los técnicos decidiesen un asunto de esta relevancia sin el conocimiento de la Alcaldesa, la eliminación de una serie de condiciones impuestas inicialmente en la escritura pública de compraventa, etc. Pero son indicios adicionales, no imprescindibles, pues estimamos que los indicios anteriormente consignados y razonablemente valorados, ponen de manifiesto sin duda de clase alguna que la adjudicación de la parcela y la concesión de la subvención máxima se realizaron con pleno conocimiento de la Alcaldesa y de la Concejala Delegada sobre la injusticia de la resolución.

Procede, por todo ello, la desestimación del motivo en lo que se refiere a los delitos de prevaricación y malversación.

Octavo.

Por lo que se refiere al delito de falsedad debemos llegar a la misma conclusión.



www.civil-mercantil.com

Es conocida la doctrina de esta Sala (STS 287/2015, de 19 de mayo , entre las más recientes), en el sentido de que el delito de falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuesta que actúe a su instancia, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa de la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien en concierto con él se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.

Este supuesto es el aplicable al caso de autos, al conocer perfectamente la recurrente la falsedad del informe suscrito por un funcionario subalterno que no era el autor del informe originario, después de que el informe inicial hubiese sido alterado de modo determinante.

Los mismos indicios anteriormente expresados avalan esta conclusión, dado que la falsificación del informe se convirtió en un medio indispensable para alcanzar el fin interesado de conceder la máxima subvención a la empresa favorecida. Una vez fracasadas las gestiones amigables sobre el técnico competente para emitir el dictamen exigido por las normas aprobadas por la propia Alcaldesa, (petición de que la solicitud fuese tratada "con cariño"), y también las presiones internas para que realizase un segundo informe más favorable (realizado, pero manteniendo en el fondo la puntuación inicial), era necesario desistir de la operación de conceder a esta empresa una inmerecida puntuación máxima, o manipular el informe cambiando su contenido esencial. Pues bien, esto último fue lo que se hizo.

Esa decisión solo pudo ser adoptada por la acusada, dado el papel desempeñado en el conjunto de la operación, ya que, en primer lugar, no podía ser realizado a sus espaldas, pues la Alcaldesa conocía la imposibilidad de conseguir de otra forma un informe favorable y por tanto tenía que firmar la resolución sobre la base de un informe firmado por alguien que no fuese el técnico competente. Y, en segundo lugar, no podía ser realizado sin su aquiescencia y colaboración, pues ningún funcionario podía arriesgarse a manipular un informe técnico dirigido a la Alcaldía, ni tenía interés alguno para ello, y solo la propia Alcaldesa recurrente podía conseguir de la Concejal Delegada que otro técnico se aviniese a firmar el informe manipulado.

En consecuencia, no existe ninguna hipótesis alternativa razonable a que la operación, que exigía necesariamente como instrumento esencial la manipulación del informe, se pudiese realizar sin el impulso y aquiescencia de la Alcaldesa. Era ésta, además, la que iba a beneficiarse de la falsificación del dictamen, al permitir que su resolución del expediente pudiese superar las objeciones de la Intervención, que obviamente se producirían si la concesión de la máxima subvención no estuviese apoyada en un dictamen con la máxima puntuación.

En definitiva, valorados en su conjunto los plurales indicios existentes, relacionándolos racionalmente, surge como conclusión natural de las normas ordinarias de la lógica y la experiencia que la falsificación se realizó a instancia de la recurrente, que fue quien se aprovechó de la documentación falseada, conclusión que supera el canon de la lógica o cohesión interna, y el canon externo de la suficiencia o calidad de la conclusión, por lo que el motivo debe ser íntegramente desestimado.

Noveno.

El segundo motivo de recurso, también por la vía del art 5 4º de la LOPJ , denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse otorgado legitimación a la Administración General del Estado como acusación particular. Se alega que la indemnización se acordó en beneficio del Ayuntamiento, por lo que no existía perjuicio alguno para el Estado,



www.civil-mercantil.com

y no debió admitirse la personación de la Abogacía del Estado, ni incluir sus costas en la condena.

El motivo carece de fundamento.

El art 109 Lecrim otorga la posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil. Como recuerda la reciente STS núm. 754/2015, de 17 de noviembre , constituye un error manifiesto denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito para ligar esta condición exclusivamente a quien sucesivamente fuese el titular del patrimonio dañado, o excluir como acusador a quien no pudiese ejercitar la acción civil, pues en tal caso todo el que fuese indemnizado perdería la condición de acusador particular.

El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP).

En el caso actual el Estado es ofendido por el delito porque el dinero malversado, incrementando ilícitamente la ayuda o subvención que recibió la empresa adjudicataria, procedía en su mayor parte de una subvención de once millones de euros concedida al Ayuntamiento de Jerez por el Ministerio de Agricultura, con una finalidad específica. El Estado se convierte en ofendido por el delito en la medida en que dichos fondos son malversados por miembros del Ayuntamiento, desviándolos de la finalidad acordada, por lo que con independencia de la calificación jurídica acogida finalmente o de la titularidad final de la indemnización, su legitimación como acusador en el proceso está plenamente justificada. Cuestión distinta es que la indemnización se conceda al Ayuntamiento, en la medida en que los fondos recibidos de la Administración del Estado, con una finalidad específica, se han integrado en su patrimonio y deben volver al organismo encargado de darles el referido destino, pero ello no excluye la condición de ofendido por parte del Estado, en la medida en que, como ya hemos señalado, esta condición no sigue necesariamente los cambios que en la titularidad patrimonial puedan producirse.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Décimo.

El tercer motivo de recurso, también al amparo del art 5 4º de la LOPJ , alega vulneración del principio acusatorio por considerar que el Tribunal se ha servido de indicios que no han sido objeto de la acusación. Se refiere a hechos relativos a otros expedientes y a un dato colateral analizado en la prueba relativa a los correos electrónicos recibidos por el Jefe de Gabinete de la Alcaldesa.

Conforme a la doctrina de esta Sala (STS 241/2014, de 26 de marzo) el principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse, lo que protege especialmente el derecho de defensa.

Aunque este principio no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en sentencias ya clásicas núm. 17/1988 , núm. 168/1990 , núm. 47/1991, y en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994 , consagró una constante doctrina conforme a la cual « los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo » (STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre , entre muchas otras).

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a los aspectos esenciales de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada ; a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación; y a la pena interesada por las acusaciones (Pleno no jurisdiccional esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006), ya que " el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa ".

El principio acusatorio, por lo tanto, y en lo que ahora interesa, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Dicha forma de proceder afecta al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. También lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado. Y desde otro punto de vista, vulnera el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que son hechos que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

Ahora bien, como se ha señalado, en lo que se refiere a los hechos objeto de acusación, el principio acusatorio solo exige que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, siendo perfectamente posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada.

En el caso actual, el Tribunal sentenciador no ha añadido ningún hecho relevante para la acusación. Sencillamente en la valoración de la prueba ha apreciado elementos probatorios obrantes en el proceso, y discutidos en el juicio oral, que han sido sometidos a contradicción, y que no figuraban minuciosamente relacionados en el escrito de acusación, porque éste no puede ni debe ser omnicompreensivo en relación con todos los datos, incluso colaterales o de escasa relevancia, que puedan ser valorados por el Tribunal sentenciador en su análisis probatorio.

El juicio oral constituye el momento esencial del proceso penal, en el que debe practicarse la prueba. La contradicción a la que se somete la prueba puede, y debe, dar lugar a que aparezcan elementos de convicción, fruto de la viveza de los interrogatorios, que no estén expresamente relacionados en los escritos de acusación, y el hecho de que el Tribunal los tome en consideración no vulnera el principio acusatorio. Lo que prohíbe este principio es que la condena se fundamente en hechos sustancialmente diferentes de los que han sido objeto de acusación, no que el Tribunal valore datos o elementos de convicción sometidos a



www.civil-mercantil.com

contradicción en el juicio, que no apareciesen minuciosamente relacionados en la calificación acusatoria, pues lo contrario fosilizaría el juicio.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El cuarto motivo de recurso, también al amparo del art 5 4º LOPJ , alega infracción del art 14 CE , que proclama el principio de igualdad ante la ley. Alega la parte recurrente que dos empresas que solicitaron adquirir parcelas en el Parque Agropecuario finalmente desistieron, y las parcelas las adquirió una tercera a la que le concedieron la máxima valoración de 14 puntos, en un informe del Sr Constancio Carlos , e incluso posteriormente se elevó a 15, más de lo permitido. Se alega que no se debió penalizar el hecho enjuiciado, cuando se han cometido otras irregularidades no sancionadas.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige, en primer lugar, la acreditación de un "tertium comparationis", ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria.

