



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SENTENCIA NÚM. 14.

EXCMO SR. PRESIDENTE.....) En la ciudad de Granada,
D. AUGUSTO MÉNDEZ DE LUGO.....) a dos de julio dos mil nueve.
Y LÓPEZ DE AYALA.....)
ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)
D. JERÓNIMO GARVÍN OJEDA.....)
D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

Apelación penal 11/09

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Excmo. Sr. Presidente y los Iltmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla –Rollo nº 934/2008–, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 15 de Sevilla -causa núm. 1/2006–, por delitos de malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial, contra **José Pardo García**, mayor de edad, nacido en Sevilla el 18 de octubre de 1957, hijo de Josefa y de José, con domicilio en La Albuera (Badajoz), _____, con DNI nº _____, declarado solvente parcial y en situación de libertad provisional de la que no ha estado privado por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Ignacio Pérez de los Santos y el Letrado Don Francisco Javier Prados Castaños, y en esta apelación por la Procuradora Doña Mónica Navarro-Rubio Troisfontaines y por el mismo Letrado; **José Marín Rodríguez**, mayor de edad, nacido en Sevilla el 5 de septiembre de 1950, hijo de Consolación y de Miguel, con domicilio en Sevilla, _____, con DNI nº _____, declarado solvente parcial y en situación de libertad provisional de la que no ha estado privado por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don José Joaquín Moreno Gutiérrez y el Letrado Don José María del

Nido Benavente, y en esta apelación por la Procuradora Doña Susana Camarero Prieto y por el mismo Letrado, que fue sustituido por Doña Laura Sánchez Díaz en el acto de la vista; y **Manuel Portela Alcántara**, mayor de edad, nacido el 1 de marzo de 1937, hijo de Carmen y de Manuel, con domicilio en Sevilla, calle [redacted], con DNI nº [redacted] declarado solvente parcial y en situación de libertad provisional de la que no ha estado privado por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Juan Francisco García de la Borbolla Vallejo y por la Letrada Doña Rosa María García Fernández, no habiéndose personado en esta alzada.

Han sido parte el Ministerio Fiscal, y como acusación particular el Partido Andalucista, representado en la instancia por la Procuradora Doña Mercedes Muñoz Martínez bajo la dirección del Letrado Don Juan José Sánchez Fernández, y en esta apelación por la Procuradora Doña Ana Espigares Huete bajo la dirección del mismo Letrado. Ha sido Ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoada por el Juzgado de Instrucción número 15 de Sevilla por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 la causa antes citada, previas las actuaciones correspondientes y como habían solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación particular, se acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Sevilla, que nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Ilmo. Sr. Don Francisco Gutiérrez López, por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo la presidencia del mismo, y la asistencia de aquéllos, del Ministerio Fiscal, de los acusados, y de la acusación particular, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, las partes formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Ministerio Fiscal, modificando sus conclusiones provisionales, calificó definitivamente los hechos como constitutivos: de un delito continuado de falsedad en documento mercantil del artículo 390, 1, nº 3 del Código Penal (en presupuestos y facturas) y del artículo 392 del mismo, y alternativamente falsedad del mismo género en documento oficial; de un delito de falsedad en



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

documentos oficiales del artículo 390, 1, nº 1º del Código Penal (alteración en los cheques) en relación con el artículo 392 del Código Penal; y de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432, 1 del Código Penal. Sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Considerando autor del delito continuado de falsedad en documento mercantil u oficial a José Pardo García, y autor del delito de falsedad en documento oficial a José Marín Rodríguez; y considerando autor del delito de malversación a José Marín Rodríguez, cooperador necesario de este mismo delito a José Pardo García y cómplice a Manuel Portela Alcántara. Solicitó imponer: a José Pardo García por el delito continuado de falsedad la pena de 21 meses de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 5 euros con aplicación en su caso del art. 53 del Código Penal; por el delito de falsedad respecto a José Marín Rodríguez la pena de 1 año de prisión y 6 meses de multa con cuota de 5 euros diaria; por el delito de malversación a José Marín Rodríguez la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años; a José Pardo García por este delito la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 4 años; y a Manuel Portela Alcántara la pena de 1 año y 5 meses de prisión así como inhabilitación absoluta por 2 años y 6 meses. Las penas de prisión conllevarán la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo. Los acusados José Marín Rodríguez y José Pardo García deberán indemnizar al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla como responsables solidarios en la cantidad de 13.513'33 euros con el interés legal y procesal correspondiente, respondiendo subsidiariamente Manuel Portela Alcántara de la misma cantidad con igual interés legal y procesal.

