

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
TRIBUNAL DEL JURADO**

**Rollo de Sala nº 934/08
Causa de Jurado nº 1/06
Juzgado de Instrucción nº 15 de Sevilla.**

SENTENCIA Nº 4/09 144/09

En la Ciudad de Sevilla, a 5 de marzo de 2009.

El Tribunal del Jurado compuesto por el Magistrado-Presidente D. Francisco Gutiérrez López y los jurados que a continuación se relacionan:

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El juicio oral ha tenido lugar en audiencia pública del 13 al 26 de febrero de 2009, practicándose las pruebas propuestas y admitidas en su momento procesal oportuno, y no renunciadas, con el resultado que obra en el acta.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló conclusiones definitivas calificando los hechos de autos como constitutivos de un delito continuado (artículo 74) de falsedad en documento mercantil de los artículos 390, 1, nº 3 (en presupuestos y facturas) y 392 del CP. Alternativamente falsedad del mismo género en documento oficial por incorporación a expediente administrativo.; un delito único de falsedad en documentos oficiales del artículo 390, 1, nº 1º (alteración en los cheques, tras ser remitida su fotocopia a Intervención) en relación con el artículo 392 del CP.; un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432, 1º del CP.

Es autor del delito continuado falsedad en documento mercantil u oficial José Pardo; es autor José Marín del delito de falsedad en documento oficial.

Es autor del delito de malversación José Marín; cooperador necesario de este mismo delito José Pardo; y cómplice Manuel Portela.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer a José Pardo por el delito continuado de falsedad 21 meses de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 5 euros con aplicación del artículo 53 del CP en su caso.

Por el delito de falsedad respecto a José Marín se solicita la pena de 1 año de prisión y 6 meses de multa con cuota de 5 euros diaria.

Por el delito de malversación procede imponer a José Marín tres años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años. A José Pardo por este delito (artículo 65, 3 del CP según LO 15/03) la pena de dos años y 6 meses de

prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 4 años. Y a Manuel Portela, un año y 5 meses de prisión así como inhabilitación absoluta por dos años y 6 meses.

Las penas de prisión conllevarán la accesoria de privación cuando menos del derecho de sufragio pasivo conforme al artículo 56. Los acusados de malversación como autores en sentido amplio (José Marín y José Pardo) deberán indemnizar al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla en cuanto responsables solidarios en la cantidad de 13. 513,33 euros con el interés legal y procesal correspondiente. Manuel Portela responderá subsidiariamente de la misma cantidad con igual interés legal y procesal.

TERCERO.- En igual trámite, la Acusación Particular calificando los hechos de autos como constitutivos de los delitos de falsedad en documento oficial y mercantil de los artículos 390 y 392 del C.P. y malversación de caudales públicos del artículo 432 del C. P.; designando:

- a JOSÉ MARÍN RODRÍGUEZ autor de delito de falsedad en documento oficial del artículo 390, 1 nº 1 del C. P., además de autor de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432,1 del C. P.;

- a JOSÉ PARDO GARCÍA autor de delito continuado de falsedad en documentos oficial y mercantil del artículo 392 en relación con el artículo 74 del C. P., además de autor por cooperación necesaria de delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del C. P.

- a MANUEL PORTELA ALCÁNTARA cómplice de delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del C. P.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer a los acusados las siguientes penas:

- a JOSÉ MARÍN RODRÍGUEZ, por delito de falsedad en documento oficial a la pena de seis años de prisión, multa de veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de tres años; por delito de malversación de caudales públicos a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años.

- JOSÉ PARDO GARCÍA, por delito continuado de falsedad en documentos oficial y mercantil a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de dieciocho meses; por delito de malversación de caudales públicos a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años.

- MANUEL PORTELA ALCÁNTARA, por delito de malversación de caudales públicos a la pena de dos años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de tres años.

Según los artículos 110 a 113 del C. P. deberán indemnizar los acusados José Marín Rodríguez y José Pardo García como responsables solidarios al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla en la cantidad de 19.266,18 euros más intereses y gastos y, conforme a los artículos 123, 124 y 126 del C. P., deberán satisfacer las costas.

CUARTO.- Seguidamente, las defensa formularon conclusiones definitivas solicitando la absolución de sus defendidos.

QUINTO.- Concluido el juicio oral, después de pronunciados los informes de las partes y oído el acusado, el Magistrado-Presidente sometió al Jurado el objeto del veredicto, redactado en la forma que consta en acta, en el que, considerando que no existía prueba de cargo contra Manuel Portela ni sobre algunos hechos objeto de acusación, se acordó excluirlos del objeto del veredicto.

