



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2838

Madrid, martes 1 de junio de 2010



TS SOCIAL

2010/19309

TS Sala 4ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Determinación de interrupción de prescripción en devengo de plus de antigüedad

Estima en parte el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre plus de antigüedad. Explica la Sala que lo devengado mensualmente por complemento de antigüedad prescribía al año, contando a partir del mes en que no se abonó la antigüedad reclamada, por lo que la interposición del conflicto colectivo sólo pudo interrumpir la prescripción de la acción para reclamar la antigüedad que se debió percibir a partir de entonces, pero no la correspondiente a mensualidades anteriores, que ya estaban definitivamente prescritas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor, que cesó en la prestación de servicios por cuenta de la demandada el 31 de marzo de 1995, reclamó el pago de 14.263,26 euros en concepto de diferencias en el pago del complemento de antigüedad y en cuanto al salario base en función del convenio aplicado. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda, condenando a la demandada al pago de 2.940,73 euros. En Suplicación la sentencia recurrida confirmó la anterior, razonando a propósito de la prescripción, origen de la parcial estimación de la demanda, que, en cuanto al complemento de antigüedad, y no cuestionado el efecto interruptivo de la interposición del proceso de conflicto colectivo, no cabe otorgar ese efecto a las negociaciones mantenidas entre la representación de los trabajadores y la dirección de la empresa. En cuanto a las cantidades en concepto de salario base, la sentencia rechaza que el segundo conflicto, (julio de 1995) traiga causa del primero, (noviembre de

1992), por lo que tan sólo cabe considerar no prescrito lo comprendido entre julio de 1994 y el 2 de enero de 1995.

Recorre la parte actora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 4 de marzo de 2004 por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

En la sentencia de comparación se resuelve acerca del recurso formulado por un trabajador por cuenta de la misma demandada, que cesó en sus servicios el 1-9-1995. Su reclamación también venía referida a los conceptos de antigüedad y salario base, siendo parcialmente estimada su pretensión por la sentencia del Juzgado de lo Social que condenó a la demandada al pago de 5.618,89 euros. En Suplicación, al resolver el recurso del trabajador, se estima en parte condenando solidariamente a las demandadas al pago de 17.994,39 euros.

La sentencia de contraste, que rechazó la revisión fáctica, dio res-

puesta al motivo sobre la infracción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, diciendo que existe una relación directa entre ambos conflictos colectivos y que, aun sin tener en cuenta otros actos interruptivos, entiende que no cabe considerar prescritas las cantidades reclamadas en concepto del salario base desde el 1-1-1991, plus de antigüedad y no absorción en el complemento personal, lo que da lugar a fijar la condena por dichos conceptos respectivamente en 14.559,02 euros, 1.068,79 euros y 2.366,56 euros, en total 17.994,39 euros. En cuanto al recurso interpuesto por la demandada fueron rechazados todos los motivos entre los que se encontraba el atinente a la prescripción, por los razonamientos que sirvieron para estimar el de la parte actora.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la LPL.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos del recurso, formulado como infracción de norma jurídica, se invoca la aplicación indebida del artículo 59.1 del E.T., al considerar que en el caso de autos no había transcurrido un año desde la resolución del primer conflicto colectivo interpuesto el 4 de noviembre de 1992 y la demanda sobre diferencias en el plus de antigüedad.

En el segundo motivo del recurso, esta vez en relación al salario base, también con invocación del artículo 59, se combate la prescripción parcialmente declarada de dicho concepto a fin de obtener la condena al pago por todo el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de marzo de 1995.

Ambas cuestiones suscitadas por el recurso han sido resueltas en doctrina unificada en esta Sala, a la que hemos de estar por razones de coherencia y homogeneidad.

Así las sentencias, entre las que cabe citar las de 11 de marzo de 2009 (RCUD. 4077/2007), de 17 de marzo de 2009 (RCUD. 115/2008) y de 9 de diciembre de 2009 (RCUD. 1019/2009), teniendo esta última como sentencia de contraste la misma que en las presentes actuaciones.

SUMARIO

TS

PENAL

Delitos continuados de malversación de caudales públicos y falsedad documental **3**

ADMINISTRATIVO

Infracción judicial muy grave por retraso injustificado y reiterado **14**

SOCIAL

Determinación de interrupción de prescripción en devengo de plus de antigüedad **1**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

INTERNET
<http://www.elderecho.com>
e-mail: clientes@elderecho.com

En todos los supuestos examinados el iter histórico ha sido el siguiente: " 3. El 4 de noviembre de 1.992 se inició un conflicto colectivo promovido por los sindicatos ELA-STV, CGT y CC.OO para que se declarara que la empresa debía abonar los quinquenios de antigüedad en la cuantía resultante de tomar como base para su cálculo los salarios base establecidos para cada categoría en el Convenio Colectivo Provincial para la Industria Siderometalúrgica de Valencia para 1991. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 8 de febrero de 1.993 estimando la demanda. Dicha sentencia fue confirmada por la de esta Sala IV de 20-9-94 (rec. 1047/1993) que desestimó el

recurso de casación interpuesto por la empresa.

4. Con fecha 27 de junio de 1.995 se presentó por IBM demanda promoviendo un segundo conflicto colectivo para determinar la legalidad "de la absorción y compensación del salario base en los términos practicados", por dicha empresa; y por su parte los sindicatos ELA-STV, CGT y CC.OO interpusieron otra demanda de conflicto colectivo el 3 de julio de 1.995 con la pretensión contraria, que se acumuló a la anterior.

5. La Audiencia Nacional dictó sentencia el 23 de marzo de 1.999 que estimó la demanda planteada por los sindicatos y declaró que "el incremento salarial efectuado en la retribución base no es compensable ni absorbible con el complemento salarial llamado mejora voluntaria que figura en el RRI y desestimamos la demanda formulada por IBM España S.A. frente al resto de las partes".