El Letrado de la acusación particular, modificando sus conclusiones provisionales, consideró que los hechos eran constitutivos de los delitos de falsedad en documento oficial y mercantil de los artículos 390 y 392 del Código Penal, y malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, considerando: a José Marín Rodríguez autor del delito de falsedad en documento oficial del artículo 390, 1, nº 1 CP y de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432, 1 CP; a José Pardo García autor de delito continuado de falsedad en documento oficial y mercantil del artículo 392 en relación con el artículo 74 CP y autor por cooperación necesaria de delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP; y a Manuel Portela Alcántara como cómplice de delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP. Solicitó la imposición de las siguientes penas: a José Marín Rodríguez, por el

delito de falsedad en documento oficial la pena de 6 años de prisión, multa de 24 meses e inhabilitación especial por tiempo de 3 años; por delito de malversación de caudales públicos la pena de 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años; a José Pardo García, por delito continuado de falsedad en documento oficial y mercantil la pena de 4 años y 6 meses de prisión y multa de 18 meses, y por el delito de malversación de caudales públicos la pena de 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años; y a Manuel Portela Alcántara, por delito de malversación de caudales públicos la pena de 2 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 3 años. Los acusados José Marín Rodríguez y José Pardo García deberán indemnizar como responsables solidarios al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla en la cantidad de 19.266'18 euros más intereses y gastos y pago de las costas.

Las defensas de los acusados, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitaron la libre absolución de sus respectivos patrocinados por considerar que no existe delito.

Segundo.- Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción, emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de culpabilidad, que fue leído en presencia de las partes.

Tercero.- Con fecha 5 de marzo de 2009, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los hechos, que transcribimos literalmente:

“1º.- José Pardo García presentó personalmente al Distrito Macarena del Ayuntamiento de Sevilla facturas para el cobro de algunas obras realizadas aproximadamente entre los últimos meses de 2002 y los primeros de 2003, pese a conocer que estas no se habían ejecutado o lo habían sido sólo parcialmente.

2º.- Con ese proceder, José Pardo García pretendía obtener más dinero del que le correspondería por las obras realmente realizadas.

3º.- Al firmar las órdenes de actuación urgente y presentar las facturas para el cobro de algunas obras al Distrito Macarena del Ayuntamiento de Sevilla, José Pardo García actuaba aparentando que lo hacía por cuenta de la empresa Contratas y Obras Sevilla SL, COS, pese a que sabía que la empresa había cesado su actividad a finales de 2002 y que no tenía la representación de la misma.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

4º.- Las facturas que José Pardo García aportaba al Ayuntamiento de Sevilla para acreditar que COS había ejecutado las obras y cobrarlas no eran las mismas que utilizaba la empresa Contratas y Obras Sevilla SL, conteniendo datos que no correspondían con los reales de la sociedad.

5º.- José Pardo García realizaba la conducta descrita en el hecho 4º para que no pudiesen descubrir que no tenía capacidad de representación, gestión y cobro en nombre de Contratas y Obras Sevilla SL.

6º.- Mediante el proceder descrito en el hecho nº 1, José Pardo García cobró las siguientes cantidades:

A.- 925,54 euros más 16% de IVA por la colocación de pivotes y solería en C/ del Doctor Barraquer, orden de actuación urgente nº 5/02 (número de factura 2003007), en la que no se instaló 1 de los 11 pivotes cobrados.

B.- 336,56 euros más 16% de IVA por la colocación de pivotes y solería en C/ Maese Pérez, orden de actuación urgente nº 5/02 (número de factura 2003007), en la que sólo se instalaron 3 pivotes de hierro de los 4 cobrados.

C.- 976,02 euros, IVA incluido, por la instalación de pivotes en la C/ Maracaibo, orden de actuación nº 18/02 (número de factura 2003008), en la que no se instalaron 2 de los 10 pivotes de hierro cobrados.

D.- 1.788,77 euros, IVA incluido, por la instalación de pivotes y otros en C/ Perafán de Ribera, orden de actuación urgente nº 40/03 (número de factura 2003029), en la que no se instalaron 2 de los 7 pivotes de hierro cobrados.

E.- 1.788,77 euros, IVA incluido, orden de actuación urgente nº 40/03 (número de factura 2003029), en la que no se construyeron en C/ Perafán de Ribera 2 pasos de minusválidos cobrados.

F.- 4.796,08 euros, IVA incluido, por las obras consistentes en demolición de módulos frente a la Barriada de las Almenas (orden de actuación urgente nº 65/03, factura 2003022) y demolición de módulos en plaza de la iglesia de la Barriada de San Diego (orden de actuación urgente nº 66 y factura 2003021), pese a que no las llegó a ejecutar.

7º.- Con el propósito ejecutar esas obras de demolición de módulos frente a la Barriada de las Almenas y demolición de módulos en plaza de la iglesia de la Barriada de San Diego (órdenes de actuación urgente nº 65 y 66/03), en dos ocasiones se personaron en el lugar las maquinarias y el personal de la empresa, pero no pudieron hacerlo por circunstancias ajenas a su voluntad.