Tras las instrucciones del Magistrado-Presidente el Jurado se retiró a deliberar; leyéndose el veredicto en audiencia pública el día 26 de febrero de 2009.

En dicho veredicto se declaraban probados por unanimidad los hechos que en su lugar se consignarán y de igual modo se declaraba, por unanimidad, culpable:

- a JOSÉ MARÍN RODRÍGUEZ de permitir conscientemente que José Pardo García se beneficiase cobrando indebidamente dinero por obra u obras contratadas con el Ayuntamiento de Sevilla, Distrito Macarena, pese a que conocía que José Pardo García no las había realizado o las había ejecutado parcialmente.

- a JOSÉ PARDO GARCÍA de haberse beneficiado cobrando dinero por obras contratadas con el Ayuntamiento de Sevilla, Distrito Macarena, que él sabía que no había realizado o había ejecutado parcialmente.

- a José Pardo García culpable de haber presentado documentos y facturas, para acreditar y cobrar la realización de las obras, suplantando los documentos originales de la sociedad Contrata y Obras Sevilla SL por otros diferentes, con datos alterados, para evitar que pudiesen descubrir que no tenía capacidad de representación, gestión y cobro en nombre de Contratas y Obras Sevilla SL.?

- a José Marín Rodríguez culpable de haber alterado varios cheques ya firmados que se entregaron para el pago de las obras, añadiendo el nombre de José Pardo García con la intención de eludir los controles de la administración.

Asimismo el Jurado se manifestaba desfavorable, por mayoría de ocho contra uno, a que en la propia sentencia se proponga un indulto total o parcial de los condenados ni a que se les conceda la suspensión de la ejecución de las penas

Siendo el veredicto de culpabilidad, las partes informaron acto seguido sobre la pena y responsabilidad civil correspondientes a los términos del mismo.

El Ministerio Fiscal solicitó que el Magistrado-Presidente rebajase las penas por él solicitadas en conclusiones definitivas en función de la menor cuantía defraudada acordada por el Tribunal del Jurado; en cuanto a la indemnización solicitó se ajustara a la cuantía determinada por el Tribunal del Jurado.

La acusación particular, respecto de las penas, ratificó sus peticiones realizadas en el escrito de conclusiones definitivas; en cuanto a la indemnización solicitó se ajustara a la cuantía determinada por el Tribunal del Jurado.

La defensa del acusado José Marín solicitó la imposición de las penas mínimas en ambos delitos, debiendo ser de aplicación la atenuación prevista en el párrafo tercero del artículo 432 del CP, al considerar que la cuantía defraudada no supera los 4.000 €.

La defensa del acusado José Pardo se adhirió a la petición de la defensa de José Marín.

HECHOS PROBADOS

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.

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 1º, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 70.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado prescribe que cuando el veredicto fuere de culpabilidad, como es el caso de autos, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

El Jurado llegó a las conclusiones que seguidamente se expondrá sopesando los indicios inculpatorios expresados en la motivación probatoria, que es inteligible, concreta, relativamente detallada y que no puede tacharse de irrazonable o arbitraria, en especial si se tiene en cuenta la mayor dificultad que presenta la motivación en este caso concreto, de notable dificultad técnica por los delitos objeto de enjuiciamiento y por la necesidad de argumentar con muchas pruebas de naturaleza indiciaria.

SEGUNDO.- Los hechos, tal como han sido declarados probados por el Jurado y conforme al veredicto de culpabilidad emitido por éste, constituyen, en primer lugar, un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432-1º del Código Penal.

El citado precepto considera que se comete malversación cuando "La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones...".

Los elementos del citado delito concurren porque el Jurado consideró probado que José Marín, que realizaba, en calidad de funcionario contratado eventual (folio 556), la función de Secretario del Distrito Macarena del Ayuntamiento de Sevilla, consintió que José Prados cobrara indebidamente por la realización de determinadas obras públicas, que bien no se hicieron o se ejecutaron parcialmente, cuando aquel era consciente que las mismas no se habían ejecutado total o parcialmente.

Aunque José Marín no era el responsable último de pagar esas obras, que lo era el concejal del Distrito, si tenía el dominio funcional del hecho desde el instante en que era la persona responsable de contratar la obra, de dar por finalizado el expediente y ordenar el pago de las obras, lo que se hacía mediante cheques firmados por el Concejal, pero siempre por petición de José Marín.

