

EDJ 2010/5963

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 25-1-2010, nº 1394/2009, rec. 10372/2009

Pte: Marchena Gómez, Manuel

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 2ª del Tribunal Supremo. 2009-2010"

Comentada en "Los juicios paralelos"

Resumen

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados y las responsables civiles contra sentencia que les condenó por delitos continuados de malversación de caudales públicos y falsedad documental. Sostiene el TS que es obvio que no hace falta ser garante para actuar con dolo. Si el gerente, continúa la Sala, de una de las más importantes empresas municipales que se sumaron a la trama defraudatoria, incorpora al tráfico jurídico cuatro sociedades instrumentales que fueron utilizadas para incrementar ficticiamente los procesos de facturación y, además, despliega su tarea en un período de tiempo que abarca cinco años, la reivindicación de su condición de tercero ajeno al círculo de decisiones resulta inatendible.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD 658/2001 de 22 junio 2001. Estatuto General de la Abogacía Española
art.32

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.8.3 , art.21.6 , art.28.2 , art.65.3 , art.74.2 , art.77 , art.109 , art.116 , art.120.4 , art.122 , art.390.1 , art.390.2 , art.392 , art.432.2 , art.435.1

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.11 , art.238 , art.542.3

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.20 , art.24.1 , art.24.2

Instr. Ratif de 19 diciembre 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
art.14.5

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.122 , art.127

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.311 , art.471

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	6
FUNDAMENTOS DE DERECHO	14
FALLO	42

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABOGADOS

ASISTENCIA LETRADA

Derecho fundamental

Inexistencia de vulneración del derecho

SECRETO PROFESIONAL

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUECES Y MAGISTRADOS

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

En general

DERECHO AL HONOR

ALCANCE Y CONTENIDO

DERECHO A COMUNICAR O RECIBIR INFORMACIÓN

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD

Detención preventiva
Información de la acusación
Inexistencia de violación del derecho

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Proceso público sin dilaciones indebidas
Inexistencia de violación del derecho

Derecho a los recursos
Inexistencia de violación del derecho

Presunción de inocencia
Facultades judiciales
Valoración de la prueba

FALSEDADES - FALSIFICACIÓN

CONCEPTUACIÓN GENERAL

SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO

Documentos públicos, oficiales o de comercio
Simulándolo para inducir a error sobre su autenticidad

DOLO

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Delito continuado

PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Partícipes
Cooperador

PENALIDAD

Concurso de delitos

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia
Principio acusatorio

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

CUESTIONES GENERALES

Conceptuación general

COMETIDA POR PARTICULAR

Encargados de fondos provinciales o municipales

MODALIDADES AGRAVADAS

Especial gravedad

DOLO

DELITO CONTINUADO

PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Partícipes
Cooperador

Responsabilidad civil

PENALIDAD

Graduación de la pena

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

Principio acusatorio

PROCESO PENAL

PARTES

Responsable civil

Subsidiaria

En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.32 de RD 658/2001 de 22 junio 2001. Estatuto General de la Abogacía Española

Aplica art.8.3, art.21.6, art.28.2, art.65.3, art.74.2, art.77, art.109, art.116, art.120.4, art.122, art.390.1, art.390.2, art.392, art.432.2, art.435.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.11, art.238, art.542.3 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.20, art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.14.5 de Instr. Ratif de 19 diciembre 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Aplica art.122, art.127 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.311, art.471 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 19/2003 de 23 diciembre 2003. Modificación de LOPJ

Cita art.25 de LO 15/2003 de 25 noviembre 2003. Modificación de LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal

Cita art.22 de RD 658/2001 de 22 junio 2001. Estatuto General de la Abogacía Española

Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.20, art.28, art.29, art.63, art.74, art.199.2, art.310, art.432, art.435, art.467.2, art.849.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.5 de Ley 50/1981 de 30 diciembre 1981. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Cita art.18.1, art.24, art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1277 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Cita art.5.4, art.263, art.416.2, art.456, art.729.2, art.733.3, art.773.2, art.786.2, art.849.1, art.849.2, art.850.1, art.852, art.884.3, art.884.4, art.885.1, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAN Sala de lo Penal de 23 enero 2009 (J2009/10902)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 3 febrero 2010 (J2010/14219)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 28 abril 2010 (J2010/150322)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 24 noviembre 2010 (J2010/265181)

Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 29 octubre 2010 (J2010/270128)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 23 febrero 2011 (J2011/10638)

Citada en el mismo sentido por SAP Huelva de 10 marzo 2011 (J2011/113459)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 24 junio 2011 (J2011/147064)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 14 julio 2011 (J2011/155242)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 30 junio 2011 (J2011/163004)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 15 marzo 2011 (J2011/16406)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 1 marzo 2011 (J2011/16415)

Citada en el mismo sentido sobre PROCESO PENAL - PARTES - Responsable civil - Subsidiaria - En general por STS Sala 2ª de 15 julio 2011 (J2011/166747)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 8 septiembre 2011 (J2011/224337)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 11 octubre 2011 (J2011/237449)

Citada en el mismo sentido por SAP Palencia de 27 octubre 2011 (J2011/263815)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 27 octubre 2011 (J2011/270472)

Citada en el mismo sentido por SAP Segovia de 30 septiembre 2011 (J2011/277710)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 1 diciembre 2011 (J2011/295407)

Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 16 diciembre 2011 (J2011/295841)

Citada en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Proceso público sin dilaciones indebidas - Inexistencia de violación del derecho por STS Sala 2ª de 12 diciembre 2011 (J2011/296303)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 23 septiembre 2011 (J2011/321736)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 19 diciembre 2011 (J2011/323988)
Citada en el mismo sentido por SAP Murcia de 14 abril 2011 (J2011/82314)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 24 febrero 2011 (J2011/9610)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 12 julio 2012 (J2012/159143)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 16 abril 2012 (J2012/214329)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 5 marzo 2012 (J2012/43944)
Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 20 abril 2012 (J2012/69222)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 20 enero 2012 (J2012/7755)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 30 marzo 2012 (J2012/86524)
Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 1 febrero 2012 (J2012/86740)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 14 mayo 2012 (J2012/90326)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 23 abril 2012 (J2012/90336)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 octubre 2009 (J2009/265739)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 junio 2009 (J2009/171696)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 junio 2009 (J2009/165960)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 julio 2009 (J2009/165950)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 junio 2009 (J2009/119636)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 18 mayo 2009 (J2009/101499)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Proceso público sin dilaciones indebidas - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 30 abril 2009 (J2009/92355)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 abril 2009 (J2009/72819)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 abril 2009 (J2009/63010)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 marzo 2009 (J2009/56288)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 marzo 2009 (J2009/56269)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 febrero 2009 (J2009/38186)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 febrero 2009 (J2009/16838)
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO PENAL - PARTES - Responsable civil - Subsidiaria - En general STS Sala 2ª de 2 febrero 2009 (J2009/16834)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Proceso público sin dilaciones indebidas - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 4 febrero 2009 (J2009/11684)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 diciembre 2008 (J2008/272913)
Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - ASISTENCIA LETRADA - Derecho fundamental - Inexistencia de vulneración del derecho STS Sala 2ª de 2 diciembre 2008 (J2008/253407)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Proceso público sin dilaciones indebidas - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 26 noviembre 2008 (J2008/222314)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Proceso público sin dilaciones indebidas - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 18 septiembre 2008 (J2008/173131)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 mayo 2008 (J2008/73138)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 noviembre 2007 (J2007/243092)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 2ª de 17 diciembre 2007 (J2007/241106)
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 18 diciembre 2007 (J2007/229920)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 septiembre 2007 (J2007/175249)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 10 septiembre 2007 (J2007/151832)
Cita en el mismo sentido sobre FALSEDADES - FALSIFICACIÓN - SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO - Documentos públicos, oficiales o de comercio - Simulándolo para inducir a error sobre su autenticidad STS Sala 2ª de 25 junio 2007 (J2007/92336)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 18 junio 2007 (J2007/69742)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 abril 2007 (J2007/28991)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 15 noviembre 2006 (J2006/310750)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 octubre 2006 (J2006/275426)
Cita en el mismo sentido sobre FALSEDADES - FALSIFICACIÓN - SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO - Documentos públicos, oficiales o de comercio - Simulándolo para inducir a error sobre su autenticidad STS Sala 2ª de 22 junio 2006 (J2006/102993)
Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - SECRETO PROFESIONAL STS Sala 2ª de 16 marzo 2006 (J2006/59571)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 marzo 2006 (J2006/42987)
 Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 27 febrero 2006 (J2006/8141)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 junio 2005 (J2005/113572)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 junio 2005 (J2005/108826)
 Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - ASISTENCIA LETRADA - Derecho fundamental - Inexistencia de vulneración del derecho STS Sala 2ª de 14 marzo 2005 (J2005/37452)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 octubre 2004 (J2004/159646)
 Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - SECRETO PROFESIONAL STS Sala 3ª de 16 diciembre 2003 (J2003/240959)
 Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD - Detención preventiva - Información de la acusación - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 7 mayo 2003 (J2003/30182)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 marzo 2003 (J2003/25334)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 febrero 2003 (J2003/1592)
 Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - ASISTENCIA LETRADA - Derecho fundamental - Inexistencia de vulneración del derecho STS Sala 2ª de 3 mayo 2001 (J2001/9060)
 Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - ASISTENCIA LETRADA - Derecho fundamental - Inexistencia de vulneración del derecho STS Sala 2ª de 12 febrero 2000 (J2000/519)
 Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 2ª de 22 marzo 1999 (J1999/5103)
 Cita en el mismo sentido sobre MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS - MODALIDADES AGRAVADAS - Especial gravedad STS Sala 2ª de 29 julio 1998 (J1998/9430)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 marzo 1998 (J1998/1541)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 febrero 1998 (J1998/1272)
 Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - ASISTENCIA LETRADA - Derecho fundamental - Inexistencia de vulneración del derecho STS Sala 2ª de 23 diciembre 1996 (J1996/10860)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 febrero 1995 (J1995/566)
 Cita en el mismo sentido sobre ABOGADOS - ASISTENCIA LETRADA - Derecho fundamental - Inexistencia de vulneración del derecho STS Sala 2ª de 20 enero 1995 (J1995/96)
 Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 25 junio 1983 (J1983/3817)
 Cita STS Sala 2ª de 28 octubre 2009 (J2009/245682)
 Cita STS Sala 2ª de 29 septiembre 2009 (J2009/234644)
 Cita STS Sala 2ª de 18 mayo 2006 (J2006/80859)
 Cita STS Sala 2ª de 15 junio 2005 (J2005/108843)
 Cita STC Sala 2ª de 20 septiembre 2004 (J2004/135034)
 Cita STS Sala 2ª de 14 noviembre 2002 (J2002/54142)
 Cita STC Sala 1ª de 11 noviembre 2002 (J2002/50354)
 Cita STS Sala 2ª de 29 julio 2002 (J2002/28164)
 Cita STC Sala 1ª de 3 abril 2002 (J2002/7116)
 Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD - Detención preventiva - Información de la acusación - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 19 febrero 2001 (J2001/3175)
 Cita STS Sala 2ª de 18 julio 2000 (J2000/20387)
 Cita STS Sala 2ª de 4 abril 2000 (J2000/7045)
 Cita STS Sala 2ª de 25 abril 2000 (J2000/6355)
 Cita sobre PROCESO PENAL - PARTES - Responsable civil - Subsidiaria - En general STS Sala 2ª de 30 marzo 2000 (J2000/4629)
 Cita STS Sala 2ª de 19 junio 1999 (J1999/18440)
 Cita STS Sala 2ª de 7 mayo 1999 (J1999/8166)
 Cita STS Sala 2ª de 15 febrero 1997 (J1997/653)
 Cita sobre PROCESO PENAL - PARTES - Responsable civil - Subsidiaria - En general STS Sala 2ª de 15 diciembre 1995 (J1995/7657)
 Cita STC Sala 2ª de 6 mayo 1985 (J1985/60)
 Cita STC Pleno de 14 diciembre 1982 (J1982/76)
 Cita STC Sala 2ª de 5 julio 1982 (J1982/42)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 2ª del Tribunal Supremo. 2009-2010"

Comentada en "Los juicios paralelos"

En la Villa de Madrid, a veinticinco de enero de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones procesales de Emiliano, Herminio y Marcial, contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2009, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el rollo número 5/2008 EDJ 2009/10902 procedente del Juzgado Central de Instrucción número 6, procedimiento abreviado núm. 76/2001, por los delitos continuado de malversación de caudales públicos y continuado de falsedad documental, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, que en día de la vista impugnó los motivos de los recursos, y se ratificó en su informe; los recurrentes representados por los Procuradores y los Letrados Sres. Sanz Arroyo, Sr. Oliva García, Sr. De la Cruz Ortega y Sr. Ollé Sesé, la Procuradora Sra. Díez Espí, el Sr. Choclán Montalvo, en defensa de Promociones Futbolísticas y Rancho Valdeolivas, S.A., la Procuradora Sra. Díez Espí y el Letrado Sr. Jiménez de Parga Maseda en defensa de Herminio, y la parte recurrida Penélope, Luis María y Agapito, representados por el Procurador Sr. Tinaquero Herrero y los Letrados Sres. Huelin Bejarano y Sánchez González. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 6, incoó procedimiento abreviado número 76/2001, ante la posible comisión de los delitos continuado de malversación de caudales públicos y continuado de falsedad documental, en cuyo procedimiento han actuado como acusados:

A) Marino, Laura, Saturnino, Emiliano, Herminio, y Marcial. Como responsables civiles subsidiarias.

B) Herederos de Abilio, Conrado y Ana, como hijos y supuestos herederos de Hilario, Promociones Futbolísticas S.A., y Rancho Valdeolivas S.A., y una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, con fecha 23 de enero de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- Llegada del G.I.L. al Ayuntamiento de Marbella y creación de sociedades mercantiles municipales.

El 15 de junio de 1991 accede a la Alcaldía del Municipio de Marbella (Málaga) Abilio (fallecido el 14 de mayo de 2004), a través de la formación política G.I.L. (Grupo Independiente Liberal), que obtiene la mayoría absoluta de Concejales.

Desde el principio de su actuación política, Abilio es aconsejado por el acusado Herminio, mayor de edad y sin antecedentes penales, Abogado de profesión, que venía prestando sus servicios de asesoramiento y de defensa jurídica al Sr. Abilio desde varios años antes de acceder éste a la Alcaldía.

Herminio concibe la idea de crear varias empresas sujetas a la legislación mercantil con mayoría en el capital social del Ayuntamiento de Marbella, con objetos sociales diversos según el ramo de actividad a que se dedicasen, bajo el aparente designio de que la gestión de los servicios municipales sería más ágil y eficaz. Pero la existencia de tales sociedades municipales de gestión de diversas áreas, que llegaron a ser 31 y que en la práctica significaron sacar el propio Ayuntamiento la mayor parte de la actividad municipal, en la realidad degeneró en la originación de una situación de opacidad y falta de transparencia que alejaba aquella gestión del control interno y de eficacia por parte de la Corporación Municipal.

Tales sociedades municipales se nutrían patrimonialmente de las subvenciones y transferencias de dinero público que se les concedía desde el Ayuntamiento, el destino de cuyas partidas en muchas ocasiones se desconoce y en otras se emplea en abonos muy distantes de los fines públicos y de interés social a que deberían dedicarse.

Desde su despacho en la sede del Club Financiero Inmobiliario, empresa particular del Alcalde sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 72 de Marbella, convertida en el centro de decisiones políticas de dicha localidad, Herminio supervisa la actividad de las sociedades mercantiles municipales creadas. Ejerce sobre ellas, con conocimiento y consentimiento del Alcalde, rígidos controles, en cuanto a su estructura, funcionamiento y gestión, sustituyendo los controles administrativos por la existencia de las auditorías que realiza Armando, actualmente fallecido, a modo de una fiscalización posterior, cuando ya los fondos públicos habían sido detraídos en cada ejercicio económico.

La contabilidad de las sociedades era elaborada y supervisada por el asesor fiscal Marcial, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien se desplazaba periódicamente desde Madrid a Marbella, ocupando durante sus estancias en esta última ciudad un despacho en el Club Financiero Inmobiliario cercano a los despachos del Alcalde Sr. Abilio y de su Asesor Jurídico Sr. Herminio, con quienes mantiene reuniones frecuentemente para solventar las incidencias que iba planteando la gestión de las sociedades municipales, especialmente en materia de aumento ficticio de los gastos supuestamente generados por éstas a fin de destinar los fondos a que ascienden aquellos irreales cargos a objetivos e intereses no públicos.

Al frente de las sociedades municipales, el Alcalde sitúa como gerentes a personas de su entera confianza. Fue gerente de las sociedades Contratas 2000 S.L. y Jardines 2000 S.L. Hilario (fallecido el 17 de junio de 2005) y fue gerente de Planeamiento 2000 S.L. Emiliano, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Los acusados Herminio, Marcial y Emiliano, concertados con otros funcionarios y autoridades no enjuiciados en este procedimiento, en ejecución de un plan preconcebido, llevaron a efecto durante los años 1991 a 1995 actuaciones coordinadas tendentes a desviar fondos

públicos llegados desde el Ayuntamiento de Marbella a las sociedades municipales, siendo relevantes para la detracción del patrimonio municipal los conocimientos jurídicos del primero, los conocimientos contables del segundo y la actividad empresarial del tercero.

Segundo.- Particular referencia a Contratas 2000 S.L., Jardines 2000 S.L. y Planeamiento 2000 S.L.

Entre las sociedades mercantiles municipales de gestión de Marbella figuran Contratas 2000 S.L., Jardines 2000 S.L. y Planeamiento 2000 S.L.

A) La sociedad municipal Contratas 2000 S.L. se constituyó el 25 de junio de 1991 por los hermanos Socorro y Luis Francisco, con un capital social de 500.000 pesetas y cuyo objeto social era la prestación de servicios de mantenimiento en general de edificios, jardines, piscinas y zonas recreativas, así como la realización de obras y construcciones de todo tipo. Luis Francisco es Abogado y socio de Herminio y, como él, está vinculado al G.I.L., siendo nombrado administrador único de la sociedad. Desde dicho cargo no realiza ninguna actividad societaria, excepto la designación de Hilario como apoderado de la entidad el día 3 de julio de 1991. Dicha sociedad, que desde sus inicios estuvo en la esfera de influencia del G.I.L., fue adquirida en un 90 % con posterioridad por el Ayuntamiento de Marbella, en virtud de acuerdo del Pleno celebrado el 30 de agosto de 1991, siendo designado gerente el 11 de febrero de 1992 quien hasta entonces ostentaba la condición de apoderado. Más tarde el Ayuntamiento compra el restante 10 % del capital social y se incrementa sucesivamente dicho capital.

Hilario abrió cuentas a nombre de Contratas 2000 S.L. en las entidades de crédito Banco Herrero, Banco de Madrid, Banco Urquijo, Banco Comercial Transatlántico, Caja Rural de Granada y Arab Bank PLC, siendo las existentes en las tres primeras entidades las que tuvieron mayor volumen de actividad. Desde las cuentas bancarias abiertas, el Sr. Hilario, quien era la única persona con facultades para obligar a la sociedad ordenó numerosos pagos a través de diversos instrumentos bancarios, a veces directamente y otras muchas por medio de empleados de la oficina de la sociedad, especialmente el administrativo-contable Marino, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien trabajó en la empresa desde el 29 de julio de 1991 hasta el 31 de agosto de 1993 y tenía a su cargo la ordenación de las facturas y otros apuntes contables, que al final de cada ejercicio remitía al Club Financiero Inmobiliario, donde los Sres. Herminio y Marcial coordinaban la confección de la contabilidad oficial.

a) Desde la cuenta corriente núm. 200184009 del Banco Herrero, sucursal 248 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 63 de Marbella, abierta el 24 de julio de 1991, Hilario autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino en muchos casos se desconoce y en otros no responde a obligaciones legal o contractualmente contraídas.

a?) En el año 1991 salió de dicha cuenta un total de 128.381.940 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

- 1.- El propio Hilario cobró en efectivo 1 cheque al portador por importe de 12.233.658 pesetas.
- 2.- El administrativo-contable de Contratas 2000 S.L., Marino, a través de 3 cheques al portador, cobro en efectivo un total de 34.623.683 pesetas, que entregó al gerente.
- 3.- Una persona que desde el banco denominan como "el Secretario" cobró en efectivo 7 cheques al portador por un importe total de 61.699.675 pesetas.
- 4.- Por medio de 3 cheques (2 al portador y 1 nominativo) fueron ingresados un total de 19.824.924 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la misma oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, mayor de edad y sin antecedentes penales, esposa del gerente Hilario, figurando este último como única persona autorizada para operar en dicha cuenta.

b?) En el año 1992 salió de dicha cuenta un total de 1.250.056.848 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

- 1.- El administrativo-contable de Contratas 2000 S.L., Marino, a través de 45 cheques al portador, cobró en efectivo un total de 536.290.983 pesetas, que entregó al gerente.
- 2.- Personas que no han podido ser identificadas al carecerse de datos estampados en el reverso de los cheques, cobraron en efectivo 13 cheques al portador por un importe total de 137.415.588 pesetas.
- 3.- Por medio de 2 cheques al portador, fueron ingresados un total de 25.480.358 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (con posterioridad transformada en la cuenta núm. 001) de la misma oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.
- 4.- Fueron compensados 7 cheques bancarios al portador (de fechas 13 de marzo, 7 de abril, 21 de abril, 13 de mayo, 25 de mayo, 25 de junio y 29 de junio de 1992) por un total de 404.000.000 pesetas, en la cuenta del Banco Central Hispano, oficina principal de Marbella, núm. 2911225375, cuya titular es la entidad Promociones Futbolísticas S.A., en la que ostentaba mayoría accionarial el Alcalde Abilio.
- 5.- Fueron compensados 6 cheques bancarios al portador (todos de fecha 24 de septiembre de 1992) por un total de 85.000.000 pesetas, en la cuenta de Banesto, urbana de Argüelles, sita en la calle Alberto Aguilera de Madrid, núm. 002, cuyo titular era el Alcalde Abilio.
- 6.- La entidad Frampar S.A., cuyo objeto social es la explotación de toda clase de juegos y cuyo Consejero Delegado era Isaac, cobró 1 cheque nominativo por importe de 21.869.919 pesetas, destinado al pago de las nóminas y otros gastos de los jugadores del club de fútbol Atlético de Marbella.
- 7.- La entidad Andaluza de Impresión S.A. cobró un total de 40.000.000 pesetas a través de 5 cheques al portador (todos de fecha 21 de mayo de 1992 y por importe cada uno de 8.000.000 pesetas).

c?) En el año 1993 salió de dicha cuenta un total de 1.100.827.211 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

- 1.- El administrativo-contable de Contratas 2000 S.L., Marino, a través de 10 cheques al portador, cobró en efectivo un total de 337.802.525 pesetas, que entregó al gerente.

2.- Personas que no han podido ser identificadas al carecerse de datos estampados en el reverso de los cheques, cobraron en efectivo 6 cheques al portador por un importe total de 191937.029 pesetas.

3.- Por medio de 3 cheques al portador, 2 cheques bancarios nominativos, 13 transferencias y 1 traspaso, fueron ingresados un total de 565.087.657 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (con posterioridad transformada en la cuenta núm. 001) de la misma oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

4.- La entidad Frampar S.A., cuyo objeto social es la explotación de toda clase de juegos y cuyo Consejero Delegado era Isaac, cobró por transferencia 6.000.000 pesetas, destinados al abono de las nóminas y otros gastos de los jugadores del club de fútbol Atlético de Marbella.

d?) En el año 1994 salió de dicha cuenta la cantidad de 95.900.000 pesetas, a través de la transacción consistente en el cargo de 1 cheque bancario al portador que fue ingresado en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la misma oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

b) Desde la cuenta corriente núm. 271000382 del Banco de Madrid, sucursal 7657 sita en la Avenida de Juan Carlos I bloque 1 de Estepona, abierta el 26 de diciembre de 1991, Hilario autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino en muchos casos se desconoce y en otros no responden a obligaciones legal o contractualmente contraídas.

a?) En el año 1991 salió de dicha cuenta un total de 100.817.800 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

1.- julio cobró 1 cheque al portador por importe de 10.000.000 pesetas, a través de su ingreso y compensación en su cuenta núm. 003 del Banco de Sabadell, oficina 244. Cheque que recibió del Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella Torcuato, en pago de una deuda particular que éste mantenía con aquél.

2.- Por medio de 5 cheques bancarios al portador de fecha 30-12-1991, fueron ingresados un total de 90.817.800 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

b?) En el año 1992 salió de dicha cuenta un total de 223.691.795 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

1.- Por medio de 8 cheques al portador, fueron ingresados un total de 153.691.795 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (con posterioridad transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

2.- Fue compensado 1 cheque bancario al portador de fecha 30 de marzo de 1992, por importe de 40.000.000 pesetas, en la cuenta del Banco Central Hispano, oficina principal de Marbella, núm. 2911225375, cuya titular es la entidad Promociones Futbolísticas S.A., en la que ostentaba mayoría accionarial el Alcalde Abilio.

3.- Fue compensado 1 cheque bancario al portador, de fecha 24 de octubre de 1992, por importe de 25.000.000 pesetas, en la cuenta de Banesto, urbana de Argüelles, sita en la calle Alberto Aguilera de Madrid, núm. 850.424.273, cuya titular es la entidad Rancho Valdeolivas S.A., en la que ostenta mayoría accionarial el Alcalde Abilio.