En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley. Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de "la referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una ratio decidendi sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia; concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo , FJ 4).

En el caso actual no nos encontramos ante ninguno de estos supuestos, y lo único que alega la parte recurrente es que habría hipotéticamente otros supuestos de irregularidades que no han sido objeto de condena. El principio acusatorio impide que analicemos esos otros supuestos que no han sido objeto de acusación alguna. Pero, en cualquier caso, esos supuestos delitos adicionales no afectarían al sancionado en la sentencia de instancia, pues cada cual responde de su propia conducta.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOSEGUNDO .- El quinto motivo, por infracción de ley, alega vulneración del art 390 1 2º CP .

Considera la parte recurrente que la afirmación de la sentencia en el sentido de que el documento no era auténtico porque no se había realizado una valoración técnica que atribuyese 14 puntos de valoración a la solicitud de TISA contradice el relato fáctico, pues en éste se afirma que personas no identificadas modificaron el documento inicial, por lo que el nuevo documento no es falso sino que responde a los criterios técnicos de esas personas no identificadas.



www.civil-mercantil.com

Y también estima que el documento es genuino, pues fue firmado por otro funcionario, que asumió su autoría.

El motivo no puede ser estimado. La sentencia aplica la modalidad de falsedad prevenida en el art 390 1 2º, simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

Con carácter general, (STS núm. 309/2012, de 12 de abril y 331/2013, de 25 de abril , entre otras) el delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad, de manera que será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados.

Y también se ha establecido (STS 331/2013, de 25 de abril), contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo , y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTs 1561/2002, de 24 de septiembre ; núm. 845/2007, de 31 de octubre ; y 165/2010, de 18 de febrero , entre otras).

Pues bien, en el caso actual se ha producido una alteración objetiva de la verdad, pues el informe inicial elaborado por el técnico competente para su confección, el ingeniero agrónomo Sr Constanancio Carlos , ha sido manifiestamente alterado por personas ignotas, a instancia de la recurrente, modificando su contenido esencial, la valoración de la solicitud en nueve puntos, que fue sustituida por catorce, y con ello se han afectado tanto la función probatoria como la garantizadora del documento, pues lo que acredita o prueba el documento no es cierto, dado que el informe técnico genuino establecía otra cosa, y la persona firmante tampoco es la misma que la que ha realizado las manifestaciones que en el documento se le atribuyen.

La doctrina mayoritaria de esta Sala ha optado en la aplicación del art 390.1.2º CP 95 (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de autenticidad, conforme con su significado literal, incluyendo en dicha modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva) .

En el caso actual concurren ambos supuestos. En primer lugar, el contenido del documento objetivamente auténtico, el dictamen emitido por el técnico competente para elaborarlo, se ha alterado de una forma sustancial (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad primera de falsedad del art 390 1, alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales), lo que implica en cualquier caso la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad objetiva.

Y, en segundo lugar, en la firma del documento se ha incorporado a un capataz del servicio, persona que en realidad no tuvo intervención en su redacción (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad tercera de falsedad documental, art 390 1 3º "suponiendo en un acto la intervención de persona que no la ha tenido"), lo que también implica la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad subjetiva, o genuinidad.

www.civil-mercantil.com

Es decir, que la falsedad cometida es triple: alterar un documento en sus elementos esenciales, simular un documento induciendo a error sobre su autenticidad y hacer intervenir en el mismo a una persona que no la ha tenido.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Asimismo debe destacarse que esta falsificación documental, que conforme a su tipificación legal influye de modo determinante en la gravedad de la pena impuesta, dota a la conducta enjuiciada de una especial gravedad. En efecto, la actuación de la recurrente no se limitó a dictar una resolución manifiestamente arbitraria (prevaricación), permitiendo con ello que un tercero sustrajese caudales públicos que la Alcaldesa tenía a su cargo por razón de sus funciones (malversación), sino que utilizó como instrumento la falsificación de un documento oficial, atacando con ello la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos suscritos por los funcionarios públicos y cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la administración, pues si se manipulan desde el ámbito político los elementos esenciales de los documentos oficiales que sirven de sustrato a los expedientes administrativos, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos.

DECIMOTERCERO.- El sexto motivo, también por infracción de ley, alega vulneración del art 404 CP (prevaricación) por aplicación indebida.

Considera la parte recurrente que no concurre el delito de prevaricación, en primer lugar porque la resolución no es arbitraria, dado que otra empresa, La Ibense Bornay, también recibió subvención. En segundo lugar que tampoco era injusta porque estaba basada en un informe técnico con respecto al cual no se ha probado que no correspondiese a una valoración técnica adecuada y en tercer lugar que en todo caso nos encontraríamos ante una mera irregularidad administrativa y no ante un delito de prevaricación.

Como recuerda la reciente STS 259/2015, de 30 de abril, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales; 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) " el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es lamera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...".

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como " arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso Intelhorce).

www.civil-mercantil.com

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre , entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable;
- 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

En el caso actual concurren los referidos requisitos. En primer lugar no se cuestiona que en la recurrente, Alcaldesa de Jerez, concurre la condición de Autoridad, y que por parte de dicha recurrente se ha dictado una resolución en un asunto administrativo, concretamente en un procedimiento de adjudicación de una parcela, que comprometía caudales públicos. En concreto el 25 de enero de 2008 se dictó una resolución por la Alcaldesa en el expediente administrativo de adjudicación de las parcelas del Parque Agropecuario, en la que se establecía que: La ayuda que corresponde a Tecnología Innovación Sanitaria S.I." por la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez es de un 40 % sobre el precio de venta.

En segundo lugar tampoco es cuestionable que la referida resolución era objetivamente contraria a derecho, pues a la empresa TISA, dedicada fundamentalmente a actividades relacionadas con la medicina, no le podía corresponder en ningún caso la ayuda máxima para instalarse en el Parque Agroalimentario conforme a las propias normas establecidas por el Ayuntamiento que presidía la recurrente, en las que se comprometían a seguir un procedimiento que garantizara que en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez las parcelas cumplieren el objetivo fundamental para el que se destinaron: Servir de base industrial a la actividad agropecuaria de la comarca.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento (prescindir del informe emitido por el técnico competente, y sustituirlo por un dictamen manipulado, firmado por un capataz, sin cualificación ni competencia para suscribirlo), como en el contenido sustancial de la resolución, pues afirmar que a la citada empresa le correspondía la ayuda máxima, en contra de lo que manifiestamente se deducía tanto de su actividad como de la puntuación otorgada por el técnico competente, es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta. Las normas eran de una claridad apabullante: a una puntuación de 9 puntos, que era la atribuida a TISA en el dictamen del técnico competente, le correspondía una ayuda del 20 %, y para conceder la ayuda máxima del 40% era necesaria una valoración, también máxima, de 14 puntos, que el técnico se negaba a otorgar.

Conviene resaltar, como se ha hecho en otras sentencias de esta Sala, que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de



www.civil-mercantil.com

garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero , entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

Y en el caso actual es lo que sucedió, pues al saltarse la recurrente el procedimiento, substituyendo el informe del técnico competente, por otro manipulado e inauténtico, que aparentaba sustentar la calificación de 14 puntos, pudo la Alcaldesa dictar la resolución adjudicando la ayuda máxima, sin oposición de la Intervención Municipal, es decir pudo saltarse los controles administrativos procedentes.

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; que en el caso actual se manifiesta en haber adjudicado a la empresa TISA una ayuda de 244.720 euros, cuando solo le correspondía la mitad.

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

En el presente caso, la decisión de la Alcaldesa recurrente de adjudicar la ayuda máxima a la empresa TISA constituyó una resolución adoptada con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional.

El seguimiento de todo el proceso así lo indica. Primero se influye sobre el funcionario competente para que trate con cariño a la empresa. Seguidamente, visto que no le adjudica la puntuación máxima, necesaria para la concesión de la ayuda máxima, se le presiona para que cambie el informe. Y, por último, como el nuevo informe tampoco daba cobertura a la máxima subvención que arbitrariamente quería conceder la Alcaldesa, se manipula el informe y se sustituye por otro firmado por un capataz. La arbitrariedad del proceso es manifiesta.

Concurren, en consecuencia, todos los elementos integrantes del delito de prevaricación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- Frente a ello, y como se ha expresado, se efectúan tres alegaciones.