Asimismo, aunque la persona que se beneficiase de la acción no fuese el funcionario, el tipo penal también prevé que la acción del funcionario consista en no hacer, en permitir que un particular sustraiga incumpliendo la obligación de custodia y buen uso de los caudales públicos, como es el caso enjuiciado en el que José Marín permite que José Pardo se lucre cobrado por obras que no ha ejecutado, conociendo, desde ese instante, que se iba a causar un perjuicio económico a la administración pública.

Por último, el Jurado ha considerado probado que el montante total de las cantidades indebidamente cobradas por obras no ejecutadas o ejecutadas superan los 4.000 €, vedando la aplicación del apartado 3º del artículo 432 del Código Penal.

Las defensas cuestionaron esta conclusión, pues consideran que si se declaró probado expresamente que "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", debieron tenerse en cuenta los gastos realizados en esos intentos y, en consecuencia, debieron disminuir la cuantía de las cantidades apropiadas porque el montante indebidamente apropiado necesariamente sería menor.

No obstante reconocer que la cuestión planteada es compleja y controvertida, pues el Jurado consideró acreditado los hechos del objeto del veredicto nº 7 y 8 (hecho probado nº 7 de la sentencia), este Magistrado-Presidente no puede hacer minoración alguna de la cantidad indebidamente cobrada ya que el Jurado no ha

tenido en cuenta esa alternativa pese a tener expreso conocimiento de ello, pues, cuando el 25-2-09 se devolvió el objeto del veredicto, este Magistrado Presidente explicó expresamente las distintas posibilidades que existían para responder al hecho decimoprimer del objeto del veredicto y razonar el montante de la cuantía cobrada indebidamente, entre ellas, el considerar que se podían deducir posibles gastos realizados por esas actuaciones, lo que no fue tenido en cuenta por el Jurado en su respuesta.

TERCERO.- Constituyen también los hechos que el Jurado declara probados un delito continuado de falsedad en documento oficial (facturas) cometido por particular del artículo 392 en relación con el artículo 390-1, 1º y 3º y 74, todos ellos del Código Penal.

El Jurado ha declarado probado que para el cobro de las obras, realizadas o no, José Pardo presentó al Ayuntamiento de Sevilla numerosas facturas que no eran las mismas que utilizaba la empresa Contratas y Obras Sevilla SL., conteniendo datos que no correspondían con los reales de la sociedad y, además, no tenía capacidad de representación, gestión y cobro en nombre de ésta Empresa.

Estas facturas, que en principio serían documentos mercantiles, deben ser considerados documentos oficiales dado que se elaboran y presentan con la exclusiva finalidad de que fuesen incorporadas a expedientes administrativos y producir efectos en el seno de la administración pública, de conformidad con jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas sentencias de 10 y 16-6-2003.

Por último, la acción del acusado, José Pardo, no puede considerarse inocua porque con la simulación de los documentos perseguía que no pudiesen descubrir que no tenía capacidad de representación, gestión y cobro en nombre de Contratas y Obras Sevilla SL, lo que, de saberse, le hubiese impedido contratar en nombre de la sociedad y cobrar las facturas.

CUARTO.- Los hechos que el Jurado declara probados constituyen, igualmente, un delito continuado de falsedad en documento oficial (cheques) cometido por particular del artículo 392 en relación con el artículo 390-1, 1º, todos ellos del Código Penal.

La alteración de los cheques, añadiéndole al nombre de COS, entidad a favor de quien se libra el cheque, el nombre completo de José Pardo García, supone una alteración de uno de los elementos esenciales, que se realiza intencionadamente y con conocimiento de la trascendencia del acto pues, si como declaró probado el Tribunal del Jurado, 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, sólo añadiendo, y con idéntica letra, el nombre completo de José Pardo García éste podría cobrar y eludir los controles de la administración, porque de no haberse añadido el nombre no habría podido cobrar al no tener poder de la empresa COS y de haber realizado ese añadido un tercero cabía la posibilidad de que hubiesen descubierto esa alteración quienes estuviesen encargado de fiscalizar el gasto.

Mayor problema plantea la tipificación del hecho delictivo, pues constatada la falsedad en un documento oficial, en tanto que es librado por el representante de la administración (el concejal) en el curso de un expediente administrativo, la duda es si la falsedad es cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o, por el contrario, la falsedad es de particular porque el funcionario no actuaba en el ejercicio de sus funciones, aunque abusara de la condición de funcionario.