8º.- José Marín Rodríguez, como Secretario del Distrito Macarena, tenía la función de contratar las órdenes de actuación urgente, dar por concluido esos expedientes y tramitar el pago de las obras realizadas sin intervención de los funcionarios.

9º.- José Marín Rodríguez, que era Secretario del Distrito Macarena, conscientemente permitió que José Pardo García cobrara obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas pese a conocer que estas no se habían ejecutado o se habían ejecutado parcialmente.

10º.- El dinero cobrado indebidamente por José Pardo García por obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas cuya falta o parcial ejecución conocía José Marín Rodríguez, es superior a 4.000 euros.

11º.- José Marín Rodríguez sabía que José Pardo García no era el representante de Contratas y Obras Sevilla SL, y no podía actuar en su nombre.

12º.- Sólo después de que el concejal responsable del Distrito Macarena firmara los cheques para el pago de las obras, en algunos de ellos José Marín Rodríguez añadió a mano el nombre de José Pardo García con el propósito de eludir los controles de la administración”.

Cuarto.- La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal:

“Que debo absolver y absuelvo a Manuel Portela Alcántara del delito de malversación de caudales públicos en calidad de cómplice del que era acusado.

Que debo condenar y condeno a José Marín Rodríguez como autor de un delito de malversación de caudales públicos y de un delito de falsedad en documento oficial y a José Pardo García como cooperador necesario de un delito de malversación y como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

-A José Marín Rodríguez por el delito de malversación, 3 años de prisión y 6 años de inhabilitación absoluta; por el delito de falsedad en documento oficial, 15 meses de prisión y 8 meses de multa, con una cuota diaria de 10 €, en total 2.400 € pagaderos en 8 mensualidades máximo. Por todas las penas de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-A José Pardo García por el delito de malversación, 2 años de prisión y 4 años de inhabilitación absoluta; por el delito continuado de falsedad en documento oficial, 21 meses de prisión y 9 meses de multa, con una cuota diaria

de 8 €, en total 2.160 € pagaderos en 9 mensualidades máximo. Por todas las penas de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente, debo condenar y condeno a cada acusado al pago de 2/5 partes de las costas procesales, incluidas las causadas por la acusación particular, declarando el resto de oficio.

Los condenados, José Marín Rodríguez y José Pardo García, indemnizarán solidariamente al Ayuntamiento de Sevilla con 5.901,00 €, cantidad que devengará el interés legal establecido en el artículo 576 de la LEC.”.

Quinto.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpusieron contra la misma recursos principales de apelación por los acusados José Pardo García y José Marín Rodríguez y recurso supeditado de apelación por la acusación particular, no siendo impugnados por el Ministerio Fiscal.

Sexto.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se han personado ante ella el Ministerio Fiscal, los acusados José Pardo García y José Marín Rodríguez y la acusación particular, y se señaló para la vista de la apelación el día 29 de junio de 2009, designándose Ponente para sentencia a Don Miguel Pasquau Liaño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Contra la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado con fecha 5 de marzo, por la que se absolvió a Manuel Portela Alcántara del delito por el que se le acusaba, y se condenó a José Marín Rodríguez como autor de un delito de malversación de fondos en cantidad superior a 4.000 euros y otro continuado de falsedad en documento oficial sin atenuantes ni agravantes, y se condenó también a José Pardo García como autor del mismo delito de malversación y un delito continuado de falsedad en documento oficial, se interpuso por ambos condenados sendos recursos de apelación. El formulado por la representación del Sr. Marín Rodríguez se articula a través de cuatro motivos; los tres primeros denuncian, al amparo del apartado a) del art. 846 bis c) LECrim. quebrantamientos de garantías procesales que, de estimarse, determinarían la nulidad del veredicto y la devolución de la causa a la Audiencia para celebración de nuevo juicio, y el cuarto se formula

cumulativamente al amparo de los apartados b) y e) del mismo precepto, denunciando infracción por errónea calificación de los hechos y vulneración de la presunción de inocencia. Por lo que se refiere al recurso formulado por la representación del Sr. Pardo García, se estructura del siguiente modo: en los dos primeros motivos denuncia quebrantamiento de garantías procesales, y en el tercero y cuarto, al amparo del apartado b) del art. 846 bis c) se denuncia indebida calificación de los hechos.

Se estudiarán todos los motivos de discrepancia de ambos recurrentes unificando la respuesta cuando las denuncias sean homogéneas, y comenzando por los motivos que habrían de determinar, en caso de ser estimados, la devolución de la causa a la Audiencia para celebración de nuevo juicio conforme al art. 846 bis f) LECrim.

Segundo.- Sobre la decisión del Magistrado Instructor de devolver el veredicto al Jurado y la supuesta parcialidad de las instrucciones dadas al Jurado en ese momento.