En primer lugar que la resolución no es arbitraria, dado que otra empresa, la Ibense Bornay, también recibió subvención. Esta alegación es irrelevante porque no consta en absoluto que respecto de dicha empresa hayan concurrido las circunstancias, por ejemplo la falsificación del informe técnico, que han concurrido en el caso ahora enjuiciado.

En segundo lugar que la resolución no era injusta porque estaba basada en un informe técnico con respecto al cual no se ha probado que no correspondiese a una valoración técnica adecuada, alegación carente del menor fundamento, pues está acreditado que el informe emitido por el técnico competente fue manipulado y sustituido por otro realizado por mera complacencia.



www.civil-mercantil.com

Y en tercer lugar que, en todo caso, nos encontraríamos ante una mera irregularidad administrativa y no ante un delito de prevaricación, alegación absolutamente inconsistente, pues las circunstancias anteriormente expuestas (primero se influye sobre el funcionario competente para que trate con cariño a la empresa, segundo se le presiona para que cambie el informe, y tercero, se manipula el informe y se sustituye por otro firmado por un capataz), ponen manifiestamente de relieve que no nos encontramos ante una simple irregularidad administrativa, sino ante una manifiesta arbitrariedad.

Como se señala en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre , entre otras, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios (STS 259/2015, de 30 de abril).

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre , aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En el caso actual, es claro que fue exclusivamente la voluntad personal de la Alcaldesa, y su deseo imperiosos de adjudicar a la empresa TISA la subvención máxima, lo que motivó una vulneración absoluta del procedimiento prevenido para valoración de la puntuación correspondiente a dicha empresa, forzando un informe favorable y finalmente falsificándolo, burlando totalmente los controles prevenidos para optimizar el gasto de los fondos públicos, e incurriendo en una absoluto desprecio de los procedimientos administrativos, establecidos precisamente para velar por el gasto responsable de los fondos públicos.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, como ya se ha expresado

DECIMOQUINTO.- El séptimo motivo, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega vulneración del art 432 CP (delito de malversación). Estima la parte recurrente que no hay malversación de fondos públicos en primer lugar porque el importe de la subvención no fue destinado a un fin particular sino a un fin de interés público como era la instalación de una empresa en el Parque Tecnológico Agropecuario de Jerez, en segundo lugar porque no ha quedado acreditado que TISA no tuviese derecho a la subvención, en tercer lugar porque no ha existido un actuar doloso y en cuarto lugar porque no concurre ánimo de lucro.

El cauce casacional elegido exige el respeto del relato fáctico, por lo que en todo caso debemos partir para su resolución de lo establecido en los hechos probados, sin que pueda volverse a discutir aquí las cuestiones ya resueltas al referirnos al delito de falsedad o al de prevaricación.

Como señala la STS 1051/2013, de 26 de septiembre , " 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



www.civil-mercantil.com

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 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 (SSTS 98/1995, de 9 de febrero ; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS310/2003, de 7 de marzo)".

Por lo que se refiere a la primera impugnación (el importe de la subvención no fue destinado a un fin particular sino a un fin de interés público como era la instalación de una empresa en el Parque Tecnológico agropecuario de Jerez), su desestimación se impone pues lo cierto es que el dinero malversado no fue destinado a la instalación de la empresa en el Parque, sino a que la empresa se ahorrara más de cien mil euros al adquirir en propiedad una parcela que se iba a integrar en su patrimonio, con independencia del destino que se diese a la parcela. Es cierto que para fomentar dicha instalación estaba previsto subvencionarla en determinadas condiciones, pero al duplicar arbitrariamente la cantidad a la que la empresa tenía derecho, la Alcaldesa desvió fondos públicos de su destino y dispuso de ellos, como si fuesen propios, en beneficio de la empresa adjudicataria, permitiendo a la citada empresa lucrarse indebidamente con fondos públicos que no le correspondían.

La segunda alegación (que no ha quedado acreditado que TISA no tuviese derecho a la subvención) carece también de fundamento, pues debe respetarse el relato fáctico, y como ya se ha expuesto exhaustivamente en el análisis de los anteriores motivos, a TISA se le duplicó arbitrariamente la subvención a la que tenía derecho, incluso falsificando el informe técnico.

La tercera alegación (no ha existido un actuar doloso), también carece de fundamento, porque el dolo en este delito comprende el conocimiento de que los fondos son públicos, lo que conocía sobradamente la Alcaldesa recurrente, y de que su disposición es ilícita, lo que también constaba a la Alcaldesa que había participado en la aprobación de la normativa reguladora de la concesión de las subvenciones y conocía que la empresa TISA no podía alcanzar el máximo de valoración para obtener el máximo de subvención. Y también conocía que, de hecho, no había obtenido dicho máximo, por lo que fue necesario manipular el informe técnico para dar ilícita cobertura a la operación.

La cuarta alegación (que no concurre el elemento subjetivo del tipo, ánimo de lucro propio o ajeno) tampoco puede ser admitida, pues este elemento subjetivo añadido a la figura por el Código Penal de 1995 ha de ser interpretado como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última de la liberalidad sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo.

En consecuencia, el hecho de que la recurrente disponga ilícitamente de fondos públicos en beneficio de terceros, consciente de que les proporciona un enriquecimiento, provecho o ventaja ilícitos, en perjuicio del patrimonio municipal, integra el ánimo de lucro. Con independencia de que el fin último sea el de conceder una mera liberalidad para beneficiar a una compañía y así facilitar ilícitamente la instalación de la empresa en la comarca, pues lo requerido por el tipo es que la conducta enjuiciada incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia, que puede ser, bien directo para el sujeto público implicado, o bien indirecto cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, pues tal interés



www.civil-mercantil.com

tendría en todo caso una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos (STS 79/2007, de 7 de febrero).

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOSEXTO.- Es cierto que el delito de malversación de caudales públicos ha sido modificado por la reforma operada en la LO 1/2015. Esta modificación es relevante pues, siguiendo el modelo germánico que tanto ha influido en la reciente reforma, se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art 252) y apropiación indebida (art 253,) a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público. Esta modificación, que parece responder al mero mimetismo pues es sabido que al no existir propiamente en Alemania un delito específico de malversación de caudales públicos los supuestos correspondientes se tienen que resolver mediante la aplicación del tipo de administración desleal (266 StGB), puede provocar problemas interpretativos pues, como ha señalado acertadamente la doctrina, la modalidad de malversación construida por mera remisión a la administración desleal del patrimonio privado puede generar distorsiones al no ser totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público y el privado.

Ahora bien, lo que ahora interesa a los efectos de la aplicación retroactiva de la norma penal más beneficiosa, es determinar si la conducta sancionada como malversación de caudales públicos en la sentencia impugnada es también típica conforme a la nueva definición de la malversación, y, en su caso, si está sancionada de modo más benévolo. Para ello se ha dado traslado a las partes, que no han cuestionado que la conducta enjuiciada continúe siendo típica como malversación en la nueva redacción, y además interesan se mantenga la aplicación de la normativa anterior, por estimarla más beneficiosa.

La cuestión no es sencilla, pues se ha sostenido doctrinalmente que los supuestos de distracción, antes comprendidos en la modalidad ordinaria de malversación apropiatoria, deberían tratarse ahora como administración desleal de patrimonio público, lo que indudablemente puede introducir un cambio de enfoque, no sometido a contradicción en la sentencia impugnada que fue dictada con anterioridad a la modificación legal. Pero en el caso actual esta cuestión no se ha planteado, por lo que podemos considerar que nos encontramos ante un supuesto de malversación apropiatoria que debe ser sancionada manteniendo la regulación anterior, por resultar más beneficiosa, dado que al ser su cuantía superior a 50.000 euros la nueva regulación impondría la aplicación de la modalidad agravada prevenida en el nuevo art 432 3 b (CP 2015).

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado

DECIMOSEPTIMO.- El octavo motivo, al amparo del art 849 2º de la Lecrim , alega error de hecho en la valoración de la prueba en relación con la aplicación del art 116 CP .

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;



www.civil-mercantil.com

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim .;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos. La parte recurrente plantea una cuestión totalmente ajena a este cauce casacional, una cuestión que no es de carácter fáctico sino jurídico. Alega que se ha interpretado indebidamente el art 116 CP , ya que al anular la sentencia impugnada la adjudicación prevaricadora la empresa TISA debería devolver la subvención recibida, por lo que no existiría perjuicio y no debería haberse condenado a la recurrente a indemnización alguna.