La sentencia del Tribunal Supremo 1-04, de 12-1 entendió que "El tipo penal contemplado en el art. 390 del Código Penal se refiere a la autoridad o funcionario público que cometiere en un documento público, oficial o mercantil, alguna de las conductas descritas en el mismo; pero siempre que ello tuviere lugar "en el ejercicio de sus funciones"; cuestión igualmente discutible y sobre la cual hemos tenido ocasión de declarar que, para la aplicación del citado precepto, "no es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo, sino que es exigible además que éste actúe ... en el área de sus funciones específicas"; de tal modo que, aun tratándose de una autoridad o funcionario público, si su actuación falsaria no se

refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario, "para acceder en forma irregular al documento en cuestión", el hecho deberá ser calificado con arreglo al art. 392 del mismo Código (falsedad cometida en documento oficial por particular), concurriendo la agravante del prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª C. Penal); calificación que -por razón de homogeneidad- respeta las exigencias inherentes al principio acusatorio (v. ss. T.S. de 9 de diciembre de 1975, 27 de octubre de 1994, 26 de mayo de 1997 y de 2 de abril y trece de septiembre de 2002, entre otras).

En el presente caso, el acusado José Marín tenía, de modo evidente, la condición de funcionario público, dado que era una persona que, por nombramiento de autoridad competente, participaba en el ejercicio de funciones públicas (v. art. 24.2 C. Penal), por cuanto era personal eventual 421 del Ayuntamiento de Sevilla (folio 556) destinado desde 3 de octubre de 2002 a 9 de junio de 2003 en el Distrito Macarena, pero más complejo resulta determinar cuales eran sus funciones que realizaba como tal, que resultan de naturaleza política desde el instante que actúa como Secretario del Distrito bajo las órdenes directas del Concejal de ese Distrito.

Sentado lo anterior, entendemos, conforme al hecho declarado probado por el Jurado, "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"; de ello debemos deducir que cuando José Marín añade a mano el nombre de José Pardo García lo hace no ya como funcionario sino como particular porque no entra dentro de sus funciones expedir el cheque y firmarlo (aunque eventualmente pueda rellenarlo como labor burocrática) porque esa función corresponde al Concejal, única persona habilitada para pagar. Es cierto que el acusado se prevale de la función que realiza y que, conforme a la citada sentencia (también la de 4-6-03) sería posible apreciar la agravante 7ª del artículo 22 del Código penal, "prevalerse del carácter público", si no se condena por el artículo 390 y sí por el 392 del Código Penal, pero considero que no habiéndose planteado esta alternativa expresamente al Jurado, resulta muy dudoso que este magistrado-presidente pudiera apreciar la agravante en la sentencia sin que las acusaciones hayan planteado expresamente esa alternativa y, en consecuencia, no se haya realizado la pregunta al Jurado.

En consecuencia, al no actuar el acusado en el ejercicio de sus funciones públicas, los hechos son constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial de particular, previsto y penado en los artículos 392 en relación con el 390-1º del Código Penal.

QUINTO.- Del delito de malversación de caudales públicos y del delito de falsedad en documento oficial (cheques) cometido por funcionario es criminalmente responsable en concepto de autor, conforme a los artículos 27 y 28, párrafo 1º, del Código Penal, el acusado José Marín Rodríguez, por su directa y personal realización de ambos hechos punibles.

El Tribunal del Jurado consideró acreditado que 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, y, como tal, 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.

Es cierto que no era José Marín el responsable de librar los fondos para pagar sino el Concejal del Distrito, pero el acusado al tener el dominio funcional del hecho como responsable de la tramitación que tenía delegada la función y confianza del Concejal, actuó como autor mediato haciéndose valer de la ignorancia de éste para conseguir los fines ilícitos que perseguía el otro acusado.

Asimismo, el Tribunal del Jurado, de acuerdo con las confesiones de los acusados, consideró acreditada la autoría en el delito de falsedad ya que 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.

SEXTO.- Del delito de malversación de caudales públicos y del delito continuado de falsedad en documento oficial (facturas) cometido por particular es criminalmente responsable en concepto de autor por cooperación necesaria del primero, conforme a los artículos 27 y 28, párrafo 2º, del Código Penal, y del segundo como autor directo, artículo 27 y 28-1º del CP, el acusado José Pardo García, por su directa y personal realización de ambos hechos punibles.

Es cierto que el acusado no tiene la condición de funcionario público, pero su participación en el delito de malversación de caudales públicos lo es como extraño que coopera con actos esenciales y necesarios para su perpetración, como es la presentación de la documentación necesaria (facturas) para acreditar la realización de una obras que no había ejecutado o las había realizado parcialmente.