4.- A través de 1 cheque bancario al portador, fechado el 21 de septiembre de 1992, la entidad Wellacre Limited, domiciliada en Gibraltar, cobró 5.000.000 pesetas.

c?) En el año 1993 salió de dicha cuenta la cantidad de 149.699.890 pesetas, a través de la transacción consistente en el cargo de 5 cheques al portador que fueron ingresados en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

c) Desde la cuenta corriente núm. 15623 del Banco Urquijo, sucursal 8203 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 49 de Marbella, abierta el 15 de junio de 1992, Hilario autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella en los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 1992, por medio de 17 cheques por un importe total de 241.000.000 pesetas, que fueron ingresados en la cuenta corriente núm. 000 (con posterioridad transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario, quien igualmente figura como única persona autorizada para operar en la misma.

* No se ha constatado el destino legítimo de los fondos extraídos de las cuentas bancarias nombradas de Contratas 2000 S.L., por un montante de 3.049.375.484 pesetas, salvo un total de 603.483.317 pesetas abonados a los trabajadores en concepto de nóminas, desglosados en 114.853.693 en 1991, 280.756.054 pesetas en 1992, 207.293.731 pesetas en 1993, 579.839 pesetas en 1994 y 39.340 pesetas en 1995. Por lo que de Contratas 2000 S.L. han sido detraídos 2.445.892.167 pesetas, equivalentes a 14.700.107,98 euros.

B) La sociedad municipal Jardines 2000 S.L. se constituyó por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella de 14 de enero de 1992, con un capital social de 10 millones de pesetas, teniendo como objeto social el mantenimiento de zonas verdes y jardines, habiéndose modificado dicho objeto mediante acuerdo de la Junta General de Accionistas de 26 de abril de 1995, ampliando el mismo a la realización de obras y construcciones de todo tipo. Desde un primer momento se nombró gerente de tal sociedad y apoderado de la misma a Hilario, única persona que tenía acceso a las cuentas bancarias que abrió.

Hilario abrió cuentas a nombre de Jardines 2000 S.L. en las entidades de crédito Banco Herrero, Banco Urquijo y Arab Bank PLC, siendo las existentes en las dos primeras entidades las que tuvieron mayor volumen de actividad. Desde las cuentas bancarias abiertas, el Sr. Hilario, quien era la única persona con facultades para obligar a la sociedad, ordenó numerosos pagos a través de diversos instrumentos bancarios, muchas veces por medio de empleados de la oficina de la sociedad, especialmente el administrativo-contable Marino, quien trabajó para la empresa desde el 20 de septiembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1999 y tenía a su cargo la ordenación de facturas

y otros apuntes contables, que al final de cada ejercicio remitía al Club Financiero Inmobiliario, donde los Sres. Herminio y Marcial coordinaban la confección de la contabilidad oficial.

a) Desde la cuenta corriente núm. 200213533 del Banco Herrero sucursal 248 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 63 de Marbella, abierta el 17 de mayo de 1994, Hilario autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino en muchos casos se desconoce y en otros no responde a obligaciones legal o contractualmente contraídas.

a') En el año 1994 salió de dicha cuenta un total de 835.395.169 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

1.- Personas que no han podido ser identificadas al carecerse de datos en el reverso de los cheques, cobraron en efectivo 2 cheques al portador por un importe total de 26.589.125 pesetas.

2.- Por medio de 12 ingresos (2 cheques al portador, 9 cheques bancarios al portador y 1 transferencia) fueron ingresados un total de 808.806.044 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001 de la misma oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

b') En el año 1995 salió de dicha cuenta un total de 1.201.091.216 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

1.- El administrativo-contable de Jardines 2000 S.L., Marino, a través de 10 cheques al portador, cobró en efectivo un total de 120.702.925 pesetas, que entregó al gerente.

2.- Personas que no han podido ser identificadas al carecerse de datos en el reverso de los cheques, cobraron en efectivo 14 cheques al portador por un importe total de 301.489.816 pesetas.

3.- Por medio de 27 cheques bancarios y al portador, fueron ingresados un total de 778.898.475 pesetas en la cuenta corriente núm. 000 (con posterioridad transformada en la cuenta núm. 001) de la misma oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

b) Desde la cuenta corriente núm. 14989 del Banco Urquijo, sucursal 8203 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 49 de Marbella, abierta el 10 de marzo de 1992, Hilario autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino en muchos casos se desconoce y en otros no responde a obligaciones legal o contractualmente contraídas.

a') En el año 1992 se extrajo de dicha cuenta 4.000.000 pesetas, a través de 1 cheque al portador, que fue ingresado en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura, esposa del gerente Hilario.

b') En el año 1993 se extrajo de dicha cuenta un total de 72.960.000 pesetas, a través de varios cheques al portador, que fueron ingresados en la cuenta corriente núm. 000 (con posterioridad transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura.

c') En el año 1994 se extrajo de dicha cuenta un total de 281.000.000 pesetas, a través de 11 cheques bancarios al portador, que fueron ingresados en la cuenta corriente núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, en la que figura como titular la acusada Laura.

* No se ha constatado el destino legítimo de los fondos extraídos de las cuentas bancarias nombradas de Jardines 2000 S.L., por un montante de 2.394.446.385 pesetas, salvo un total de 1.031.334.810 pesetas abonadas a los trabajadores en concepto de nóminas, desglosados en 147.236.931 pesetas en 1992, 182.738.730 pesetas en 1993, 277.304.358 pesetas en 1994 y 424.054.791 pesetas en 1995. Por lo que de Jardines 2000 S.L. han sido detraídos 1.363.111.575 pesetas, equivalentes a 8.192.465,56 euros.

C) La sociedad municipal Planeamiento 2000 S.L. se constituyó por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella de 14 de enero de 1992, con un capital social de 10 millones de pesetas, teniendo como objeto social los servicios de asesoramiento técnico y legal para la redacción y confección de los documentos que integran la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella. Desde un primer momento se nombró gerente de tal sociedad y apoderado de la misma a Emiliano, única persona que tenía acceso a las cuentas bancarias que abrió.

Emiliano abrió cuentas a nombre de Planeamiento 2000 S.L. en las entidades de crédito Banco Herrero, Banco de Sabadell, Banco Urquijo, La Caixa, Banco de Andalucía y Banesto, siendo las existentes en las dos primeras entidades las que tuvieron mayor volumen de actividad. Desde las cuentas bancarias abiertas, el Sr. Emiliano, quien era la única persona con facultades para obligar a la sociedad, ordenó numerosos pagos a través de diversos instrumentos bancarios, muchas veces por medio de empleados de la oficina de la sociedad, especialmente el administrativo-contable Saturnino, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien comenzó a trabajar para la empresa desde el 28 de mayo de 1992 y tenía a su cargo la ordenación de las facturas y otros apuntes contables, que al final de cada ejercicio remitía al Club Financiero Inmobiliario, donde los Sres. Herminio y Marcial coordinaban la confección de la contabilidad oficial.

a) Desde la cuenta corriente núm. 200195592 del Banco Herrero, sucursal 248 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 63 de Marbella, abierta el 26 de agosto de 1992, Emiliano autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino en muchos casos se desconoce y en otros no responden a obligaciones legal o contractualmente contraídas.

a') En el año 1994 salió de dicha cuenta un total de 69.975.996 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

1.- El administrativo-contable de Planeamiento 2000 S.L., Saturnino, a través de 6 cheques al portador, cobró en efectivo un total de 32.594.498 pesetas, que entregó al gerente.

2.- Personas que no han podido ser identificadas al carecerse de datos en el reverso de los cheques, cobraron en efectivo 5 cheques al portador por un importe total de 26.906.250 pesetas.

3.- El también administrativo de Planeamiento 2000 S.L., Rogelio, a través de 2 cheques al portador, cobró en efectivo un total de 10.475.248 pesetas, que entregó al gerente.

b') En el año 1995 salió de dicha cuenta un total de 38.800.000 pesetas, a través de las siguientes transacciones:

1.- El administrativo-contable de Planeamiento 2000 S.L., Saturnino, a través de 3 cheques al portador, cobró en efectivo un total de 28.800.000 pesetas, que entregó al gerente.

2.- La empresa Tecnocart S.A. cobró 1 cheque nominativo fechado el 7 de junio de 1995, por importe de 10.000.000 pesetas, en pago de servicios de cartografía efectivamente prestados.

b) Desde la cuenta corriente núm. 1160017 del Banco de Sabadell, sucursal 244 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 22 de Marbella, abierta el 8 de agosto de 1992, Emiliano autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino se conoce. Así, durante el año 1994 con cargo en dicha cuenta se realizaron las siguientes transacciones, por un total de 66.000.000 pesetas, que responden a obligaciones acreditadas:

1.- El día 18 de octubre de 1994 se transfiere a la cuenta núm. 004 de la misma entidad, cuya titular es la Abogada Penélope, la cantidad de 20.000.000 pesetas, en concepto de indemnización por la expropiación de un inmueble, cuya suma entrega dicha Letrada a sus clientes, dueños de tal inmueble, Abel y Clemente, a través de 2 cheques nominativos contra la referida cuenta corriente fechados el 21 de octubre de 1994.

2.- El día 7 de noviembre de 1994 se emiten 3 cheques bancarios nominativos a favor cada uno de Claudia, Leocadia y Marcelino, por un total de 6.000.000 pesetas (2 millones cada uno), como consecuencia de la expropiación de un inmueble propiedad de los nombrados.

3.- El día 7 de noviembre de 1994 se libra 1 cheque bancario nominativo, por importe de 40.000.000 pesetas, a favor de los hermanos Ángeles, José Ignacio y Alvaro, en concepto de primer abono de un total de 84 millones de la indemnización que les correspondía por la expropiación de un terreno de la propiedad de aquellos.

* No se ha constatado el destino legítimo de los fondos extraídos de la cuenta bancaria nombrada en primer lugar de Planeamiento 2000 S.L., por un montante de 98.775.996 pesetas, salvo un total de 91.112.082 pesetas abonadas a los trabajadores en concepto de nóminas, desglosados en 63.898.999 pesetas en 1994 y 27.213.083 pesetas en 1995. Por lo que de Planeamiento 2000 S.L. han sido detraídos 7.663.914 pesetas, equivalentes a 46.061,05 euros.

D) De todo lo anterior se deduce que la cantidad extraída improcedentemente de las seis cuentas mencionadas de las tres sociedades municipales de que se trata (excluyendo la última cuenta aludida), asciende a 5.542.597.865 pesetas, existiendo justificación del abono de 1.725.930.209 pesetas. Por lo que los restantes 3.816.667.656 pesetas (equivalentes a 22.938.634,59 euros) permanecen sin justificar. Dicha cifra constituye la cuantía de los fondos públicos desviados a destinos anómalos o desconocidos.

TERCERO.- Anomalías contables.

A) Para dar cobertura a la distracción de fondos públicos a través de las tres empresas municipales nombradas, los acusados Herminio, Marcial y Emiliano se concertaron con otras personas no enjuiciadas y con vínculos más estrechos con el Ayuntamiento de Marbella, en la ideación y puesta en práctica de una serie de actividades encaminadas a crear una apariencia contable de gastos, con objeto de justificar el uso de las cantidades detraídas. Para ello utilizaron el procedimiento consistente en atribuir a cuatro sociedades inactivas compradas por el último de los mencionados determinada facturación como supuestas proveedoras de Contratas 2000 S.L., cuya simulada contabilidad fue trasladada primero a los libros de comercio y después a las declaraciones tributarias.

En las declaraciones complementarias del IVA correspondientes a los ejercicios de 1992 y 1993, presentadas en 1994, se incorporan unas relaciones de facturas de empresas que aparentemente han prestado servicios a Contratas 2000 S.L., cuando en la realidad no los han efectuado. Listados de facturas que se incorporan a documentos oficiales, pues los datos ficticios artificiosamente confeccionados llegan a las declaraciones mensuales y anuales del Impuesto sobre el Valor Añadido e incluso a las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades.

B) Previamente a la elaboración y uso de la falaz facturación, el acusado Emiliano, actuando como representante de su madre Raquel, en virtud de escritura de apoderamiento otorgada el 7 de marzo de 1986, adquirió en póliza intervenida por Corredor de Comercio el 25 de junio de 1993, de sus entonces propietarios, la totalidad de las acciones de las entidades Dintak S.A. (constituida el 12 de mayo de 1989 y con domicilio supuesto en la calle Abedul núm. 252 de Fuenlabrada, Madrid), Cantera Nasok S.A. (constituida el 27 de octubre de 1989 y con domicilio supuesto en la calle Durango núm. 46 de Madrid), Contratas El Plantío S.A. (constituida el 19 de diciembre de 1989 y con domicilio supuesto en la calle Gran Vía núm. 67 de Madrid) y Contratas Peninsulares S.A. (constituida el mismo día y con idéntico supuesto domicilio que la anterior), por el precio de 250.000 pesetas cada una, aunque formalmente se hizo constar que se compraban por 10.000.000 pesetas cada una.

No consta acreditado que tales cuatro sociedades anónimas hayan mantenido actividad económica alguna, no siendo conocidas en los domicilios que obran en el Registro Mercantil y no respondiendo tampoco a la realidad los números de teléfono que tienen asignados en documentos intervenidos.

C) Según la documentación tributaria cumplimentada por Contratas 2000 S.L., en los libros de contabilidad de dicha compañía se hizo figurar una simulada facturación de aquellas empresas inactivas compradas por Emiliano, a las que los acusados trataron como aparentes proveedoras de Contratas 2000 S.L.

a) En el año 1992 hicieron constar una facturación ascendente a 2.423.003.648 pesetas, desglosados como sigue: a Dintak S.A. atribuyeron una facturación por 346.567.197 pesetas; a Cantera Nasok S.A. atribuyeron una facturación por 835.546.126 pesetas;

a Contratas El Plantío S.A. atribuyeron una facturación por 700.013.074 pesetas, y a Contratas Peninsulares S.A. atribuyeron una facturación por 540.877.251 pesetas.

b) En el año 1993 hicieron constar una facturación ascendente a 466.567.518 pesetas, desglosados como sigue: a Dintak S.A. atribuyeron una facturación por 49.471.859 pesetas; a Cantera Nasok S.A. atribuyeron una facturación por 167.376.348 pesetas; a Contratas El Plantío S.A. atribuyeron una facturación por 140.312.592 pesetas, y a Contratas Peninsulares S.A. atribuyeron una facturación por 109.406.719 pesetas.

c) En el año 1994, con referencia sólo al primer semestre, hicieron constar una facturación ascendente a 632.031.997 pesetas, desglosados como sigue: a Dintak S.A. atribuyeron una facturación por 451.656.782 pesetas, en cuya cantidad se incluye la suma de 430.000.000 pesetas en concepto de "facturas diciembre" del año anterior; a Cantera Nasok S.A. atribuyeron una facturación por 73.551.332 pesetas; a Contratas El Plantío S.A. atribuyeron una facturación por 59.015.514 pesetas, y a Contratas Peninsulares S.A. atribuyeron una facturación por 47.808.369 pesetas.

CUARTO.- Ausencia de responsabilidad penal en determinadas personas.

A) No ha quedado suficientemente acreditado que el administrativo-contable de Contratas 2000 S.L. y de Jardines 2000 S.L., Marino, tuviera conocimiento e interviniera en el desvío de fondos públicos que se desarrollaba en el seno de las empresas en las que desarrollaba su trabajo; como tampoco que formase parte de la trama generadora de las facturas de irregular elaboración destinadas a servir de cobertura económico-tributaria a aquella sustracción dineraria.

B) No ha quedado acreditado que el administrativo contable de Planeamiento 2000 S.L., Saturnino, tuviera conocimiento e interviniera en el desvío de fondos públicos que se desarrollaba en el seno de la empresa en la que desarrollaba su trabajo.

C) No ha quedado acreditado que Laura, esposa del que fue gerente de Contratas 2000 S.L. y de Jardines 2000 S.L., Hilario, tuviera conocimiento e interviniera en el desvío de fondos públicos que se desarrollaba en el seno de las mencionadas empresas a través de la cuenta corriente de su titularidad núm. 000 (posteriormente transformada en la cuenta núm. 001) de la oficina núm. 248 del Banco Herrero, sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 63, con domicilio a efectos de comunicaciones en la sede del Club Financiero Inmobiliario de aquella localidad, en el núm. 72 de la indicada vía.

D) No ha quedado acreditado que los herederos de Abilio resultaran beneficiados con el importe de los seis cheques bancarios al portador, fechados el 24 de septiembre de 1992 y por un montante de 510.860,29 euros (equivalente a 85.000.000 pesetas), que fueron compensados en la cuenta corriente del mencionado Alcalde de Marbella, en la oficina principal del Banco Central Hispano de aquella localidad.

E) No ha quedado acreditado que los hermanos Conrado y Ana, hijos de Hilario, o la esposa de éste y madre de aquéllos, Laura, resultaran beneficiados de los reintegros dinerarios que su fallecido progenitor y esposo realizaba o mandaba realizar desde las cuentas bancarias de Contratas 2000 S.L. y Jardines 2000 S.L." (sic).

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: 1.- Que debemos condenar y condenamos a Herminio, como responsable en concepto de autor por cooperación necesaria, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de malversación de caudales públicos, a las penas de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años, y como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a las penas de dos años de prisión, multa de nueve meses, con cuota diaria de 150 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, además del abono de dos décimas partes de las costas procesales generadas.

2.- Que debemos condenar y condenamos a Marcial, como responsable en concepto de autor por cooperación necesaria, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de malversación de caudales públicos, a las penas de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años, y como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a las penas de dos años de prisión, multa de nueve meses, con cuota diaria de 100 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, además del abono de dos décimas partes de las costas procesales generadas.

3.- Que debemos condenar y condenamos a Emiliano, como responsable en concepto de autor por cooperación necesaria, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de malversación de caudales públicos, a las penas de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años, y como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a las penas de un año y diez meses de prisión, multa de nueve meses, con cuota diaria de 50 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, además del abono de dos décimas partes de las costas procesales generadas.

4.- Que debemos absolver y absolvemos a Marino, Saturnino y Laura, de los delitos de malversación de caudales públicos (los tres) y de falsedad documental (el primero) por los que venían siendo acusados, con declaración de oficio de las restantes cuatro décimas partes de las costas procesales.

5.- Que los acusados condenados deberán satisfacer conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Marbella la cantidad de veintidós millones novecientos treinta y ocho mil seiscientos treinta y cuatro euros con cincuenta y nueve céntimos de euro (22.938.634,59 euros), equivalente a tres mil ochocientos dieciséis millones seiscientas sesenta y siete mil seiscientas cincuenta y seis pesetas (3.816.667.656 pesetas), por los perjuicios irrogados, con abono de los intereses legales previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

6.- Que, igualmente, debemos condenar y condenamos a la entidad Promociones Futbolísticas S.A. al abono de la cantidad de dos millones cuatrocientos veintiocho mil ochenta y ocho euros con noventa céntimos de euro (2.428.088,90 euros), equivalente a cuatrocientos cuatro millones de pesetas (404.000.000 pesetas), y a la entidad Rancho Valdeolivas S.A. al abono de la cantidad de ciento cincuenta mil doscientas cincuenta y tres euros con tres céntimos de euro (150.253,03 euros), equivalente a veinticinco millones de pesetas (25.000.000 pesetas), en concepto de partícipes a título lucrativo.

Cantidades que deberán devolver al Ayuntamiento de Marbella, más los intereses legales previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

7.- Que debemos absolver y absolvemos a los Herederos de Abilio, así como a Conrado, Ana y Laura de las reclamaciones dinerarias que se les venían formulando, con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

Para el cumplimiento de las penas se abona a los condenados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación" (sic).

TERCERO.- La Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección 4ª, rollo núm. 5/08, procedimiento abreviado núm. 76/01 procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, dictó auto de fecha 29 de enero de 2009 cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"El Tribunal acuerda: Que respecto a la sentencia núm. 4/09 dictada por esta Sección 4ª el pasado día 23 de enero de 2009 en el Rollo de Sala núm. 5/08 EDJ 2009/10902 y notificada el mismo día, ha lugar a la aclaración interesada por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la acusación popular personada. Por lo que la cuantía de la indemnización que han de satisfacer conjunta y solidariamente los acusados condenados al Ayuntamiento de Marbella (Punto 5 de la Parte Dispositiva: página 121) se eleva a veinticuatro millones trescientas ochenta y siete mil setenta y tres euros con setenta y siete céntimos de euro (24.387.073,77 euros), equivalente a cuatro mil cincuenta y siete millones seiscientas sesenta y siete mil seiscientas cincuenta y seis pesetas (4.057.667.656 pesetas), por los perjuicios irrogados, con abono de los intereses legales previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Se declaran de oficio las costas procesales devengadas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno" (sic).

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon los recursos de casación por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- La representación legal del recurrente Emiliano, basa su recurso en los siguientes Motivos de Casación:

I.- Al amparo del art. 852 LECrim EDL 1882/1 , en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , por infracción de precepto constitucional conforme al art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

II.- Al amparo del art. 852 LECrim EDL 1882/1 , en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y 24.2 CE EDL 1978/3879 , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en lo que respecta al delito de falsedad documental o a la tutela judicial efectiva.

III.- Al amparo del art. 852 LECrim EDL 1882/1 , en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y 24.2 CE EDL 1978/3879 , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de valoración racional de la prueba.

IV y V.- Al amparo de los arts. 852 LECrim EDL 1882/1 , en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y con el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , por vulneración de la presunción de inocencia.

VI.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley por aplicación indebida del art. 28.2, b) CP EDL 1995/16398, en relación con el delito de malversación, en relación con el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , por vulneración del derecho de defensa y del principio acusatorio ya que se ha condenado como cooperador necesario del citado delito sin que se haya condenado al autor principal del mismo.

VII.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley por aplicación indebida del art. 392 CP EDL 1995/16398 , delito de falsedad en documento mercantil.

VIII.- Al amparo del art. 850.1 LECrim EDL 1882/1 , en relación con el art. 852 y art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754, por vulneración del derecho a la defensa proclamado en el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , al haberse denegado una diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma era pertinente.

IX.- Al amparo del art. 852 LECrim EDL 1882/1 , en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y 24.2 CE EDL 1978/3879 , por vulneración del derecho de defensa, dado que el Letrado designado de oficio tuvo escaso tiempo para preparar el plenario dada la complejidad de la causa.

X.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley, derivada de la inaplicación indebida del art. 65.3 CP. EDL 1995/16398

XI.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 28.2 b) CP EDL 1995/16398 y correlativa inaplicación indebida del art. 29 CP. EDL 1995/16398

XII.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley, por vulneración de los arts. 63 y 65.3 CP. EDL 1995/16398

XIII.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 74.2 CP. EDL 1995/16398

XIV.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 21.6 CP EDL 1995/16398 , basada en las dilaciones indebidas sufridas por el recurrente.

XV.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley e inaplicación indebida de la atenuante analógica prevista en el art. 21.6 CP EDL 1995/16398 , como muy cualificada.

XVI.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por inaplicación indebida del art. 21.6 CP EDL 1995/16398 , como consecuencia de quebranto sufrido por el recurrente en sus derechos a la tutela judicial efectiva, derecho al juez predeterminado por la ley, y a un proceso con todas las garantías.

XVII.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , al haberse condenado al recurrente como responsable civil por el importe total de la cantidad defraudada.

SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación de Marcial, se basó en los siguientes Motivos de Casación:

I.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , en relación con el art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.1 y 2 CE. EDL 1978/3879

II.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , en relación con el art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE. EDL 1978/3879

III.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en lo referente a su participación en un plan preconcebido, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim. EDL 1882/1

IV.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 28. b) CP EDL 1995/16398 , (cooperación necesaria) en un delito continuado de malversación de caudales públicos de los arts. 432.2 y 435.1 y 74.2 CP. EDL 1995/16398

V.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 28. b) CP EDL 1995/16398 , e inaplicación del art. 20 CP EDL 1995/16398 (complicidad) en relación con el delito de malversación.

VI.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 63 CP. EDL 1995/16398

VII.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por inaplicación del art. 65.3 CP. EDL 1995/16398

VIII.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a ser informado de la acusación sin que se produzca indefensión.

IX.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

X.- Al amparo del art. 849.1 CP EDL 1995/16398 , por inaplicación del art. 77.1 y 2 CP EDL 1995/16398, a los delitos de malversación y de falsedad por los que ha sido condenado.

XI.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por inaplicación del art. 21.6 CP EDL 1995/16398 , al no haber aplicado este precepto como muy cualificado por haber sufrido un proceso con dilaciones indebidas.

SÉPTIMO.- La representación legal del recurrente Herminio, basa su recurso en los siguientes Motivos de Casación:

I.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , en relación con el art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 y a la tutela judicial efectiva.

II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 432.2, en relación con el art. 435 del CP. EDL 1995/16398

III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 392 en relación con el art. 390.1.2º del CP. EDL 1995/16398

IV.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 CP EDL 1995/16398 , por aplicación indebida del art. 432.2º CP. EDL 1995/16398

V.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 435.1 CP EDL 1995/16398 , e inaplicación del art. 65.3 CP. EDL 1995/16398

VI.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 CP EDL 1995/16398 , por inaplicación del art. 77.1 CP. EDL 1995/16398

VII.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, derivada de no haberse aplicado la atenuante analógica prevista en el art. 21.6º CP EDL 1995/16398 , de dilaciones indebidas como muy cualificada.