Consideran los recurrentes que a la vista del primer veredicto emitido por el Jurado, lo que el Magistrado Presidente debió hacer no fue sino dictar sentencia absolutoria, por cuanto en la motivación de hecho décimo se describía una actitud meramente imprudente del Sr. Marín, incompatible con el delito de malversación, sin que se diera el presupuesto que habilita al Magistrado Presidente para instar la modificación del mismo. Igualmente denuncian parcialidad en las instrucciones que, pese a que no consten en el acta, se dieron al Jurado en el acto de devolución del veredicto, determinantes en opinión de los recurrentes para que el Jurado optase por la calificación de los hechos como constitutivos de dolo.

El motivo no puede prosperar por las siguientes razones:

A) En primer lugar, porque no consta la preceptiva protesta de las partes, imprescindible para permitirles apelar por el supuesto quebrantamiento procesal, conforme a lo exigido por el artículo 846 bis c), apartado a) y en el último párrafo de dicho precepto.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

En efecto, consta en el acta de devolución del veredicto de 25 de febrero de 2009 que *"las partes, oídas a tal fin, a la vista del acta del veredicto, no hacen alegación alguna"*, y no se consigna protesta ni reclamación de subsanación.

El hecho de que se haya denunciado indefensión como consecuencia de los quebrantamientos denunciados, y que la interdicción de la indefensión esté garantizada como derecho fundamental, no obsta a la eficacia impeditiva de la admisión del recurso. Como tiene establecido el Tribunal Supremo (SSTS 11 marzo 1998, 17 octubre 200, 22 marzo 2005, 23 noviembre 2006, entre otras),

"el art. 846 bis a) establece que la admisibilidad de la apelación por dicho motivo (quebrantamiento en el procedimiento o en la sentencia de las normas y garantías procesales) queda subordinada a que la parte recurrente haya formulado "la oportuna reclamación de subsanación, art. 846 bis c), letra a) , y en caso de ser desestimada la misma, la correspondiente protesta (art. 846 bis c) in fine, requisitos ambos cuya regulación es ciertamente confusa. (...). Tanto la "reclamación de subsanación" como la "protesta" tienen por finalidad común la de alertar al órgano judicial sobre la existencia de la infracción de alguna garantía o norma procesal acaecida a lo largo del procedimiento, distinguiéndose en que, mientras la primera, como su propio nombre indica, posibilita que el órgano judicial reaccione ante dicha reclamación y subsane la indefensión denunciada; la segunda, en cambio, se limita a producir el nuevo efecto formal de dejar constancia de una queja de la parte procesal, a los solos efectos del ejercicio de un futuro y eventual medio de impugnación.

La reclamación de subsanación plantea (...), el problema consistente en determinar cuando la misma resulta imprescindible, puesto que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim., tras requerir su formulación con carácter general, añade, sin embargo, que ésta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un Derecho Fundamental constitucionalmente garantizado.

Este enunciado es contradictorio porque, por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber

causado indefensión y por otro lado, la prohibición de "indefensión" constituye, como es sabido uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE.

Por lo tanto, si la infracción procesal genera "indefensión" al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE , con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma.

Y por último, en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, si debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis c) no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia".

B) A mayor abundamiento, ha de decirse que en opinión de la Sala la decisión de devolver el veredicto fue la correcta. No es, como quieren los recurrentes, que el Magistrado debiera dictar sentencia absolutoria porque el Jurado apreciase que concurrió imprudencia y no dolo. Por el contrario, los hechos declarados probados por el Jurado, y el veredicto sobre la culpabilidad, obligarían al Magistrado Presidente a dictar sentencia condenatoria (pues está vinculado al mismo), si bien entonces la motivación (del hecho décimo) adolecería de un defecto de incongruencia, que ineludiblemente había de ser salvado, ya fuera en un sentido o en otro. De ahí que deba calificarse como acertado el modo de proceder del Magistrado Presidente, pues la incoherencia entre el veredicto de culpabilidad sobre el delito de malversación y la motivación dada al hecho décimo convertía el veredicto en defectuoso, y corresponde al Jurado, y no al Magistrado Presidente, subsanar tal incoherencia de motivación. Puede argüirse en apoyo de tal modo de proceder la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2009, que se enfrentó a una impugnación similar a la presente..

C) No consta, por último, desde luego, que el Jurado se viera influenciado por instrucciones parciales o por algún influjo indebido del Magistrado Presidente. Se trata de una mera alegación de parte que no se apoya en ningún elemento objetivo. La falta de protesta, a tal efecto, ya no sólo es un impedimento formal para la denuncia, sino más bien la evidencia de que no hubo instrucciones parciales, pues de haber existido, sin duda alguna los Letrados que tenían a su cuidado la defensa de los derechos de los acusados habrían formulado protesta. Los recurrentes aseguran que es evidente que hubo instrucciones aunque no constasen en el acta, pero debe tenerse en cuenta algo tan elemental



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

como que lo censurable no es que haya instrucciones, sino que éstas sean parciales.