Asimismo, se considera autor del delito continuado de falsedad en documento oficial por haber aportado facturas al Ayuntamiento de Sevilla para acreditar que COS había ejecutado las obras y cobrarias que no eran las mismas que utilizaba la empresa Contratas y Obras Sevilla S.L., conteniendo datos que no correspondían con los reales de la sociedad y sin tener poder para poder actuar en su nombre, y, pese a ello, lo hacía.

SÉPTIMO.- El Magistrado Presidente, haciendo uso de la facultad dispuesta en el artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, consideró que del juicio oral no resultó acreditada la existencia de prueba de cargo para fundar una condena de Manuel Portela, por lo que acordó que no había lugar a emitir veredicto en relación con el citado acusado.

Debe tenerse en cuenta que el enjuiciamiento se encuentra condicionado por el Principio Acusatorio, que el Mº Fiscal y la Acusación Particular formularon escrito de conclusiones definitivas considerando al acusado cómplice del delito de malversación de caudales públicos y que en estos la descripción de la participación del acusado (que sólo realiza el Mº Fiscal) se ciñe exclusivamente a considerar que el acusado colaboró "con su silencio" en la realización de los hechos delictivos.

Pero para que ese silencio, que es un hecho negativo de difícil encaje en la figura de la complicidad, tuviese alguna trascendencia penal en el delito de malversación precisaría que, con carácter previo, el acusado tuviese conocimiento o estuviese concertado de alguna manera con los autores del delito de malversación y realizara algunas conductas no esenciales para la ejecución del delito. No podemos obviar que la única relación que el acusado guarda con los hechos enjuiciados era que realizaba labores de "colaborador" en el Distrito Macarena, teniendo como misión entrar en contacto con las Asociaciones de Vecinos para recoger las propuestas de obras y visitarlas para comprobar cómo se desarrollaban.

Desde luego, con independencia de la valoración que nos pueda merecer una organización administrativa en la que se concede participación directa y activa a ciudadanos que "colaboran" en el ejercicio de la función pública sin ninguna vinculación formal con la administración sino sólo con el partido político en el gobierno municipal, debilitándose, ese modo, la intervención y control de los funcionarios (que sólo eran 4 frente a unos 25 colaboradores) en las labores propias de la Administración, en opinión de este Magistrado-Presidente ninguna prueba se practicó en el juicio oral que permitiera deducir que Manuel Portela tuviese conocimiento que los otros dos acusados estaban realizando esas actividades tendientes a que se abonasen indebidamente obras no ejecutadas o ejecutadas, ni que el acusado colaborase de alguna forma no necesaria con el buen fin de ese ilícito propósito. En este estado de cosas, salvo que las pruebas inculpatorias acrediten lo contrario, el silencio que se achaca al acusado no puede identificarse con colaboración sino con desconocimiento. De ahí, la decisión adoptada, que fue asumida por todas las partes.

Asimismo, también se excluyeron del objeto del veredicto algunos hechos que tampoco contaban con prueba de cargo para sustentarlos.

Aunque pudiera sostenerse que las declaraciones de los peritos judiciales podrían ser consideradas pruebas de cargo suficiente, debe tenerse en cuenta que los peritos explicaron en el acto del juicio oral que encontraron enorme dificultad para localizar algunas de las obras que tenían que peritar porque nadie les dijo

cuales eran y les advirtieron que no podían entrar en contacto con nadie; que no les facilitaron algunos datos que, de conocerlos, podrían haber cambiado el sentido de su pericia; y que su pericia nunca versó sobre el coste previsible de las obras, que es muy difícil de establecer dado la enorme diferencia que generalmente puede apreciarse en distintos presupuestos que presenten distintas empresas para realizar una misma obra.

Sentado lo anterior, y siendo consciente de la enorme dificultad que entraña el presente procedimiento y, por ello, la labor del Tribunal del Jurado, este Magistrado-Presidente también excluyó del objeto del veredicto (artículo 49 LOTJ) aquellas obras que, por los motivos antes reseñados, la pericia no gozaba de credibilidad, no porque los peritos no lo merecieran técnicamente sino porque, por causas ajenas a ellos, partían de presupuestos erróneos que alteraron sustancialmente las conclusiones de la misma hasta equipararlas, a efectos probatorios, a inexistencia de prueba de cargo. Todas las partes mostraron, igualmente, su conformidad con ello.