El motivo debe ser desestimado, pues el cauce casacional elegido es totalmente ajeno a la cuestión planteada. En cualquier caso la cuestión relativa a las consecuencias civiles de la nulidad de la adjudicación y a la eventual devolución de la subvención, deberán resolverse en ejecución de sentencia, sin que afecten a la necesidad de condenar en la sentencia impugnada a las responsables penales al pago de la indemnización del perjuicio sufrido por las arcas municipales como consecuencia directa de los hechos delictivos objeto de sanción (art 116 CP), estableciéndose en cualquier caso en este precepto las normas procedentes de solidaridad e, incluso, repetición cuando hubiese varios responsables.

DECIMOCTAVO.- El noveno motivo alega también error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim . Alega la parte recurrente que la Sala no ha tomado en consideración un presunto error cometido por el Sr Constancio Carlos en otro informe, lo que es relevante porque cuestiona la fiabilidad técnica del perito Sr Constancio Carlos en sus informes.

La doctrina de esta Sala (sentencia 834/96, de 11 de Noviembre , entre otras muchas), admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario;

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.



www.civil-mercantil.com

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la sentencia nº 310/95, de 6 de Marzo, ante un "discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico".

En el caso actual no concurre ninguno de dichos requisitos, por lo que el motivo tiene que ser desestimado. Lo que pretende la parte recurrente no es acreditar documentalmente un error manifiesto del Tribunal sentenciador, sino interesar de esta Sala una nueva valoración del conjunto de la prueba a partir de un supuesto error del perito en otro caso diferente. Y esta pretensión es manifiestamente inadmisibile en este cauce casacional.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Por ello, la jurisprudencia es tajante cuando excluye de relevancia en este cauce casacional los supuestos en que el error que se denuncia no se pruebe directamente por el documento invocado, sino que lo que se solicite exija valorar otros medios probatorios o realizar deducciones que no se deriven inmediatamente del documento invocado.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMONOVENO.- El décimo motivo, por quebrantamiento de forma, denuncia la denegación indebida de una prueba propuesta en tiempo y forma. Alega la parte recurrente que durante el juicio solicitó la práctica de una prueba testifical para cuestionar la credibilidad del testigo Sr Constancio Carlos, prueba consistente en la declaración de la inicial abogada del denunciante, y fundamentada en que al folio 558 figura un escrito presentado por el denunciante Abel Balbino del que se desprende el conocimiento de actuaciones sometidas a secreto sumarial, escrito preparado por su abogada.

Esta Sala ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un "juicio justo" con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (artículo 24.2) y los Convenios Internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico por vía de ratificación (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), pero también ha señalado, de modo continuado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (S.T.C. 36/1.983 de 11 de mayo, 89/1.986 de 1 de julio, 22/1.990 de 15 de febrero, 59/1.991 de 14 de marzo y S.T.S. Sala 2ª de 7 de marzo de 1.988, 29 de febrero de 1.989, 15 de febrero de 1.990, 1 de abril de 1.991, 18 de septiembre de 1.992, 14 de julio de 1.995 y 1 de abril de 1.996), que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad.

El reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a su admisión, la pertinencia de las pruebas propuestas "rechazando las demás" (Art. 659 y concordantes de la Lecrim), y en cuanto a su práctica, la necesidad de las pruebas admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o indebidas dilaciones.



www.civil-mercantil.com

Como señalaban entre otras, las Sentencias de esta Sala de 1 de abril y 23 de Mayo de 1.996 , esta facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar dilaciones inútiles así como suspensiones irrazonables generadoras de indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

Consecuencia de lo anterior, y en su desarrollo, la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene exigiendo una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y residencia, conforme al art. 656 de la Ley procesal , bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y haber sido programada su celebración para el juicio oral, en el caso de que el recurso se interponga por falta de práctica de la prueba en el juicio.

c) La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (art 849 5º Lecrim), impugnando la inadmisión. Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales como respuesta procesal obligada de la parte en caso de denegación de la admisión de una prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el art. 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los arts. 785 y 786.2 exigen la reproducción de la petición de prueba en el juicio oral y, caso de nueva denegación, la formulación de protesta.

d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, se ha denegado la suspensión del juicio oral pese a su incomparecencia. Este requisito se ha matizado y no juega con la misma intensidad en todos los supuestos, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial. En todo caso, no se trata de un presupuesto formal pues lo que se pretende a través de este requisito es posibilitar el juicio de pertinencia tanto del Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como del Tribunal de casación al revisarla.

e) Que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización hasta el límite que permita el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) En caso de denegación en el juicio de la práctica de una prueba previamente admitida, se exige conforme a lo prevenido en el citado art 884 5º de la Lecrim con carácter general para los motivos de casación encauzados a través del art 850, que la parte que intente interponer el recurso hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes, o la oportuna protesta, causa de inadmisión que se convierte en este trámite resolutorio en causa de desestimación.

A su vez en la STS Sentencia: 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):



www.civil-mercantil.com

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero , y 70/2002, de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ; 359/2006, de 18 de diciembre ; y 77/2007, de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero ; 19/2001, de 29 de enero ; 73/2001, de 26 de marzo ; 4/2005, de 17 de enero ; 308/2005, de 12 de diciembre ; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).



www.civil-mercantil.com

VIGESIMO.- En el caso actual no concurren los requisitos enunciados para que pueda estimarse vulneración del derecho a la prueba. Ni la prueba fue solicitada en el momento procesal oportuno, ni era pertinente, ni en modo alguno podría calificarse de decisiva.

No fue solicitada en el momento procesal oportuno, pues se pidió en plena celebración del juicio, pese a referirse a una cuestión que la propia parte recurrente alega que constaba en las actuaciones, folio 558, por lo que podría haberse solicitado en el trámite legalmente establecido de calificación y proposición de pruebas. No era procedente porque se interesó la declaración de un Letrado, que había intervenido en la causa, sobre cuestiones atinentes a su labor profesional durante la misma, lo que está amparado por el secreto profesional sobre las relaciones entre abogado y cliente en el ejercicio del derecho de defensa. Y no era decisiva pues resulta irrelevante que el Sr Constancio Carlos pudiese haber realizado algún comentario sobre los hechos varios años después de producirse, sin que ello afecte a su credibilidad.

La Sala sentenciadora desestimó razonada y razonablemente la extemporánea solicitud de prueba argumentando que " La defensa de la señora Custodia Celia , con la adhesión de otras defensas, propuso durante la celebración de juicio que se oyese como testigo a doña Lucia Eugenia , que fue concejal del Ayuntamiento de Jerez, argumentando como fundamento para esa pretensión el artículo 729.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual podrán practicarse las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de las declaraciones de un testigo. Alegó la parte proponente que el testigo señor Abel Balbino manifestó en juicio que doña Lucia Eugenia habría sido la redactora de un escrito presentado por el señor Abel Balbino el 12 de noviembre de 2010 y unido al procedimiento al folio 558. En ese escrito se había indicado que se entendía que de lo manifestado por quienes habían declarado como testigos se deducía la veracidad de los hechos contenidos en el escrito de denuncia. Argumentó la defensa de la señora Custodia Celia que podría haber sido el señor Constancio Carlos quien hubiese informado a la señora Lucia Eugenia del contenido de esas declaraciones testimoniales prestadas bajo el secreto del sumario y que esclarecerse hecho sería relevante para determinar el valor probatorio de la declaración del señor Constancio Carlos . No compartimos ese razonamiento de la defensa de la señora Custodia Celia pues consideramos irrelevante para la valoración de la credibilidad del señor Constancio Carlos que en noviembre de 2010, o en fechas anteriores, hubiese podido comentar con otras personas algún aspecto de los hechos investigados, ocurridos en los años 2007 y 2008, o de su declaración en la fase de instrucción, prestada el 27 de octubre de 2010, (folios 552 y 553 de las actuaciones), en las que sólo mencionó a la empresa "Tecnología Innovación Sanitaria s.l." para negar ninguna relación con ella. El resto de esa declaración del señor Constancio Carlos se limitó a indicar cómo se decidía sobre la admisión de las empresas en el parque tecnológico agroalimentario y su intervención en el informe elaborado respecto a las empresas del grupo Bornay. Lo que el señor Constancio Carlos hubiese podido comentar con terceras personas sobre esa declaración no añadiría nada a la credibilidad de sus declaraciones posteriores y especialmente en juicio en relación a la valoración que le merecía la solicitud de T.I.S.A., los documentos que realizó al respecto y la concesión de una subvención a dicha entidad por importe equivalente al 40 % del precio de venta de la parcela".