Debe, en consecuencia, desestimarse el primero de los motivos del recurso del Sr. Marín, y asimismo el primero de los del Sr. Pardo.

Tercero.- Sobre la motivación del veredicto.-

Los recurrentes consideran que el veredicto está insuficientemente motivado, en particular los hechos primero, sexto, letra g), y undécimo.

Pero no hay motivación insuficiente, sino una lectura torcida de lo que el Jurado explica.

El hecho primero, es decir, la existencia de facturas cobradas por obras o realizadas o realizadas parcialmente queda perfectamente motivado con la alusión al reconocimiento por parte del Sr. Pardo, en su declaración, de que pese a no haber efectuado las obras correspondientes a las actuaciones urgentes nº 65/03 y 66/03, se cobró la factura íntegra. Con eso bastaría para explicar el haber considerado probado que se cobró más de lo debido, sin que a estos efectos importe el que la presencia de los trabajadores y maquinaria en el lugar donde había de realizarse la obra hubiese producido gastos indemnizables: lo evidentemente cierto es lo advertido por el Jurado: se cobró como obra una obra que no se llevó a cabo. Pero es que además la motivación dada al hecho sexto, en sus diferentes apartados, completa de manera particularmente minuciosa la explicación de por qué se consideró probado que se cobraron otras obras que no fueron ejecutadas en su integridad. Es claro que la motivación dada a unos puntos del veredicto sirve para justificar la respuesta a otros puntos que guarden conexión, y no cabe duda de que el Jurado ha explicado, en definitiva, por qué tiene por cierto que se cobró más de lo que se ejecutó.

Por lo que se refiere al hecho sexto, apartado G, es verdad que únicamente se hace referencia a la factura y cheque de una de las dos actuaciones urgentes concernidas (la 65/03); pero de nuevo es claro que, ahora a la inversa, la motivación dada al hecho primero (reconocimiento del Sr. Pardo de que ni la obra de las Almenas (65/03), ni tampoco la de la barriada de San Diego (66/02) se pudieron llevar a cabo, y que sin embargo se pasó y cobró la factura

correspondiente a las mismas o se llevaron a cabo las obras de demolición, sirven de motivación para el punto 6-G. Que tal circunstancia esté o no justificada por el hecho de haber sufrido gastos, deberá ser valorada a continuación a otros efectos, pero lo cierto es que queda claro cuál ha sido la razón por la que el Jurado ha declarado probado tal punto del objeto del veredicto.

El aspecto más decisivo, en el que centran sus esfuerzos desde distintas perspectivas los recurrentes, es en lo relativo al hecho undécimo del veredicto. ¿Está suficientemente explicado por qué el Jurado ha considerado probado que *“el dinero cobrado indebidamente por José Pardo García por obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas cuya falta o parcial ejecución conocía José Marín Rodríguez es superior a 4.000 euros”*? Los recurrentes insisten en su tesis de que no es suficiente al respecto con afirmar que las obras no se ejecutaron, cuando está reconocido que algún gasto debió producir al contratista su presencia por dos veces en el lugar de los hechos a fin de llevar a cabo la demolición proyectada, de tal modo que el silencio sobre el monto total de los gastos (que sin duda debieron producirse) constituye falta de motivación, al resultar imposible el cálculo de la cantidad malversada por falta de ese dato tan esencial.

Bastará, sin embargo, de momento (y sin perjuicio de lo que se diga al estudiar otros motivos de apelación) con decir que lo que las partes están denunciando en realidad no es una ausencia de motivación, sino una disconformidad con la premisa argumentativa de la que parte el Jurado. En concreto, es claro que el Jurado ha considerado como dinero cobrado *“indebidamente”* el importe total de la factura pasada por unas obras que no se realizaron. La motivación es transparente. Lo discutible es que esa cantidad íntegra deba considerarse como *“indebidamente”* cobrada. Pero no existe insuficiente motivación u opacidad en las razones que conducen al Jurado a declarar probado que la cantidad total excede de 4.000 euros. Sabemos por qué ha llegado a esa conclusión. El criterio estará sometido a discusión, y así lo hacen los recurrentes en otros motivos, pero es claro que no puede tacharse el veredicto de opaco ni de arbitrariamente razonado, sino, en todo caso (después se verá si es así) como equivocado.

Debe en consecuencia desestimarse el segundo de los motivos del recurso del Sr. Marín, y el segundo de los del Sr. Pardo.



Cuarto.- Sobre la incongruencia entre los hechos 7º y 8º, por un lado, y 11º, por otro, del veredicto.