En concreto fueron las siguientes:

1.- Nº 7/02 por valor de 1.678,76 euros y 13/02, obrante al folio 459, por valor de 1.678,76 euros, sobre instalación de cerramiento con valla metálica, postes de acero y bastidor de mallazo, instalación de puerta metálica en c/ Niña de la Alfalfa y Hermandad del Trabajo, que coinciden con la nº 14/02 de idéntico contenido y lugar, si bien esta ascendía a 2.000,86 €. En definitiva, se trataría de una práctica admitida por la administración en virtud de la cual se dividían en varias facturas aquellas obras que superasen el límite de la cuantía establecidas para las de actuación urgente, 2.400 € para eludir el procedimiento establecido para obras de mayor cuantía. Con independencia de que resulte absolutamente sorprendente que se reconozca con tanta naturalidad una práctica ilegal (que, además, no conlleva sanción alguna), debemos reconocer que la prueba pericial judicial no pudo alumbrar nada sobre este extremo porque en ningún momento se les pidió que evaluaran el coste previsible de esas obras para poder determinar si, en efecto, se trata de obras realizadas conforme a presupuesto cuyo coste total es igual a la suma

de la facturas o si, por el contrario, son facturas duplicadas de una sola obra. La ausencia de pericia sobre este extremo impide considerar que existe prueba inculpatoria a estos efectos, máxime cuando se comprueba que esa tesis de la defensa no es sorpresiva porque ya el acusado José Pardo lo alegó en su declaración prestada en fase de instrucción el 31 de enero de 2005.

2.- Nº 39/03 por valor de 2.365,53 euros y 42/03 obrante al folio 520, por valor de 2.365,53 euros. Además del razonamiento expuesto en el párrafo anterior sobre facturas duplicadas, además, no sólo los peritos no estaban seguros de que el lugar inspeccionado correspondiera a las obras de pintura realizada en c/ Perafán de Ribera, por la falta de precisión de los datos incorporados a la factura, sino que incluso reconociendo como válido el lugar, más de dos años no es posible determinar después si la pintura que actualmente existía correspondía a esa época ni si debajo de la actual pintura había otra que correspondiese a esos trabajos.

3.- Nº 63/03 por valor de 2.299,91 euros. Se encontraron los pasos de minusválidos que se habían certificado y cobrado, aunque en la certificación se les llamase rampas, lo que pudo crear la confusión terminológica.

4.- Nº 19/02 por importe de 736,92 euros, parcialmente ejecutada sin determinar porcentaje. No se realizó pregunta alguna a los peritos sobre esta obra.

5.- Nº 67/03 por importe de 2.373,56 euros. Los peritos judiciales tuvieron gran dificultad por encontrar el lugar donde se había realizado la actuación urgente, sin que pudieran confirmar sin dudas que era la Pza. de la Barzola el lugar al que fueron y en base al cual emitieron su informe; Plaza, que no estaba rotulada, que sí encontraron los técnicos municipales junto al mercado, comprobando que allí se encontraban las obras certificadas, aportando reportaje fotográfico.

6.- Nº 5/02, obra realizada en c/ Burgos 18, en la que los técnicos municipales aclararon que posteriormente Emasesa había realizado una obra en la que levantó completamente el acerado, eliminando cualquier resto de obras anteriores. Hecho que no se puso en conocimiento de los peritos judiciales.

Es cierto que podría argumentarse que José Pardo ha contribuido a esta ausencia de pruebas al no haber colaborado en exceso a aclarar la situación, pues no ha aportado documentos necesarios para acreditar extremos que podrían haber resultado esenciales para conocer la naturaleza y grado de ejecución de las obras realizadas, tales como albaranes de compras de materiales empleados, relación de tallada de los mismos...etc, en definitiva algo parecido a una contabilidad que facilitara el estudio de las obras realizadas.

Pero siendo ello una realidad, también lo es que la Administración Local estableció un sistema de contratación de difícil encaje legal, como explicó la funcionaria responsable del Distrito Macarena, Dña. M^a. del Carmen Aragón, cuyo uso generalizado, por una parte, también ha contribuido a esa ausencia de material probatorio, pues la ausencia de un verdadero procedimiento reglado para tramitar esos expedientes ha impedido que se conozcan los criterios que justificaban la decisión de contratar con una empresa determinada, hasta el punto que en los expedientes administrativos (si pueden merecer tal nombre) origen de los hechos enjuiciados, no existe documento alguno que acredite que se presentaron varios presupuestos de empresas diferentes por cada obra (como dijo J. Marín que se hacía siempre); pero, por otra parte, ha provocado que no existiera un control formal a manos de funcionarios técnicos del Ayuntamiento para que comprobaran la correcta ejecución de las obras contratadas, ni tampoco un control último de los funcionarios para constatar que se observaron las normas sobre contratación en las administraciones públicas.