6. Dicha sentencia, fue revocada parcialmente por la de esta Sala IV de 21-11-01 (rc. 3207/1999) exclusivamente para absolver a una empresa codemandada, distinta de la que interviene en este procedimiento."

Siguiendo el orden analítico de la última sentencia citada, reproducimos la exposición de su doctrina, que es la siguiente: " QUINTO.- Procede, por consiguiente, entrar a decidir las dos cuestiones de fondo que el recurso plantea, denunciando en ambas la infracción del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores. Y habremos de resolverlas, por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, en sintonía con la doctrina unificada sentada por esta Sala IV en las sentencias dictadas el marzo de este mismo año, en los días 10 (rscud. 3775/2007) 7 3785/2007), 11 (rscud. 4077/2007 y 4084/2007), 12 (rcud., 4199/2007), 16 (rcud. 3614/2007) y 17 (rcud. 3037/2007 y 115/2008). A sus extensos argumentos nos remitimos expresamente en evitación de reiteraciones innecesarias, siendo suficiente ahora con resumir sus conclusiones del modo que sigue:

1. De acuerdo con el art. 1.973 del Código Civil, la tramitación de un proceso de conflicto colectivo no solo paraliza el trámite de los individuales ya iniciados sobre el mismo objeto -por todas, sentencias, de 30-6-1994 (rcud. 1657/1993), 21-7-1994 (rcud. 3384/1993) y 30-9-2004 (rcud. 4345/2003)- sino que sirve para interrumpir la prescripción de

las acciones pendientes de ejercitar -por todas, sentencias de 6-7-1999 (rcud. 4132/1998) o 9-10-2000 (rcud. 3693/1999).

2. En el caso que nos ocupa, no existe interconexión entre los dos conflictos planteados, puesto que el primero, el iniciado el 4 de noviembre de 1.992, se refiere al complemento o plus de antigüedad, y el segundo, de 27 de junio de 1.995 se plantea en relación con el salario base y su posible compensación o absorción. Nada impedía, pues, reclamar a la empresa el abono de conceptos distintos a los que fueron objeto de cada uno de los referidos conflictos mientras que estaban en trámite uno u otro, respectivamente. Las sentencias que resumimos manifiestan abandonar expresamente, con tal interpretación, la llevada a cabo por las anteriores de 29-10-2007 (rcud. 2844/2006) y de 8-7-2008 (rcud. 3726/2007) en orden a la interrupción de la prescripción en relación con la vinculación de los dos procesos de conflicto colectivo reiteradamente aludidos.

3. Por consiguiente, no puede entenderse que el planteamiento del segundo conflicto, pueda interrumpir la prescripción de las cantidades reclamadas en concepto de complemento de antigüedad en el primer conflicto. Las supuestas reclamaciones de los comités de empresa desde el año 1991 para instar las correspondientes diferencias retributivas derivadas de la aplicación del citado convenio colectivo valenciano, no están reflejadas en los hechos declarados probados, con lo que no es dable afirmar con carácter general tal efecto interruptivo sobre reclamaciones individuales sin conocer sus concretos contenidos y alcance (argumento ex. art. 18.1, 19.1, 20 y 152 LPL).

SEXTO.- A la luz de la doctrina unificada que acabamos de resumir, los dos motivos planteados en el recurso, se manifiestan inviables.

El primero, en el que se sostiene, en relación con el complemento de antigüedad, que "no están prescritas ninguna de las cantidades reclamadas en concepto de diferencias por plus de antigüedad", no puede ser acogido por las siguientes razones:

A) Se apoya, de un lado, en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2.007 cuyos criterios de interpretación, ya lo hemos visto, fueron abandonados expresamente por las sentencias de marzo de este año; y de otro, en la sentencia referencial,

que mantiene una doctrina semejante a otra proveniente de la misma Sala, que ya fue desautorizada por las nuestras de marzo.

B) Su argumento de que no podía interponer su demanda de reclamación individual hasta que se dictó la sentencia de esta Sala que puso fin al primer conflicto "porque no tenía ninguna norma anterior a ella que le reconociese el derecho a percibir dicho plus en la cuantía reclamada" es erróneo. Como acertadamente razona la sentencia recurrida, la sentencia que decide un conflicto colectivo es declarativa, no constitutiva, pues interpreta normas jurídicas que ya existen con anterioridad. Y, en todo caso, el derecho a percibir tal complemento tiene su origen, como señaló nuestra sentencia de 20-9-1994 (rcud. 1047/1993) que puso fin al primer conflicto, "en la práctica o uso empresarial, que comenzó aplicando lo dispuesto al respecto en el art. 78 de la Ordenanza de Trabajo para la Industria Siderometalúrgica, aprobada por Orden de 29 julio 1970, y que luego, una vez derogada ésta, continuó aplicando el mismo criterio y lo hizo así, ininterrumpidamente, durante más de 17 años". De modo que, con la misma base fáctica y argumentación jurídica que se planteó el primer conflicto, pudo el actor entablar la acción individual antes de iniciarse aquel.

C) Invoca la sentencia de esta Sala de 13-6-01 (rcud. 3803/2000). Entonces se discutió si el día "a quo" del plazo para el ejercicio de la acción, cuya prescripción - había quedado interrumpida con el planteamiento del conflicto colectivo, y por tanto su cómputo volvía a iniciarse de nuevo - era la fecha de notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o por el contrario, solo se iniciaba a partir de la notificación de la sentencia del Tribunal Supremo que la confirmó. Y como es lógico nuestra sentencia declaró que dicho plazo solo comienza a contar a partir de la fecha de notificación de la sentencia firme que resuelve el conflicto colectivo. La sentencia ahora recurrida respeta escrupulosamente esa doctrina, ya que cuando se ejercitó la acción individual por el actor, el 19 de septiembre de 1.995, aun no había transcurrido un año desde la notificación de la sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 1.994 que puso fin al primer conflicto, y por ello no cuestiona en lo mas mínimo la posible prescripción de la misma.