En su tercer motivo de apelación, la representación del Sr. Marín Rodríguez considera incongruente el veredicto por cuanto es incompatible afirmar o dar por probado que, con la intención de ejecutar determinada obra contratada, por dos veces *"se personaron en el lugar las maquinarias y el personal de la empresa de José Pardo García, pero no pudieron hacerlo por circunstancias ajenas a su voluntad"*, y después computar como indebidamente cobrada, a fin de determinar el cálculo del total del dinero malversado, la cantidad íntegra de la factura que se extendió por tal obra, pues resulta evidente que algún gasto hubo de producirse por el solo hecho de la presencia con maquinaria y personal, y de tal gasto el Sr. Pardo habría de ser legítimo acreedor de la Administrador, por lo que al menos una parte del importe de las facturas fue cobrado *"debidamente"*.

Respecto de este motivo de impugnación no puede reiterarse lo dicho anteriormente sobre la exigencia de una previa reclamación de subsanación y posterior protesta, por cuanto es doctrina jurisprudencial reiterada que así como a las partes se les ha de dar trámite de audiencia en el acto de devolución del veredicto, no ocurre así cuando el Magistrado Presidente da por bueno el veredicto, por lo que los defectos de éste pueden ser invocados en apelación sin aquél requisito procesal.

Pero de nuevo hay que decir que más que incongruencia entre unos hechos y otro, lo que aparece es un criterio o premisa de la que ha partido el Jurado, y que el recurrente discute.

El recurrente tiene razón en que resulta evidente que algún gasto debió sufrir por el hecho de haber intentado por dos veces acometer las obras de demolición, y que si las razones por las que no se llevó a cabo la obra no le eran imputables, tenía derecho a la compensación de tales gastos. Pero obvia el recurrente que no pasó a la Administración una factura por gastos sufridos, sino por obra realizada. La cantidad íntegra facturada era indebida, sin perjuicio de que, acreditadas las causas por las que la ejecución de las obras tuvo que suspenderse, se procediera formalmente a la resolución del contrato, con las consecuencias previstas en el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas: en tal caso, y sin necesidad de prueba de gastos indemnizables, el contratista podía legítimamente exigir a la Administración un máximo de un seis por ciento sobre el importe total presupuestado, y bien se ve que, ni siquiera aunque se hubiese procedido conforme a lo previsto en la Ley (resolución de contrato, en vez de cobro en concepto de obra hecha), los derechos compensables al contratista no alcanzaban a una cifra que, deducida del importe total de lo malversado, lo rebajase de los 4.000 euros. En consecuencia, no puede hablarse de incongruencia entre dos hechos probados que son perfectamente compatibles.

El recurrente no acepta este criterio por cuanto parte de la premisa de que la carga de la prueba de cuál fue el importe de los gastos sufridos como consecuencia de la presencia del contratista en el lugar de las obras por dos veces corresponde a la acusación, al tratarse de un dato determinante de la aplicación de un tipo agravado. Pero esta argumentación traslada la cuestión a un ámbito distinto, que es el de la vulneración de la presunción de inocencia: lo que en realidad está queriendo decir el recurrente, entiende la Sala, es que no existe prueba de cargo suficiente de que la cantidad malversada excedió de 4.000 euros. No, por tanto, que haya incongruencia en el veredicto determinante de nulidad, sino que al no existir prueba de cargo (de la concurrencia del tipo agravado), debería haberse condenado por el tipo básico de malversación.

Pero tampoco puede la Sala optar por tal solución.

En primer lugar, porque ello comportaría indefensión para las otras partes de este procedimiento, dado que no puede la Sala alterar de oficio el motivo de apelación esgrimido, y pasar del apartado a) del art. 846 bis c) a su apartado e). Lo que el recurrente denuncia en este motivo es un defecto procesal afectante al veredicto, y lo que pide es la nulidad del mismo, pero no la modificación de la sentencia y condena por el tipo básico por vulneración de la presunción de inocencia: ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular han podido, pues, defender en esta alzada la existencia de prueba de cargo.

A mayor abundamiento, la Sala entiende que sí existe prueba de cargo suficiente para considerar alcanzada la cifra de 4.000 euros. La prueba viene constituida, como se explica en la motivación del veredicto y de la sentencia, por las facturas cobradas en concepto de obra ejecutada, y por la declaración del Sr. Pardo García de que las obras no se llevaron a cabo. Probado que se cobró una