Dña. M^a del Carmen Aragón fue muy explícita cuando explicó que sólo podía hacer un control superficial y a posteriori de los documentos que le entregaban, sin que tuviera participación alguna en la tramitación del expediente de contratación y pago, salvo constatar que éste se había efectuado, reseñar los documentos que se le entregaban y remitirlos a intervención; que como entendía que excedía de su función y que podía acarrearle responsabilidad el hecho de plasmar su firma en el expediente sin haberlo controlado, emitió un informe dirigido al Ayuntamiento haciendo constar las consecuencias jurídicas que podía acarrearle ese proceder;

que el interventor de fondos del Ayuntamiento le ordenó que lo tenía que hacer para poder librar los fondos y, por eso, siempre añadía una diligencia (que no está en autos) en la que decía que su firma aparecía exclusivamente a efectos formales y no a efectos de acreditar la realidad.

No corresponde a este magistrado calificar jurídicamente la decisión del Ayuntamiento de instaurar ese procedimiento para contratar y ejecutar esas obras denominadas urgentes ni si tenía o no soporte legal, porque ese hecho no ha sido sometido a enjuiciamiento (y desconocemos si a investigación), pero sí constatar la directa relación que ha existido entre la instauración de ese proceder sin control ni intervención de los funcionarios del Ayuntamiento en ninguna de sus fases previas al pago con la aparición de los comportamientos ilícitos aquí enjuiciados.

OCTAVO.- En la ejecución de ambos delitos calificados no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En cuanto a la determinación de la pena, procede imponer las siguientes:

- A José Marín Rodríguez por el delito de malversación, 3 años de prisión y 6 años de inhabilitación absoluta, que son las mínimas legales, vista la cuantía defraudada, que es escasamente superior a los 4.000 €.

Por el delito de falsedad en documento oficial, dado el número de actos, la finalidad perseguida y el aprovechamiento de su situación en el organigrama administrativo, quebrantando la confianza en él depositadas por el Concejal, 15 meses de prisión y 8 meses de multa con una cuota diaria de 10 €, en total 2.400 € pagaderos en 8 mensualidades máximo. Estas penas son superiores a las solicitadas por el Mº Fiscal, pero entiende este magistrado que no se conculca el Principio Acusatorio por cuanto si la Acusación Particular acusaba de un delito más grave, falsedad cometida por funcionario, y solicitaba pena de 6 años de prisión, desestimada esta pretensión más grave, debe entenderse que en este caso no se está sujeto a la concreta pena solicitada por el delito menos grave si se razonan las

circunstancias que justifican esa pena superior. En este caso, la acción que realiza el acusado para cometer el delito, que se acerca a la previsto en el artículo 390 del Código Penal, en el ejercicio de la función pública, y a la agravante de prevalimiento del carácter público del artículo 22-7º del Código Penal, justifica la imposición de esa pena.

Por todas la 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, vista la cuantía defraudada, que es escasamente superior a los 4.000 €, y por aplicación de la atenuación prevista por el artículo 65-3º del Código Penal, puesto que no ostentando la condición de funcionario público, su conducta resulta menos reprochable que quien ostenta esta condición y quebranta la confianza pública en él depositadas

Por el delito continuado de falsedad en documento oficial, 21 meses de prisión y 9 meses de multa, mínima de la mitad superior por aplicación de las normas que sobre continuidad delictiva establece el artículo 74 del Código Penal y que solicita el Mº Fiscal; con una cuota diaria de 8 €, en total 2.160 € pagaderos en 9 mensualidades máximo,

Por todas la penas de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Respecto a las cuotas de las multas que se han establecido, debe aclararse que mientras el Mº Fiscal solicitó las de 5 €/día, la Acusación Particular no fijó cuota alguna. Ante esta tesitura se plantea este Magistrado si está o no vinculado por la cuota máxima solicitada por el Mº Fiscal y si la imposición de una cuota más levada a ésta conculcaría el principio acusatorio vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Ciertamente, tras unas vacilaciones iniciales expresadas por ejemplo en la sentencia de 4-10-2004 (que estimó que no se lesiona el principio acusatorio cuando

se sanciona con una pena por encima de la cuantía concreta solicitada por la parte acusadora, siempre que la impuesta se encuentre dentro del marco legalmente previsto al respecto), el Tribunal Supremo adoptó Acuerdo Plenario de 20 de diciembre de 2006 proclamando que "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa", acuerdo que matiza con el posterior de 27 de noviembre de 2007 al sostener que "debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena"; de tal doctrina hizo aplicación, por ejemplo, la sentencia de 11-2-2008, si bien referida a una multa proporcional.