D) Lo que no cabe extraer de la lectura de la sentencia de 13-6-01 es

la conclusión que pretende la parte recurrente, de que la interposición de un conflicto colectivo enerva la prescripción ya producida respecto de mensualidades anteriores. De conformidad con lo dispuesto en el art. 59.2 ET, el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción para exigir percepciones económicas, como son las salariales, comienza a contar a partir del día en que la acción pueda ejercitarse. Y el conflicto colectivo tiene eficacia, de acuerdo con nuestra doctrina, para interrumpir la prescripción en curso de una acción aun viva, pero en modo alguno, como pretende la parte recurrente, para reavivar o reactivar una acción ya extinguida.

Lo que aplicado al caso, en que se reclama lo devengado mensualmente por complemento de antigüedad, implica que el plazo de prescripción de cada mensualidad prescribía al año a contar a partir del mes en que no se abonó la antigüedad reclamada. Por consiguiente, la interposición del conflicto colectivo el 4 de noviembre de 1.992, solo pudo interrumpir, de acuerdo con nuestra doctrina, la prescripción de la acción para reclamar la antigüedad que se debió percibir a partir de noviembre de 1.991, pero no la correspondiente a mensualidades anteriores, que ya estaban definitivamente prescritas. Fue pues correcta la solución alcanzada por la sentencia recurrida de reconocer al actor las diferencias por antigüedad solo a partir de 1 de noviembre de 1.991.

El primer motivo del recurso, queda por tanto desestimado."

En concordancia con la doctrina transcrita, también en la presente reclamación se deberá rechazar el primero de los motivos relativo al complemento de antigüedad, al haber declarado la sentencia recurrida prescritas las cantidades devengadas anteriores a noviembre de 1991.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, esta vez en relación al salario base, también con invocación del artículo 59, se combate la prescripción parcialmente declarada de dicho concepto a fin de obtener la condena al pago por todo el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de marzo de 1995.

Nuevamente hemos de acudir a la doctrina que sirve de orientación para resolver todas las cuestiones planteadas en este recurso.

Este segundo motivo debe correr la misma suerte que el primero, ya

que también son erróneos los argumentos en que se sostiene, pues:

A) La doctrina de la sentencia elegida como referencial, es contraria a la unificada por las nuestras de marzo pasado, donde se explica suficientemente que no existe conexión alguna entre los dos conflictos colectivos, y que en el primero para nada se reclamaron diferencias de salario base; por consiguiente, la acción para reclamar tales diferencias por salario no quedó en modo alguno interrumpida por el primer conflicto.

B) Se invoca de nuevo la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2007, pero como ya hemos dicho en el fundamento quinto 2 anterior, las sentencias de marzo abandonaron expresamente su criterio interpretativo.

C) En julio de 1.995 cuando se planteó el segundo conflicto, en el que se suscitó por primera vez la cuestión referida al salario base, estaban ya definitivamente prescritas las mensualidades anteriores a julio de 1.994. Y por tanto, dicho conflicto solo interrumpió la prescripción de las posteriores.

D) Es evidente pues que, desde esa fecha, julio del 94, quedó interrumpida también la prescripción de la acción que el actor ejerció el día 19 de septiembre siguiente, después de planteado el conflicto, tal y como ha señalado la doctrina unificada expuesta en el anterior fundamento quinto 1. Tenía por tanto el actor derecho a percibir las diferencias correspondientes a los meses de julio a diciembre de 1.994, que es la última que reclama en su demanda, dado que la relación laboral se extinguió el día 2 de enero de 1.995. No obstante, la sentencia recurrida solo le reconoció los atrasos a partir del mes de septiembre de 1.994, porque según razona en su fundamento tercero "in fine", con argumento que no se combate en esta sede, se reclamaba así en el recurso de suplicación y la congruencia le impedía extender la condena mas allá de lo solicitado.

Dado que la relación laboral se extinguió el 31 de marzo de 1995 y que el segundo conflicto colectivo se planteó en julio de 1995, no cabe considerar prescritas las cantidades devengadas desde el 4 de julio de 1994 hasta el 31 de marzo de 1995, por lo que el recurso deberá ser parcialmente estimado en cuanto a dicho extremo.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. JOSÉ IGNACIO MONTEJO URIOL actuando en nombre y representación de Dª Fermina y SUS HI-

JOS Dª Socorro Y Dª Cristina en su condición de HEREDEROS DE D. Ildefonso. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 16 de febrero de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimamos en parte el recurso de suplicación, revocamos en parte la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Madrid, en autos núm. 348/2008, seguidos a instancia de Dª Fermina y SUS HIJOS Dª Socorro Y Dª Cristina en su condición de HEREDEROS DE D. Ildefonso contra INTERNACIONAL BUSINESS MACHINES, S.A. (IBM ESPAÑA), IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA, S.A. (anteriormente denominada IBM ISS INTEGRATED SUPPORT SERVICES, S.A.) sobre CANTIDAD y condenamos a la demandada al pago

de las cantidades devengadas desde el 4 de julio de 1994 hasta el 31 de marzo de 1995. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/5963

TS Sala 2ª, Sentencia 25 enero 2010. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Delitos continuados de malversación de caudales públicos y falsedad documental

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Recurso de Emiliano

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

A juicio del recurrente, la participación de Emiliano en el delito de malversación de caudales públicos ha sido declarada por la Sala de instancia a partir de una serie de indicios que no tienen fuerza probatoria alguna, habiendo sido valorada la prueba de forma irracional, arbitraria o manifiestamente errónea. El acusa-

do ha sido condenado por la existencia de 7,5 millones de pesetas sin justificar, derivados de la sociedad Planeamiento S.L., del total de 4.000 millones que se imputan al resto de los condenados en la completa malversación. Sin embargo, esa conclusión se obtiene a partir de hechos que carecen de cualquier significación incriminatoria y que han sido torpemente relacionados entre sí. La declaración de los testigos Ángeles, José Ignacio, Alvaro demuestra que ellos cobraron 44 millones de pesetas que la sentencia ha olvidado valorar a efectos probatorios, de tal manera que los supuestos 7,5 millones que se entienden no justificados, lo estarían plenamente -quedarían cubiertos- por dichos 44 millones.