En consecuencia, la denegación de la prueba aparece razonablemente motivada .

VIGESIMOPRIMERO.- El art 729 3º Lecrim permite practicar excepcionalmente « las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles".

El ejercicio por el Tribunal de las facultades que le otorga el art. 729 de la Lecrim , puede ser objeto de control casacional, como hemos dicho en nuestra Sentencia de 6 de julio



www.civil-mercantil.com

de 2000 , y reiterado en las STS 306/2003, de 4 de abril y STS 276/2012, de 2 de abril . Ahora bien, lo que debemos realizar en el ámbito casacional no es sustituir la decisión del Tribunal sentenciador por la nuestra, sino constatar que el Tribunal de Instancia ha motivado su decisión de un modo razonable. En el caso actual las razones que expresa la Audiencia, en el sentido de que " consideramos irrelevante para la valoración de la credibilidad del señor Constancio Carlos que en noviembre de 2010, o en fechas anteriores, hubiese podido comentar con otras personas algún aspecto de los hechos investigados, ocurridos en los años 2007 y 2008, o de su declaración en la fase de instrucción, prestada el 27 de octubre de 2010" , son suficientes para justificar su denegación.

El art. 729, en sus apartados 2.º y 3.º, de la Lecrim , constituye el cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates (STS 1100/2002, de 13 de junio) . El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la Lecrim, vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de Justicia. Para la doctrina actual, es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala -como recordaba la STS

1186/2000, de 28 de junio - ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la Lecrim puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la Lecrim , por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre , que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la Lecrim . Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1.992, 2709/1.993 , también de 1 de diciembre , de 21 de marzo de 1.994 , 23 de septiembre de 1.995 , 4 de noviembre de 1.996 , 27 de abril y 11 de noviembre de 1.998 , 7 de abril y 15 de mayo de 1.999).

La incorporación tardía de las pruebas, sin embargo, sólo es posible si el Tribunal « las considera admisibles» según expresión del propio art. 729.3º; y en este caso, fundadamente estimó que no lo eran .

VIGESIMOSEGUNDO.- Además de la razón expuesta por la Audiencia, (que la prueba solicitada era irrelevante para cuestionar la credibilidad del testigo Sr Constancio Carlos), y lo ya expresado en esta sentencia casacional, (que la prueba podía haberse solicitado en su momento pues los datos relevantes obraban en el sumario), concurre otra razón adicional para apreciar la inadmisibilidad de la prueba. En efecto, lo que se interesa era el llamamiento a declarar de un testigo para que se pronunciase sobre hechos conocidos con ocasión de actuar como Letrado defensor de una de las partes en esta misma causa, lo que afecta al derecho profesional.

El art. 24.2, párr. 2º, CE . 78 establece que "La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional , no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". El CP. 95, en el art. 199, sanciona al que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio , con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. El art. 542.3 LOPJ dispone que " Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las



www.civil-mercantil.com

modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos". El art. 416.2 de la Lecrim dispensa de la obligación de declarar establecida en su art. 410 al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, norma que la STS de esta Sala de 5 de noviembre de 1994, entre otras, extiende por analogía a los Letrados de las acusaciones particulares pues también están obligados por el secreto profesional.

A la vista de este entorno normativo, y sin necesidad de profundizar más en la interesante temática del secreto profesional del abogado, es claro que una prueba propuesta que exige a un Abogado declarar sobre un hecho o noticia conocido a través de su intervención procesal en el proceso es claramente inadmisibile por contravenir el secreto profesional.

El recurso, en consecuencia, debe ser íntegramente desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA CONCEJAL Rosa Yolanda .

VIGESIMOTERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la Concejal Rosa Yolanda , al amparo del art 852 Lecrim , alega vulneración de la presunción constitucional de inocencia. Denuncia la insuficiencia de la prueba practicada, reiterando en parte lo expresado en el motivo correlativo por la anterior recurrente. Alega que desconocía que el documento que dio a firmar al Sr Segismundo Mario tenía por objeto incrementar la subvención para TISA, y que ella era únicamente un "corre, ve y dile".

En respuesta a este motivo debemos dar por reiterada la doctrina general expuesta sobre el derecho a la presunción de inocencia y sobre la prueba indiciaria. En el caso actual disponemos de una contundente prueba directa de que fue personalmente la propia recurrente la que obtuvo la firma del Sr Segismundo Mario en el documento falsificado. Su actuación fue tan determinante y contundente, que es manifiestamente inverosímil que pudiese desconocer el contenido y finalidad del documento. Ella misma reconoció que leyó el documento, por lo que necesariamente conocía que afectaba a TISA, y le adjudicaba la máxima puntuación en el concurso. Su maniobra buscando la firma de un tercero, y la artimaña utilizada para justificar que no lo hiciese su autor inicial, ponen de relieve que conocía la discrepancia entre ambos documentos, es decir la falsedad. Testificalmente está acreditado, además, que esta recurrente fue la que instó al perito originario para que modificase su dictamen.

La Sala sentenciadora, a cuya fundamentación nos remitimos en esta materia, razona expresamente que "La señora Rosa Yolanda reconoció que ella había leído el documento, lo cual nos parece que pone de manifiesto que conocía su contenido y trascendencia, pues el documento es muy esclarecedor ya que en las primeras líneas se indica que su objetivo es conceder una posible subvención a T.I.S.A., mientras que en sus últimas líneas se dice con claridad que los puntos concedidos a esa empresa son 14, (el 100 %), y que esa puntuación debe ser tenida en cuenta a la hora de aplicar una posible minoración en el precio de compra del suelo, haciendo mención expresa a la ordenanza municipal de subvenciones y la ley de subvenciones. El señor Segismundo Mario explicó en juicio que él leyó el documento y le dijo a la señora Rosa Yolanda que él no sabía de eso, pese a lo cual la señora Rosa Yolanda insistió en que el señor Segismundo Mario debía firmar el documento y le urgió a hacerlo, no dándole la oportunidad de consultar con terceras personas o incluso con el señor Constancio Carlos . La señora Rosa Yolanda sabía que la finalidad del informe era conseguir los 14 puntos de valoración para T.I.S.A. a efectos de una subvención, pues en ese sentido le había solicitado la señora Rosa Yolanda al señor Constancio Carlos que emitiese un informe, tal y como éste explicó en juicio. La señora Rosa Yolanda en sus declaraciones negó que la solicitud de ese informe fuese idea suya, pero tampoco identificó a la persona o personas de las que partió esa petición. Nos parece indudable que la señora Rosa Yolanda no actuó en solitario ni cuando le pidió al señor Constancio Carlos el informe con los 14 puntos ni cuando consiguió que el señor



www.civil-mercantil.com

Segismundo Mario firmase un documento en el que se reconocía esos 14 puntos. Hay que tener en cuenta que la necesidad de los 14 puntos estaba vinculada únicamente al incremento de la ayuda a T.I.S.A., cuestión sobre la cual la señora Rosa Yolanda carecía de competencia. El propósito de que los puntos pasasen de 9 a 14 sólo tenía sentido a efectos de la concesión de la ayuda máxima, pues para los demás la puntuación era irrelevante pues ya se había resuelto favorablemente el acceso de T.I.S.A. al parque tecnológico agroalimentario. Está acreditado documentalmente que de las varias decenas de adjudicatarios de parcelas, sólo T.I.S.A. y la Ibense Bornay consiguieron resoluciones en las que se les reconociese esa ayuda. Por tanto el procedimiento de concesión de ayudas no era automático ni rutinario y no pudo impulsarse por la actuación de ningún técnico, sino que era una decisión que se apartaba de la práctica diaria y con una importante repercusión económica, que tuvo que ser adoptada por las personas competentes, que eran quienes ostentaban la presidencia y la vicepresidencia tanto del I.P.D.C. como de EMUSUJESA, la señora Custodia Celia y el señor Cosme Leovigildo, según resulta de la documentación aportada por el Ayuntamiento".

El razonamiento de la Audiencia es impecable y responde a las reglas de la lógica y la experiencia, apoyándose en testimonios directos, en algunos casos de la propia recurrente. Por todo ello concurre base suficiente para estimar que la Concejal recurrente se integró personalmente en el conjunto de la maniobra, desempeñó un papel decisivo en la falsedad, y cooperó necesariamente a la prevaricación y la malversación. El motivo debe ser desestimado.

VIGESIMOCUARTO.- El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración del art 423 1º CP, por indebida aplicación. Niega en el mismo que no concurren los elementos de la malversación. Considera que no concurre ánimo de lucro en ninguna de las partes.