Pero, también debemos tener presente que el artículo 50.5 del Código Penal obliga a fijar el importe de las cuotas "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo", de tal modo que si las acusaciones solicitan una cuota no ajustada patentemente a esos parámetros ha de estimarse que lo peticionado "no alcanza el mínimo previsto en la ley", es decir, la pena de multa resulta no ajustada a derecho no ya en lo que hace a su extensión sino a su cuantificación, de modo que el Tribunal no sólo puede sino que debe atemperar esas cuotas sin que ello suponga infracción del principio acusatorio sino reconducción a la legalidad.

De este modo, se trataría de conjugar los elementos con que se cuenta para determinar la capacidad económica del penado y, con ello, la cuota legalmente ajustada de la multa.

Según las piezas de responsabilidad civil, José Pardo cuenta con un vehículo Citroen C5 de seis años de antigüedad, sin que le consten otros bienes, pero

debemos tener en cuenta que ejerce el comercio y no existen datos que constaten que se encuentra parado o sin actividad.

Por ello, entendemos que la cuota solicitada de 5 € no es ajustada a su capacidad económica, pues como tiene reiteradamente dicho el Tribunal Supremo (sentencia 20-11-00), ha de tenerse en cuenta que el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, que el propio Supremo concreta casi sin excepción en 6 euros. En el caso de autos, los datos reseñados justifican que se imponga una cuota de 8 €.

Asimismo, a José Marín le constan ingresos en 2006 ascendentes a 37.200,12 €, así como diversas operaciones de venta de activos. Esta acreditada solvencia justifica que se eleve la cuota a 10 €, frente a los 5 € solicitados, que resultan inadecuados a su capacidad económica.

NOVENO.- En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, ex artículos 109 y 116, 1º y 2º del Código Penal, los condenados José Marín Rodríguez y José Pardo García deberán indemnizar solidariamente al Ayuntamiento de Sevilla con 5.901,00 €, valor de las obras no ejecutadas (4.796,68 €) y parcialmente ejecutadas (1.104,32 €).

Sobre estas últimas cantidades existe, salvo error de este magistrado, una discrepancia con el razonamiento del jurado, que las cifró en 1.678,31 €. Ello es debido a que, probablemente, se produjo una confusión en la difícil tarea de sumar las obras parcialmente ejecutadas.

Así, al analizar la nº 40 debe hacerse constar que esta obra se dividió en dos hechos distintos (6º, D y E de los hechos probados) al referirse a pivotes, por un lado, y pasos de minusválidos, por otro, lo que precisaba realizar por separado la

pregunta en dos diferentes para comprobar qué o cuales hechos se consideraban probados; pero una vez determinada qué obras no se habían realizado, se debió tener en cuenta que la cuantía abonada por la obra era global para los dos hechos, por lo que cuando se efectúa la operación de conocer qué cantidad supone el 29% del coste total de la obra, proporción que según los peritos judiciales no se efectuó, esta operación sólo se podía realizar una vez y no dos, como parece ha efectuado el jurado, de ahí la pequeña discrepancia.

DÉCIMO.- Conforme al artículo 123 del Código Penal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Y entre dichas costas los artículos 124 y 126 del propio Código y el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyen las causadas por la acusación particular.

Sin embargo, como advierte la sentencia del Tribunal Supremo 1493/1997, de 28 de noviembre, el Código Penal de 1995 ha modificado el régimen de las costas de la acusación particular; cuya imposición resulta ahora obligada en las causas seguidas por delitos perseguibles sólo a instancia de parte, mientras que tratándose de delitos perseguibles de oficio no resulta preceptiva su imposición, debiendo resolver al respecto el Tribunal en cada caso.

En el presente está claramente justificada la inclusión en la condena en costas de las causadas por la acusación particular, conforme a los criterios tradicionales de relevancia y homogeneidad; pues la intervención de la Acusación Particular ha sido prácticamente homogénea con la del M^o Fiscal y asumida casi íntegramente por el veredicto del Tribunal del Jurado, salvo en la calificación de la falsedad cometida por José Marín que pese a no haber sido considerada como de funcionario público no se considera irracional, como se ha tenido oportunidad de razonar.

VISTOS, los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación de la Constitución, Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial,

FALLO

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.

Ratifico los autos que declaran la solvencia de los condenados, dictados por la Instructora en la correspondiente pieza separada.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a interponer ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a su última notificación y por alguno de los motivos expresados en el artículo 846 bis c) de la LECr.

Así por esta mi sentencia, a la que se unirá el acta del Jurado y se archivará el legal forma, extendiendo en la causa certificación de la misma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente que la dictó. Doy fe.