VIII.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 28 CP EDL 1995/16398 , y correlativa inaplicación del art. 29 CP. EDL 1995/16398

OCTAVO.- El recurso interpuesto por la representación de Promociones Futbolísticas S.A., se basó en los siguientes Motivos de Casación:

I.- Infracción de ley, al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración de un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la ley.

II.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a una sentencia motivada reconocidos en los arts. 24 y 120.3º CE. EDL 1978/3879

III.- Al amparo del art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 , por error en la valoración de la prueba basada en documentos que evidencian el error del juzgador sin encontrarse contradichos por otros elementos probatorios.

IV.- Al amparo del art. 849.1 CP EDL 1995/16398 , por vulneración del art. 122 CP EDL 1995/16398 , en relación con el art. 1277 CC. EDL 1889/1

V.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por entender vulnerado el art. 122 del CP. EDL 1995/16398

VI.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del art. 122 CP. EDL 1995/16398

VII.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 122 del CP. EDL 1995/16398

NOVENO.- El recurso interpuesto por la representación de Rancho Valdeolivas S.A., se basó en los siguientes Motivos de Casación:

I.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la ley, reconocidos en el art. 24.2 CE. EDL 1978/3879

II.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECrim EDL 1882/1 , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a una sentencia motivada establecidos en el art. 24 y 120.3 CE. EDL 1978/3879

III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 122 CP EDL 1995/16398 , en relación con el art. 1277 CC. EDL 1889/1

IV.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 122 CP EDL 1995/16398 , por ausencia de sus requisitos, concretamente la ausencia del conocimiento de la comisión de un delito.

DÉCIMO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de 22 de julio de 2009, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

DECIMOPRIMERO.- Por Providencia de fecha 25 de noviembre de 2009 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de vista y fallo cuando por turno correspondiera.

DECIMOSEGUNDO.- Hecho el señalamiento de la vista conforme al art. 893 bis a) de la LECrim, se celebró la deliberación de la misma el día 16 de diciembre de 2009. La Sala acordó, por auto de fecha 29 de diciembre de 2009, la prórroga para dictar sentencia por el plazo de treinta días naturales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2009, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional EDJ 2009/10902 , en el procedimiento abreviado núm. 76/01, procedente del Juzgado Central de instrucción núm. 6, se interpone recurso de casación por los condenados Emiliano, Herminio y Marcial. También se formaliza impugnación por la representación legal de los declarados partícipes a título lucrativo, Promociones Futbolísticas S.A y Rancho Valdeolivas S.A.

Procede su análisis particularizado, sin perjuicio de las remisiones obligadas con el fin de evitar reiteraciones argumentales.

Recurso de Emiliano

SEGUNDO.- Por la defensa del acusado se formalizan diecisiete motivos de casación. El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. EDL 1978/3879

A juicio del recurrente, la participación de Emiliano en el delito de malversación de caudales públicos ha sido declarada por la Sala de instancia a partir de una serie de indicios que no tienen fuerza probatoria alguna, habiendo sido valorada la prueba de forma irracional, arbitraria o manifiestamente errónea. El acusado ha sido condenado por la existencia de 7,5 millones de pesetas sin justificar, derivados de la sociedad Planeamiento S.L., del total de 4.000 millones que se imputan al resto de los condenados en la completa malversación. Sin embargo, esa conclusión se obtiene a partir de hechos que carecen de cualquier significación incriminatoria y que han sido torpemente relacionados entre sí. La declaración de los testigos Ángeles, José Ignacio, Alvaro demuestra que ellos cobraron 44 millones de pesetas que la sentencia ha olvidado valorar a efectos probatorios, de tal manera que los supuestos 7,5 millones que se entienden no justificados, lo estarían plenamente -quedarían cubiertos- por dichos 44 millones.

Además, los peritos reconocieron no haber analizado movimientos inferiores a 1 millón de pesetas, lo que quiere decir que de los cinco años a los que se extendió el informe pericial, es lógico que existan 7,5 millones de pesetas sin justificar. La conclusión probatoria, por tanto, se muestra contraria a la propia prueba articulada y a las máximas de experiencia de su valoración.

El motivo se extiende, para demostrar la irracionalidad de la valoración de la prueba, a una crítica a la sentencia objeto de recurso que no habría hecho otra cosa que cortar y pegar, omitiendo una verdadera apreciación probatoria. Estaríamos, aduce el recurrente, ante una "...amalgama de páginas" que "...nada valoran sino que tan solo se limitan a transcribir y resumir".

El motivo no es viable.

Tiene razón el recurrente cuando lamenta la técnica que ha inspirado la redacción de la sentencia EDJ 2009/10902 . Su estructura formal, desde luego, no es modélica. El FJ 2º, bajo el epígrafe "declaraciones de los acusados", es más propio del histórico apuntamiento

que de una fundamentación jurídica. En él se extractan las declaraciones de los imputados -incluidas las prestadas en diligencias no judiciales- y se acumulan por aluvión todas ellas, sin expresar el proceso intelectual de su valoración. Ese copiado de los testimonios de las partes, ajeno a cualquier consideración analítica, se distancia de lo que debería ser el verdadero entendimiento de la apreciación probatoria.

Sin embargo, pese a ello, la sentencia EDJ 2009/10902 en su conjunto ofrece los elementos de juicio indispensables para concluir, ahora en fase casacional, si el juicio de autoría se apoya o no en prueba bastante y si ésta ha sido valorada de forma racional. Y es que ya en los FFJJ 3º, apartado A, letra b), con el título "acreditación de las concretas actuaciones de los tres acusados nombrados" -en relación con el delito de malversación de caudales públicos- y en el apartado B, letra B, "concretas actuaciones de los tres acusados nombrados" -respecto del delito de falsedad-, sí se contienen precisas valoraciones acerca de los elementos incriminatorios que respaldarían el juicio de autoría. Obligado resulta reconocer que esos fragmentos de la resolución combatida, en llamativo contraste con otros contenidos de la sentencia, encierran una valoración conclusiva de las pruebas que -pese a las censuras de los recurrentes- puede ser avalada desde la perspectiva de las garantías constitucionales que han de presidir la apreciación probatoria.

La sentencia EDJ 2009/10902 no presenta una carencia argumental que provoque la vulneración del derecho que se dice denunciado. Dicho con otras palabras, a la sentencia no le faltan los presupuestos precisos para respaldar, de forma racional, el juicio de autoría. Lo que debilita su esquema formal es ese conjunto de páginas destinadas a una exposición acrítica de lo que dijo cada uno de los acusados, testigos y peritos, material absolutamente prescindible. Pese a todo, una vez han sido incorporadas a la sentencia, ofrecen una paradójica utilidad, en la medida en que hacen explícitas, hasta el mínimo detalle, cuáles han sido las fuentes de prueba que ha ponderado la Sala de instancia.

De esta manera, la congruencia y racionalidad de los fundamentos jurídicos antes citados, en los que se condensa el razonamiento de los Jueces a quo, pueden ser analizadas con la anticipada seguridad que ofrece el complemento de aquellas transcripciones.

La deficiente metodología de la resolución combatida no nos autoriza, claro es, a suplantar la apreciación probatoria que, de forma exclusiva, incumbe al Tribunal de instancia. Pese a todo, el decisivo papel que en el presente proceso ha tenido la prueba documental -respecto de la que el principio de inmediación adquiere un significado que nada tiene que ver con lo que acontece cuando de pruebas personales se trata-, facilita nuestra tarea como Sala de Casación. Y es que la constancia documental de la anarquía contable a la que los acusados sometieron al Ayuntamiento de Marbella -informe del Tribunal de Cuentas, documentos notariales de constitución de las sociedades participadas por fondos municipales, actas referidas a su funcionamiento, adquisición de sociedades factureras por uno de los acusados, documentos contables que reflejan la ficticia anotación de operaciones inexistentes y, en fin, extractos bancarios que evidencian la constante e injustificada salida de fondos públicos hacia entidades particulares-, está incorporada a la causa y es susceptible de ponderación en toda su minuciosidad.

Hechas las anteriores precisiones, en la medida en que la queja por la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia es compartida por los acusados recurrentes, acaso convenga recordar desde ahora que cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el papel de esta Sala no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a su consideración, cuál de ellas resulta más atractiva. No se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que, con carácter alternativo, formula el recurrente. No nos incumbe decidir, mediante un juicio electivo, con cuál de las versiones la Sala se siente más identificada.

Nuestro papel, por el contrario, se limita a un examen de la existencia, la licitud y la suficiencia de las pruebas valoradas por el Tribunal a quo. Estamos obligados, además, a fiscalizar la racionalidad del discurso argumental mediante el que el órgano decisorio proclama el juicio de autoría (cfr., por todas, SSTS 790/2009, 8 de julio EDJ 2009/165950, 593/2009, 8 de junio EDJ 2009/165960 y 277/2009, 13 de abril EDJ 2009/72819).

Desde esta perspectiva, el razonamiento de la defensa, centrado en los 7.500.000 de pesetas que no aparecen justificados en los pagos efectuados por la empresa Planeamiento S.L., olvida que la imputación proyectada sobre Emiliano no agota su contenido en esa cuantía. Su condena no se justifica sólo por ese importe -que, dicho sea de paso, sería por sí solo suficiente para integrar el tipo objetivo-, sino que está justificada a partir de una estrategia concertada entre aquél y los otros dos acusados con el fin de crear una estrategia operativa que condujo a la descapitalización de la corporación municipal.

El verdadero alcance de los hechos impone una referencia obligada al Informe de Fiscalización de fecha 1 de febrero de 2001, elaborado por el Tribunal de Cuentas y en el que se describe la alarmante situación contable-financiera que había sido propiciada, entre otros, por el acusado. Este informe se halla transcrito en la letra b), del apartado D), FJ 2º de la sentencia. A él se refieren los Jueces de instancia:

"...en primer lugar, se pone de relieve la escasa colaboración e incluso obstrucción de las autoridades municipales, quienes advirtieron de la imposibilidad de facilitar toda la información solicitada por encontrarse desordenada, en otras dependencias o en paradero desconocido, hasta el punto de que de las 31 sociedades detectadas, respecto de 8 no ha facilitado el Ayuntamiento la mayor parte de los libros de contabilidad y de la documentación, y respecto de las restantes sociedades, la información ha sido incompleta, desordenada e incoherente, habiéndose constatado en las labores de fiscalización la existencia de 6 sociedades no comunicadas por el Ayuntamiento, que sólo dio cuenta de la existencia de 25.

En segundo lugar, el organigrama de las sociedades mercantiles municipales entregado por las autoridades municipales no responde a la estructura del Ayuntamiento, desconociéndose la organización de tales sociedades; para la constitución de éstas no consta la elaboración de una memoria relativa a cada una de las sociedades creadas y en cuanto a los órganos sociales, en las actas de los Consejos de Administración no consta ningún acuerdo de dirección, gestión y administración de las sociedades y actuaciones llevadas a efecto por sus gerentes y apoderados, sin que en las reuniones del Consejo de Administración se diera cuenta de dichas decisiones.

En tercer lugar, no se han realizado informes de control financiero que hayan sido remitidos al Pleno, reduciéndose dicho control a ejercitar la intervención previa limitada; no se ha realizado un control efectivo sobre las transferencias de fondos del Ayuntamiento a las sociedades municipales, a pesar de la elevada cuantía de las partidas remitidas, por lo que no se garantiza si la aplicación de los fondos públicos transferidos es concordante con los principios de legalidad, eficiencia y economía, no elaborándose desde las sociedades los preceptivos programas de actuación, inversión y financiación; se indica que las auditorías de cuentas que se realizan a tenor de las previsiones del Código de Comercio EDL 1885/1 y de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada sólo evalúan la razonabilidad de la información de los estados contables que se someten a la aprobación de las Juntas Generales, no siendo especial cometido de éstas analizar la legalidad de la ejecución del gasto público ni la eficacia y la eficiencia de la gestión de los servicios públicos; es el 10-10-1994 cuando el Interventor formuló un reparo sobre la estructura de la Corporación, en el sentido de que la gestión de los servicios públicos a través de sociedades mercantiles municipales no puede impedir o disminuir los procedimientos de control del Ayuntamiento sobre aquéllas, no siendo atendida la sugerencia, como tampoco la propuesta del Interventor de 10-3-1995 para el establecimiento de sistemas de control financiero y de eficacia en dichas sociedades.

En cuarto lugar, el Ayuntamiento no exige a las sociedades mercantiles municipales justificación del empleo dado a los fondos transferidos a éstas, no existiendo tampoco la debida concordancia entre la contabilización de estas operaciones en los registros municipales y en los de las sociedades; no se elaboran memorias sobre coste y rendimiento de los servicios públicos y del grado de cumplimiento de los objetivos programados, con indicación del coste de los mismos; en muchas ocasiones los documentos acreditativos de las operaciones realizadas están constituidos por fotocopias o facturas que no explicitan suficientemente los servicios prestados o bien sólo acreditan el recibo de los fondos por el receptor, sin acompañar otros documentos que avalen la contraprestación realizada.

En quinto lugar, en las órdenes de pago por transferencias a las sociedades mercantiles municipales no se incluye ninguna documentación justificativa sobre su destino, habiendo sido práctica habitual en tales sociedades la realización de pagos mediante talones al portador o entregas en efectivo por importes elevados, sin existir seguridad de que todas las facturaciones producidas entre las distintas sociedades mercantiles respondan a prestaciones de servicios efectivamente realizados, al no haber entregado las autoridades municipales la documentación de muchas sociedades que pudiera soportar aquellas operaciones".

Y ese panorama de absoluto descontrol del gasto municipal, de neutralización de todos los mecanismos jurídico-contables llamados a fiscalizar el uso de fondos públicos, tiene su origen en la concertada actuación de los tres acusados que, como indica el factum, no perseguían otro objetivo que "... desviar fondos públicos llegados desde el Ayuntamiento de Marbella a las sociedades municipales". Y el recurrente, Emiliano, estaba al frente de una de ellas, Planeamiento 2000 S.L., concebida como uno más de los instrumentos de descapitalización.

En consecuencia, la línea argumental del motivo -hábilmente desarrollado por la defensa- pierde su consistencia si se repara en que la condena del acusado no se fundamenta en la sustracción de 7.500.000 pesetas, sino en la creación de las condiciones necesarias para que, él y otros, pudieran hacerse con importantes cantidades de dinero. Desde esta perspectiva, adquiere toda su lógica la condena del acusado como cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos, de cuya ejecución él obtuvo un beneficio y, lo que es igual de importante, hizo posible el lucro del resto de partícipes.

La argumentación del recurrente, referida a la metodología no exhaustiva del informe pericial -que, como reconocieron los peritos, no incluyó en su análisis cantidades inferiores a un millón de pesetas- no puede ser compartida. Como sugiere con acierto el Ministerio Fiscal, ese razonamiento nos debería llevar a considerar que la cantidad detraída fue todavía mayor que la reflejada, pues hubo numerosas cantidades no justificadas ni analizadas, debiendo tenerse presente que quien crea la opacidad que impide conocer el destino real del dinero público, al incumplir las obligaciones impuestas por la legislación administrativa y mercantil, referida a la llevanza de libros y balances obligatorios, convirtiendo en práctica habitual los pagos en efectivo sin justificación alguna de gastos y salidas de fondos, es el que debe correr con las consecuencias de la falta de control y a quien incumbe la carga de justificar su destino.

Los esfuerzos dialécticos encaminados a sostener una hipotética compensación de la cantidad no justificada con los 44 millones que fueron abonados a los testigos Ángeles, José Ignacio, Alvaro, topan con obstáculos insalvables. De una parte, el absoluto descontrol contable que los acusados imprimieron a la actividad de las sociedades mercantiles, lo que dificulta cualquier mecanismo de compensación.

De hecho, llevado a sus últimas consecuencias, habría que concluir que, en realidad, es el Ayuntamiento de Marbella el que debe dinero a la sociedad regentada por el imputado. De otra, la reiterada idea de que el acusado es cooperador necesario de la acción de otros imputados, lo que le convierte en responsable por su participación decisiva en las sustracciones de terceros.

El Tribunal a quo, en fin, contó con prueba bastante y de suficiente signo incriminatorio. Contó con el respaldo de los testimonios de los propios imputados, la declaración de los testigos, en su mayoría empleados de entidades bancarias y funcionarios municipales, con una amplísima prueba documental y con una prueba pericial que alejan las inferencias del órgano decisorio de cualquier asomo de arbitrariedad. Emiliano fue designado por el alcalde de Marbella gerente y apoderado de la sociedad municipal Planeamiento 2000 S.L., creada de forma específica -junto a otras sociedades municipales, cuyo número llegó a ascender a 31- para el asesoramiento técnico y legal para la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella. A su vez, valiéndose de unos poderes otorgados por su madre, adquirió cuatro sociedades que, pese a su inactividad sirvieron para generar facturas falsas que permitieran, con esa apariencia de integridad contable, el desapoderamiento de sustanciosas cuantías. El funcionamiento contable de las respectivas sociedades municipales, que actuaban con el sistema de caja única, permitió que todos los imputados -algunos de ellos ya fallecidos- detrajeran de forma injustificada un total de 24.387.073,77 euros.

La acción del acusado, sobre la que el Tribunal de instancia construye el juicio de autoría, no se limitó a eludir la justificación del gasto de una cantidad próxima a los siete millones de pesetas. Antes al contrario, su conducta hizo posible, a través de un opaco grupo de sociedades que asumieron el ejercicio de la actividad municipal, la detracción de más de veinticuatro millones de euros.

La ausencia de todo control financiero ha quedado acreditada con el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas -citado supra-, con el testimonio del interventor municipal -Bienvenido-, cuyos intentos por imponer la vigencia de los obligados controles jurídicos del gasto público resultaron siempre infructuosos. La condición de Emiliano como gerente de Planeamiento 2000 S.L., fue admitida por el propio acusado que, sin embargo, en un primer momento negó tener relación con las empresas facturadas que él mismo había constituido.

La existencia de cuatro sociedades -Dintak S.A, Cantera Nasok, S.A, Contratas El Plantío S.A y Contratas Peninsulares S.A- está apoyada en la abundante prueba documental que obra en la causa y en los informes que permitieron afirmar en el hecho probado que "...no consta acreditado que tales cuatro sociedades anónimas hayan mantenido actividad económica alguna, no siendo conocidas en los domicilios que obran en el Registro Mercantil y no respondiendo tampoco a la realidad los números de teléfono que tienen asignados en documentos intervenidos". También la simulada facturación de aquellas entidades, a las que los acusados trataron como aparentes proveedoras de Contratas 2000 S.L. -administrada por el coacusado Herminio y al frente de cuya gerencia se hallaba Hilario-, quedó acreditada por el análisis de una amplia contabilidad, cuyas cifras refleja el factum.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero son susceptibles de tratamiento unitario.

El segundo de los motivos, también al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia la misma infracción de precepto constitucional, esto es, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24), desde la perspectiva de la afirmación del recurrente como autor de un delito de malversación, referido a la objetiva participación de aquél respecto de las cuatro sociedades instrumentales y los listados de facturas.

Argumenta la defensa que la imputación de haber aportado a la trama defraudadora unas sociedades de su propiedad, respecto de las cuales se habrían confeccionado unos listados contables mendaces y unas declaraciones tributarias falsas, carece de prueba. La mayoría de las declaraciones de los testigos e imputados -se razona- nada aportan como prueba de esa imputación. Incluso, las anotaciones del dietario del coacusado Marcial, demuestran que, en cinco años, sólo hay nueve apuntes que se reputan relacionados con Emiliano, pero de las cuales, la mayoría de ellos se refieren a otras personas, limitándose las restantes a una mención ocasional del recurrente, pero sin mayor concreción.

Se completa el argumento impugnativo con la afirmación de que las declaraciones del propio acusado habrían sido valoradas en contra del reo, pues lo han sido en manifiesta contradicción con las únicas máximas de experiencia seguras, aportadas por la psicología del testimonio. En la sentencia se deslizan argumentos -como la supuesta amistad de Emiliano con el fallecido Abilio- que aproximan el razonamiento al proscrito derecho penal de autor.

Se concluye que el único indicio con el que contó la Sala de instancia -la condición de gerente de las sociedades instrumentalizadas- es manifiestamente débil para la proclamación del juicio de autoría. Esas sociedades, en fin, podrían haber sido utilizadas por otros, dando lugar a una autoría mediata de terceras personas, en la que el propio acusado y las sociedades de su pertenencia serían meros instrumentos.

El tercer motivo se formula ad cautelam, respecto de los dos motivos anteriores, por si la Sala entendiese que, en lugar de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el razonamiento de la Sala habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE EDL 1978/3879 , en su dimensión de derecho a una resolución motivada que no sea arbitraria ni absurda.

Anticipemos que ambos motivos han de ser rechazados.

Al examinar el primero de los motivos, ya expresábamos las reservas que merece la metodología que ha inspirado la redacción de la sentencia recurrida EDJ 2009/10902 . Pero también indicábamos que en ella no se contienen inferencias absurdas o contrarias a las máximas de experiencia, de suerte que contaminen el proceso de motivación y vulneren el contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879).

En consecuencia, en la medida en que no entendemos vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. por todas, SSTC 251/2007, 17 de diciembre EDJ 2007/241106 , 35/1999, de 22 de marzo EDJ 1999/5103 , y las en ellas citadas), procede centrar nuestro análisis en la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia que centra el segundo de los motivos.

A juicio de esta Sala, la conclusión probatoria que convierte al recurrente en la persona decisiva para hacer posible el proceso defraudatorio de facturación, no es, desde luego, desacertada. Nuestro análisis ha de partir de un dato que alivia los esfuerzos argumentales para justificar la corrección de esa inferencia, a saber, el reconocimiento que la defensa de Emiliano hace de que las sociedades Dintak S.A, Cantera Nasok S.A, Contratas El Plantío S.A y Contratas Peninsulares S.A fueron utilizadas, como proclama el juicio histórico, como instrumentos generadores de facturas que no se correspondían con negocios jurídicos reales. La discrepancia radica en que esa utilización habría sido desconocida por el acusado Emiliano, que habría sido víctima, como las propias sociedades, de una utilización por terceros que habrían actuado en forma de autoría mediata.

El Tribunal de instancia, sin embargo, ha concluido lo contrario. Y lo ha hecho con fundamento en una serie de datos de indudable significado incriminatorio. Emiliano adquirió ante Notario esas sociedades, hecho admitido por él mismo y acreditado por los instrumentos públicos en los que esa adquisición fue formalizada. La finalidad de esa operación -según explica el recurrente- no habría sido otra que "... usarlas como sociedades ya constituidas y evitar los efectos de impagos en empresas propias". Sin embargo, como proclama el hecho probado, con fundamento en los informes periciales ofrecidos por la acusación, no consta que esas cuatro

sociedades mantuvieran"...actividad económica alguna, no siendo conocidas en los domicilios que obran en el Registro Mercantil y no respondiendo tampoco a la realidad los números de teléfono que tiene asignados en los documentos intervenidos".

El que esas sociedades no fueron utilizadas como explicó el acusado -evitar los efectos de impagos en empresas propias -, lo demuestra el hecho de que las cuatro sociedades -como refleja el factum, con fundamento en el seguimiento contable llevado a cabo por los peritos-facturaron durante los años 1992 a 1994 a la empresa municipal Contratas 2000 S.L., por un importe y en unas cantidades que no se correspondían con operaciones jurídicas existentes y reales.

No debilita la racionalidad de la inferencia el hecho de que, como razona la defensa, de las anotaciones del dietario del acusado Marcial, sólo nueve de ellas estuvieran relacionadas con Emiliano. Estamos, también ahora, ante un indicio que no puede explicarse en términos estrictamente cuantitativos. Esa mención existe y despliega el valor probatorio que le ha atribuido la Sala, por más que su número resulte inferior al punto en el que el recurrente sitúa el escalón de lo cuantitativamente valorable.

En suma, Emiliano adquirió esas sociedades valiéndose de un poder notarial otorgado por su madre y, conforme afirmaron los propios testigos que participaron en el acto notarial de adquisición, su destino económico no iba a ser otro que el de incorporarse al tráfico comercial del Club Financiero de Abilío. Y fue precisamente en ese ámbito donde esas facturas desempeñaron su eficacia.

La afirmación de que Emiliano se limitó a ser un instrumento al servicio de un autor mediato no conocido, carece del más mínimo sostén probatorio. Y es al acusado a quien incumbe la prueba de ese hecho, como elemento para debilitar la fuerza probatoria de los indicios valorados por el Tribunal a quo.

La defensa reconoce el indicio principal del que se vale la Sala para formular el juicio de autoría, esto es, la condición de gerente del acusado respecto de las sociedades que fueron instrumentalizadas para una simulada facturación. Sin embargo, frente lo que sostienen los Jueces de instancia, la representación de Emiliano afirma la debilidad de ese dato para desvirtuar, por sí solo, el derecho a la presunción de inocencia.

Sin embargo, no tiene razón el recurrente. No es ese el único elemento probatorio sobre el que el Tribunal a quo edifica la responsabilidad de Emiliano. Con anterioridad nos hemos referido a los datos que ofrecían los instrumentos públicos de adquisición de aquellas sociedades instrumentales, las declaraciones de los testigos que intervinieron en su otorgamiento, la objetiva existencia de unas facturas que sirvieron para descapitalizar el Ayuntamiento de Marbella a través de los pagos efectuados por la entidad Contratas 2000 S.A y, en fin, el hecho cierto de que tales facturas subordinaron su utilidad al objetivo concertado de distraer fondos públicos.