El motivo debe ser desestimado por las razones ya expuestas en el motivo de la anterior recurrente. El ánimo de lucro ha de entenderse en el sentido de proporcionar un beneficio ilícito, lo que es claro que ambas acusadas pretendían al favorecer a la empresa TISA, lo hubiese solicitado expresamente ésta, o no. El ánimo de lucro ha de ser interpretado, pues, como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última de la liberalidad sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo.

La Sala sentenciadora razona acertadamente sobre la participación de la recurrente en este delito, como cooperadora necesaria, señalando: " Sólo en el caso de la señora Rosa Yolanda apreciamos que sea cooperadora necesaria del delito de malversación de caudales públicos. La señora Rosa Yolanda fue quien consiguió el falso informe técnico de valoración otorgando la máxima puntuación posible que era necesario para poder conceder la máxima ayuda posible, incrementando en 122.360 euros la ayuda a la que habría tenido derecho T.I.S.A. conforme a los 9 puntos de valoración obtenidos. Al conseguir ese informe la señora Rosa Yolanda cooperó a la malversación con un acto sin el cual no se habría ejecutado, (artículo 28 del Código Penal). Además la señora Rosa Yolanda sabía que el informe falso que ella había conseguido iba a usarse con la finalidad de otorgar una subvención a T.I.S.A., pues así constaba en el documento que ella admitió en juicio que había leído antes de conseguir que lo firmase el señor Segismundo Mario . Y también sabía la señora Rosa Yolanda que la puntuación tenía una repercusión en el importe de la subvención y que la señora Custodia Celia quería que el informe reconociese 14 puntos, la máxima puntuación posible, pues así resultaba también del documento en su último párrafo y de la negativa del señor Constancio Carlos a reconocer una puntuación superior a 9 puntos y la insistencia con que se le solicitó la puntuación máxima, solicitud en la que intervino la señora Rosa Yolanda . Puesto que la



www.civil-mercantil.com

señora Rosa Yolanda era Concejal cuando realizó esas acciones, cumple el requisito de ser autoridad pública, aunque es cierto que no tenía esos caudales públicos a su disposición por razón de sus funciones. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 2014, explicó que ya tenía dicho que " si bien el «extraneus» no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación - inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el código penal en su Libro Primero". Las acusaciones han tenido en cuenta el hecho de que la señora Rosa Yolanda no tuviese a su disposición los caudales públicos por razón de sus funciones y han solicitado que se aplique el artículo 65.3 del Código Penal que señala que cuando en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate. De acuerdo con todo lo expuesto, concluimos que la señora Rosa Yolanda debe responder como autora por cooperación necesaria del delito de malversación de caudales públicos por el que fue acusada, teniendo en cuenta la aplicación del artículo 65.3 del Código Penal que solicitaron todas las acusaciones".

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

VIGESIMOQUINTO.- El tercer motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración de los preceptos relativos al delito de falsedad.

De nuevo debemos referirnos a la respuesta dada en el recurso anterior. El delito de falsedad no es de propia mano, por lo que la recurrente no tiene necesidad de haber participado personalmente en la acción falsaria, para ser responsable del mismo, pero es que en el caso actual la recurrente intervino personalmente en la suplantación del documento original por el falsario, obteniendo una firma mendaz para ocultar la suplantación. El motivo carece de fundamento.

La Sala sentenciadora razona suficientemente la condena de esta recurrente señalando que " Doña Rosa Yolanda hizo que el señor Segismundo Mario firmase el documento pese a que ella era consciente de que el señor Segismundo Mario no había intervenido en su elaboración y no había tenido ni tiempo ni ocasión de contrastar el mayor o menor acierto técnico de su contenido. Además la señora Rosa Yolanda sabía que el técnico competente para la emisión de ese informe, el señor Constancio Carlos, había elaborado un borrador en el que había sostenido que la valoración correcta era de 9 puntos, y la señora Rosa Yolanda también era consciente de que el documento que presentó al señor Segismundo Mario para que lo firmase era el resultado de la modificación de ese borrador, cambiando totalmente el sentido de muchas de las apreciaciones que contenía y elevando la puntuación atribuida a la empresa solicitante desde 9 hasta 14 puntos, con la consiguiente repercusión económica. La señora Rosa Yolanda, aunque no firmase el informe, tuvo el dominio funcional de la acción pues fue ella quien convenció al señor Segismundo Mario para que lo firmase, alegando que era urgente, que el autor del documento era el señor Constancio Carlos, que no había problema y que lo único que pasaba era que no localizaban al señor Constancio Carlos. La señora Rosa Yolanda no le permitió al señor Segismundo Mario realizar ninguna comprobación, ni siquiera una lectura concienzuda del documento, ni le facilitó acceso a los datos necesarios para realizar una verdadera valoración técnica. Por todo ello la señora Rosa Yolanda sabía que el señor Segismundo Mario no estaba en condiciones de asumir como opinión técnica propia lo que decía el documento que ella le presentó a la firma. Hasta tal punto era consciente de ello que ni siquiera se preocupó de comprobar si el señor Segismundo Mario tenía los conocimientos técnicos precisos para elaborar un informe de ese tipo e hizo caso omiso a las reticencias que expresó el señor Segismundo Mario. El conocimiento que tuvo la



www.civil-mercantil.com

señora Rosa Yolanda de todo lo sucedido y la forma en que actuó ponen de manifiesto que, dolosamente, intervino de forma decisiva en la simulación del documento induciendo a error sobre su autenticidad, (art. 390.1.2º del Código Penal). Las acusaciones pretenden que la señora Rosa Yolanda sea condenada como autora de un delito del artículo 390 que castiga a la autoridad o funcionario público que cometa las conductas allí descritas cuando lo haga "en el ejercicio de sus funciones". En la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 26 de octubre de 2009 , se explica que en ese caso el único facultado para alterar mendazmente el contenido de un documento "ha de ser el propio funcionario con competencia para confeccionar el auténtico, pues de otro modo tan sólo nos encontraríamos ante un delito de falsedad llevada a cabo por particular, en el que su autor se prevale de su condición de funcionario con la consiguiente aplicación de la correspondiente agravante". Aunque la señora Rosa Yolanda era la concejal titular de la Delegación de Medio Rural del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y la realización del informe estuviese atribuido a su Delegación, ella personalmente carecía de competencia para realizar ese informe que debía ser efectuado por personal que desempeñase un puesto de trabajo técnico que incluyese entre las funciones atribuidas la realización de informes técnicos de valoración. Por ello consideramos que la señora Rosa Yolanda cometió el mismo delito que el señor Segismundo Mario , el delito del artículo 392 en relación con el 390.1.2º del CP ".

La Sala ha razonado debidamente la condena impuesta a la recurrente por el delito de falsedad. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGESIMOSEXTO.- El cuarto motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración del art 404 CP , delito de prevaricación.

Ya hemos reiterado que el cauce casacional de la infracción de ley requiere el respeto del relato fáctico. La recurrente niega su participación en el delito por no ser la autoridad responsable de adoptar la decisión prevaricadora, pero al mismo tiempo cuestiona los hechos declarados probados. En éstos se aprecia con claridad que para la realización de la prevaricación era necesaria la obtención previa del documento falsificado que permitiría que la decisión prevaricadora y malversadora pasase el filtro de la intervención.