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

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

El motivo no es viable.

Tiene razón el recurrente cuando lamenta la técnica que ha inspirado la redacción de la sentencia. Su estructura formal, desde luego, no es modélica. El FJ 2º, bajo el epígrafe "declaraciones de los acusados", es más propio del histórico apuntamiento que de una fundamentación jurídica. En él se extractan las declaraciones de los imputados -incluidas las prestadas en diligencias no judiciales- y se acumulan por aluvión todas ellas, sin expresar el proceso intelectual de su valoración. Ese copiado de los testimonios de las partes, ajeno a cualquier consideración analítica, se distancia de lo que debería ser el verdadero entendimiento de la apreciación probatoria.

Sin embargo, pese a ello, la sentencia en su conjunto ofrece los elementos de juicio indispensables para concluir, ahora en fase casacional, si el juicio de autoría se apoya o no en prueba bastante y si ésta ha sido valorada de forma racional. Y es que ya en los FFJJ 3º, apartado A, letra b), con el título "acreditación de las concretas actuaciones de los tres acusados nombrados" -en relación con el delito de malversación de caudales públicos- y en el apartado B, letra B, "concretas actuaciones de los tres acusados nombrados" -res-

pecto del delito de falsedad-, sí se contienen precisas valoraciones acerca de los elementos incriminatorios que respaldarían el juicio de autoría. Obligado resulta reconocer que esos fragmentos de la resolución combatida, en llamativo contraste con otros contenidos de la sentencia, encierran una valoración conclusiva de las pruebas que -pese a las censuras de los recurrentes- puede ser avalada desde la perspectiva de las garantías constitucionales que han de presidir la apreciación probatoria.

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

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

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

Hechas las anteriores precisiones, en la medida en que la queja por la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia es compartida por los acusados recurrentes,

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

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

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

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

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

En segundo lugar, el organigrama de las sociedades mercantiles muni-

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

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

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

fondos por el perceptor, sin acompañar otros documentos que avalen la contraprestación realizada.

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

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

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

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

correr con las consecuencias de la falta de control y a quien incumbe la carga de justificar su destino.

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

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

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

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

La ausencia de todo control financiero ha quedado acreditada con el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas -citado supra-, con el tes-

timonio del interventor municipal -Bienvenido-, cuyos intentos por imponer la vigencia de los obligados controles jurídicos del gasto público resultaron siempre infructuosos. La condición de Emiliano como gerente de Planeamiento 2000 S.L., fue admitida por el propio acusado que, sin embargo, en un primer momento negó tener relación con las empresas facturadas que él mismo había constituido.

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

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LE-Crim).

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

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

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

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

Se concluye que el único indicio con el que contó la Sala de instancia

■

"...es obvio que no hace falta ser garante para actuar con dolo. Si el gerente de una de las más importantes empresas municipales que se sumaron a la trama defraudatoria (...), incorpora al tráfico jurídico cuatro sociedades instrumentales que fueron utilizadas para incrementar ficticiamente los procesos de facturación y, además, despliega su tarea en un período de tiempo que abarca desde los años 1991 a 1995, la reivindicación de su condición de tercero ajeno al círculo de decisiones resulta inatendible."

■

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

El tercer motivo se formula ad cautelam, respecto de los dos motivos anteriores, por si la Sala entendiese que, en lugar de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el razonamiento de la Sala

habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, en su dimensión de derecho a una resolución motivada que no sea arbitraria ni absurda.

Anticipemos que ambos motivos han de ser rechazados.

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

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

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

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

ros de teléfono que tiene asignados en los documentos intervenidos”.

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

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

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

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

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

Sin embargo, no tiene razón el recurrente. No es ese el único elemento probatorio sobre el que el Tribunal a quo edifica la responsabilidad de Emiliano. Con anterioridad nos hemos referido a los datos que ofrecían los instrumentos públicos de adquisición de aquellas sociedades instrumentales, las declaraciones de los testigos que intervinieron en su otorgamiento, la objetiva existencia de unas facturas que sirvieron para des-

capitalizar el Ayuntamiento de Marbella a través de los pagos efectuados por la entidad Contratas 2000 S.A y, en fin, el hecho cierto de que tales facturas subordinaron su utilidad al objetivo concertado de distraer fondos públicos.

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

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

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

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

Lamenta la defensa que el Tribunal a quo haya descartado la explica-

ción del recurrente mediante un acto apodíctico de exclusión. Conviene no olvidar tampoco, que la existencia de indicios que puedan actuar en dirección contraria a la hipótesis de la acusación, forma parte del esquema lógico-racional de valoración de la prueba indiciaria.

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

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

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

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

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

Tampoco tiene razón el recurrente cuando tilda el proceso de valoración probatoria, hecho explícito por el

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

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

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

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

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

Estima la defensa de Emiliano que la sentencia recurrida se limita a proclamar la existencia de un previo concierto para desviar una cantidad próxima a los cuatro mil millones de pesetas, sin exteriorizar de forma razonable el proceso de valoración probatoria que le lleva a sostener la

conurrencia del tipo subjetivo doloso en los delitos de malversación de caudales públicos y falsedad. El acusado -se razona- no controlaba las cuentas ni la contabilidad de las empresas municipales de las que formaba parte.