La Sala de instancia, incluso, añade un elemento más, derivado de la valoración de las declaraciones prestadas por el acusado a lo largo de la causa, singularmente, "... sus iniciales intentos de desvincularse de las mismas, puesto que debe recordarse que ante la Policía negó rotundamente que tuviera alguna relación con dichas sociedades, lo que frente al Instructor tuvo que admitir ante la contundencia y multiplicidad de los elementos probatorios que demostraban lo contrario" (FJ 3º, apartado B, c').

Es cierto que la inverosimilitud de la declaración de descargo -su utilización para evitar los efectos de impagos en sociedades propias- no constituye un indicio en contra del reo. Pero sí permite reforzar la conclusión probatoria y la racionalidad de la inferencia del Tribunal a quo en la valoración de los indicios. Como hemos dicho en la STS 309/2009, 17 de marzo EDJ 2009/56288 , las declaraciones de un acusado cuando son tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusa de escasa consistencia, no tienen valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia, sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella.

Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No puede decirse que haya más prueba de cargo cuanto menor sea el crédito de la de descargo. Esta última, cuando no es creíble, sólo mantiene íntegra -pero no aumenta- la eficacia demostrativa de aquella en la medida en que su valor probatorio como prueba de cargo -el que tenga por sí misma- no se ve contradicho eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto (STS 97/2009, de 9 de febrero EDJ 2009/16838).

Pues bien, a la vista del razonamiento de la Sala de instancia, no puede sostenerse que la cadena de indicios haya necesitado para su consistencia la irregular adición de la inverosimilitud de las declaraciones del acusado Emiliano, convirtiendo en indicio lo que, como hemos razonado, no puede ser conceptuado como tal. Lo que está fuera de dudas es que la valoración contrastada de las declaraciones del acusado, con el inicial intento de negar cualquier relación con aquellas sociedades factureras, refuerza la racionalidad de la inferencia probatoria proclamada por la Sala.

Lamenta la defensa que el Tribunal a quo haya descartado la explicación del recurrente mediante un acto apodíctico de exclusión. Conviene no olvidar tampoco, que la existencia de indicios que puedan actuar en dirección contraria a la hipótesis de la acusación, forma parte del esquema lógico-racional de valoración de la prueba indiciaria.

En efecto, Desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, es claro que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar.

Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente.

En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

De nuevo es preciso insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida con ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria.

La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante (cfr. STS 548/2009, 1 de junio EDJ 2009/119636).

Tampoco tiene razón el recurrente cuando tilda el proceso de valoración probatoria, hecho explícito por el Tribunal a quo, como ajeno a las máximas de experiencia ofrecidas por la psicología del testimonio. El encomiable manejo por la defensa de las categorías dogmáticas ofrecidas por esta ciencia auxiliar, choca con la objetiva existencia de otros elementos de prueba sumados a la declaración del acusado. En el presente caso, en fin, la afirmación de la autoría de Emiliano no se ha hecho depender, en exclusiva, del contenido de declaraciones personales. Por el contrario, existen pruebas documentales cuya objetiva fuerza probatoria ha permitido al órgano decisorio afirmar la autoría del recurrente.

Tampoco infringe la compartida proscripción del derecho penal de autor el argumento basado en la cercanía o proximidad del acusado respecto de Abilio. Más allá del desacierto de cualquier referencia a la amistad con aquél, sostener que la vinculación entre ambos explicaba buena parte de la actuación del acusado, no supone ningún razonamiento censurable. De hecho, de la objetiva vinculación entre el regidor municipal y Emiliano, habla el dato de que este último fuera designado gerente de Planeamiento S.A, una de las sociedades participadas por el Ayuntamiento de Marbella, cuyo objeto social no era otro que ejercer "...los servicios de asesoramiento técnico y legal para la redacción y confección de los documentos que integran la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella".

En suma, las alegaciones de la defensa acerca de una valoración probatoria vulneradora de los derechos a la presunción de inocencia y/o a la tutela judicial efectiva, no pueden ser compartidas, procediendo la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

CUARTO.- Los motivos cuarto y quinto se hallan íntimamente relacionados. El primero de ellos, sirve de vehículo formal a la parte recurrente para, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , sostener la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE EDL 1978/3879), en la afirmación que hace la Sala de instancia de que el acusado obró con dolo.

El segundo aduce, con carácter subsidiario y para el caso de que el Tribunal entendiera que no es el derecho a la presunción de inocencia el verdaderamente infringido, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE EDL 1978/3879 , en su modalidad de derecho a una resolución de fondo, motivada y ajena a cualquier arbitrariedad.

Estima la defensa de Emiliano que la sentencia recurrida EDJ 2009/10902 se limita a proclamar la existencia de un previo concierto para desviar una cantidad próxima a los cuatro mil millones de pesetas, sin exteriorizar de forma razonable el proceso de valoración probatoria que le lleva a sostener la concurrencia del tipo subjetivo doloso en los delitos de malversación de caudales públicos y falsedad. El acusado -se razona- no controlaba las cuentas ni la contabilidad de las empresas municipales de las que formaba parte.

De ahí que no tuviera la condición de garante respecto de la evitación del resultado lesivo sufrido por el patrimonio municipal. Los Jueces de instancia se limitan a declarar probada la falta de acreditación del destino de 7,5 millones de pesetas, pero de ese supuesto beneficio no puede inferirse, sin violentar las máximas de experiencia, que el acusado conocía la sustracción por otros de cuatro mil millones de pesetas.

El motivo no puede prosperar.

La sentencia recurrida EDJ 2009/10902 , en el último párrafo del FJ 3, razona en los siguientes términos:

"... su esencial aportación consiste en poner a disposición de la trama delictiva concertada las cuatro sociedades anónimas que compró en 1993, justamente cuando se precisaba de la existencia de empresas "factureras" que dieran cobertura contable a las maniobras de distracción dineraria que desde el Ayuntamiento de Marbella se estaba concibiendo. Las tesis del acusado sobre la adquisición de tales sociedades para servirles de "pantalla" frente a sus acreedores y sobre su no utilización ante la denuncia que anunció uno de los copropietarios de acciones de aquellas sociedades inactivas, carecen de rigor y coherencia, ya que tal anuncio no le impedía operar en el tráfico mercantil con otra de las cuatro sociedades, lo que nunca hizo.

Por lo demás, no resulta lógico que aquel que compra sociedades no realice la más mínima actividad para atraerlas a la esfera de su más directo y efectivo control, especialmente cuando su condición de apoderado de su progenitora le confería un amplio margen de maniobra. Asimismo, resulta extraño que no tuviera en su poder los documentos de adquisición, lo que debe ponerse en relación con las declaraciones de dos de los transmitentes, cuando afirman como testigos que alguien les comentó que las sociedades vendidas iban a parar al Club Financiero Inmobiliario Abilio, que es precisamente uno de los lugares donde se encontró información sobre las mismas.

Que Emiliano sabía la utilización de las cuatro empresas que compró para las manipulaciones contables enjuiciadas lo demuestra su vinculación con la autoridad local máxima de Marbella en las fechas de los hechos, el beneficio que con ello obtenía, e incluso sus iniciales intentos de desvincularse de las mismas, puesto que debe recordarse que ante la Policía negó rotundamente que tuviera alguna relación con dichas sociedades, lo que frente al Instructor tuvo que admitir ante la contundencia y multiplicidad de los elementos probatorios que demostraban lo contrario".

La defensa verifica una hábil glosa crítica encaminada a demostrar la falta de rigor de esa explicación de los Jueces de instancia. Sin embargo, la concurrencia del dolo puede obtenerse a partir de una doble vía. De una parte, de la simple lectura del hecho histórico. De

otra, del razonamiento antes transcrito, mediante el que el Tribunal a quo explica las razones que apoyan el conocimiento del acusado respecto de los elementos del tipo objetivo.

Al analizar el motivo precedente ya hemos puesto de manifiesto la lógica de una inferencia que sitúa al acusado Emiliano en una posición de proximidad al Alcalde de Marbella, vinculación que se demuestra por la evidente confianza que la corporación -y el Alcalde a su cabeza- depositaron en quien iba a convertirse en gerente de la sociedad municipal llamada a asesorar en materia urbanística. También se desprende ese conocimiento del consciente y voluntario deseo por parte de Emiliano, en su primera declaración, de excluir cualquier género de relación con unas sociedades que, no se olvide, habían sido adquiridas por él.

Pone el acento el recurrente en el hecho de que su hipotético beneficio no fue más allá de 7.500.000 pesetas, sin que pueda afirmarse relación alguna con el importe total de 4.000 millones de pesetas que resultaron finalmente defraudadas.

Sin embargo, una vez más, la defensa se vale de un equívoco argumento cuantitativo. Y es que sustraer 7.500.000 pesetas no es, desde luego, un hecho adecuado socialmente. El tipo objetivo del delito previsto en el art. 432 del CP EDL 1995/16398, se colma con una sustracción de esa cuantía. Además, conviene tener presente que la acción del delito previsto en el art. 432 del CP EDL 1995/16398, no solo abarca la acción de sustraer, sino la de consentir que otro sustraiga.

Completa el motivo la afirmación de que Emiliano no era garante de esos fondos y, en consecuencia, su actuación dolosa no puede ser afirmada.

Pero es obvio que no hace falta ser garante para actuar con dolo. Si el gerente de una de las más importantes empresas municipales que se sumaron a la trama defraudatoria -Planeamiento S.A.-, incorpora al tráfico jurídico cuatro sociedades instrumentales que fueron utilizadas para incrementar ficticiamente los procesos de facturación y, además, despliega su tarea en un período de tiempo que abarca desde los años 1991 a 1995, la reivindicación de su condición de tercero ajeno al círculo de decisiones resulta inatendible. Ni las dificultades del Tribunal de Cuentas o de la propia Fiscalía Anticorrupción para conocer e investigar el verdadero alcance de la defraudación, refuerzan la ausencia de dolo de Emiliano. Lo único que demuestran es que el esquema societario definido por aquél, en unión concertada con otros acusados, logró una opacidad de tal naturaleza, que consiguió neutralizar todos los mecanismos de control del gasto municipal.

En suma, el acusado no era uno más. Su papel iba más allá de la condición de gerente nominal, desprovisto de poder, y de quien otros acusados se habrían aprovechado utilizando en su beneficio sociedades por él adquiridas y de las que disponía la totalidad de las acciones. El acusado, en fin, se representó y tuvo conocimiento de que por medio de esas sociedades instrumentales, en ejecución del plan que los acusados habían ideado, se iba a iniciar un proceso de facturación absolutamente irreal, pero que iba a dar cobertura a un desapoderamiento de las arcas municipales próximo a los cuatro mil millones de pesetas.

No se infringió el derecho a la presunción de inocencia, ni puede afirmarse que el razonamiento de la Sala de instancia al proclamar el carácter doloso de la actuación del acusado, obedece a un razonamiento ilógico o arbitrario.

Los motivos cuarto y quinto, por tanto, han de ser desestimados (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

QUINTO.- El motivo sexto, con invocación del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1, denuncia infracción de ley, aplicación indebida del art. 28.2.b) respecto del delito de malversación de caudales públicos, en relación con el también vulnerado art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879 en su doble contenido de derecho de defensa y derecho al proceso debido -principio acusatorio-.

Entiende la defensa que Emiliano ha sido condenado en concepto de cooperador necesario del art. 28.2.b) del CP EDL 1995/16398, es decir, como partícipe, en un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin que se haya condenado a persona alguna como autor del mencionado delito, vulnerándose con ello el principio de accesoriedad limitada, en virtud del cual la participación, tanto en calidad de cómplice, inducción o cooperación necesaria, es accesorias respecto del hecho del autor.

En suma, no habiendo autor del delito, no puede haber, de ninguna de las maneras, partícipe en el mismo. La única persona que aparece en la sentencia acusada por el Ministerio Fiscal como autor -del art. 28.1 del CP EDL 1995/16398 - del delito de malversación de caudales públicos, es Marino, quien ha resultado absuelto. El acusado de cooperación necesaria, en fin, tiene derecho a examinar y contradecir, en su caso, la tipicidad y la antijuridicidad que necesariamente deberían concurrir en los hechos del inexistente autor y, sin los cuales, no se puede condenar al partícipe.

No tiene razón el recurrente.

La importancia que el principio de accesoriedad tiene en la dogmática mayoritaria y en la jurisprudencia de esta Sala, no necesita ser argumentada. De hecho, aquel principio ha llegado a ser considerado como una necesidad conceptual. Ello no debe ser obstáculo, sin embargo, para reconocer que no faltan propuestas dogmáticas minoritarias que explican la coparticipación sin necesidad de recurrir al principio de accesoriedad, argumentando que el partícipe realiza su propio injusto.

Pese a todo, es cierto que esta Sala -en sintonía con la doctrina dominante-, ha convertido el principio de accesoriedad en uno de los fundamentos del castigo del partícipe y de este dato incuestionable hemos de partir para concluir la ausencia de la infracción legal que denuncia el recurrente.

El principio de accesoriedad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriedad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriedad. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes.

No ha habido infracción del art. 28.2.b) ni se han vulnerado los derechos de defensa y a un proceso justo. Como razona el Ministerio Fiscal, en el descriptivo relato de los hechos probados se expresan con claridad el conjunto de operaciones a través de las cuales se llevó a cabo por terceros la desviación de fondos municipales, así como la contribución aportada por el recurrente, quien por ello pudo perfectamente defenderse, con independencia de que por el fallecimiento de unos o la falta de identificación de otros no haya sido posible el enjuiciamiento de todos los responsables.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

SEXTO.- El séptimo motivo (art. 849.1 LECrim EDL 1882/1) alega error de derecho, infracción de ley, aplicación indebida del art. 392 del CP. EDL 1995/16398

El recurrente estima que ha sido condenado en concepto de autor de una falsedad, consistente en crear una simulada contabilidad que habría sido plasmada en los libros correspondientes y en las declaraciones de IVA e impuestos de sociedades. Sin embargo, tal comportamiento mendaz -se aduce- es habitual de quien comete o intenta cometer un delito fiscal y la jurisprudencia no condena jamás por tales mendacidades, pues quedan consumidas (art. 8.3 CP EDL 1995/16398) en el propio delito fiscal.

Aquí no estamos ante un supuesto de facturas falsas, sino de anotaciones contables inveraces, lo que impide el castigo del delito falsario de forma autónoma. A lo sumo, se habría cometido un delito del art. 310 del CP EDL 1995/16398 por el que ahora el acusado no puede ser enjuiciado.

El motivo no puede ser acogido.

La relación que la defensa del recurrente establece entre las falsedades imputadas y el delito fiscal no es del todo exacta. La lectura del fragmento del juicio histórico sobre el que se apoya la condena por el delito falsario, pone sobre aviso acerca de la inexistencia de esa relación de medio-fin que el motivo enfatiza. En efecto, dicen los Jueces a quo que "...para dar cobertura a la distracción de fondos públicos a través de las tres empresas municipales nombradas, los acusados Herminio, Marcial y Emiliano, se concertaron con otras personas no enjuiciadas y con vínculos más estrechos con el Ayuntamiento de Marbella, en la ideación y puesta en práctica de una serie de actividades encaminadas a crear una apariencia contable de gastos, con objeto de justificar el uso de las cantidades detraídas.

Para ello utilizaron el procedimiento consistente en atribuir a cuatro sociedades inactivas compradas por el último de los mencionados determinada facturación como supuestas proveedoras de Contratas 2000 S.L., cuya simulada contabilidad fue trasladada primero a los libros de comercio y después a las declaraciones tributarias".

De las frases subrayadas se deduce con claridad que el objeto de la manipulación contable tenía una doble proyección. De un lado, buscaba "... justificar el uso de las cantidades detraídas". De otra parte, reflejar una contabilidad falsa que fuera incorporada a los libros de comercio y que condicionara las declaraciones tributarias.

En consecuencia, el Tribunal a quo no ha incurrido en esa censurable y artificiosa resurrección de un delito falsario que sólo había sido ideado para eludir el pago de los tributos. Olvida el recurrente que esa contabilidad se incorporó a la justificación del estado financiero de una entidad jurídica que no sólo tenía que rendir cuentas en el ámbito tributario. De la contabilidad oficial de unas sociedades participadas por fondos públicos, depende también la fiscalización del Tribunal de Cuentas o la labor de control del gasto que han de desplegar los interventores. De ahí que ese irreductible enlace que la defensa establece entre el delito de falsedad y los delitos fiscales no perseguidos por prescripción, no pueda ser compartida por esta Sala.

En palabras del Fiscal, no estamos ante una mera irregularidad contable instrumental del delito fiscal, sino ante un delito autónomo que supuso la alteración esencial de documentos, como los libros o listados con apuntes contables, libros de facturas, libros de subvenciones, libros de IVA y demás documentación contable, así como las cuentas anuales de las sociedades que figuran unidas a los autos, modificando su activos y sus gastos, con supuestas facturaciones inexistentes, conducta que integra el delito de falsedad en documento mercantil, ya que supuso reflejar falsamente la situación de la sociedad.

La Sala de instancia aplicó de forma correcta el art. 392 del CP EDL 1995/16398 , pues como hemos declarado en numerosos precedentes -de los que las SSTS 4837/2007, 25 de junio EDJ 2007/92336 y 788/2006, 22 de junio EDJ 2006/102993 , son elocuentes ejemplos-, también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial.

El motivo ha de ser desestimado por su falta de fundamento (arts. 885.1 LECrim EDL 1882/1) y por apartarse del juicio histórico (art. 884.3 LECrim EDL 1882/1).

SÉPTIMO.- El motivo octavo, por quebrantamiento de forma, se articula al amparo del art. 850.1 de la LECrim EDL 1882/1 , al estimar vulnerado el derecho de defensa del art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879 , al haberse denegado una diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

Los documentos que la defensa intentó sin éxito aportar en la fase de cuestiones previas estaban integrados por:

a) el auto del Tribunal de Cuentas, Sección de Enjuiciamiento, departamento 1, archivando precisamente la causa seguida por las irregularidades imputadas a Planeamiento S.L. de fecha 31 de octubre de 2005;

b) el informe del Fiscal ante el Tribunal de Cuentas, fechado el día 20 de septiembre de 2005, desistiendo de la demanda interpuesta en el anterior procedimiento y que dio lugar a la citada resolución.

Lamenta también la defensa la falta de motivación razonable, por parte del Tribunal de instancia, a la hora de explicar los motivos que justificarían el rechazo de la prueba propuesta.

La queja no puede ser acogida.

De entrada, nada habría impedido que los Jueces a quo hubieran admitido la prueba documental propuesta (art. 729.2 LECrim EDL 1882/1), pese a que, según se desprende del acta del juicio oral, aquélla no fue aportada en el momento definido por el art. 786.2 de la LECrim EDL 1882/1 Sin embargo, su rechazo no alcanza relevancia constitucional. De entrada La sentencia explica el porqué de esa exclusión:

"...respecto a la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la defensa y a la utilización de los medios de prueba pertinentes, ante la inadmisión de la prueba documental consistente en la aportación de determinada resolución del Tribunal de Cuentas, tampoco puede accederse a su estimación, ya que en momento alguno por la parte interesada se alegó la trascendencia de tal resolución a efectos de una eventual absolución o condena de su defendido, extremo que tampoco ha podido deducirse de lo actuado durante el plenario. Por lo que dicha documentación, cuya extemporánea incorporación se pretendió, carece de las características de pertinencia, necesidad y utilidad establecidas por la jurisprudencia".

La necesidad -utilidad y pertinencia- de cualquier propuesta probatoria no puede ser presumida por el Tribunal al que aquélla va dirigida. De hecho, el recurrente todavía no explica en el presente motivo en qué habría resultado decisiva la incorporación de esos documentos. La defensa argumenta que la trascendencia de esos documentos está implícita en su propia naturaleza, si se pone ésta en relación con los hechos por los que se formuló acusación contra Emiliano. Sin embargo, ahora en fase casacional eso no basta.

El recurrente ha de acreditar la decisiva influencia que podría haber desplegado esa prueba indebidamente excluida. La STC 121/2009, 18 de mayo EDJ 2009/101499 , precisa que ha de probarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución (...) carga de la argumentación (que) se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.

De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión -STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2 EDJ 2007/151832 -" (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3 EDJ 2007/229920 ; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4 EDJ 2006/8141 ; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c EDJ 2006/310750 ; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2 EDJ 2007/69742 , todas ellas en relación con la prueba penal).

Y aplicando esta doctrina al supuesto de hecho que nos ocupa, ni el archivo por el Tribunal de Cuentas de la causa seguida por presuntas irregularidades contables en Planeamiento 2000 S.L., ni el informe del Fiscal ante el Tribunal de Cuentas, pueden llegar a condicionar el desenlace de la causa penal que está en el origen del presente recurso. Sobre la inexistencia de cualquier clase de prejudicialidad contable en el proceso penal y acerca de la capacidad de los órganos judiciales penales a la hora de enjuiciar el delito de malversación de caudales públicos, se ha pronunciado de forma reiterada esta misma Sala (cfr. SSTS 1074/2004, 18 de octubre EDJ 2004/159646 y 381/2007, 24 de abril EDJ 2007/28991).

Al margen de lo anterior, confirmando la ausencia de toda indefensión, es evidente que los argumentos jurídicos incorporados por el Fiscal en su informe, luego acogidos por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, pudieron ser puestos de manifiesto por la defensa ante la Audiencia Nacional.

No ha existido, pues, vulneración del derecho de defensa y el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

OCTAVO.- El noveno motivo, con invocación de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , alega vulneración del derecho fundamental a la defensa.

Explica la dirección jurídica del acusado que éste renunció a su defensa poco antes del juicio. Ya sin tiempo para buscar Letrado de su confianza que quisiera y pudiera asumir un juicio oral ya señalado, hubo de ser nombrado un Letrado de oficio. El nuevo Letrado solicitó un aplazamiento de apenas 3 meses, que no fue concedido, viéndose obligado a preparar la causa, que la propia Sala ha considerado "compleja" en tan solo 2 semanas, y luego en los intervalos entre sesión y sesión del juicio oral. Ello ha producido efectiva indefensión, como lo demuestran algunas de las alegaciones de este recurso de casación que, sin embargo, no fueron hechas valer por el Letrado actuante de oficio, debido precisamente a su escaso tiempo para preparar el juicio.

De forma subsidiaria, el motivo plantea que, acreditada la indefensión por falta de tiempo para preparar el juicio, al menos se tenga por reconocida una atenuante de análoga significación, igual que se reconoce, por ejemplo, cuando también se produce antes del enjuiciamiento la vulneración de otro derecho fundamental, el proceso sin dilaciones indebidas.

El motivo no es atendible.

Está fuera de dudas -decíamos en la STS 816/2008, 2 de diciembre EDJ 2008/253407 - que el derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un proceso justo. Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado. En el proceso penal convergen intereses jurídicos de muy distinto signo. La necesidad de lograr un equilibrio entre todos esos derechos exige del órgano jurisdiccional ponderar,

en función de cada caso concreto, qué grado de sacrificio es aceptable imponer al resto de las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso.

Aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho. La capacidad de todo imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa.

Estas ideas laten en la jurisprudencia de esta Sala en relación con el problema suscitado. En efecto, la STS 1989/2000, 3 de mayo EDJ 2001/9060 , tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos del abandono por parte del Letrado de la defensa de su representado. Razona la Sala Segunda -proclamando un criterio interpretativo que ya ha sido acogido con posterioridad, entre otras, por las SSTS 173/2000, 10 de noviembre EDJ 2000/519 , 327/2005, 14 de marzo EDJ 2005/37452 y por el auto 24 de abril de 2003- que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho -ha dicho esta Sala- no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10860 ; 20 de enero de 1995 EDJ 1995/96 ; entre otras).

De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado.

Volcando esta doctrina jurisprudencial sobre el supuesto de hecho enjuiciado, la lectura del FJ 1º de la sentencia cuestionada EDJ 2009/10902 permite descartar cualquier género de arbitrariedad en la decisión de la Sala de instancia. De hecho, el criterio hecho valer por los Jueces a quo, ponderando los valores en juego y concediendo un primer aplazamiento, en los términos solicitados inicialmente por el Letrado, excluye el menoscabo del derecho de defensa que se dice ocasionado.

Razona el órgano decisorio que "... en el rollo de Sala (Tomos 2 y 3) consta que, una vez presentado el 5-9-2008 escrito por la representación procesal y defensa del mencionado acusado renunciando a tales representación y defensa (folios 330 y 331), se dictó providencia el 8-9-2008 (folio 332) ordenando requerir al acusado para que nombrara en el plazo de una audiencia nuevos Abogado y Procurador, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo voluntariamente se le nombraría de oficio.

Dicha comunicación y requerimiento se le practica en Granada el día 11-9-2008 (folio 344), manifestando que quedaba enterado y que designaría nueva representación y defensa. Al transcurrir con creces el plazo concedido, el 17-9-2008 se dicta providencia en la que se acuerda remitir peticiones a los respectivos Colegios Profesionales a fin de serle designados profesionales de oficio (folio 501), lo que se lleva a efecto el 18-9-2008.

Al día siguiente presenta escrito el Abogado designado de oficio solicitando la suspensión de las sesiones del juicio, que iba a comenzar el 25-9-2008, a fin de disponer de tiempo suficiente para preparar la defensa y no producir indefensión al cliente (folios 515 y 516). A ello se accede en providencia de 22-9-2008, señalando las nuevas sesiones del juicio para el día 10-10-2008, donde se plantearían las posibles Cuestiones Previas; los días 23 y 24-10- 2008, donde se practicarían las declaraciones de los acusados, y los días 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21-11-2008, donde se practicaría el resto de la prueba admitida y se daría término al juicio oral (folios 519 y 520).