La Sala sentenciadora razona, en relación con la participación de la recurrente en este delito, que " En cuanto a la concejal señora Rosa Yolanda , también sabía que el técnico que tenía asignada la competencia de valoración de las solicitudes sólo puntuaba con 9 puntos a T.I.S.A, pues la señora Rosa Yolanda recibió el documento no firmado en el que el señor Constancio Carlos insistió en esos 9 puntos. Puesto que la señora Rosa Yolanda tuvo en su poder tanto el borrador elaborado por el señor Constancio Carlos como el documento modificado y que consiguió que firmase el señor Segismundo Mario , habiendo admitido la señora Rosa Yolanda que leyó el segundo, no tenemos duda de que la señora Rosa Yolanda era consciente de las modificaciones introducidas, así como del destino para el que iba a utilizarse el documento, como ya hemos indicado. Y por supuesto la señora Rosa Yolanda , que fue la que consiguió directamente que el señor Segismundo Mario firmase el documento, sabía que esa firma no era más que una formalidad para dar la apariencia de informe a lo que en realidad no lo era, pues a la señora Rosa Yolanda no se le podía escapar que el señor Segismundo Mario no había tenido posibilidad de comprobar si lo que indicaba el documento que se le presentó a la firma respondía a la realidad. Hasta tal punto era consciente de ello la señora Rosa Yolanda que no se preocupó siquiera de asegurarse de que el firmante del documento tenía la cualificación técnica necesaria para emitir un informe como el que se le estaba solicitando, siendo el resultado que el señor Segismundo Mario , que era capataz, que nunca había firmado informes y que ha admitido que no estaba capacitado para firmar una valoración técnica como la que se le presentó y en la que acabó estampando su firma, como querían las dos acusadas, la señora Custodia Celia y la señora Rosa Yolanda , a las que sólo



www.civil-mercantil.com

interesaba hacerse con una apariencia de informe que justificase la concesión de la ayuda a T.I.S.A. por el máximo importe permitido. El artículo 404 del Código Penal señala que este delito puede cometerlo una autoridad o un funcionario público. El artículo 24 del Código Penal dice que a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. El apartado segundo de ese artículo 24 señala que se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Tanto la señora Custodia Celia , que intervino en estos hechos como alcaldesa de Jerez de la Frontera, pues de esa condición derivaban sus cargos en el I.P.D.C. y en "EMUSUJESA", como la señora Rosa Yolanda , que intervino como concejal del referido municipio, están incluidas en el artículo 24 y se da por tanto el último requisito que faltaba para considerarlas autoras de un delito de prevaricación del artículo 404 del código penal . La Alcaldesa fue quien firmó la resolución prevaricadora y la concejal señora Rosa Yolanda debe ser considerada autora de ese delito por aplicación del artículo 28 del código penal que considera autores a quienes cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se habría efectuado".

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGESIMOSEPTIMO.- El quinto motivo, por infracción de ley, denuncia la indebida aplicación del art 28 1º CP , en relación con los delitos de prevaricación y malversación.

El motivo, según expone la propia parte recurrente, ha sido ya desarrollado en los motivos anteriores. En consecuencia debe ser desestimado, por lo ya expuesto extensamente en la argumentación con la que se ha dado respuesta a los anteriores motivos.

VIGESIMOCTAVO.- El sexto motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración de los arts. 110 , 111 , 112 y 113 CP , reiterando lo expuesto en el motivo octavo del anterior recurso. Por economía procesal nos referimos a la contestación que se ha dado a dicho motivo.

VIGESIMONOVENO.- El séptimo motivo se formula por error en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º Lecrim . Alega que la recurrente no conocía el informe inicial del perito Sr Constancio Carlos .

El motivo carece de fundamento pues no aporta documento fehaciente alguno que acredite el supuesto error del Tribunal de Instancia, por lo que no tienen cabida en este cauce casacional, conforme a lo ya expresado al responder al motivo correspondiente del recurso anterior.

TRIGESIMO.- El octavo motivo, numerado erróneamente como noveno en el escrito de recurso, se articula por quebrantamiento de forma, y denuncia la inadmisión de una prueba al amparo del art 850 1º. Lecrim . Se trata de la misma prueba testifical a la que se refiere el motivo correlativo de la anterior recurrente, apoyándose en la misma argumentación. En consecuencia, debe ser desestimado por las razones ya expuestas al resolver el referido motivo.

Procede, por todo ello, la desestimación de la totalidad de los motivos formulados en el presente recurso.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

TRIGESIMOPRIMERO.- El único motivo del recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL , al que se adhiere la Abogacía del Estado, se formula al amparo del art 849 1º de la Lecrim , por infracción del art 436 CP , en relación con el art 77, alegando indebida inaplicación de dichos preceptos.

Sostiene el Ministerio Público que los hechos declarados probados son constitutivos del delito de fraude administrativo, previsto y penado en el art 436 CP , pero la sentencia impugnada no lo sanciona por estimar que este delito queda absorbido por el delito de malversación de caudales públicos. Señala el Ministerio Público que la doctrina jurisprudencial



www.civil-mercantil.com

mayoritaria, especialmente las sentencias más recientes, considera que estos dos delitos no se encuentran en una relación de concurso de normas, sino de delitos, por lo que no resulta aplicable el art 8º CP .

Partiendo de los hechos probados estima el Ministerio Fiscal que concurre la conducta sancionada en el art 436 porque la Alcaldesa acusada se valió de un artificio para conseguir que la ayuda pública a la empresa beneficiada se incrementase en un 40%, lo que es reconocido por la sentencia impugnada. Dicho artificio consistió en manipular el informe técnico para utilizar otro que aparentemente daba cobertura a la máxima subvención posible, que fue la concedida.

Considera asimismo, que respetando estrictamente su pretensión el relato fáctico, y planteando exclusivamente una cuestión jurídica, la naturaleza del concurso entre los delitos de fraude y malversación, no existe obstáculo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo para agravar la condena impuesta.

Cuestiona la argumentación de la sentencia de instancia, que en esta materia argumenta, en el fundamento jurídico séptimo, que: " Las acusaciones piden que se condene a la alcaldesa y a los dos concejales como autores de un delito de fraude a la administración del artículo 436 del código penal y a los tres socios de T.I.S.A. como cooperadores necesarios de ese mismodelito, en la redacción vigente a la fecha de ocurrir los hechos. Esa redacción es la que estaba en vigor con anterioridad a la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y se refiere a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público. No apreciamos que exista prueba de un concierto entre la Alcaldesa o alguno de los concejales y los socios de T.I.S.A. para que la ayuda fuese del 40 % en lugar del 20 %. No se ha probado que existiese una relación previa entre la Alcaldesa o los concejales acusados y los socios de esa empresa ni tampoco se ha podido acreditar que hubiese ningún tipo de contraprestación por parte de esos socios al incremento de la ayuda. Pero pensamos que sí se dio la segunda conducta pues la señora Custodia Celia , que era la autoridad que podía resolver sobre la concesión y cuantía de la ayuda, se sirvió de un artificio para conseguir que la ayuda se incrementase hasta el 40 %. El artificio consistió en conseguir que se emitiese un falso informe de valoración técnica que puesto en relación con la normativa establecida por el consejo rector del I.P.D.C. permitía que se defraudase el interés económico del Ayuntamiento de Jerez pues la obtención de la máxima puntuación de 14 puntos de valoración le correspondía la máxima ayuda posible, el 40 % del precio de la parcela. El artículo exige que esa conducta la cometa una autoridad o funcionario público que intervenga por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos. Al cometer los hechos la señora Custodia Celia era una autoridad pública que intervino por razón de su cargo en el expediente administrativo de liquidación de la ayuda económica, cuantificando su importe. Esa ayuda constituye un 'haber público' en el sentido que señaló la Sentencia de la Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2005 , que explicó que la expresión "haberes públicos" no tenía que entenderse reducida a los sueldos de los funcionarios sino que "haberes públicos" sería "el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponde a una persona pública." La concejal señora Rosa Yolanda también se sirvió de ese artificio sabiendo que con ello ese falso informe T.I.S.A. conseguía la puntuación precisa para tener derecho a la ayuda del 40 % del precio de la parcela. No obstante, no vamos a condenar a la señora Custodia Celia y a la señora Rosa Yolanda por ese delito pues creemos que en este concreto caso el delito de malversación de caudales públicos por el que han sido condenadas absorbe el delito de fraude. Somos conscientes de la existencia de Sentencias del Tribunal Supremo que con carácter general se



www.civil-mercantil.com

pronuncian en sentido contrario, como son las de 28 de febrero de 2014 y la de 7 de mayo de 2014. Sin embargo, esta última admite que puede producirse la absorción "en aquellos supuestos de fraude en su modalidad de concierto con el interesado y la posterior malversación en los supuestos de consentimiento de la sustracción." No es ese nuestro caso, pues hemos indicado que no existe prueba del concierto para defraudar y sí de la utilización de un artificio para defraudar. Pero igual que el Tribunal Supremo admite esa excepción, creemos que en este concreto caso también habría absorción porque el artificio empleado se agotó en su uso respecto a T.I.S.A., de forma que no era posible utilizarlo en lo sucesivo para otras defraudaciones, sino que habría sido preciso conseguir otro falso informe técnico de valoración respecto a la empresa en cuestión. En esas circunstancias, nos parece que es de aplicación lo que razonó la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de noviembre de 2013), en la que dijo que "la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio". En el concreto caso de la actuación de las señoras Custodia Celia y Rosa Yolanda el peligro creado por la acción subsumible en un posible delito de fraude se agotó en la malversación, sin que hubiese peligro de nuevos fraudes, por lo que consideramos que deben ser absueltas de ese delito. Como deben serlo los demás acusados por el mismo, respecto a los que ni siquiera apreciamos que exista prueba de que se concertasen para defraudar o usasen un artificio pardefraudar".