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

obra no ejecutada, y por tanto que se cobró indebidamente, no basta con invocar que “evidentemente” tuvo que producirse algún gasto, para abrir un hueco probatorio sobre tal cantidad: correspondía a los acusados probar un importe de los gastos suficiente como para que, restados de la cantidad total, rebajasen la cuantía malversada a menos de 4.000 euros. Naturalmente no es suficiente para ello la mera alegación de que, dado que se trataba de una obra de demolición, los gastos de la presencia del personal y maquinaria en el lugar absorben “prácticamente” todo el gasto propio de la demolición. La Sala ignora cuál habría de ser el tiempo de trabajo necesario para la demolición, y cuál era la complejidad técnica de tal operación, así como cuál habría el importe del desalojo o traslado del material demolido para dejar expedito el solar. Ignora también qué salarios ha debido pagar por la presencia de trabajadores en dos ocasiones en el lugar de las obras, qué renta de alquiler de máquinas o gasto de amortización de las mismas, qué carburante o qué otro tipo de desembolsos se llevaron a cabo. Tal vacío probatorio no puede sino perjudicar a quien invoca el gasto. A falta de prueba, es muy razonable tomar en consideración el porcentaje de 6% en que el art. 151 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas valora la indemnización para el caso de resolución del contrato sin necesidad de justificación. Ello resulta tan obvio, que no son precisos más argumentos para desestimar el tercero de los motivos de apelación de los formulados por la representación del Sr. Marín Rodríguez.

Quinto.- Sobre la calificación de la conducta del Sr. Marín Rodríguez como falsedad en documento oficial.-

En su cuarto motivo de apelación, la representación del Sr. Marín Rodríguez considera, en síntesis, que no es correcta la condena por el delito de falsedad en documento oficial, dado que añadir a algunos cheques ya firmados por el Concejal responsable del Distrito Macarena para el pago de las obras el nombre de D. José Pardo García no comporta alteración sustancial, dado que resulta inocuo por no comportar modificación alguna en el tráfico mercantil. En apoyo de tal pretensión, razona el recurrente que si respecto de otros cheques se hacía constar, originariamente (es decir, antes de la firma del Concejal responsable) el nombre del Sr. Pardo, es claro que su omisión no era necesaria para que se aprobasen sin reparo por la intervención municipal.

El motivo tampoco puede prosperar. La *alteración* del cheque, como hecho material, es indiscutible, según el relato de hechos probados. Y sobre su trascendencia sobre los efectos que el documento (cheque) estaba llamado a producir no puede tampoco dudarse: lo que se pretendía con el hecho de la alteración (añadido del nombre del Sr. Pardo) no era la aprobación por la intervención municipal, sino que dicho Sr. Pardo pudiese cobrarlos. Es claro que una entidad bancaria no hace el pago en ventanilla de un cheque a quien no consta como titular del mismo, ni presenta documento que acredite representación suficiente de la persona a favor de quien se ha librado. Poco importa a estos efectos que otros cheques no hubiesen sido alterados por constar el nombre del Sr. Pardo con anterioridad a la firma del Concejal responsable: lo que importa es que unos cheques determinados, que no podrían ser cobrados en ventanilla por el Sr. Pardo tal y como vinieron firmados por dicho Concejal, pudieron serlo gracias a un indebido y falsario añadido por parte del Sr. Marín Rodríguez. Hay, pues, falsedad, al menos en la modalidad de *alteración* en un elemento esencial, y es una falsedad o alteración que en absoluto puede calificarse como inocua, hasta el punto de que no resulta difícil imaginar (lo que sólo se dice como hipótesis para ejemplificar o ilustrar la trascendencia objetiva de la alteración) que en alguna ocasión el Sr. Pardo hubiese pretendido el cobro en ventanilla, que se le hubiese puesto objeción en la oficina bancaria, y que para salvar la objeción hubiese pedido al Sr. Marín que añadiese su nombre con su letra para permitir esa forma de cobro.

En nada afecta a lo dicho el documento de 2005 en el que se califica, a ciertos efectos, al Sr. Pardo García como factor notorio de la mercantil COS, S.L. Al introducir ese documento y darle la consideración de prueba inequívoca de que el Sr. Pardo tenía representación suficiente para representar a la sociedad, está pretendiendo una alteración o añadido en los hechos declarados probados, lo que sólo es posible a través del expediente del "error en la apreciación de las pruebas" (art. 849.2º LECrim.), basado en documentos literosuficientes, y es evidente que tal documento no admite, como única y directa interpretación, sin otras pruebas que lo contradigan (el Sr. Velázquez declaró como testigo lo contrario) la de que en 2003 el Sr. Pardo tenía representación suficiente para cobrar en ventanilla cheques librados a nombre de la mercantil. Al no concurrir esa literosuficiencia, en los términos establecidos por la tan conocida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no puede sino concluirse que el recurrente está pretendido una mera sustitución de la valoración de las pruebas efectuada



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

por el Juzgado por la propia valoración de dichas pruebas, lo que está vedado en este recurso extraordinario de apelación, de naturaleza análoga al de casación.

Sexto.- Sobre la calificación de la conducta del Sr. Pardo García como cooperador necesario de un delito de malversación de fondos.