El día 27-9-2008 se presenta nuevo escrito solicitándose nuevamente la suspensión del juicio y que el señalamiento se efectúe a partir del mes de febrero de 2009, alegándose que el tiempo concedido es insuficiente para una preparación exhaustiva de la causa, máxime cuando el Letrado debía de atender sus propios asuntos, que gozaban de la misma prioridad e importancia que el presente, sin aportar dato alguno sobre dichos asuntos (folio 671). Finalmente, el 30-9-2008 se dicta providencia denegatoria de la anterior petición, bajo los argumentos referentes a que la causa se entregó con la debida antelación, se trata de causa con preso que no admite dilaciones indebidas, y el propio orden de señalamientos no impide que siga estudiándose la causa, al existir grandes intervalos entre los días señalados para el planteamiento de las Cuestiones Previas, para las declaraciones de los acusados y para las declaraciones de testigos y peritos (folio 672)".

A esa exposición de las peripecias que precedieron al señalamiento del juicio oral, añade el Tribunal a quo "...teniendo muy presente que se trata de una causa con preso, que no admite la demora de cinco meses pretendida por la defensa solicitante del aplazamiento de las sesiones del juicio.

Por lo demás, resulta importante seguir resaltando los largos intervalos de tiempo en los días del plenario, debido a que cuando se señaló el juicio por segunda vez existían otras causas ya señaladas, lo que permitía al Abogado solicitante más tiempo de preparación del juicio, de cuyo indudable conocimiento ha hecho gala en la exposición de sus Cuestiones Previas".

A la vista de esos antecedentes, de la razonabilidad del argumento mediante el que los Jueces de instancia acuerdan no acceder a la segunda petición de suspensión formulada por el Letrado y, sobre todo, a la no indicación por éste de qué estrategia de defensa o qué aportación probatoria se vio frustrada como consecuencia del comienzo de las sesiones del juicio, esta Sala no puede sino compartir el criterio cuestionado.

Tampoco puede tener acogida la petición de la defensa, referida a la posibilidad de que esa pretendida vulneración pueda tener el tratamiento propio de una atenuante por analogía, de forma semejante al criterio jurisprudencial sobre la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En efecto, el derecho de defensa, junto al principio de igualdad, definen dos de los principios estructurales del proceso penal. En su ausencia, desaparece uno de los fundamentos que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional. Su vulneración no puede, en ningún caso, ser tolerada o convalidada en casación. Dicho con otras palabras, no existen vulneraciones de aquel derecho de menor intensidad, susceptibles de compensación por la vía de la atenuación analógica. O el imputado ha podido defenderse o no ha podido desplegar todas las posibilidades que ese derecho le ofrece. Y si esto ocurriera, la apreciación de una atenuante analógica añadiría un menoscabo más al círculo de derechos que nuestro sistema constitucional reconoce al imputado.

En el presente caso, esta Sala entiende que esa vulneración no se ha producido, haciendo suyo el criterio de los Jueces de instancia. De ahí la improcedencia de apreciar una atenuante analógica en los términos interesados por la defensa.

Se impone la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

NOVENO.- El décimo motivo se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denunciando infracción de ley, vulneración del art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398

El acusado -se razona- es un extraneus. No es ni funcionario, ni autoridad, debiendo tener por tanto la correspondiente aminoración de la pena. Estima la defensa que la Sala de instancia invoca el art. 435.1 del CP EDL 1995/16398 , sin embargo, la operatividad de este precepto no excluye, desde luego, la aplicación de una regla prevista en la Parte General del Código y, en consecuencia, plenamente aplicable a las distintas formas de malversación. Además, los argumentos que emplea la sentencia para denegar la aminoración de pena, no son aceptables, pues ya han sido tenidos en cuenta para elegir el subtipo agravado, la continuidad delictiva y la propia individualización de la pena.

El motivo no puede prosperar.

Es cierto que el razonamiento de los Jueces de instancia, referido a la aplicación del art. 435.1 del CP EDL 1995/16398 es, cuando menos, confuso. Se contiene una mención a ese precepto de carácter marginal, en el momento de justificar las razones de la exclusión de la rebaja punitiva:

"... en el caso de autos, debe anticiparse que no se aplicará el novedoso y potestativo beneficio punitivo mencionado, toda vez que las conductas de los acusados, además de tener la cobertura típica del art. 435.1º del CP EDL 1995/16398 , no merecen de una rebaja penal debido a la intensidad de la reprochabilidad criminal, a la permanencia en el tiempo de la actividad comisiva desplegada y a la cuantía de la distracción dineraria perpetrada".

Desde esta perspectiva, tiene razón el recurrente cuando sostiene que su literalidad ("... las disposiciones de este capítulo son extensivas") no implica una exclusión per se de la regla general prevista en el art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398 De hecho, tanto la malversación propia (arts. 432 a 434) como la impropia (art. 435), se configuran como delitos especiales.

En el primer caso, limitado en su autoría material a autoridades y funcionarios. En el segundo, a particulares asimilados a aquéllos por alguna de las relaciones que expresa el art. 435 del CP. EDL 1995/16398 Pero esta conclusión no excluye, en los supuestos de malversación impropia, que puedan actuar como cooperadores necesarios o inductores otros particulares ajenos a esa relación especial con los fondos públicos y que, como tales, deban ser considerados partícipes, pudiendo verse favorecidos por la rebaja de pena prevista en el art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398 De ahí que la existencia del art. 435 del CP EDL 1995/16398 , en modo alguno, implica una derogación de la regla general prevista en el mencionado art. 65.3.

Por tanto, el argumento que emplea el Tribunal a quo, referido a la supuesta cobertura que ofrecería el art. 435 del CP EDL 1995/16398 para excluir la operatividad de la rebaja de pena, no puede ser avalado por esta Sala.

Sin embargo, sí podemos compartir el razonamiento principal referido a la exclusión de la aminoración de la pena, esto es, el carácter facultativo de la previsión que incorpora, desde la reforma operada por la LO 15/2003, 25 EDL 2003/127520 de noviembre, el art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398 Sobre su naturaleza facultativa ya se ha pronunciado esta misma Sala (cfr. SSTS 1074/2004, 18 de octubre EDJ 2004/159646 y 782/2005, 10 de junio EDJ 2005/113572). El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena -hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo podrán-, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material.

En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe.

Y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que el Tribunal a quo, rechaza la rebaja de pena en atención a la concurrencia de otros elementos que no justifican la atenuación ("...las conductas de los acusados (...) no merecen de una rebaja penal debido a la intensidad de la reprochabilidad criminal, a la permanencia en el tiempo de la actividad comitiva desplegada y a la cuantía de la distracción dineraria perpetrada").

Este razonamiento, frente a la argumentación crítica del recurrente, no implica una doble valoración del mismo hecho en perjuicio del reo. El tiempo de permanencia en la conducta antijurídica o el importe total de la sustracción -muy superior al considerable como determinante de la aplicación del tipo agravado- son elementos ponderables por el Tribunal de instancia, sin que merezcan la censura de esta Sala.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DÉCIMO.- El undécimo motivo, también con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia error de hecho, aplicación indebida del art. 28.2.b) del CP. EDL 1995/16398

El acusado -sostiene la defensa- no llevó a cabo un aporte sin el cual el delito no se habría cometido. Su forma participativa no puede ir más allá de la complicidad. Emiliano no tiene que ver con esos algo más de 4.000 millones de pesetas desaparecidos, sino tan solo con los 7,5 millones no justificados. El recurrente, en fin, no forma parte del organigrama del ayuntamiento. Si su conducta consistió en aportar las sociedades instrumentales que él mismo había adquirido, esa contribución fue posterior a la consumación del delito, pues el hecho describe que las cantidades fueron detraídas y sólo después se buscó la justificación contable. Por tanto, quien ayuda a un cooperador necesario es cómplice.

El motivo no puede ser estimado.

El acusado es cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos porque así lo proclama el factum. En él se describe el plan ideado con el fin de sustraer la actividad económico-contable cotidiana del Ayuntamiento de Marbella a los mecanismos jurídicos de fiscalización del gasto público. Con ese objetivo, Herminio concibe la idea de crear varias empresas sujetas a la legislación mercantil con mayoría en el capital social de la corporación municipal, según el ramo de actividad a que se dedicasen.

Sigue el hecho histórico relatando que "... al frente de las sociedades municipales, el Alcalde sitúa como gerentes a personas de su entera confianza. Fue gerente de las sociedades Contratas 2000 S.L. y Jardines 2000 S.L. Hilario (fallecido el 17 de junio de 2005) y fue gerente de Planeamiento 2000 S.L. Emiliano, mayor de edad y sin antecedentes penales".

Una vez concebida esa estrategia, "... La sociedad municipal Planeamiento 2000 S.L. se constituyó por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella de 14 de enero de 1992, con un capital social de 10 millones de pesetas, teniendo como objeto social los servicios de asesoramiento técnico y legal para la redacción y confección de los documentos que integran la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella.

Desde un primer momento se nombró gerente de tal sociedad y apoderado de la misma a Emiliano, única persona que tenía acceso a las cuentas bancarias que abrió. Emiliano, abrió cuentas a nombre de Planeamiento 2000 S.L. en las entidades de crédito Banco Herrero, Banco de Sabadell, Banco Urquijo, La Caixa, Banco de Andalucía y Banesto, siendo las existentes en las dos primeras entidades las que tuvieron mayor volumen de actividad. Desde las cuentas bancarias abiertas, el Sr. Emiliano, quien era la única persona con facultades para obligar a la sociedad, ordenó numerosos pagos a través de diversos instrumentos bancarios, muchas veces por medio de empleados de la oficina de la sociedad, especialmente el administrativo-contable Saturnino, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien comenzó a trabajar para la empresa desde el 28 de mayo de 1992 y tenía a su cargo la ordenación de las facturas y otros apuntes contables, que al final de cada ejercicio remitía al Club Financiero Inmobiliario, donde los Sres. Herminio y Marcial coordinaban la confección de la contabilidad oficial".

También se extiende el factum a describir todo el proceso de adquisición por parte del acusado Emiliano de sociedades - Dintak S.A, Cantera PASOK, Contratas El Plantío S.A y Contratas Peninsulares S.A- que fueron concebidas exclusivamente como pantallas instrumentales para dar una cobertura aparente a los gastos imputados a las cuentas públicas del Ayuntamiento de Marbella, que llegó a ser privado de cantidades próximas a los 4.000 millones de pesetas.

El acusado -que pudo haber sido condenado como autor material de un delito de malversación impropia del art. 435.1 del CP EDL 1995/16398 - ha sido reputado por el Tribunal a quo como cooperador necesario. Y es que su aportación al plan de descapitalización del Ayuntamiento resultó decisiva, hasta el punto de que él fue designado gerente de una de las empresas sobre la que se apoyaba esa estructura paralela -Planeamiento 2000 S.L.-, y él fue el adquirente de las sociedades instrumentales que se pusieron al servicio de una facturación manifiestamente irregular.

Resulta de innecesaria cita la jurisprudencia de esta Sala que ha venido reiterando que la complicidad se define por una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. En definitiva, el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del "iter criminis". Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (cfr. por todas, SSTS 371/2006, 27 de marzo EDJ 2006/42987 y 699/2005, de 6 de junio EDJ 2005/108826).

El carácter relevante de su contribución es manifiesto. De nuevo la defensa, en su legítimo afán por degradar la participación del acusado, trae a colación el argumento cuantitativo, basado en el hecho de que la sociedad ligada a Emiliano sólo dejó de justificar 7.500.000 pesetas. Con ese razonamiento se olvida -no ya la participación que el factum establece respecto del importe total de la sustracción, cifrada en 4.000 millones de pesetas-, sino la idea misma de que sustraer una pequeña cantidad de dinero, si se compara con el total de lo defraudado, no convierte en cómplice al beneficiado.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DÉCIMOPRIMERO.- El décimo segundo motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia error de derecho en la determinación de la pena, por aplicación indebida de los arts. 65.3 y 63 del CP. EDL 1995/16398

La doble condición que concurre en el recurrente, extraneus y cómplice, debería llevar a una doble rebaja de pena, en aplicación de los preceptos que se dicen erróneamente excluidos por el Tribunal a quo.

El motivo no merece acogida.

La doble rebaja punitiva que reivindica la defensa sería claramente procedente en el caso en que el acusado hubiera sido condenado como cómplice y la Sala de instancia hubiera estimado pertinente aplicar el art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398 Sin embargo, ninguna de las dos circunstancias concurre en el presente caso, como ya hemos tenido ocasión de razonar a la hora de justificar el rechazo de los motivos décimo y undécimo.

Obligada resulta la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMOSEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , aduce la defensa un error de derecho, derivado de la aplicación del art. 74.2 del CP EDL 1995/16398 , al haberse producido la condena por delito continuado, sin que concurran los presupuestos objetivos ni subjetivos para tal figura.

Existe una única infidelidad como gestores que ha sido mantenida en el tiempo, pero de ese mantenimiento no se puede ni se debe deducir la continuidad.

El motivo no puede aceptarse.

Es posible que la práctica haya extendido el concepto mismo de delito continuado más allá de lo deseable. Sin embargo, en el presente caso, la procedencia de aplicar esta figura jurídica, prevista en el art. 74 del CP EDL 1995/16398 , no se debe hacer depender, tanto de la unidad que anima los distintos actos de infidelidad, cuanto de la descripción de la acción típica que efectúa el art. 432.2 del CP. EDL 1995/16398 Y en el tipo objetivo se incluye una acción que consiste en sustraer o consentir que otros sustraigan. De ahí que, más allá de los límites impuestos por el concepto de acción natural, cuando son varias las acciones típicas ejecutadas, expresivas de un propósito unitario, la figura del delito continuado resulta de obligada aplicación.

No ha existido, pese a la argumentación de la defensa, unidad de acción. El concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad.

Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica.

No sin acentuados matices, esta evolución se aprecia también en nuestra jurisprudencia, de la que nos hacíamos eco en la STS 213/2008, 5 de mayo EDJ 2008/73138 . Allí recordábamos cómo la STS 25 de junio de 1983 EDJ 1983/3817 señaló como requisitos para afirmar la unidad de acción:

- a) desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva;
- b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única;
- c) y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

La STS 935/2006, 2 de octubre EDJ 2006/275426 -con cita de la STS 777/2005, 15 de junio EDJ 2005/108843 - recordaba que el concepto de unidad natural de acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18 de julio de 2000 EDJ 2000/20387 , en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En otros pronunciamientos, la jurisprudencia de esta Sala, acentuando la perspectiva naturalista, ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS 15 de febrero de 1997 EDJ 1997/653 , 19 de junio de 1999 EDJ 1999/18440 , 7 de mayo de 1999 EDJ 1999/8166 , 4 de abril de 2000 EDJ 2000/7045)"cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha".

En el presente caso, la Sala ha reputado los hechos como constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos. Y como destaca el Fiscal, existió un plan preconcebido y acordado por todos los acusados, una homogeneidad de las conductas plurales y prolongadas en el tiempo -consistentes en desviar o distraer fondos públicos municipales cuya gestión tenían encomendada a través de sociedades mercantiles municipales- y que, bajo un dolo unitario, infringieron idéntico precepto penal. Además, no se olvide que la pena impuesta -5 años-, algo superior al mínimo fijado por el art. 432.2 del CP EDL 1995/16398 , podía haber sido impuesta sin necesidad de considerar la continuidad delictiva.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMOTERCERO.- El decimocuarto motivo reivindica la existencia de infracción de ley (art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1), por errónea inaplicación del art. 21.6 del CP EDL 1995/16398 , atenuante de dilaciones indebidas, con carácter muy cualificado, con la consiguiente vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE EDL 1978/3879).

El plazo extraordinariamente largo transcurrido desde el inicio de la actividad que constituye la base fáctica de la sentencia recurrida EDJ 2009/10902 , cerca de 18 años hasta el 23 de enero de 2009, debería ser suficiente, por sí solo para la estimación del motivo, ante la ausencia de justificación alguna para dicho retraso. Los argumentos dados por la Sala para justificar la demora son inaceptables, pues en ningún caso justifican una demora de 10 años.

El motivo no puede ser acogido.

De entrada, se impone un importante matiz al discurso argumental del recurrente, que sitúa el dies a quo del plazo en el año 1991. Y es que la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, correremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud. Y así lo hemos entendido en recientes pronunciamientos de esta misma Sala (cfr. SSTS 106/2009, 4 de febrero EDJ 2009/11684 y 553/2008, 18 de septiembre EDJ 2008/173131).

Pues bien, el Ministerio Fiscal formalizó su querrela con fecha 8 de febrero de 2001, habiendo sido sentenciado el procedimiento en primera instancia el 23 de enero de 2009. Se trata, por tanto, de un plazo de ocho años que, sin ser ejemplar, no debería arrastrar, sin más, la aplicación de la atenuante, menos con el carácter cualificado que interesa el motivo.

Además, quien reivindica la apreciación de esa atenuante ha de precisar en qué momentos o secuencias del proceso se han producido paralizaciones que deban reputarse indebidas. Hemos dicho que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable.

Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril EDJ 2009/92355 y 755/2008, 26 de noviembre EDJ 2008/222314).

El razonamiento del Tribunal de instancia a la hora de rechazar la atenuante reivindicada no es, pese a las críticas de la defensa, censurable:

"en el caso de autos, no se puede obviar que las actuaciones investigadoras resultaron arduas y ralentizadas, indudablemente debido a la índole de la materia sujeta a comprobación y a las dificultades probatorias inherentes a cualquier investigación económico-contable impregnada de opacidad, hasta el punto de que no existen libros de contabilidad ni apenas documentación original por la buscada e interesada desaparición de documentos primordiales que podían haber servido para la rápida instrucción de la causa, excepción hecha de facturas que nunca existieron sino que figuraron referenciadas en listados de facturación. (...) A pesar de que los hechos datan de los años 1991 a 1995, es lo cierto que las actuaciones judiciales siempre han estado activas, no detectándose paralizaciones dignas de consideración, hasta el punto que las partes que reclaman la aplicación de la atenuante analógica tratada no han especificado durante qué tiempo, a su entender, el procedimiento ha estado ralentizado indebidamente. Del análisis de las actuaciones no se detectan paralizaciones relevantes en el procedimiento.

Éste se inicia con la querrela presentada por el Ministerio Fiscal el 8-2-2001 (folios 1 a 16), aunque desde el 21-10-1999 se habían incoado las Diligencias de Investigación núm. 24/99 de Fiscalía. Una vez practicadas las diligencias de entrada y registro solicitadas por el Ministerio Fiscal y acordadas por el Juzgado de Guardia, se incoan el 13-2-2001 las Diligencias Previas núm. 76/01 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 (folio 78). Como quiera que surge una cuestión de competencia negativa entre dicho órgano y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella, tal conflicto se remite al Tribunal Supremo, que dicta el 26-12-2001 auto atribuyendo la competencia al primero de los Juzgados nombrados (folios 290 a 295). Las investigaciones se van desarrollando, con ampliación de la querrela contra otros implicados el 15-4-2002 (folios 11.809 a 11.812) y con declaración de secreto de las actuaciones, hasta que el 10-5-2005 se dicta auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folios 32.733 a 32.736), con presentación de escrito de acusación por el Ministerio Fiscal el 9-6-2005. Antes del auto de apertura del juicio oral, fechado el 20-4-2006, se resuelve sobre la extinción de la responsabilidad criminal por fallecimiento de dos de los principales imputados: Abilio (el 14-5-2004: folios 32.283 y 32.284) y Hilario (el 17-6-2005: folios 32.895 y 32.896), y después de aquel auto se resuelven por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 y por la Sección 3ª de esta Sala de lo Penal diferentes cuestiones sobre la pretendida incorporación como partes acusadoras de Repsol, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Ayuntamiento de Marbella, así como sobre la llamada a la causa de los herederos de los fallecidos, sobre la situación personal de Emiliano y sobre su pretensión de transformación procedimental en sumario e incluso sobre las renunciaciones de los profesionales que le defienden y representan. Finalmente, una vez fotocopiadas las actuaciones y presentados los correspondientes escritos de defensa, el 16-6-2008 se ordena la remisión de la causa a esta Sección a efectos de enjuiciamiento, donde aún se dio el caso de una leve suspensión de la fecha señalada para el juicio debido a la renuncia de la representación y defensa del Sr. Emiliano.

De lo anterior se deduce la existencia de un procedimiento complejo que ha gozado de un margen de progresión razonable una vez superados los problemas que se iban planteando, derivados de los avatares vitales y procesales de las partes implicadas, que interponen plurales cuestiones incidentales y legítimos recursos de reforma y de apelación contra resoluciones que consideran no ajustadas a Derecho".

La defensa, tras censurar la motivación que sirve de base a la sentencia cuestionada para excluir la atenuante solicitada, considera que la dilación ha perjudicado gravemente a su defendido, en la medida en que no ha podido aportar pruebas de documentos que habrían sido destruidos, en aplicación de la práctica asociada al art. 30 del Código de Comercio EDL 1885/1 , una vez transcurridos seis años.

Es más que discutible que cuando se habla de sociedades participadas por una corporación pública, el gerente pueda destruir, transcurridos seis años, aquellos documentos que reflejan la actividad económica-contable de la entidad. Sea como fuere, lo cierto es que algunas de las operaciones mediante las que se imputaron pagos fraudulentos, datan del año 1994 y no faltan las que desplegaron sus efectos bien entrado el año 2005.

El Ministerio Fiscal interpuso la querrela el día 8 de febrero de 2001, por tanto, cuando todavía no se había superado el plazo de seis años al que el recurrente asocia un efecto liberatorio de la obligación de acreditar documental el empleo de fondos públicos. Y lo que

no puede obviarse es que la Fiscalía ya había iniciado unas diligencias de investigación con fecha 21 de octubre de 2009, cuando aquel plazo no había sido transcurrido. Y es lógico pensar que quien se sabe investigado adopte las medidas de precaución necesarias con el fin de acreditar documentalmente, si así fuera, la falsedad de las imputaciones que sobre él se proyectan.

Tampoco es decisivo el argumento referido a que el informe pericial que demostraba las irregularidades contables, existía ya desde el 3 de noviembre de 2000. Como pone de manifiesto el examen de la causa, ese informe, suscrito por los funcionarios Genaro y Elisabeth, había sido emitido en el marco de unas diligencias de investigación de la Fiscalía Anticorrupción, tramitadas con la cobertura formal que ofrecen los arts. 5 de la Ley 50/1981 EDL 1981/3896 , 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y 773.2 de la LECrim. EDL 1882/1

Pues bien, la naturaleza preprocesal de esas diligencias impide adjudicar el carácter de prueba a ese dictamen pericial. Se trata, más bien, de actos de naturaleza no jurisdiccional que, por definición, resultan inidóneos para formar convicción, si no son luego filtrados por los principios de contradicción y defensa que informan el proceso jurisdiccional propiamente dicho. De ahí que la afirmación de que ya estaba todo investigado desde el año 2000, no puede ser compartida por la Sala. Aquel informe agotó inicialmente su funcionalidad respaldando la querrela del Ministerio Público. Su contenido sólo podría convertirse en prueba en el ámbito de un proceso que, por definición, todavía no se había iniciado.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMOCUARTO.- El decimoquinto de los motivos (art. 849.1 LECrim EDL 1882/1) reivindica la aplicación de una atenuante analógica basada en el hecho de haber sufrido el acusado un largo juicio paralelo en los medios de comunicación, que le ha supuesto una restricción de derechos antes de la sentencia -derecho al proceso debido, secreto de la instrucción y a la presunción de inocencia-, restricción que debe ser compensada en la pena a imponer.

La defensa del acusado, en un elogiado esfuerzo de argumentación jurídica, propugna la apreciación de una atenuante analógica que aproxime la solución dada a los supuestos de dilaciones indebidas, a aquellos otros en los que el acusado sufre, mucho antes de ser sometido a enjuiciamiento, una pena anticipada derivada del tratamiento mediático de la investigación. Ese tratamiento se ha prolongado durante años, sin posibilidad de defensa por parte del imputado, que debería ver disminuida su culpabilidad, con la consiguiente rebaja en el momento de individualización de la pena.

El motivo no puede prosperar.

Es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE EDL 1978/3879 otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Sin embargo, no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones.

La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia.

No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito.

Los límites objetivos de este recurso sugieren a la Sala la necesidad de huir de la tentación de ofrecer soluciones que concilien los intereses en juego. Sin embargo, la coincidencia en el diagnóstico que lleva a cabo la defensa, no puede llevarnos a aceptar la fórmula de reparación que propugna el recurrente. No existe analogía posible con el fundamento dado por la jurisprudencia a la reparación de las dilaciones indebidas sufridas en el proceso penal.

Cuando un proceso se interrumpa de forma injustificada, esto es, cuando ralentiza su desarrollo sin razones que lo justifiquen, el menoscabo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas lo origina la propia inactividad jurisdiccional. Se trata de un mal endógeno que se explica desde el proceso y en el proceso. El tratamiento informativo que convierte anticipadamente en culpable al que hasta ese momento sólo es imputado, se origina fuera del proceso, sin capacidad de control y, por tanto, sin posibilidad de reparación por el órgano jurisdiccional que investiga o enjuicia.