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

El motivo no puede prosperar.

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

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

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

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

tuvo que admitir ante la contundencia y multiplicidad de los elementos probatorios que demostraban lo contrario".

La defensa verifica una hábil glosa crítica encaminada a demostrar la falta de rigor de esa explicación de los Jueces de instancia. Sin embargo, la concurrencia del dolo puede obtenerse a partir de una doble vía. De una parte, de la simple lectura del hecho histórico. De otra, del razonamiento antes transcrito, mediante el que el Tribunal a quo explica las razones que apoyan el conocimiento del acusado respecto de los elementos del tipo objetivo.

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

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

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

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

Pero es obvio que no hace falta ser garante para actuar con dolo. Si el gerente de una de las más importantes empresas municipales que se sumaron a la trama defraudatoria - Planeamiento S.A., incorpora al tráfico jurídico cuatro sociedades instrumentales que fueron utilizadas para incrementar ficticiamente los procesos de facturación y, además, despliega su tarea en un período de tiempo que abarca desde los años 1991 a 1995, la reivindicación de su condición de tercero ajeno al círculo de decisiones resulta inatendible. Ni las dificultades del Tribunal de

Cuentas o de la propia Fiscalía Anticorrupción para conocer e investigar el verdadero alcance de la defraudación, refuerzan la ausencia de dolo de Emiliano. Lo único que demuestran es que el esquema societario definido por aquél, en unión concertada con otros acusados, logró una opacidad de tal naturaleza, que consiguió neutralizar todos los mecanismos de control del gasto municipal.

En suma, el acusado no era uno más. Su papel iba más allá de la condición de gerente nominal, desprovisto de poder, y de quien otros acusados se habrían aprovechado utilizando en su beneficio sociedades por él adquiridas y de las que disponía la totalidad de las acciones. El acusado, en fin, se representó y tuvo

■

"Ni las dificultades del Tribunal de Cuentas o de la propia Fiscalía Anticorrupción para conocer e investigar el verdadero alcance de la defraudación, refuerzan la ausencia de dolo (...). Lo único que demuestran es que el esquema societario definido por aquél, en unión concertada con otros acusados, logró una opacidad de tal naturaleza, que consiguió neutralizar todos los mecanismos de control del gasto municipal."

■

conocimiento de que por medio de esas sociedades instrumentales, en ejecución del plan que los acusados habían ideado, se iba a iniciar un proceso de facturación absolutamente irreal, pero que iba a dar cobertura a un desapoderamiento de las arcas municipales próximo a los cuatro mil millones de pesetas.

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

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

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

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

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

No tiene razón el recurrente.

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

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

El principio de accesoriidad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriidad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente

se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriadad. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes.

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

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 885.1 LECrim).

SEXO.- El séptimo motivo (art. 849.1 LECrim) alega error de derecho, infracción de ley, aplicación indebida del art. 392 del CP.

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

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

El motivo no puede ser acogido.

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

puesta en práctica de una serie de actividades encaminadas a crear una apariencia contable de gastos, con objeto de justificar el uso de las cantidades detraídas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La queja no puede ser acogida.

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

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

La necesidad -utilidad y pertinencia- de cualquier propuesta probatoria no puede ser presumida por el Tribunal al que aquélla va dirigida. De hecho, el recurrente todavía no explica en el presente motivo en qué habría resultado decisiva la incorpo-

ración de esos documentos. La defensa argumenta que la trascendencia de esos documentos está implícita en su propia naturaleza, si se pone ésta en relación con los hechos por los que se formuló acusación contra Emiliano. Sin embargo, ahora en fase casacional eso no basta.

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

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

Y aplicando esta doctrina al supuesto de hecho que nos ocupa, ni el archivo por el Tribunal de Cuentas de la causa seguida por presuntas irregularidades contables en Planeamiento 2000 S.L., ni el informe del Fiscal ante el Tribunal de Cuentas, pueden llegar a condicionar el desenlace de la causa penal que está en el origen del presente recurso. Sobre la inexistencia de cualquier clase de prejudicialidad contable en el proceso penal y acerca de la capacidad de los órganos judiciales penales a la

hora de enjuiciar el delito de malversación de caudales públicos, se ha pronunciado de forma reiterada esta misma Sala (cfr. SSTS 1074/2004, 18 de octubre y 381/2007, 24 de abril).

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

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

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

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

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

El motivo no es atendible.

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

las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso.

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

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

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

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

Razona el órgano decisorio que "... en el rollo de Sala (Tomos 2 y 3) consta que, una vez presentado el 5-9-2008 escrito por la representación procesal y defensa del mencionado acusado renunciando a tales representación y defensa (folios 330 y 331), se dictó providencia el 8-9-2008 (folio 332) ordenando requerir al acusado para que nombrara en el plazo de una audiencia nuevos Abogado y Procurador, con apercibi-

■

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

■

miento de que en caso de no hacerlo voluntariamente se le nombraría de oficio.

Dicha comunicación y requerimiento se le practica en Granada el día 11-9-2008 (folio 344), manifestando que quedaba enterado y que designaría nueva representación y defensa. Al transcurrir con creces el plazo concedido, el 17-9-2008 se dicta providencia en la que se acuer-

da remitir peticiones a los respectivos Colegios Profesionales a fin de serle designados profesionales de oficio (folio 501), lo que se lleva a efecto el 18-9-2008.