TRIGESIMOSEGUNDO .- El Ministerio Fiscal no comparte la argumentación utilizada para excluir del concurso delictivo el delito de fraude, haciendo referencia a la reciente STS 806/2014, de 13 de diciembre , dictada en un supuesto de fraude de IVA.

Señala dicha resolución que " La posibilidad de concurso ideal entre los delitos de malversación (art. 432 CP) y fraude (art. 436 CP) es admitida por la jurisprudencia y, desde luego, lo que carece del más mínimo sentido es que el fraude (de penalidad inferior) absorbiese la malversación. Eso supondría que el atentado a otro bien jurídico acarrearía una disminución en la pena. Absurdo.

El art. 432 castiga a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, con las penas de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

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

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

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

La pena del delito del art. 436 es más leve, pero el delito se consume con el mero concierto con la finalidad de defraudar. No es preciso que se consuma el fraude. La



www.civil-mercantil.com

bilateralidad es condición del art. 436: el delito del art.432 puede ser individual; el delito del art. 436 exige un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de "concierto" que es vocablo que implica aunar voluntades distintas. Es un delito por definición plurisubjetivo (sin entrar ahora en si ha supuesto algún cambio la tipificación en 2010 de la conducta del particular concertado). El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios. No necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Basta la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo.

Con un núcleo central común en la tipicidad hay elementos específicos en cada uno de los delitos que los especializan. Desde un punto de vista el delito del art. 432 es especial frente al delito del art. 436 (abarca la efectiva producción del perjuicio patrimonial). Desde otro punto de vista, sin embargo, lo es el art. 436 (se refiere a actividades concretas y recoge una actividad concertada). Ante dos tipos igualmente especiales habría que acudir al principio de alternatividad, si no juega antes el de consunción. Pero con carácter previo hay que decidir si estamos en verdad ante un concurso de normas o, más bien, como sostiene la jurisprudencia mayoritaria, ante un concurso de delitos.

La identificación de objetos de tutela diferentes en cada una de las infracciones lleva a la admisión del concurso de delitos, tesis que se ha venido a consolidar en la jurisprudencia de esta Sala, pese a titubeos iniciales.

La STS 696/2013, de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: " Sostiene la recurrente que se ha producido el error iuris en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio ne bis in ídem. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al art 8.3 CP . Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringir el citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS. 16.2.1995).

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

También en este supuesto tenemos que optar por la dualidad delictiva que, por lo demás, comportará una relevancia penológica ínfima.

Ciertamente reduce el margen de recorrido punitivo, pero siempre con una pena única ya muy condicionada por el concurso de otro delito de falsedad y la continuidad (arts. 77 y 74.1 CP).

Lo que es inviable es entender que el fraude consume la malversación (art. 8 CP).

A favor del concurso de delitos milita la diferencia de bien jurídico detectable en ambos tipos. En la malversación predomina el bien jurídico patrimonio de la administración aunque combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la



www.civil-mercantil.com

actividad patrimonial de la Administración. Es tópico en la doctrina hablar de esa doble naturaleza. Pero se subraya el contenido patrimonial. En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia analizan este delito aludiendo a ese binomio: observan en él un componente patrimonial, en cuanto se lesionan los intereses económicos de la Administración, pero destacan junto a ello la deslealtad del funcionario que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada.

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

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

La coherencia punitiva invita a la doble calificación en régimen de concurso ideal. Si fuese de otra forma nos encontraríamos con que el delito de fraude que tiene asignada una pena de prisión de uno a tres años, además de la pena de inhabilitación, vería absurdamente reducida su sanción si consideramos que siempre queda consumido por la malversación, cuando ese concierto lograse su objetivo de efectiva defraudación y el monto de ésta no superase los cuatro mil euros (prisión comprendida entre seis meses y tres años además de una multa y suspensión). No es asumible esa consecuencia: un fraude sin perjuicio patrimonial merecería menos pena cuando sí se produjo también la lesión patrimonial, aunque lo fuera en cuantía moderada.

Y menos asumible es que la malversación se vea recompensada cuando además va acompañada de la conducta castigada en el art. 436 CP .

Así pues, el fraude del art. 436 admite el concurso medial con el posterior delito de malversación de caudales públicos. Ni el principio de consunción ni el de alternatividad ni el de especialidad solventan satisfactoriamente esa cuestión. Es un concurso de delitos y no de normas. No hay consunción, ni propia ni impropia. Y si hubiese consunción, desde luego que la lex consumens sería el art. 432"

TRIGESIMOTERCERO .- La doctrina de esta Sala, en consecuencia, parece dar la razón al Ministerio Público. En efecto, el delito de fraude, de mera actividad, no puede absorber al de malversación, de resultado, que constituye un paso más avanzado en la progresión del perjuicio patrimonial a los caudales públicos. El fraude pone en peligro el patrimonio público, la malversación lo lesiona de modo efectivo. No responde a los principios propios del Derecho Penal que el fraude inicial pueda consumir la malversación final.

La cuestión inversa es más compleja. El fraude, que consiste en un concierto de la Autoridad o funcionario con los interesados o en el uso de cualquier otro artificio para defraudar a un ente público, constituye ordinariamente un medio o instrumento para la malversación, por lo que su relación punitiva es la de concurso medial. Si no se llega a consumir la malversación de caudales públicos, se sancionará exclusivamente el fraude. Si se consuma la malversación a través del fraude, se sancionarán ambos en concurso medial.

Y precisamos que se trata de un concurso medial porque el fraude es el instrumento para cometer la malversación, y no de un concurso ideal porque no nos encontramos ante un mismo hecho, ya que generalmente ambos delitos exigen conductas diferenciadas y sucesivas. Distinción que hoy es conveniente realizar, porque la reforma de 2015, a través de una



www.civil-mercantil.com

modificación insuficientemente explicada, ha separado la penalidad de ambas modalidades de concurso aunque las siga regulando en el mismo precepto (Art. 77, CP 2015).

En consecuencia, el delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial, consolidando con ello la doctrina establecida en la STS 806/2014, de 13 de diciembre , entre otras.

TRIGESIMOCUARTO .- Ahora bien, la condena como concurso de delitos, y no de normas, exige que la sanción del delito más grave (la malversación) no abarque el total desvalor de la conducta, consistente en estos casos tanto en el artificio y concierto con terceros propios del fraude (que lesionan los principios de objetividad y transparencia), como el efectivo perjuicio del patrimonio público, propio de la malversación. De otro modo vulneraríamos el principio non bis in ídem, sancionando doblemente una conducta cuyo desvalor ya está comprendido en la sanción de una sola de ellas.

Pues bien, por esta vía debe darse la razón al Tribunal de Instancia, y desestimarse el recurso del Ministerio Público. En efecto, en el específico caso actual, nos encontramos con que no se ha producido concierto alguno con los interesados, pues el Tribunal sentenciador considera que no se ha probado, y absuelve a los terceros. No concurre, en consecuencia, la modalidad de fraude por concierto.

Nos resta la modalidad de fraude por uso de artificio. En el caso enjuiciado, el artificio consiste en la falsificación de un informe pericial necesario en el proceso de contratación. Pero esta falsificación ya se ha sancionado específicamente, como delito de falsificación de documento oficial. La Sala sentenciadora ha condenado a las recurrentes por un triple concurso de delitos, falsificación, prevaricación y malversación de caudales públicos, en concurso medial. Sancionar además la falsificación, en su calidad de artificio, como constitutiva de un delito adicional de fraude, constituye una punición duplicada, que vulneraría el principio non bis in ídem, pues el desvalor de dicha conducta ya ha sido tomado en consideración a través del delito de falsedad.

En consecuencia, estimamos que en el supuesto actual, el triple concurso ya abarca la totalidad del desvalor de la conducta, y no procede añadir un cuarto tipo delictivo, como interesa el Ministerio Fiscal. El recurso, en consecuencia debe ser desestimado.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los recursos interpuestos, con imposición de costas a los recurrentes, con la exclusión del Ministerio Fiscal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL y por quebrantamiento de forma e infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Custodia Celia y por Rosa Yolanda contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, de fecha 20 de febrero de 2015, en causa seguida a Custodia Celia y Rosa Yolanda por delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental. Condenamos a las acusadas recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos, con declaración de las costas de oficio del recurso del Ministerio Fiscal.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón José Manuel Maza Martín
Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral García
Perfecto Andrés Ibáñez



www.civil-mercantil.com

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

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.