Es cierto que quien lo sufre no está obligado a aceptar resignadamente el daño derivado de ese tratamiento informativo poco respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia. De hecho, cuenta a su alcance con procedimientos jurídicos de protección del honor y la propia intimidad que podrían, en su caso, restañar el daño causado.

Es en ese estricto ámbito del ejercicio de acciones para reivindicar los derechos constitucionales a que se refiere el art. 18.1 de la CE EDL 1978/3879 , donde puede obtenerse la reparación de la ofensa sufrida. La petición de que sea ahora, en el proceso penal, mediante la individualización de la pena, carece de respaldo en el actual estado de nuestra jurisprudencia.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMOQUINTO.- El decimosexto motivo se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denunciando inaplicación indebida del art. 21.6 del CP EDL 1995/16398 , en relación con todos los delitos por los que se ha condenado, pues se han quebrantado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías. Tales quebrantos deberían tener su reflejo en la pena mediante la aplicación de la atenuante analógica, debido a que, pese al reconocimiento del legislador a una doble instancia previa al recurso de casación (LOPJ EDL 1985/8754), lo cierto es que tal derecho todavía no es posible ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

El motivo no puede ser acogido.

La doctrina de esta Sala al respecto ya ha sido fijada con la suficiente uniformidad. En efecto, en la SSTS 749/2007, 19 de septiembre EDJ 2007/175249 -entre otras muchas- recordábamos que es cierto que la generalización de la doble instancia constituye un desideratum hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal. Y así está aconteciendo, tanto en el orden jurisprudencial como en el legislativo.

En efecto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido abriendo de forma paulatina el ámbito cognitivo del recurso de casación, haciendo posible -según algunos, en perjuicio de la función nomofiláctica que le es propia-, un ensanchamiento de su funcionalidad histórica en beneficio de las garantías constitucionales del recurrente. También así ha sido entendido por el legislador español, que en su reforma de la LOPJ EDL 1985/8754 , operada mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre EDL 2003/156995 , ha llevado a cabo una reordenación de la planta judicial para acomodar ésta a las exigencias derivadas del principio de la doble instancia.

Esa compartida necesidad de reforma de nuestro sistema procesal, que generalice la doble instancia y haga del recurso de casación un recurso para la unificación de doctrina, se dibuja como algo irreversible.

Cuestión distinta es que las alegaciones que hasta entonces se formulen lamentando la efectiva reordenación de nuestro sistema, hayan de ser necesariamente acogidas. La impugnación basada en la ausencia de doble instancia ha de ser resuelta conforme al estado actual de nuestra legislación, completado con la jurisprudencia que complementa aquélla.

La STS 429/2003, 21 de marzo EDJ 2003/25334 compendia el actual estado de la cuestión en relación con esta materia. En ella se recuerda que la Junta General de Sala de 13 de septiembre de 2000 tras examinar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 en relación con el cumplimiento por España de lo prevenido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 se pronunció en el sentido de que el actual recurso de casación español permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados siendo posible una revocación de la sentencia condenatoria y cumpliendo ampliamente con las exigencias mínimas de la doble instancia debiéndose ser considerado como un recurso efectivo en los términos del art. 14.5 del Pacto y en tal sentido se puede citar el Auto de 14 de diciembre de 2001 en el que se detallan in extenso las razones del porqué con la actual casación cumple con las existencias del art. 14.5 del Pacto, y en el mismo sentido la STC de 3 de abril de 2002 EDJ 2002/7116 , que reiterando otras cuestiones, alude a la asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la culpabilidad y pena impuesta que exige el artículo citado que tampoco viene a demandar una íntegra repetición del juicio ante el Tribunal de apelación, bastando con que el Tribunal Superior pueda controlar la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena en concreto, lo que cabe hacerlo con la actual casación.

En el mismo sentido pueden citarse las SSTC 42/82 EDJ 1982/42 , 76/82 EDJ 1982/76 y 60/85 EDJ 1985/60 , SSTS 133/2000 de 16 de mayo y de esta Sala 1822/2000 de 25 de abril EDJ 2000/6355 y 867/2002 de 29 de julio EDJ 2002/28164 , entre otras.

Por último es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperrios, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7º los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio (STS 587/2006, 18 de mayo EDJ 2006/80859).

Y lo que está fuera de dudas es que la atenuante analógica no constituye una fórmula mágica para dar cabida a todos aquellos supuestos de mora legislatoris en los que, quienes detentan la capacidad de promoción legislativa, desatienden las sugerencias formuladas por el Tribunal Supremo y las instancias internacionales.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMOSEXTO.- El último motivo, ahora con invocación de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , alega vulneración del art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879 , al haberse producido la condena del acusado al completo pago de la responsabilidad civil acordada, a pesar de que no había sido desvirtuada la presunción de inocencia, respecto de las cantidades defraudadas en Jardines 2000 S.L.

Argumenta el recurrente que respecto de la sociedad Planeamiento 2000 S.L., es imputada a Emiliano la existencia de algo más de 7,5 millones de pesetas sin justificar. Además se ha entendido que respecto de Contratas S.L. tendría también responsabilidad civil, por cuanto habría puesto a disposición de la misma sus cuatro sociedades para justificar, mediante simulada contabilidad, las detracciones que en ella se produjeron.

El motivo carece de base para su éxito.

Es más que cuestionable que el desacuerdo con el quantum de la responsabilidad civil declarada por el Tribunal a quo, pueda hacerse valer mediante la alegación del derecho a la presunción de inocencia. La vulneración de esta garantía ya fue alegada -y resuelta- en los motivos iniciales. De ahí que, siendo desestimado ese menoscabo respecto de las bases fácticas que han llevado a declarar la responsabilidad civil, su fijación no es sino consecuencia del principio general proclamado en los arts. 109 y 116 del CP. EDL 1995/16398

La defensa se aparta del juicio histórico y ello conlleva el efecto previsto en el art. 884.3 de la LECrim EDL 1882/1 , que ahora se traduce en la desestimación del motivo (arts. 884.4 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

Recurso de Marcial

DECIMOSÉPTIMO.- El primero de los motivos se articula al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , denunciando infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE EDL 1978/3879) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL 1978/3879).

Estima el recurrente que el coacusado Herminio, a quien el hecho probado describe como Letrado del fallecido Abilio, sabedor de que no podía revelar unos documentos a los que había tenido acceso en su condición de Abogado en ejercicio, puesto que ello supondría violar el secreto profesional al que estaba vinculado, diseñó una estrategia consistente en entregar esos documentos a unos periodistas, condicionando la entrega a la promesa por aquéllos de que tales documentos serían entregados a la Fiscalía en el momento en el que a ello fueran requeridos.

Evidentemente, la estrategia diseñada -se razona por la defensa- partía de la premisa de que los periodistas no podían revelar a la Fiscalía quién les había entregado esos documentos. Se habría logrado así una vía indirecta segura de lograr la vulneración del derecho de secreto profesional que como Abogado le incumbía, tal y como impone el actual art. 542.3 de la LOPJ. EDL 1985/8754 De ahí que se haya generado una prueba ilícita -el conjunto de documentos que ofreció Herminio a los dos periodistas del diario El Mundo, incorporados a los folios 420 a 521 de la causa-, que debería conllevar una declaración de nulidad que alcanzaría a otras pruebas inculpativas, que quedarían definitivamente contaminadas (art. 238 y 11 de la LOPJ EDL 1985/8754).

El motivo no es viable.

Tiene razón la defensa del recurrente cuando enfatiza la importancia del secreto profesional desde la perspectiva del Abogado. Incluso, en el ámbito procesal, el art. 416.2 de la LECrim EDL 1882/1 dispensa del deber de declarar al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiera confiado en su calidad de defensor. Se trata, pues, de una manifestación específica del derecho- deber de secreto que incumbe al profesional que asume la defensa de cualquier imputado (art. 24.2 párrafo 2 CE EDL 1978/3879).

A diferencia del alcance que el mismo precepto atribuye a la dispensa en relación con otras personas, por ejemplo, los parientes del procesado, en el presente caso su contenido es absoluto. Dicho con otras palabras, el Letrado del procesado no es libre a la hora de decidir si se acoge o no a esa dispensa. Sobre el Abogado se proyecta un deber legal de secreto, cuyo incumplimiento podría dar lugar incluso a la exigencia de responsabilidades de carácter penal (cfr. arts. 199.2 y 467.2 CP EDL 1995/16398). Con toda claridad, el art. 32 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, 22 EDL 2001/23497 de julio, reproduciendo el enunciado del art. 542.3 de la LOPJ EDL 1985/8754 , dispone que "los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos".

De ahí que resulta perfectamente explicable que el art. 263 de la LECrim EDL 1882/1 , al regular el deber de denunciar, exceptúe a los Abogados y Procuradores "...respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes".

El fundamento de esta dispensa está íntimamente relacionado con la necesidad de asegurar un eficaz ejercicio del derecho de defensa. La relación entre el Abogado y su cliente es de tal naturaleza que, sin la garantía legal de reserva que incumbe al Letrado, se resentirían las posibilidades de una estrategia de defensa. Sin embargo, el secreto no autoriza, ni la exención del deber de declarar se extiende, a acciones del Abogado que pueden ir más allá de esa condición de depositario de una información transmitida por quien confía plenamente en él. Así, por ejemplo, la ocultación por parte del Letrado de piezas de convicción comprometedoras para su defendido, el asesoramiento jurídico sobre cómo encubrir conductas claramente delictivas o el ejercicio de cualquier género de coacción contra testigos de cargo, quedarían fuera de cualquier dispensa.

En el factum no existe asomo de una vulneración del deber de secreto profesional por parte de Herminio, con relevancia constitucional en la valoración de la prueba. En él se describe, es cierto, una inicial relación de asesoramiento técnico entre el acusado Herminio y el Alcalde fallecido, Abilio. Sin embargo, en el momento en el que el juicio histórico precisa la mecánica concebida por los coimputados para poner en marcha un sistema de gestión económico-contable del Ayuntamiento de Marbella, sustraído a cualquier fórmula jurídica de control o fiscalización, ese deber de secreto transmuta su naturaleza, difuminando el significado que le es propio, ante el hecho cierto e incontestable de que es el propio Letrado el que pasa a convertirse en autor del hecho punible investigado.

Establece el factum que "...Herminio concibe la idea de crear varias empresas sujetas a la legislación mercantil con mayoría en el capital social del Ayuntamiento de Marbella, con objetos sociales diversos según el ramo de actividad a que se dedicasen, bajo el aparente designio de que la gestión de los servicios municipales sería más ágil y eficaz. Pero la existencia de tales sociedades municipales de gestión de diversas áreas, que llegaron a ser 31 y que en la práctica significaron sacar del propio Ayuntamiento la mayor parte de la actividad municipal, en la realidad degeneró en la originación de una situación de opacidad y falta de transparencia que alejaba aquella gestión del control interno y de eficacia por parte de la Corporación Municipal.

Tales sociedades municipales se nutrían patrimonialmente de las subvenciones y transferencias de dinero público que se les concedía desde el Ayuntamiento, el destino de cuyas partidas en muchas ocasiones se desconoce y en otras se emplea en abonos muy distantes de los fines públicos y de interés social a que deberían dedicarse".

Sigue describiendo el juicio histórico que "... desde su despacho en la sede del Club Financiero Inmobiliario, empresa particular del Alcalde sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 72 de Marbella, convertida en el centro de decisiones políticas de dicha localidad, Herminio supervisa la actividad de las sociedades mercantiles municipales creadas. Ejerce sobre ellas, con conocimiento y consentimiento del Alcalde, rígidos controles, en cuanto a su estructura, funcionamiento y gestión, sustituyendo los controles administrativos por la existencia de las auditorías que realiza Armando, actualmente fallecido, a modo de una fiscalización posterior, cuando ya los fondos públicos habían sido detraídos en cada ejercicio económico".

El fundamento del deber de secreto profesional no puede identificarse con el supuesto deber del abogado, que ha decidido sumarse a un proyecto delictivo conjunto, de seguir posibilitando esa actuación delictiva. Dicho con otras palabras, los papeles y documentos que el acusado Herminio entregó a los periodistas del diario El Mundo, no son los papeles de su cliente, no son las pruebas que inculpan a quien ha confiado en el estatuto profesional del Letrado que le asesora.

No son, en fin, las pruebas que un Letrado desleal, ajeno a los designios delictivos de su patrocinado, filtra para su público conocimiento. Esos documentos, por el contrario, son las piezas de convicción del delito ideado, planeado y ejecutado por el propio Herminio.

Es cierto que el art. 263 de la LECrim EDL 1882/1 , cuando regula la obligación de denunciar a los Abogados"... respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes", ofrece un argumento interpretativo que, por su literalidad, permitiría avalar el criterio restrictivo que proclama la sentencia de instancia EDJ 2009/10902 respecto del contenido material del secreto profesional, cuando se pone en relación con el deber de denunciar.

Pero aun cuando la fijación de su contenido se hiciera conforme a un criterio más amplio -STS Sala 3ª, Sección 6ª, 16 de diciembre de 2003 EDJ 2003/240959 , en la que, por cierto, el Tribunal Supremo confirmó la anulación jurisdiccional de la sanción impuesta por el Consejo General de la Abogacía a un Letrado por vulneración del secreto-, nunca podría confundirse éste con el deber de asegurar la impunidad de los delitos cometidos, no por el cliente, sino por el propio Letrado.

Esta misma Sala, en su STS 490/2006, 16 de marzo EDJ 2006/59571 , referida al supuesto en el que el Abogado actuó como testigo respecto de hechos relacionados con su patrocinado, afirmó que"... no se puede mezclar el secreto profesional con actividades que implican a personas que, teniendo o no la condición de abogados, se ven inmersas en un proceso penal por actividades externas netamente delictivas y sobre cuyo conocimiento los terceros sólo podrían acogerse al secreto cuando se tratase de hechos que hubieran conocido en el ejercicio de su cargo y pudiesen perjudicar a sus clientes. Sólo éstos son los titulares del derecho a la confidencialidad y secreto y no los profesionales que nada tiene que ver con los hechos que son objeto de acusación".

Por último, no sin algunos matices que pudiera exigir algún supuesto concreto, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando pone el acento en el hecho de que el secreto profesional se impone en relación y beneficio del cliente al que el Letrado presta sus servicios profesionales, en base a una confianza y confidencialidad que estatutariamente ha de salvaguardar. Y en este sentido, su alegación por un tercero -el recurrente Marcial- el fundamento de la reivindicación se debilita.

Y es que la hipotética vulneración del secreto profesional nunca podría conllevar la anulación de las pruebas en los términos pretendidos por el recurrente. Ese efecto anulatorio no puede ligarse al quebranto de un deber ético, sino a la constatada violación del derecho de defensa que, en el presente caso, a la vista del fallecimiento de Abilio, en ningún momento se habría producido.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMOCTAVO.- El segundo de los motivos, con fundamento en los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , sostiene la infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. EDL 1978/3879

El hilo argumental en el que se basa el desarrollo del motivo, parte de la idea de que algunos de los elementos inculpativos manejados por el Tribunal a quo -singularmente, el examen de los dietarios que fueron incautados en su despacho de trabajo y la declaración del propio acusado, centrada en documentos que fueron filtrados a los medios de comunicación por el coacusado Herminio- han de ser declarados nulos como consecuencia de la estimación del motivo precedente, al haber sido obtenidos con vulneración del deber profesional de secreto que incumbía al acusado Herminio. Añade el recurrente que las declaraciones tributarias, también ponderadas por la Sala de instancia, no prueban nada por sí solas. Marcial, en su condición de asesor fiscal, se limitaba al desarrollo de su trabajo, sin tener participación directa en las alteraciones contables que se le imputan.

Sin embargo, ya hemos apuntado supra, al exponer las razones que abonan la desestimación del primero de los motivos, que no existió vulneración del deber de secreto profesional. De ahí que cobra pleno significado el íntegro examen probatorio llevado a cabo por la Sala de instancia. La sentencia razona que"...por lo que se refiere a Marcial, es la persona propuesta por Herminio para confeccionar y analizar la contabilidad de las empresas municipales. Las declaraciones de las personas que, desde distintas perspectivas, tenían cierto conocimiento de cómo se llevaba las cuentas de las tres empresas municipales analizadas, coinciden en que los documentos de ingresos y gastos de las sociedades se remitían al Club Financiero de Marbella, propiedad de Abilio, concretamente a los despachos aledaños al del Alcalde, entre los cuales estaban los de los Sres. Herminio y Marcial, siendo este último quien elaboraba la contabilidad y las declaraciones tributarias, despachando directamente con los Sres. Herminio y Abilio.

A este respecto, resulta totalmente ilógica su afirmación acerca de que supervisaba la contabilidad a posteriori, puesto que ello implicaría la pérdida de la sustantividad de su actividad. Es el acusado quien estudia la contabilidad, recibe los documentos contables de las sociedades periódicamente y ultima las declaraciones fiscales. Por ello, no sólo tiene la consideración de asesor fiscal, sino también la de experto contable que, con exclusión de otros cuya existencia no se ha acreditado, recababa la documentación de la operativa mercantil, elaboraba los libros de contabilidad y los propios asientos contables, y autorizaba que toda la documentación pasara al auditor.

Todo ello con el fundamental fin de facilitar a los funcionarios y autoridades competentes la opacidad que se precisaba para que una porción importante de los fondos públicos tuvieran destinos diferentes a los legítimamente previstos".

Ya hemos expresado, con ocasión del examen del primero de los motivos formalizados por el coacusado Emiliano, el significado casacional de la invocación del derecho a la presunción de inocencia -cfr. FJ 2º-. Hemos de insistir en que nuestro papel se limita a constatar la existencia, la licitud y la suficiencia de la prueba de cargo invocada por los Jueces a cuya presencia se han desarrollado las pruebas. Sólo nos queda verificar que el proceso intelectual que ha llevado a la afirmación de la autoría del recurrente no adolece de ninguna grieta estructural que convierta lo que debiera ser un discurso coherente, ajustado a las reglas de la lógica formal, en una decisión puramente intuitiva, ajena al canon de racionalidad que ha de presidir toda valoración de la actividad probatoria (cfr., por todas, SSTS 777/2009, 24 de junio EDJ 2009/171696 , 395/2009, 16 de abril EDJ 2009/63010 y 887/2008, 10 de diciembre EDJ 2008/272913).

Y, desde luego, valoradas las declaraciones del propio acusado, en relación con el resto de los coimputados y testigos, especialmente, la declaración de los administrativos y otros empleados de las sociedades instrumentales, así como el contenido de la agenda-dietario, titularidad del recurrente, y las declaraciones tributarias, la conclusión sobre la racionalidad de la proclamación del juicio de autoría, está fuera de cualquier duda.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

DECIMONOVENO.- El tercero de los motivos considera infringido, con la misma cobertura que el precedente, el derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879 , respecto a la participación del acusado en un plan preconcebido con el fin de llevar a efecto, a lo largo de los años 1991 a 1995, actuaciones tendentes a desviar fondos públicos llegados desde el Ayuntamiento de Marbella a las sociedades municipales.

La defensa del recurrente, con apoyo en la fecha en que el hecho probado sitúa la presentación de una declaración complementaria -año 1994-, pretende desvincularse de las actuaciones anteriores y, en consecuencia, eludir la condena como responsable de un delito continuado que toma como base la existencia de un previo concierto en el cual él no participó.

El motivo no puede ser atendido.

En el FJ 18 ya hemos puesto de manifiesto los elementos de cargo ponderados por la Sala de instancia, en los que, desde luego, esas declaraciones trimestrales de IVA fueron una importante fuente de prueba, pero no la única. Los dietarios aprehendidos con ocasión del registro del despacho de Marcial y el testimonio del resto de los testigos sitúa al acusado en el momento del concierto previo ideado por los coacusados para enriquecerse a costa de los fondos públicos.

El motivo no puede ser estimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGÉSIMO.- El motivo cuarto, al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia infracción de ley, aplicación indebida del art. 28.b) del CP EDL 1995/16398 , respecto del delito de malversación de caudales públicos (arts. 432.2 y 435.1, en relación con el art. 74.2 del CP EDL 1995/16398).

Razona la defensa que su intervención se habría producido, con arreglo al hecho probado, en el año 1994, al presentar una declaración complementaria de IVA, encaminada a "... dar cobertura a la distracción de fondos públicos a través de las tres empresas municipales". En consecuencia, esa actuación sería posterior a la consumación del delito de malversación de caudales públicos que, a lo sumo, él se habría limitado a encubrir. La falta de imputación como encubridor, a la vista de las exigencias del principio acusatorio, debería llevar a la absolución del recurrente.

La Sala no puede avalar este razonamiento.

La defensa topa con la implacable proclamación del factum, en el que se destaca que la contabilidad -no la del año 1994, sino la de todo el período al que se refiere la actividad delictiva desplegada por los coimputados- era "... elaborada y supervisada por el asesor fiscal Marcial, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien se desplazaba periódicamente desde Madrid a Marbella, ocupando durante sus estancias en esta última ciudad un despacho en el Club Financiero Inmobiliario cercano a los despachos del Alcalde Sr. Abilio y de su Asesor Jurídico Sr. Herminio, con quienes mantiene reuniones frecuentemente para solventar las incidencias que iba planteando la gestión de las sociedades municipales, especialmente en materia de aumento ficticio de los gastos supuestamente generados por éstas a fin de destinar los fondos a que ascienden aquellos irreales cargos a objetivos e intereses no públicos".

Tampoco aparece reflejada esa participación limitada al año 1994 en el pasaje del juicio histórico en el que se afirma que "... para dar cobertura a la distracción de fondos públicos a través de las tres empresas municipales nombradas, los acusados Herminio, Marcial y Emiliano, se concertaron con otras personas no enjuiciadas y con vínculos más estrechos con el Ayuntamiento de Marbella, en la ideación y puesta en práctica de una serie de actividades encaminadas a crear una apariencia contable de gastos, con objeto de justificar el uso de las cantidades detraídas. Para ello utilizaron el procedimiento consistente en atribuir a cuatro sociedades inactivas compradas por el último de los mencionados determinada facturación como supuestas proveedoras de Contratas 2000 S.L., cuya simulada contabilidad fue trasladada primero a los libros de comercio y después a las declaraciones tributarias".

Es cierto que el relato de hechos probados sitúa en el año 1994 la presentación de una declaración complementaria de IVA que los peritos calificaron, cuando menos, de arriesgada. Pero también lo es que esa declaración se refiere a los ejercicios 1992 y 1993, años en los que la distracción de fondos de las empresas municipales a las sociedades instrumentales, fue continua, tal y como describe el factum.

Por cuanto antecede, el recurrente no se limitó a encubrir un delito. Fue cooperador necesario del mismo y, en tal calidad, ha sido correctamente condenado.

Es obligada la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGESIMO PRIMERO.- El quinto motivo, con idéntica cobertura que el precedente, denuncia la inaplicación del art. 29 del CP. EDL 1995/16398 La Sala de instancia habría incurrido en un error de derecho (art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1), al considerar al acusado cooperador necesario del delito de malversación de caudales públicos, en lugar de cómplice.

El motivo sexto, corolario del anterior, denuncia la inaplicación del art. 63 del CP EDL 1995/16398 , que es el precepto en el que se determina la pena correspondiente al cómplice.

Ninguno de los motivos es viable por las mismas razones que hemos expuesto en el FJ 20 para descartar la reivindicada condición de encubridor. De hecho, basta para reforzar esta conclusión reparar en el dato de que la defensa construye su esquema argumental a partir, no del juicio histórico y su posible discordancia con el juicio de subsunción, sino apoyándose en un fragmento de la fundamentación jurídica de la sentencia -página 93-.

Se incurre con ello en una causa de inadmisión (art. 884.3 LECrim EDL 1882/1) que opera ahora como causa de desestimación (arts. 884.4 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

La desestimación del quinto motivo conduce de forma inevitable a que el motivo sexto sea igualmente rechazado.

VIGESÍMO SEGUNDO.- El motivo séptimo se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , por infracción de ley, inaplicación indebida del art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398

El Tribunal a quo ha condenado al acusado como cooperador necesario de un delito continuado de malversación de caudales públicos, pero no ha procedido a la rebaja de la pena exigida por el art. 65.3 del CP EDL 1995/16398 , que fija una respuesta penal menos intensa para el extraneus en quien no concurre la condición de funcionario público o autoridad.

El motivo no puede ser estimado por las mismas razones que expusimos en el FJ 9º de esta nuestra resolución, al explicar el fundamento de la aplicación imperativa del art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398

A lo allí expuesto conviene remitirse, acordando ahora la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGÉSIMO TERCERO.- El octavo motivo sostiene, invocando los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , que la sentencia recurrida EDJ 2009/10902 ha incurrido en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, por vulneración del principio acusatorio (art. 24.1 y 2 CE EDL 1978/3879).

Esa vulneración se habría producido por una doble vía. De una parte, por cuanto que las acusaciones concretaron el delito de falsedad exclusivamente en las "autoliquidaciones del impuesto de sociedades" presentadas por las sociedades municipales. Sin embargo, la sentencia habría modificado el hecho objeto de acusación. Aunque condena por el mismo delito de falsedad en documento mercantil, sustenta dicha condena en la alteración contable de los libros de comercio de las sociedades municipales. Además, las acusaciones estimaron que Marcial era autor del delito de falsedad y, sin embargo, ha sido condenado como cooperador necesario.

El motivo no puede ser acogido.