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

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

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

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

A la vista de esos antecedentes, de la razonabilidad del argumento mediante el que los Jueces de instancia acuerdan no acceder a la segunda petición de suspensión formulada por el Letrado y, sobre todo, a la no indi-

cación por éste de qué estrategia de defensa o qué aportación probatoria se vio frustrada como consecuencia del comienzo de las sesiones del juicio, esta Sala no puede sino compartir el criterio cuestionado.

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

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

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

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

NOVENO.- El décimo motivo se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denunciando infracción de ley, vulneración del art. 65.3 del CP.

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

El motivo no puede prosperar.

Es cierto que el razonamiento de los Jueces de instancia, referido a la

aplicación del art. 435.1 del CP es, cuando menos, confuso. Se contiene una mención a ese precepto de carácter marginal, en el momento de justificar las razones de la exclusión de la rebaja punitiva:

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

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

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

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

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

do de la pena imponible al autor material.

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

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

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

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

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

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

El motivo no puede ser estimado.

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

legislación mercantil con mayoría en el capital social de la corporación municipal, según el ramo de actividad a que se dedicasen.

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

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

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

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

El acusado -que pudo haber sido condenado como autor material de un delito de malversación impropia del art. 435.1 del CP - ha sido reputado por el Tribunal a quo como coo-

perador necesario. Y es que su aportación al plan de descapitalización del Ayuntamiento resultó decisiva, hasta el punto de que él fue designado gerente de una de las empresas sobre la que se apoyaba esa estructura paralela -Planeamiento 2000 S.L.-, y él fue el adquirente de las sociedades instrumentales que se pusieron al servicio de una facturación manifiestamente irregular.

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

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

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

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

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

El motivo no merece acogida.

La doble rebaja punitiva que reivindica la defensa sería claramente procedente en el caso en que el acusado hubiera sido condenado como cómplice y la Sala de instancia hubiera estimado pertinente aplicar el art. 65.3 del CP. Sin embargo, ninguna de las dos circunstancias con-

curre en el presente caso, como ya hemos tenido ocasión de razonar a la hora de justificar el rechazo de los motivos décimo y undécimo.

Obligada resulta la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

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

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

El motivo no puede aceptarse.

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

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

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

No sin acentuados matices, esta evolución se aprecia también en nuestra jurisprudencia, de la que nos hacíamos eco en la STS 213/2008, 5

de mayo. Allí recordábamos cómo la STS 25 de junio de 1983 señaló como requisitos para afirmar la unidad de acción:

a) desde el punto de vista subjetivo, que concorra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva;

b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única;

■
"El principio de
accesoriedad, (...), no se
explica por la relación
entre el partícipe y el
autor material, sino por
la acción que uno y otro
protagonizan. Para que
pueda haber
accesoriedad es
indispensable que exista
un hecho principal
típicamente antijurídico.
El que ese hecho de
relevancia jurídico-
penal pueda ser
atribuido a una persona
concreta o que aquella a
la que inicialmente se
imputaba resulte
absuelta, en nada afecta
a la afirmación de
accesoriedad."
■

c) y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

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

interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados.

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

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

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

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 885.1 LECrim).

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

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

El motivo no puede ser acogido.

De entrada, se impone un importante matiz al discurso argumental del recurrente, que sitúa el día a quo

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

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

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

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

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

“en el caso de autos, no se puede obviar que las actuaciones investigadoras resultaron arduas y ralentizadas, indudablemente debido a la índole de la materia sujeta a comprobación y a las dificultades probatorias inherentes a cualquier investigación económico-contable impregnada de opacidad, hasta el punto de que no existen libros de contabilidad ni apenas documentación original por la búsqueda e interesada desaparición de documentos primordiales que podían haber servido para la rápida instrucción de la causa, excepción hecha de facturas que nunca existieron sino que figuraron referenciadas en listados de facturación.

(...) A pesar de que los hechos datan de los años 1991 a 1995, es lo cierto que las actuaciones judiciales siempre han estado activas, no detectándose paralizaciones dignas de consideración, hasta el punto que las partes que reclaman la aplicación de la atenuante analógica tratada no han especificado durante qué tiempo, a su entender, el procedimiento ha estado ralentizado indebidamente. Del análisis de las actuaciones no se detectan paralizaciones relevantes en el procedimiento.

Éste se inicia con la querrela presentada por el Ministerio Fiscal el 8-2-2001 (folios 1 a 16), aunque desde el 21-10-1999 se habían incoado las Diligencias de Investigación núm. 24/99 de Fiscalía. Una vez practicadas las diligencias de entrada y registro solicitadas por el Ministerio Fiscal y acordadas por el Juzgado de Guardia, se incoan el 13-2-2001 las Diligencias Previas núm. 76/01 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 (folio 78). Como quiera que surge una cuestión de competencia negativa entre dicho órgano y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella, tal conflicto se remite al Tribunal Supremo, que dicta el 26-12-2001 auto atribuyendo la competencia al primero de los Juzgados nombrados (folios 290 a 295).

Las investigaciones se van desarrollando, con ampliación de la querrela contra otros implicados el 15-4-2002 (folios 11.809 a 11.812) y con declaración de secreto de las actuaciones, hasta que el 10-5-2005 se dicta auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folios 32.733 a 32.736), con presentación de escrito de acusación por el Ministerio Fiscal el 9-6-2005. Antes del auto de apertura del juicio oral, fechado el 20-4-2006, se resuelve sobre la extinción de la responsabilidad criminal por fallecimiento de dos de los principales imputados: Abilio (el 14-5-2004: folios 32.283 y 32.284) y Hilario (el 17-6-2005: folios 32.895 y 32.896), y después de aquel auto se resuelven por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 y por la Sección 3ª de esta Sala de lo Penal diferentes cuestiones sobre la pretendida incorporación como partes acusadoras de Repsol, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Ayuntamiento de Marbella, así como sobre la llamada a la causa de los herederos de los fallecidos, sobre la situación personal de Emiliano y sobre su pretensión de transformación procedimental en sumario e incluso sobre las renunciaciones de los profesionales que le defienden y representan. Finalmente, una vez fotocopiadas las actuaciones y presentados los correspondientes escritos de defensa, el 16-6-2008 se ordena la remisión de la causa a esta Sección a efectos de enjuiciamiento, donde aún se dio el caso de una leve suspensión de la fecha señalada para el juicio debido a la renuncia de la representación y defensa del Sr. Emiliano.