En el tercero de sus motivos de apelación, la representación del Sr. Pardo García discute la concurrencia de los requisitos del delito de malversación, argumentando, en síntesis, que si bien pudo haber irregularidades de carácter administrativo en la gestión de los cobros por las obras no efectuadas, no hubo connivencia con el Sr. Marín para obtener lo que no le correspondía; que respecto de las obras de demolición no llevadas a cabo, lo cierto es que debieron producirse unos gastos por los que tenía derecho a ser compensado; y que respecto del resto de obras parcialmente ejecutadas, lo no ejecutado se trató de insignificancias que no pueden alcanzar relevancia penal.

El motivo no puede prosperar, por las siguientes razones.

En primer lugar, el recurrente incurre de manera palmaria en el defecto lógico de hacer supuesto de la cuestión. Es evidente que si no hubiese existido connivencia con el Sr. Marín, el Sr. Pardo no podría ser calificado como coautor del delito de malversación de caudales públicos; pero el Jurado llegó a la premisa fáctica contraria, es decir, que sí hubo connivencia, y que todo el modo de proceder que se describe respondió al deliberado intento de percibir unos fondos públicos que de otro modo no podían percibirse. En consecuencia, lo que hace el recurrente no es propiamente discutir la calificación de los hechos declarados probados, sino discutir fuera de los cauces previstos para ello tales premisas fácticas.

En segundo lugar, y respecto de la no consideración como indebidos de los pagos por las obras no ejecutadas, habida cuenta de que se tuvieron que producir determinados gastos a cuyo reembolso sí tenía derecho el contratista, ello en primer lugar afectaría sólo a la aplicación del tipo agravado (por superar la cuantía malversada los 4.000 euros), pero no afecta a la existencia en sí del delito de malversación. Debiendo remitirnos, respecto de la cuantía, a lo razonado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

Y en tercer lugar, porque no puede considerarse irrelevante penalmente, sin incurrir en el más puro voluntarismo, la malversación de las cantidades correspondientes a las obras parcialmente no ejecutadas, que se cuantifican en 1.678,31 euros. Que inicialmente se imputase una cantidad mucho mayor no es sino prueba de que en el procedimiento se ha obrado con exquisito rigor y respeto del principio *in dubio pro reo*, descartando como probadas cantidades respecto de las cuales su carácter indebido no quedó tan acreditado como en las que se reflejaron en el objeto del veredicto.

Séptimo.- Sobre la calificación de la conducta del Sr. Pardo García como delito de falsedad en documento oficial.-

En su cuarto y último motivo, la defensa del Sr. Pardo García considera que no se dan los requisitos del delito de falsedad en las facturas elaboradas por el mismo para el cobro de obras que no se realizaron o no se realizaron completamente; también invoca que no es cierto que la sociedad COS S.L., o su administrador, ignorasen las gestiones y actividades del Sr. Pardo invocando representación sobre tal sociedad, para lo que alegan el contenido del documento de 24 de enero de 2005 y de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla de 14 de junio de 2005.

El motivo tampoco puede prosperar.

El recurrente afirma que *“si se hubiera colocado en el concepto de las facturas 2003022 y 2003021 la palabra ‘gastos’, probablemente no estaríamos en este punto, ni habría existido la presente factura, ya que estaríamos discutiendo sobre la idoneidad o no de haber pasado aquellos, pero nunca en el ámbito penal”*. Pero es que de haberse procedido así, y sin perjuicio de que la inclusión en una factura que va a ser incorporada a un procedimiento administrativa por unos gastos superiores a los efectivamente sufridos pudiera comportar también una inveracidad consciente en la *“narración de los hechos”* (art. 390.4º CP), lo cierto es que la intervención municipal habría tenido ocasión de controlar si se habían acreditado o no esos gastos, pues ha de insistirse en que, o bien se presentaban facturas acreditativas no de la obra no realizada, sino de los gastos sufridos, o el derecho de compensación de la contratista se reduciría al 6% del importe total en atención a la resolución no imputable al contratista.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Por lo que se refiere a la supuesta condición de factor notorio del Sr. Pardo, y al conocimiento del Sr. Velásquez de sus gestiones en relación a las obras y facturas objeto de enjuiciamiento, bastará con remitirnos a lo argumentado en el fundamento quinto de esta resolución.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

F A L L O

Que desestimando íntegramente los recursos interpuestos por las representaciones procesales de Don José Marín Rodríguez y de Don José Pardo García frente a la sentencia dictada con fecha 5 de marzo de 2009 por el Ilmo Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla y cuyo fallo consta en el cuarto de los antecedentes de hecho de la presente, debemos confirmar y confirmamos la mencionada sentencia, declarando de oficio las costas causadas en esta apelación.

Notifíquese la presente sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de esta Sala, a todas las partes instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma, y, una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la sentencia apelada, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pudiera dictarse por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y el correspondiente oficio para ejecución y cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de la misma, en la audiencia pública del día de su fecha, presente yo, el Secretario; doy fe.