A) Respecto de la primera de las alegaciones, referida a la modificación del objeto de la acusación, obligado resulta coincidir con el Ministerio Fiscal cuando advierte que la simple lectura del escrito de acusación evidencia que en el mismo se alude a la creación de "... un artificio contable consistente en los libros oficiales de la sociedad Contratas 20000 de una serie de anotaciones que reflejaban importes de supuestas facturas (...). Este artificio permitió la justificación de los gastos en los libros mercantiles obligatorios".

En consecuencia, el delito de falsedad estuvo objetivamente delimitado por la acusación pública. No se acusaba por la inclusión de la ficticia facturación en las declaraciones fiscales o tributarias, aunque posteriormente se reflejaron en las autoliquidaciones, sino por la creación ex novo de las cuentas, modificando el importe de los activos y los gastos en función de las cantidades distraídas que tenían que justificar en los libros y apuntes contables.

Tampoco se advierte contradicción alguna acerca de la existencia o no de contabilidad. De hecho, parte de la contabilidad de la sociedad Contratas 2000 se halla incorporada a la causa tras haber sido intervenida con ocasión del registro llevado a cabo en la sede de otra de las sociedades instrumentales.

B) Por lo que afecta a la supuesta infracción constitucional, derivada del cambio de imputación -de autor a cooperador necesario- llevado a cabo por el Tribunal a quo, en la STS 106/2009, 14 de febrero EDJ 2009/11684 , recordábamos que, en casos como el presente, no existiría vulneración de las exigencias inherentes al principio acusatorio. Tal conclusión -no ajena al tenor literal del art. 733.3 de la LECrim EDL 1882/1 - cuenta con el respaldo de la jurisprudencia de esta Sala.

En efecto, la STS 677/2003, 7 de mayo EDJ 2003/30182 - con cita de la STS 221/2001, de 19 de febrero EDJ 2001/3175 -, recuerda, entre otros extremos, que el contenido de la acusación en cuanto a los hechos y en cuanto a su calificación jurídica determina los límites del proceso, de tal modo que (...) la apreciación por el Tribunal de un grado de participación inferior al de la acusación, puede acordarse libremente por el Tribunal sin necesidad de someter a debate tal transmutación calificadora (STS 114/1995, 10 de noviembre), siempre que no se adopten en la resolución hechos distintos a los incluidos en las conclusiones de las partes acusadoras y que la sanción que se imponga no sea superior o por delito distinto que no fuere homogéneo todo con el fin de no dejar indefenso al acusado ante hechos o peticiones de pena que no hubiera conocido con tiempo para defenderse adecuadamente.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGÉSIMO CUARTO.- El noveno motivo, con respaldo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE EDL 1978/3879), respecto del hecho de que la simulada contabilidad fuera trasladada a los libros de comercio de las sociedades municipales.

Enfatiza el recurrente que existen otros pasajes de la fundamentación jurídica que describen la ausencia de verdaderos libros de contabilidad por parte de las sociedades instrumentales.

El motivo no es prosperable.

De entrada, conviene proclamar una obviedad. Con carácter general, el que algunos libros de contabilidad no aparezcan o no sean puestos a disposición de los peritos, no impide a la Sala declarar probada la manipulación de aquéllos. La ausencia de las piezas de convicción de cualquier delito no erige un obstáculo insalvable para una valoración probatoria que afirme su existencia.

Con independencia de ello, tiene de nuevo razón el Fiscal cuando recuerda la existencia de una contabilidad, aunque no fuese la oficial, dato acreditado a partir de los siguientes elementos probatorios:

a) la declaración de los coacusados absueltos y testigos que actuaban como contables o administrativos de las sociedades, y en especial de Contratas 2000, que era donde iban todos los fondos públicos para su posterior distribución entre las demás sociedades;

b) la afirmación de aquéllos, referida al hecho de que los apuntes contables y diarios que efectuaban, los remitían a la sede del Club Financiero Inmobiliario;

c) el testimonio del fallecido auditor, Armando, quien confirmó que él recibía toda la documentación contable de las sociedades municipales;

d) la ocupación de buena parte de la contabilidad en el registro efectuado en la sociedad Jardines 2000;

e) el informe pericial realizado por los peritos de la Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial Anticorrupción -folios 6197 y ss-, en el que lo que se echa en falta es la existencia de una contabilidad oficial.

No se vulneró el derecho a la presunción de inocencia y se impone la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGESIMO QUINTO.- El décimo motivo aduce que se ha producido una infracción legal (art. 849.1 LECrim EDL 1882/1), consistente en la inaplicación indebida del art. 77.1 y 2 del CP EDL 1995/16398, al haber resultado condenado el acusado como cooperador necesario de un delito continuado de malversación de caudales públicos y como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, pero sin apreciar que ambos delitos se hallaban en concurso medial.

No tiene razón el recurrente.

Es cierto que el art. 77 del CP EDL 1995/16398 -con no pocas críticas doctrinales- equipara al verdadero concurso ideal una relación instrumental que tendría mejor catalogación como modalidad o subforma del concurso real. De ahí la interpretación jurisprudencial que fija el alcance de esa relación medial, señalando que para que proceda la estimación del concurso ideal no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad sea contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido, de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual (SSTS 147/2009, 12 de febrero EDJ 2009/38186 , 172/1998, 14 de febrero EDJ 1998/1272 , 326/1998, 2 de marzo EDJ 1998/1541 , 123/2003, 3 de febrero EDJ 2003/1592).

Pues bien, conforme a esta idea, la ausencia de un concurso medial fluye del juicio histórico. La falsedad documental no es el instrumento para cometer la malversación. Antes al contrario, el delito de malversación se comete mientras, en paralelo, se conciben toda una serie de alteraciones contables con el objetivo de ocultar el desvío de fondos. Existieron, pues, dos acciones claramente definidas y que no encajan en el contenido material del concurso ideal.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGÉSIMO SEXTO.- El undécimo motivo, con el respaldo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , considera inaplicada indebidamente la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP. EDL 1995/16398

Basta una remisión al FJ 13 de esta misma resolución para reiterar las razones que allí se contienen acerca de la improcedencia de aplicar la atenuante reivindicada.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

Recurso de Herminio

VIGÉSIMO SÈPTIMO.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , la defensa de Herminio considera infringido el derecho a la presunción de inocencia.

Esta vulneración tendría una doble vertiente. De una parte, estaría originada por la inadecuada estructura formal de la sentencia de instancia EDJ 2009/10902 , que no expresa el razonamiento que ha llevado a los Jueces de instancia ha proclamar la autoría del recurrente. De otro lado, por la ausencia de verdadera prueba de cargo de contenido incriminatorio.

El acusado, en fin, se habría limitado a desplegar su labor de asesoramiento como Letrado, sin capacidad de decisión respecto de la gestión y contabilidad de las sociedades instrumentales en las que otros, no él, eran gerentes. Tampoco tuvo influencia alguna en las tareas de auditoría, encomendadas a Armando por decisión de Marcial. De hecho la dimisión del recurrente como secretario de los consejos de administración de las sociedades municipales se produjo precisamente cuando tuvo noticias de que su firma había sido falsificada en el acta de una junta general en la que se aprobó la ampliación de capital del Ayuntamiento destinado a la entidad Contratas 2000 S.L.

Completa su razonamiento la defensa expresando su queja por la valoración como prueba de la declaración de los coimputados, en contradicción con la jurisprudencia constitucional al respecto, y la atribución de validez como prueba anticipada a las declaraciones de Abilio, Hilario y Armando.

No tiene razón el recurrente.

A) Esta Sala, hemos de anticipar, hace suya buena parte de la aguda crítica que contiene el motivo respecto de la estructura formal de la sentencia.

Al analizar la primera de las impugnaciones del coacusado Emiliano, ya expresábamos -FJ 2º- la censurable técnica de redacción de la sentencia que define el objeto del presente recurso.

La cuestión ahora suscitada -también abordada en el FJ 2º de esta misma resolución, al decidir el motivo formulado por Emiliano- es bien similar a la que se planteó con ocasión del recurso de casación 10773/2008, que dio lugar a nuestra sentencia núm. 986/2009, 13 de octubre EDJ 2009/265739 . Decíamos entonces que no"... basta con transcribir mecánicamente, bajo la forma de una especie de declaraciones-río, todo lo dicho en los distintos momentos de la causa por imputados, testigos y peritos; ofreciéndolo al lector de la sentencia sin la menor elaboración, con el simple añadido de algunas consideraciones jurisprudenciales de repertorio. Como

con la pretensión, o la presunción, de que unos y otros materiales, sin desbrozar, trabajarán por la mera yuxtaposición y por sí solos, produciendo, como en una suerte de precipitado automático, la ratio decidendi".

Sin embargo, también aclarábamos que esa visible deficiencia no tiene por qué acarrear la declaración de nulidad de la resolución combatida. Sobre todo, cuando -como ahora sucede-"... todos los elementos de ese razonamiento inferencial están plenamente identificados, y el mismo proceder lógico del tribunal, aun no dotado de expresión suficiente, puede conocerse con la necesaria seguridad".

En efecto, el contenido de las pruebas periciales, el informe del Tribunal de Cuentas y el análisis por esta Sala de las declaraciones de los imputados y testigos -anotadas en bruto en la resolución combatida-, permite descartar la concurrencia de una quiebra estructural que tenga relevancia constitucional y que se manifieste en una vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia. Además, la sentencia contiene sendos capítulos conclusivos en los que el proceso de valoración probatoria se hace mucho más explícito, permitiendo así a esta Sala una fiscalización de su coherencia lógica.

B) Con anterioridad, ya hemos glosado el significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia y su eficacia cuando, al amparo del art. 852 de la LECrim EDL 1882/1, es alegado en casación. Nuestra tarea no consiste en optar entre dos valoraciones alternativas, la que proclama el Tribunal a quo y la que propugna la defensa del acusado. Escapa a nuestro espacio funcional desplazar la apreciación probatoria llevada a cabo por quienes han practicado las pruebas con intermediación y sustituirla por la de esta Sala. Sólo si el razonamiento del órgano decisorio se aleja de las exigencias inherentes a la valoración racional de las pruebas, permitirían declarar vulnerado ese derecho y anular la sentencia cuestionada.

Y, desde luego, aun prescindiendo del valor incriminatorio de las pruebas anticipadas de los imputados y testigos ya fallecidos, el material probatorio de cargo es incuestionable. Sobre el estado contable y el funcionamiento financiero del Ayuntamiento de Marbella, hablan por sí solos el informe del Tribunal de Cuentas y los informes periciales incorporados a la causa y que fueron objeto de contradicción.

Acerca del más que visible distanciamiento de la Corporación Municipal respecto de la llevanza de unas cuentas que permitieran la vigencia de los instrumentos de fiscalización del gasto público, es bien ilustrativo el frustrado reparo del Interventor Municipal, formulado con carácter oficial, a la estructura de la Corporación, que impedía su control, así como la ausencia de contratos, facturas y demás documentación. La multiplicación de pagos en metálico refuerza esa idea de absoluto descontrol y caos financiero al que contribuyó de forma decisiva el acusado.

Su condición de hombre decisivo en la trama de sociedades instrumentales está proclamada en el hecho histórico, con el respaldo que proporcionan su propio testimonio -reconoce su tarea de asesoramiento al Alcalde ya fallecido en la creación de las sociedades- y todas las declaraciones de los administrativos y contables que reservan a Herminio un papel decisivo en el centro de dirección representado por el Club Financiero de Marbella. El ahora recurrente era secretario de los Consejos de Administración de las sociedades instrumentales y, por tanto, se hallaba al tanto del devenir cotidiano en el funcionamiento de aquéllas.

No puede invocar un desconocimiento que se manifiesta absolutamente incompatible con su posición relevante. Y esta conclusión probatoria no necesita apoyarse en la percepción subjetiva que ofrecieron los testigos sobre el papel de Herminio, sino que se deduce de su protagonismo en la ideación del proyecto de creación de una administración corporativa paralela y de su control ulterior desde la privilegiada atalaya que le otorgaba su condición de secretario del Consejo de Administración. Él había ideado -y así funcionó con los efectos ya conocidos en la integridad patrimonial del Ayuntamiento- un sistema de caja única, centralizando en Contratas 2000 S.L. buena parte del tráfico financiero generado por la actividad municipal.

Ninguna vulneración constitucional se ha producido respecto en la valoración del testimonio de los coimputados. La existencia de un número más que abundante de elementos de corroboración, elimina cualquier riesgo de violación de la doctrina constitucional al respecto (cfr. SSTS 343/2009, 30 de marzo EDJ 2009/56269, con cita de las SSTC 152/2004, 20 de septiembre EDJ 2004/135034 y 207/2002, de 11 de noviembre EDJ 2002/50354).

El ámbito decisorio de Herminio lo deduce también la Sala de instancia del análisis de una prueba documental que, con toda claridad, evidencia ese protagonismo que ahora pretende negarse. En efecto, en la página 52 de la sentencia puede leerse lo siguiente:

"... estrechamente vinculada al Sr. Herminio existe numerosa documental a lo largo del vasto procedimiento. Así, obra en los folios 16.911 a 16.926 el acta de la reunión del Grupo Independiente Liberal (G.I.L.), celebrada en la sede del Club Financiero Inmobiliario de Marbella el 27-5-1991, poco después de haber ganado las elecciones municipales por mayoría absoluta (19 concejales contra 6 de la oposición) y poco antes de que, el 15-6-1991, se constituyese la nueva Corporación Municipal nacida de las elecciones, con asistencia entre otros de Abilio, Herminio y Luis Francisco (socio cofundador con su hermana Socorro de Contratas 2000 S.L.); en dicha reunión se acuerda, entre otras materias, la constitución de dos sociedades mixtas y la realización de un organigrama del nuevo equipo de gobierno, tareas que se encomiendan a Saturnino, así como el diseño de las sociedades mixtas, para el cumplimiento del programa político "Hacer una Ciudad Nueva", a fin de evitar, según se expresa, el bloqueo del Gobierno Civil, la falta de colaboración de la Junta de Andalucía y la prohibición de endeudamiento por más del 25% del presupuesto, concluyendo los asistentes que "de estas empresas se generan los beneficios obtenidos de nuestro trabajo y los honorarios de los concejales y del equipo de gobierno", especificándose que "este tema es particular y no debe trascender para evitar malos entendidos".

El poder de dirección que ejerce el Sr. Herminio se deduce también de otros documentos, como aquel en que Marcial le remite un informe sobre la situación fiscal de unas compraventas (folio 15.903), o aquel en que el propio Sr. Herminio remite al Alcalde y al Primer Teniente de Alcalde un informe sobre los trámites a seguir para las auditorías de las cuentas de las sociedades municipales (folios 15.905 a 15.910), o aquel de intercambio de informes de autorías entre las secretarías Encarna y Marian, quienes comentan que las variaciones no pueden realizarse hasta que no lo autorice Herminio (folio 15.904); finalmente, de ciertos documentos se infiere que

se daba cuenta al Sr. Herminio de los avatares de los informes de auditoría (folio 15.912), tomaba decisiones sobre la formación de los equipos de trabajo (folios 15.913 y 15.914), e incluso era receptor de las quejas del auditor por los atrasos en el pago de sus honorarios y dietas (folios 17.470 a 17.483)".

En suma, la valoración que ofrece la defensa del recurrente es tan legítima como inatendible, pues supone una versión alternativa a lo que la Sala de instancia, con fundamento en innegables pruebas incriminatorias, ha declarado que sucedió en el Ayuntamiento de Marbella en el período de tiempo comprendido entre los años 1991 a 1995.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGÉSIMO OCTAVO.- El segundo de los motivos, con cita del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia un error de derecho, originado por la indebida aplicación del art. 432.2 del CP EDL 1995/16398 , en relación con el art. 435 del mismo texto legal.

En los hechos probados de la sentencia -se arguye- no se describe el ánimo de enriquecimiento que, de acuerdo al fallo, pudo mover a Herminio. No consta que éste tuviera conocimiento de las detracciones de los fondos públicos por terceros, ni que lo tolerara.

Es cierto que el tratamiento jurisprudencial de los juicios de valor o inferencias, relacionados normalmente con elementos subjetivos del tipo, no ha sido objeto de un tratamiento uniforme por esta Sala (cfr. SSTS 1905/2002, 14 de noviembre EDJ 2002/54142 y 1015/2009, 28 de octubre EDJ 2009/245682 , y las en ellas citadas). La posibilidad de su impugnación por la vía del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , ha sido defendida desde diferentes perspectivas. La doctrina tradicional referida a la revisión de tales inferencias por la vía de ese precepto, ha de ser completada con la necesidad de dispensar un tratamiento casacional adecuado al derecho constitucional a la presunción de inocencia, como acertadamente reivindica el recurrente. Y, desde luego, la proclamación por el órgano decisorio de un elemento tendencial totalmente desvinculado del resultado de la actividad probatoria desarrollada durante el juicio oral, no puede reputarse extraña al contenido material del derecho a la presunción de inocencia. De ahí la complementariedad entre la vía tradicional del art. 849.1 y la que ahora amparan los arts. 5.4 y 852 de la LECrim. EDL 1882/1 En palabras del Tribunal Constitucional, como dice el ATC 640/1983 (Sala 1.ª, Secc. 1.ª), de 20 de diciembre, (FJ 2.º), el dolo y los elementos subjetivos del delito sólo puede fijarse a través de un proceso de inducción, que no implica necesariamente una presunción de culpabilidad, siendo perfectamente compatible con la presunción de inocencia pues se integra dentro de la valoración de los hechos probados, que es competencia de los Tribunales ordinarios.

Estos juicios de valor o inferencia, como actualmente se pretende más correctamente denominarlos, permiten al Tribunal a quo, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia del dolo o de los elementos subjetivos del tipo.

También hemos dicho que afirmar la voluntad del acusado a partir de la actividad probatoria desplegada es, en realidad, un juicio formulado con arreglo a la conciencia empírica, no la conciencia normativa a la que pertenecen los valores. Cuando el órgano decisorio de instancia, después de valorar los elementos objetivos, atribuye al acusado una determinada voluntad, no está formulando un juicio de valor, sino una inferencia. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el animus del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho.

Y es que el proceso epistemológico que respalda la decisión judicial, no permite una escisión tan evidente, en lo fáctico, entre los aspectos objetivos y subjetivos. Cuando la Sala afirma, por ejemplo, que el acusado actuaba impulsado por el deseo de matar, que poseía la droga con intención de distribuirla clandestinamente o, como en el caso presente, que buscaba enriquecerse con los fondos públicos puestos a disposición de un Ayuntamiento, está consignando un hecho, si se quiere, de naturaleza psíquica, interna, pero un hecho, al fin y al cabo, inferido a partir de otros hechos de carácter externo. Todo ello conduce a la conveniencia de encuadrar de manera más precisa la valoración de los elementos subjetivos en el ámbito de los juicios de inferencia, que permiten la proclamación, mediante prueba indirecta, de genuinos hechos. (cfr. SSTS 943/2009, 29 de septiembre EDJ 2009/234644 y 4839/2007, 25 de junio).

De ahí que en el debate acerca del lugar idóneo para proclamar la concurrencia del ánimo de lucro -cuyas oscilaciones han tenido también reflejo en la jurisprudencia respectivamente anotada por la defensa y el Ministerio Fiscal-, sea preferible su incorporación al *factum* pues, como venimos señalando la voluntad con la que un hecho se ejecuta forma parte también del hecho mismo. Lo que, por lo demás, es congruente con una concepción finalista del delito en el que la acción es vidente, encerrando en sí la carga de propia voluntad y superando concepciones causalistas más tradicionales en las que la ruptura entre el plano objetivo y subjetivo del delito era mucho más acusada.

Pero lo realmente importante es, no tanto el lugar en el que el ánimo de lucro se describe, cuanto que la inferencia que lleva a la afirmación de ese designio, sea correcta con arreglo a las pautas metódicas que exige la valoración racional de la prueba. Y desde esta perspectiva, la sentencia es, en este concreto punto, perfectamente suscribible.

El acusado no sólo conocía de propia mano la inadecuada gestión y la ausencia absoluta de control respecto de la aplicación de fondos públicos, sino que él mismo ideó un sistema de caja única y controló su funcionamiento cotidiano, desde su condición de secretario de los distintos Consejos de Administración de las sociedades de las que forma parte. Él fue, en definitiva, el que expuso los bienes municipales al riesgo de un gasto cuasiclandestino, habida cuenta de la neutralización de los mecanismos públicos de control. Captó con el dolo todos los elementos del tipo objetivo, haciendo posible su dilapidación, con el consiguiente lucro para él mismo o para terceros. Consecuencia que, por otra parte, es indisociable de la desaparición sin justificar de una cuantía próxima a los 4.000 millones de pesetas de las arcas municipales.

Procede la desestimación del motivo (arts. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

VIGÉSIMO NOVENO.- Las mismas razones que han quedado expuestas, en el apartado precedente, para la desestimación del segundo de los motivos, son ahora aplicables para justificar la improcedencia del tercero. Éste se formaliza con idéntica cobertura, denunciando la aplicación indebida del art. 392 del CP EDL 1995/16398 , en relación con el art. 390.1 y 2 del mismo cuerpo legal.

Considera el recurrente que los hechos probados no deberían haber llevado a la condena por un delito de falsedad, dado que en ellos nos se expresan los elementos correspondientes a esa figura típica, esto es, la mutación de la verdad del contenido de un documento mercantil y el dolo falsario.

No le asiste razón a la defensa.

El juicio histórico -de obligado acatamiento- expresa con claridad la estrategia concertada entre los acusados con el fin de confeccionar una contabilidad simulada, con el fin de dar aparente cobertura a la distracción de fondos, incluyendo gastos inexistentes mediante facturaciones ficticias. En eso consiste precisamente el delito previsto en el art. 392 del CP. EDL 1995/16398 Y ello queda claramente reflejado en el factum:

"... para dar cobertura a la distracción de fondos públicos a través de las tres empresas municipales nombradas, los acusados Herminio, Marcial y Emiliano, se concertaron con otras personas no enjuiciadas y con vínculos más estrechos con el Ayuntamiento de Marbella, en la ideación y puesta en práctica de una serie de actividades encaminadas a crear una apariencia contable de gastos, con objeto de justificar el uso de las cantidades detraídas. Para ello utilizaron el procedimiento consistente en atribuir a cuatro sociedades inactivas compradas por el último de los mencionados determinada facturación como supuestas proveedoras de Contratas 2000 S.L., cuya simulada contabilidad fue trasladada primero a los libros de comercio y después a las declaraciones tributarias".

Y de esos datos objetivos, cuyo respaldo probatorio ya ha sido puesto de manifiesto al analizar otros motivos, se deduce sin dificultad la concurrencia del dolo. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TRIGÉSIMO.- El cuarto de los motivos se basa en la indebida aplicación del art. 432.2 del CP EDL 1995/16398 , denunciando el consiguiente error en el juicio de subsunción por parte de la Sala de instancia.

Alega la defensa que la condena del acusado por el tipo cualificado del art. 432 del CP EDL 1995/16398 no está justificada, en la medida en que no existe constancia expresa del daño o entorpecimiento causado al servicio público. Esta agravación ha de ser abarcada por el dolo, pues se trata de un elemento del tipo objetivo y no una condición objetiva de penalidad.

El motivo no puede ser estimado.

Es cierto que el tipo agravado previsto en el art. 432 del CP EDL 1995/16398 no incluye una condición objetiva de punibilidad, cuando se refiere a la necesidad de que la acción del acusado ocasione un entorpecimiento del servicio público. Se trata de un elemento del tipo objetivo que, como tal, ha de ser abarcado por el dolo. Así lo ha entendido esta Sala en algunos de los precedentes que la propia defensa anota en apoyo de su tesis (cfr. 2/1998, 29 de julio EDJ 1998/9430).

Pero también lo es que en el factum se expresan los elementos que dan vida al tipo agravado del art. 432.2 del CP. EDL 1995/16398 De una parte, el valor de las cuantías sustraídas, de otra el consiguiente entorpecimiento del servicio público. Repárese en que fueron casi 4.000 millones de pesetas los que quedaron sin justificar (... de todo lo anterior se deduce que la cantidad extraída improcedentemente de las seis cuentas mencionadas de las tres sociedades municipales de que se trata (excluyendo la última cuenta aludida), asciende a 5.542.597.865 pesetas, existiendo justificación del abono de 1.725.930.209 pesetas. Por lo que los restantes 3.816.667.656 pesetas (equivalentes a 22.938.634,59 euros) permanecen sin justificar. Dicha cifra constituye la cuantía de los fondos públicos desviados a destinos anómalos o desconocidos").

Es verdaderamente difícil disociar ese importe de la objetiva provocación de un verdadero entorpecimiento de la actividad pública. De ahí que la sola mención de esa cifra debería llevar implícita la idea de perjuicio. Pero, aun así, el factum deja claras muestras de la concurrencia de los presupuestos fácticos asociados a la agravación:

"... la existencia de tales sociedades municipales de gestión de diversas áreas, que llegaron a ser 31 y que en la práctica significaron sacar del propio Ayuntamiento la mayor parte de la actividad municipal, en la realidad degeneró en la originación de una situación de opacidad y falta de transparencia que alejaba aquella gestión del control interno y de eficacia por parte de la Corporación Municipal. Tales sociedades municipales se nutrían patrimonialmente de las subvenciones y transferencias de dinero público que se les concedía desde el Ayuntamiento, el destino de cuyas partidas en muchas ocasiones se desconoce y en otras se emplea en abonos muy distantes de los fines públicos y de interés social a que deberían dedicarse. (...) Desde su despacho en la sede del Club Financiero Inmobiliario, empresa particular del Alcalde sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 72 de Marbella, convertida en el centro de decisiones políticas de dicha localidad, Herminio supervisa la actividad de las sociedades mercantiles municipales creadas".