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

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

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

El Ministerio Fiscal interpuso la querrela el día 8 de febrero de 2001, por tanto, cuando todavía no se había superado el plazo de seis años al que el recurrente asocia un efecto liberatorio de la obligación de acreditar documental el empleo de fondos públicos. Y lo que no puede obviarse es que la Fiscalía ya había iniciado unas diligencias de investigación con fecha 21 de octubre de 2009, cuando aquel plazo no había sido transcurrido. Y es lógico pensar que quien se sabe investigado adopte las medidas de precaución necesarias con el fin de acreditar documental, si así fuera, la falsedad de las imputaciones que sobre él se proyectan.

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

Pues bien, la naturaleza preprocesal de esas diligencias impide adjudicar el carácter de prueba a ese dictamen pericial. Se trata, más bien, de actos de naturaleza no jurisdiccional que, por definición, resultan inidóneos

para formar convicción, si no son luego filtrados por los principios de contradicción y defensa que informan el proceso jurisdiccional propiamente dicho. De ahí que la afirmación de que ya estaba todo investigado desde el año 2000, no puede ser compartida por la Sala. Aquel informe agotó inicialmente su funcionalidad respaldando la querrela del Ministerio Público. Su contenido sólo podría convertirse en prueba en el ámbito de un proceso que, por definición, todavía no se había iniciado.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

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

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

El motivo no puede prosperar.

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

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

No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen inte-

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

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

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

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

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

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

DECIMOQUINTO.- El decimosexto motivo se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denunciando inaplicación indebida del art. 21.6 del CP, en relación con todos los delitos por los que se ha condenado, pues se han quebrantado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías. Tales quebrantos deberían tener su reflejo en la pena mediante la aplicación de la atenuante analógica, debido a que, pese al reconocimiento del legislador a una doble instancia previa al recur-

so de casación (LOPJ), lo cierto es que tal derecho todavía no es posible ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

El motivo no puede ser acogido.

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

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

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

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

La STS 429/2003, 21 de marzo compendia el actual estado de la cuestión en relación con esta materia. En ella se recuerda que la Junta General de Sala de 13 de septiembre de 2000 tras examinar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 en relación con el cumplimiento por España de lo prevenido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 se pronunció en el sentido de que el actual recurso de casación español permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados siendo posible una revocación de la sentencia condenatoria y cumpliendo ampliamente con las exigencias mínimas de la doble instancia debiéndose ser considerado como un recurso efectivo en los términos del art. 14.5 del Pacto y en tal sentido se puede citar el Auto de 14 de diciembre de 2001 en el que se detallan in extenso las razones del

porqué con la actual casación cumple con las existencias del art. 14.5 del Pacto, y en el mismo sentido la STC de 3 de abril de 2002, que reiterando otras cuestiones, alude a la asimilación funcional entre el recurso de ca-

■

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

■

sación y el derecho a la revisión de la culpabilidad y pena impuesta que exige el artículo citado que tampoco viene a demandar una íntegra repetición del juicio ante el Tribunal de apelación, bastando con que el Tribu-

nal Superior pueda controlar la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena en concreto, lo que cabe hacerlo con la actual casación.

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

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

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

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

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

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

El motivo carece de base para su éxito.

Es más que cuestionable que el desacuerdo con el quantum de la responsabilidad civil declarada por el Tribunal a quo, pueda hacerse valer mediante la alegación del derecho a la presunción

de inocencia. La vulneración de esta garantía ya fue alegada -y resuelta- en los motivos iniciales. De ahí que, siendo desestimado ese menoscabo respecto de las bases fácticas que han llevado a declarar la responsabilidad civil, su fijación no es sino consecuencia del principio general proclamado en los arts. 109 y 116 del CP.

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

(...)

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Emiliano, Herminio, Marcial, Promociones Futbolísticas S.A. y Rancho Valdeolivas S.A, contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2009, dictada por la Sección Cuarta de la

Audiencia Nacional, en la causa seguida por los delitos de malversación y falsedad, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

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

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

sistieron en lo siguiente:

1.- Un total de 278 procedimientos pendientes de sentencia hasta el 30 de abril de 2008, según certificación de la señora Secretaria del Juzgado de fecha 9 de julio de 2008, y remitiéndose dicho relato fáctico en cuanto al detalle de tales asuntos a la relación obrante en los folios 318 a 324 del expediente.

2.- El dictado de sentencia en quince de dichos asuntos entre el 27 de mayo de 2008 y el 8 de julio de 2008.

3.- La posterior finalización de ocho de esos asuntos por diferentes causas durante el período que medió entre el 9 de julio de 2008 y el 4 de marzo de 2009.

4.- Los asuntos ingresados en el juzgado fueron: durante el año 2003 1.112 asuntos, superando el módulo referencial en el +54,44%; en el año 2004 1.034 asuntos, superando el módulo en un +43,61 %; en el año 2005 1.149 asuntos, lo que supone una entrada del +59,58% por encima del módulo; en el año 2006 hubo un 29,8% de superávit; y, finalmente, otro del +60,7% en 2007.

5.- La dedicación del Sr. Joaquín fue la siguiente: durante el año 2003 realizó un módulo de +22,6%; en 2004 de +30,5%; en 2005 del +35,14%; en 2006 del +8,4%; y en el año 2007 de +13,8%.