No es poco entorpecimiento el traslado del centro de decisiones políticas de un Ayuntamiento desde su sede hasta el domicilio particular de una de las empresas del Alcalde. Si a ello se añaden los estériles esfuerzos del interventor municipal por reconducir el caos económico-financiero en el que se hallaba sumida la Corporación Local o la situación descrita en el informe del Tribunal de Cuentas, se concluirá con facilidad que la aplicación del art. 432.2 del CP EDL 1995/16398 está más que justificada.

El motivo ha de ser desestimado.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- El motivo quinto, al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia indebida aplicación del art. 435.1 del CP EDL 1995/16398 e inaplicación del art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398

Con exhaustiva cita de la jurisprudencia de esta Sala acerca del concepto de funcionario público y la participación del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos, la defensa considera que debió procederse a la rebaja de pena prevista en el art. 65.3 del CP. EDL 1995/16398

Las razones expuestas para la desestimación del noveno motivo de lo que formalizara el coacusado Emiliano (cfr. FJ 10º), son ahora invocables para concluir la procedencia de desestimar las alegaciones del recurrente (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Los motivos sexto y séptimo, participan de la misma cobertura jurídica, en la medida en que invocan, al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 , la existencia de un error de derecho por inaplicación indebida del art. 77 del CP EDL 1995/16398 , -los hechos deberían haber sido considerados un concurso medial- y del art. 21.6 del CP EDL 1995/16398 -la sentencia debió haber acogido la atenuante de dilaciones indebidas-.

Como quiera que ambas cuestiones han sido ya abordadas con anterioridad (vid. FFJJ 25 y 8), procede remitirnos a lo ya expuesto supra, acordando ahora la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TRIGÉSIMO TERCERO.- El motivo octavo, expresa la existencia de un error de derecho (art. 849.1 LECrim EDL 1882/1), pues la sentencia ha condenado como cooperador necesario a quien debió haber sido considerado simplemente cómplice. De ahí que se haya producido una aplicación indebida del art. 28 del CP EDL 1995/16398 , con la correlativa aplicación errónea del art. 29 del mismo texto legal.

El motivo está abocado al fracaso.

En el FJ 10º, al resolver la impugnación formulada, en el mismo sentido, por el coacusado Emiliano, ya señalábamos el criterio de esta Sala a la hora de diferenciar entre las dos formas de coparticipación -necesaria o accesoria-. A lo allí dicho conviene remitirse.

Aplicando esa doctrina sobre el fragmento del juicio histórico que se ocupa de describir la aportación de Herminio, no es posible degradar la contribución del recurrente a la que sería propia del cómplice. Los Jueces de instancia han visto en él a la persona que concibió la idea de "... crear varias empresas sujetas a la legislación mercantil con mayoría en el capital social del Ayuntamiento de Marbella, con objetos sociales diversos, según el ramo de actividad a que se dedicasen, bajo el aparente designio de que la gestión de los servicios municipales sería más ágil y eficaz". Es decir, se trata del factotum que pone en marcha toda una red societaria que iba a servir de instrumento de cobertura para el compartido propósito de descapitalizar el Ayuntamiento de Marbella. Del acusado se dice también que, desde el Club Financiero Inmobiliario "...supervisa la actividad de las sociedades mercantiles municipales creadas. Ejerce sobre ellas, con conocimiento y consentimiento del Alcalde, rígidos controles en cuanto a su estructura, funcionamiento y gestión...".

Esos dos párrafos del relato de hechos probados -a los que habría que sumar otros varios que la propia defensa glosa conforme a su legítima estrategia exculpatoria- serían por sí solos suficientes para excluir cualquier error jurídico a la hora de definir la participación del acusado en los hechos.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

Recurso de Promociones Futbolísticas S.A.

TRIGÉSIMO CUARTO.- El primero de los motivos sirve de cauce formal para denunciar la infracción constitucional -arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 - que representaría la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879).

Razona la defensa del recurrente que la declaración de responsabilidad a título lucrativo de la entidad mercantil Promociones Futbolísticas S.A, encierra una aplicación en fraude de ley del art. 122 del CP EDL 1995/16398 , en la medida en que ha implicado eludir la imperativa aplicación del art. 120.4 del CP EDL 1995/16398 y la imposibilidad de enjuiciar la responsabilidad civil derivada de un delito por virtud del fallecimiento de la persona a quien se atribuyó la responsabilidad penal. La ficción de considerar a la persona jurídica un tercero ajeno al delito es lo que ha permitido a la Sala de instancia afirmar su propia jurisdicción, con exclusión de la jurisdicción civil competente, lo que se ha traducido en la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En el presente caso, del hecho probado resulta que la entidad que ha sido declarada responsable como partícipe a título lucrativo -Promociones Futbolísticas S.A.-, era una sociedad dirigida, administrada y representada por el Alcalde ya fallecido Abilio, siendo éste, por tanto, la persona a través de la cual actuaba la persona jurídica. Se da la circunstancia -aduce el recurrente- de que quien determinaba con su voluntad la actuación de la sociedad condenada, fue imputado como autor del delito precedente del que se derivarían los fondos que se dicen aprovechados injustamente por la mercantil. Considerarla partícipe a título lucrativo constituiría una ficción que no tendría más motivo que eludir la consecuencia jurídica de la imposibilidad de ventilar en un juicio penal la responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica, derivada de la responsabilidad penal de una persona ya fallecida.

El motivo no puede ser aceptado por la Sala.

La sugerente línea argumental de la defensa, esforzada en deslindar los respectivos ámbitos aplicativos de dos instituciones jurídicas diferentes, responsabilidad civil subsidiaria ex delicto -art. 120.4 del CP EDL 1995/16398 - y responsabilidad civil a título lucrativo -art. 122 del CP EDL 1995/16398 -, choca con obstáculos conceptuales insalvables.

Decíamos en la STS 57/2009, 2 de febrero EDJ 2009/16834 , que el art. 122 del CP EDL 1995/16398 recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (cfr. SSTS 532/2000, 30 de marzo EDJ 2000/4629 , 59/1993, 21 de enero y 1257/1995, 15 de diciembre EDJ 1995/7657).

Para ello es indispensable:

1º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica;

2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del "crimen receptationis "en concepto de autor, cómplices y encubridor;

3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (cfr. STS 532/2000, 30 de marzo EDJ 2000/4629 y las que en ella se citan).

En orden a decidir si la vulneración constitucional denunciada por la defensa es o no real, existe un dato que no puede ser orillado. Y es que los talones que sirvieron de instrumento financiero para efectuar el correspondiente ingreso en las cuentas corrientes de Promociones Futbolísticas S.A no estaban firmados por Abilio, sino por Hilario, también fallecido y que no consta formara parte del accionariado de la entidad favorecida. Falta así uno de los presupuestos ineludibles para aceptar, por vía de hipótesis, que Promociones Futbolísticas S.A pudiera ser considerada responsable civil subsidiaria con arreglo al art. 120.4 del CP. EDL 1995/16398 En este precepto se declara la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido "...sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

Cuando la Sala de instancia declara a Promociones Futbolísticas partícipe a título lucrativo y excluye su llamamiento a juicio en concepto de responsable civil subsidiario, no está buscando un subterfugio jurídico para, en todo caso, recuperar el importe transferido injustificadamente a favor de aquella entidad. Antes al contrario, resuelve después de ponderar una serie de hechos que avalan el acierto de su decisión.

De una parte, la idea elemental de que el fallecimiento del imputado extingue la acción penal. De otra, que la responsabilidad civil subsidiaria exige como presupuesto la declaración de un hecho delictivo que, por definición, ya no va a poder ser enjuiciado. Por último, que la existencia acreditada de unos ingresos ausentes de contraprestación en las cuentas de aquella entidad, implican un enriquecimiento injusto que puede ser reparado, es cierto, en la jurisdicción civil, pero que también puede ser objeto de tratamiento, en calidad de partícipe a título lucrativo, en el ámbito de un proceso penal.

Si bien se mira, el argumento del recurrente para reivindicar su condición de responsable civil subsidiario, de imposible llamada a juicio por el fallecimiento del autor principal, implica decidir de forma anticipada que el ingreso de aquellas cantidades era delictivo. En el fondo, encierra un verdadero contrasentido sostener, frente al desconocimiento del origen delictivo de esa cantidad por parte de Promociones Futbolísticas S.A -hecho del que parte la resolución recurrida EDJ 2009/10902 -, la existencia de razones que deberían llevar a pensar que quien efectuó el ingreso -Hilario, ya fallecido-, actuaba por cuenta de quien, a su vez, tenía el control de aquella sociedad y, por tanto, buscaba favorecerla con los efectos de su delito -Abilio, también fallecido-.

Por cuanto antecede, la consideración de Promociones Futbolísticas como responsable a título lucrativo no merece la censura de esta Sala. procediendo la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TRIGÉSIMO QUINTO.- El segundo motivo, con invocación de los mismos preceptos que el motivo anterior -arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 -, sostiene la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a una sentencia motivada (arts. 24.1 y 120.3 CE EDL 1978/3879).

Razona la defensa que las acusaciones y la propia sentencia se han limitado a la comprobación de los movimientos bancarios de la cuenta de Contratas 2000, de modo que consideraron malversación todas las salidas de dinero de la cuenta de la sociedad municipal mediante cheques al portador o en efectivo, desentendiéndose del seguimiento ulterior de los fondos y de la prueba de su destino, a pesar de disponer el Ministerio Fiscal de un equipo auxiliar integrado por cualificados funcionarios de la Agencia Tributaria. Además, la falta de acceso a las cuentas de aquella sociedad municipal habría dificultado cualquier intento de acreditación. Se olvida -concluye la defensa, que dada la naturaleza de la acción ejercitada, rigen las reglas de la carga de la prueba correspondientes al proceso civil.

El motivo no es viable.

A) Los fondos que acabaron en las cuentas de Promociones Futbolísticas S.A y que procedían de la sociedad municipal Contratas 2000 S.L., eran fondos públicos. Esta idea neutraliza, a juicio de la Sala, el razonamiento de la defensa. Tanto en el ámbito del proceso penal, como con arreglo a las normas que disciplinan la carga probatoria en el proceso civil, la constatación contable de que esas cantidades fueron efectivamente ingresadas en las cuentas de Promociones Futbolísticas S.A, es suficiente para generar en esta entidad mercantil la carga procesal de acreditar que la recepción del dinero -no se olvide, de fondos públicos-, estaba jurídicamente justificada.

La sentencia recurrida EDJ 2009/10902 no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión del derecho a una resolución motivada. En el juicio histórico fija los presupuestos fácticos del desapoderamiento ("...desde la cuenta corriente núm. 200184009 del Banco Herrero, sucursal 248 sita en la Avenida de Ricardo Soriano núm. 63 de Marbella, abierta el 24 de julio de 1991, Hilario autorizó la salida de fondos procedentes del Ayuntamiento de Marbella cuyo destino en muchos casos se desconoce y en otros no responde a obligaciones legal o contractualmente contraídas (...). 4.- Fueron compensados 7 cheques bancarios al portador (de fechas 13 de marzo, 7 de abril, 21 de abril, 13 de mayo, 25 de mayo, 25 de junio y 29 de junio de 1992) por un total de 404.000.000 pesetas, en la cuenta del Banco Central Hispano, oficina principal de Marbella, núm. 2911225375, cuya titular es la entidad Promociones Futbolísticas S.A., en la que ostentaba mayoría accionarial el Alcalde Abilio". Cuantifica el alcance de esa distracción ("... no se ha constatado el destino legítimo de los fondos extraídos de las cuentas bancarias nombradas de Contratas 2000 S.L., por un montante de 3.049.375.484 pesetas, salvo un total de 603.483.317 pesetas abonados a los trabajadores en concepto de nóminas (...). Por lo que de Contratas 2000 S.L. han sido detraídos 2.445.892.167 pesetas, equivalentes a 14.700.107,98 euros".

A partir de esa descripción, la sentencia valora ese rastro contable de los siete cheques bancarios (pág. 114), concluyendo que la entidad recurrente ha de devolver su importe por haber sido indebidamente ingresados en su cuenta corriente. Ese esquema valorativo, sin ser exhaustivo, colma las exigencias constitucionales, en los términos ya expuestos al analizar anteriores motivos.

B) Con independencia de lo expuesto, las quejas sobre las limitaciones probatorias que habría padecido la defensa de la entidad recurrente, no acreditan la vulneración de su derecho de defensa o, como se insinúa, la quiebra del principio de igualdad de partes. El recurrente encargó un informe al auditor Leoncio -folios 981 a 1002, con sus respectivos anexos- que fue objeto de examen y debate

en el plenario. Asimismo, la posibilidad de formular a los peritos contables propuestos por la acusación todas aquellas preguntas que tuvieren por conveniente o para hacer valer el principio de contradicción en la fase de instrucción (art. 311 y 471 LECrim EDL 1882/1), se mantuvo intacta.

C) El recurrente pone también el acento en la insuficiente motivación para la valoración de la prueba de descargo ofrecida en juicio.

Las alegaciones referidas a la falta de credibilidad de los testigos o de la prueba pericial, tampoco pueden ser compartidas por esta Sala. Reprochar a los testigos -como hacen los Jueces de instancia- la ausencia de cualquier "... corroborato documental fiable (sic)" puede implicar, como alegó la defensa en la vista, una inaceptable confusión entre el significado de las pruebas documentales y personales. Sin embargo, en casos como el presente, en el que muchos de esos testigos propuestos depusieron sobre aspectos referidos a negocios jurídicos y encargos de obra no documentados (véase la declaración de Pedro Antonio o Inocencio, pág. 79 de la sentencia), la afirmación de que esas declaraciones no son antedibiles, pues los hechos a que se refieren no están debidamente documentados, no resulta, desde luego, arbitraria, ilógica o irrazonable.

Algo similar puede afirmarse respecto de la prueba pericial ofrecida por el perito Leoncio. En efecto, en su informe, este perito propuesto por la defensa, según glosa el propio Tribunal a quo (pág. 82 de la sentencia), constató que "...no se han podido obtener pruebas documentales que acrediten fehacientemente la realización de las obras de infraestructura encargadas por Abilio a la empresa EDC, por importe aproximado de 3.089.000 de euros (equivalente a 514.000.000 de pesetas), al no conservarse las certificaciones de obra y los justificantes de los pagos realizados en efectivo, por el tiempo transcurrido". A partir de esa idea inicial, concluye que "...no obstante lo anterior, existen indicios que, de acuerdo a las reglas del criterio humano, permiten presumir que las obras sí se realizaron...". A continuación, describe los indicios que respaldarían su conclusión.

Pues bien, el hecho de que el Tribunal de instancia lamente el escaso rigor de ese informe, al basarse en conjeturas y presunciones, no supone menoscabo alguno del derecho a la tutela judicial. Con esa afirmación se expresa la discrepancia valorativa entre los indicios ponderados por el perito y los que, por el contrario, asumen los Jueces a quo. La proximidad entre el razonamiento indiciario y la valoración presuntiva, confiere mayor sentido al reproche que la sentencia contiene respecto de las conclusiones del perito cuando detecta conjeturas y presunciones en su informe. Al margen de ello, es más que cuestionable que puedan incluirse entre las funciones del perito (art. 456 LECrim EDL 1882/1) la obtención de inferencias probatorias -la efectiva existencia de encargos de obra no documentados- a partir de los datos contables por él examinados.

D) También asocia la defensa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al razonamiento arbitrario -según aduce respecto del documento que obra al folio 149 del rollo de la Sala y que fue aportado en el acto del juicio oral. La sentencia recurrida EDJ 2009/10902 habría utilizado un criterio distinto para fundamentar la responsabilidad de Promociones Futbolísticas S.A. Y es que a los Jueces de instancia les habría bastado acreditar el dato objetivo de una transferencia o cheque a favor de la persona jurídica con cargo a la cuenta de Contratas 2000 S.L. Sin embargo, no ha bastado ese mismo dato objetivo de la transferencia inversa desde Promociones Futbolísticas S.A a Contratas, para minorar la cuantía en la que se habría enriquecido de modo injusto la primera.

No tiene razón el recurrente.

El razonamiento mediante el que la sentencia recurrida EDJ 2009/10902 excluye esa pretendida compensación entre cantidades que reflejan movimiento contables en dirección inversa, podrá o no compartirse, pero no es, desde luego, arbitrario o ilógico:

"... por la defensa de ambas empresas se ha argumentado que las cantidades ingresadas tienen su origen en los anticipos que el propio Alcalde de Marbella hizo en los primeros años de su mandato para el remozamiento y reurbanización de diversas zonas del municipio, aportando incluso de manera pretendidamente novedosa copia de una transferencia, por valor de 235.000.000 pesetas y fechada el 2-2-1993, librada desde Credit Lyonnais España S.A. a favor de Contratas 2000 S.A. (folio 1749 del Rollo de Sala), que solicita que se tenga en consideración a efectos de posible compensación de la cantidad reclamada. No puede acogerse la tesis de dicha defensa, toda vez que, sin poder obviar, las complicadas relaciones jurídicas, teñidas de falta de transparencia, que impregnan las actuaciones del Alcalde, como incluso admitieron el perito y los dos testigos propuestos por la parte, ello no conlleva que haya que darse carta de naturaleza y legitimidad a dicha forma de actuar, especialmente cuando existe prueba plena de los ingresos de aquellos cheques bancarios, cuya devolución se reclama, ante la absoluta ausencia de prueba de la legitimidad de los ingresos.

Vincular los mismos al ingreso no aclarado de los 235.000.000 pesetas casi un año después no resulta adecuado, al carecerse de prueba de tal vinculación, especialmente si se observa que, como se infiere del folio 2809 de la causa, al referido abono fue secundado el mismo día 2-2-1993 por una extracción de 159.000.000 pesetas, y dos días después por otro cargo precisamente de 235.000.000 pesetas. En consecuencia, no se accederá a las pretensiones de la defensa de que se trata..."

Conviene insistir en que los fondos procedentes de una de las empresas municipales (Contratas 2000 S.L.), ingresados sin justificación en la cuenta corriente de una sociedad mercantil, son fondos públicos. Su consideración como tal justifica que, incluso los pretendidos mecanismos compensatorios a los que aspira la defensa, deban estar debidamente acreditados, sin que baste la simple constancia de que una determinada cantidad de dinero salió de la entidad privada y fue abonada a la empresa municipal. Y es que en una situación de caos contable, como la descrita en el informe del Tribunal de Cuentas y de cuya realidad habla el juicio histórico, esa transferencia por valor de 235 millones de pesetas no puede minorar el alcance de la obligación de restituir, máxime cuando su significado jurídico-contable no ha quedado suficientemente aclarado.

No hay, pues, una valoración desigual respecto de los mismos fondos. El razonamiento del Tribunal a quo no es merecedor de censura, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TRIGÉSIMO SEXTO.- El tercer motivo, al amparo del art. 849.2 de la LECrim EDL 1882/1, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del Juzgador.

El supuesto error decisorio estaría avalado por los documentos obrantes a los folios 2807 a 2836, folio 1749 del rollo de la Sala, folios 6194 a 6264, Tomo XV y folios 981 a 1002 del rollo de la Sala y sus anexos. Todos ellos están relacionados con la existencia de una transferencia con cargo a la cuenta de Promociones Futbolísticas S.A en el Credit Lyonnais España S.A a favor de la empresa municipal Contratas 2000 S.L. por valor de 235 millones de pesetas, cuya realidad también habría sido puesta de manifiesto en los informes periciales incorporados a la causa.

El motivo no puede prosperar.

La defensa reitera, con distinta cobertura procesal, el fondo argumental hecho valer en el motivo precedente. Sin embargo, la inviabilidad del motivo se deriva del dato de que los documentos invocados no acreditan ningún error de hecho. Es más, el Tribunal de instancia no cuestiona la existencia de esa transferencia, cuya realidad es incuestionable. El contenido de tales documentos ha sido debidamente ponderado por la Sala de instancia, junto a otros elementos probatorios, que le han llevado a descartar el efecto compensatorio que reivindica la defensa, con la argumentación que ya ha sido transcrita supra.

De ahí que la pretendida adición al juicio histórico del importe de esa transferencia, en modo alguno alteraría el desenlace valorativo del Tribunal a quo. Y es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en la STS 1023/2007, 30 de noviembre EDJ 2007/243092 - no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal.

Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero EDJ 1995/566, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- El cuarto motivo aduce infracción de ley, error de derecho, aplicación indebida del art. 122 del CP EDL 1995/16398, en relación con el art. 1277 del Código Civil EDL 1889/1, con arreglo al cual, se presume la licitud de la causa.

El motivo no puede tener acogida.

Sobre la interpretación jurisprudencial del art. 122 del CP EDL 1995/16398, ya hemos razonado en el FJ 34, al analizar el primero de los motivos del recurrente. La objetiva existencia del enriquecimiento sin causa por parte de Promociones Futbolísticas S.A fluye del juicio histórico, en el que se refleja el abono de varios cheques bancarios, procedentes de la cuenta de la empresa municipal Contratas 2000 S.L. por importe de 235 millones de pesetas, sin que exista documento alguno que justifique esa transferencia de fondos públicos. La validez del juicio de subsunción del Tribunal a quo también ha sido abordada al decidir la desestimación del primer motivo. A lo allí expuesto conviene remitirse.

Igual suerte desestimatoria han de correr las alegaciones referidas a la falta de prueba de que ese importe tiene un origen delictivo. Se olvida que la disposición no justificada de fondos públicos -y eso es lo que está en el origen del enriquecimiento de Promociones Futbolísticas S.A- es de por sí constitutiva de delito, por lo que tiene de inaceptable acto de deslealtad en la gestión de esos fondos.

La cita del art. 1277 del Código Civil EDL 1889/1, referido a la presunción de licitud de la causa, no añade fuerza al razonamiento de la defensa. Y es que esa presunción de legitimidad de la causa no puede desconectarse del contenido del art. 1275 del mismo texto sustantivo, en el que se establece que "... los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral". Y es difícil imaginar un supuesto tan claro de causa ilícita como aquel referido a la recepción no justificada de fondos públicos detraídos de una empresa municipal. En definitiva, la causa se presume lícita salvo que se oponga a las leyes, en cuyo caso, la presunción legal cede a favor de la ineludible consideración de su ilicitud.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim. EDL 1882/1)

TRIGÉSIMO OCTAVO.- El quinto motivo, también al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1, denuncia aplicación indebida del art. 122 del CP. EDL 1995/16398

Con insistencia en algunos de los argumentos ya hechos valer, la defensa considera que el error de derecho consistiría en la aplicación de un precepto que, en todo caso, exige un aprovechamiento y ánimo de lucro por parte del beneficiario.

El motivo está abocado a su rechazo.

Se afirma que la mera utilización transitoria de una cuenta corriente no es suficiente para tener por acreditado el aprovechamiento. La sentencia sólo describe -dice el recurrente- que la sociedad Promociones Futbolísticas obtuvo determinadas cantidades mediante cheques bancarios compensados en cuenta corriente. Pero no se precisa en que consistió el lucro.

Tal razonamiento se opone a la consideración de que para la aplicación del art. 122 del CP EDL 1995/16398 no se exige una prolongación temporal en el beneficio. Esa idea es ajena al tipo. El lucro está ínsito en esa disponibilidad, aun transitoria, de 235 millones de pesetas procedentes de fondos públicos.

TRIGÉSIMO NOVENO.- Los motivos sexto y séptimo -formulados ambos al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1, denunciando la indebida aplicación del art. 122 del CP EDL 1995/16398 - ya han sido objeto de tratamiento con ocasión del examen de otros motivos formalizados por el mismo recurrente. Se insiste en la utilización por el Tribunal a quo de la participación a título lucrativo, como expediente para eludir las consecuencias procesales que derivarían de su catalogación como responsabilidad civil subsidiaria -

motivo sexto- y se aspira a una redefinición de la cuantía total, de la que habría que detraer el importe de la transferencia de 235 millones de pesetas que Promociones Futbolísticas S.A habría pagado a la sociedad Contratas 2000 S.L. - motivo séptimo-.

El acierto de la llamada a juicio de la entidad recurrente como partícipe a título lucrativo, ya ha sido argumentado supra. Además, la rectificación de la cuantía a reembolsar se opone al rechazo que la Sala ha atribuido a la pretendida compensación de cuantías.

Procede, por tanto, la desestimación de ambos motivos (art. 885.1 LECrim EDL 1882/1).

Recurso de Rancho Valdeolivas S.A.

CUADRAGÉSIMO.- La representación legal de la entidad Rancho Valdeolivas S.A formaliza cuatro motivos de casación. Los dos primeros, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1 , denuncian vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, al juez predeterminado por la ley y a la tutela judicial efectiva. Los dos restantes, invocan infracción de ley, aplicación indebida de los arts. 122 y 127 del Código Civil EDL 1889/1.

La coincidencia argumental entre los motivos defendidos por las dos entidades condenadas como responsables a título lucrativo -similitud que fue puesta de manifiesto por el propio Letrado en el acto de la vista-, autorizan ahora la remisión a lo ya expuesto y consiguiente desestimación de todos los motivos.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim. EDL 1882/1

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Emiliano, Herminio, Marcial, Promociones Futbolísticas S.A. y Rancho Valdeolivas S.A, contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2009, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional EDJ 2009/10902 , en la causa seguida por los delitos de malversación y falsedad, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Joaquín Jiménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Monterde Ferrer.- Manuel Marchena Gómez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012010100020