6.- Muchos de estos procedimientos sin sentencia fueron objeto del procedimiento disciplinario núm. 36/05 por falta grave, sin embargo el mismo fue concluido por caducidad según acuerdo de la Comisión Disciplinaria de fecha 27 de septiembre de 2006.

7.- También otros muchos de los referidos procedimientos fueron objeto del expediente disciplinario número 58/06, que concluyó con acuerdo de la Comisión Disciplinaria de 30 de mayo de 2007 en el que se le impuso a D. Joaquín la multa de 2000 euros por la comisión de una falta grave de retraso injustificado del artículo 418.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto los asuntos comunes fueron los 122 asuntos relacionados en el Anexo II del Servicio de Inspección que figura en los folios 134 a 137 del expediente (esa cifra es la que se obtiene de restar a la final de 192 los números de orden que no aparecen en la relación de dicho Anexo).

La relación en la que figuran esos asuntos pendientes que fueron objeto de sanción en el expediente 19/08 donde se dictó el acuerdo impugnado en el actual proceso (obrante a los folios 318 a 324 del expediente) hace constar lo siguiente: 18 de ellos (los números de orden 1 a 18) estaban concluidos desde el año 2005; los que tienen los números de orden 61 a 154 estaban concluidos desde el año

2006; los que tienen los números de orden 187 a 240 estaban concluidos desde el año 2007; y los que tienen los números de orden 241 a 278 quedaron concluidos entre los días 15 de enero y 29 de abril el año 2008.

SEGUNDO.- Antes de abordar el examen de la impugnación que en su demanda plantea el recurrente, conviene también resaltar cuáles son las consideraciones de los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario aquí combatido que son relevantes para decidir las cuestiones que son suscitadas en dicha impugnación; y lo que así debe ser subrayado es lo que se expresa a continuación.

- El fundamento tercero rechaza la conculcación del principio non bis in idem, razonando principalmente para ello que se trata de hechos distintos y que el anterior principio no rige de manera absoluta en el derecho administrativo sancionador.

- El fundamento cuarto destaca estos rasgos de los hechos declarados probados: el notorio retraso en dictar sentencia en los asuntos pendiente de ella (que, como antes se puso de manifiesto, llega a los tres años en 18 asuntos, a dos años en más de cien y a un año en más de ochenta); la enorme tardanza o dilación de algunos de ellos con respecto a otros ya resueltos más modernos; y que ni la situación general del órgano judicial ni la dedicación del titular a su función justifican totalmente tan dilatado y repetido retraso.

Afirma también que esos hechos son inequívocamente constitutivos de la infracción muy grave del artículo 417.9 de la LOPJ.

Y subraya las ideas fundamentales de la jurisprudencia sobre el principio de legalidad reconocido en el artículo 25 de la Constitución, sobre todo en orden a la doble garantía que comprende material (predeterminación de las conductas) y formal (habilitación legal de la norma sancionadora).

- El fundamento quinto recuerda que sobre el necesario elemento de la culpabilidad la jurisprudencia ha hecho estas consideraciones:

a) El rechazo de la responsabilidad objetiva por exigirse dolo o culpa.

b) La necesidad de determinar la existencia de los elementos volitivos y cognoscitivos concurrentes.

c) Que para la exculpación no basta la mera invocación de falta de culpa, pues debe lograrse el convencimiento del juzgador de que el comportamiento observado carece, en atención a las circunstancias y particularidades de cada supuesto, de los mínimos elementos caracterizadores de la culpabilidad.

d) Esta culpabilidad viene configurada por la relación psicológica de

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/36959

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 21 abril 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Acuerdo del CGPJ conforme a derecho

Infracción judicial muy grave por retraso injustificado y reiterado

Acuerda el TS desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo del Pleno del CGPJ, por considerarlo conforme a derecho. El recurrente -magistrado- fue expedientado por acometer según el Pleno, la infracción muy grave, consistente en el retraso injustificado y reiterado del art. 417,9 LOPJ. El actor alega, entre otras argumentaciones, que hechos acreditados a lo sumo pueden calificarse como falta "grave" y no "muy grave", por no haberse reflejado una incidencia especialmente perturbadora en la marcha general del juzgado, ni la incidencia sobre el total de los procedimientos. La Sala indica que, a parte de la enorme tardanza que se aprecia en los asuntos tratados, el demandante no ha descrito ni acreditado específicas circunstancias que le impusieran una clase de dedicación que hiciera inevitable esos retrasos. Señala además que, no ha existido obstáculo jurídico que impidiese que dichos retrasos -objeto de un anterior expediente administrativo- puedan ser de nuevo ponderados, pues el hecho de reiterar tal conducta, no solo la califica con superior gravedad, sino que es susceptible de nueva reprochabilidad y significación disciplinaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que en el actual proceso contencioso-administrativo impugna el Ilmo Sr. D. Joaquín fue dictado en el expediente disciplinario núm. 19/08 y le impuso, por su actuación como Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, la

sanción de suspensión de funciones por tiempo de tres meses, como autor responsable de una infracción muy grave del artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de retraso injustificado en la resolución de procesos o causas.

Los hechos que se apreciaron como probados en dicha resolución, expuestos aquí en lo esencial, con-

causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas; y (e) para que pueda reprocharse a una persona la existencia de culpabilidad tiene que acreditarse que pudo haber actuado de manera distinta a como lo hizo.

- El fundamento sexto invoca la jurisprudencia sobre la falta muy grave del artículo 417.9 de la LOPJ, especialmente en lo que ha declarado sobre que ha de incurrirse necesaria e ineludiblemente en la inobservancia de un específico deber profesional, y esta inobservancia ha de reunir los requisitos de manifiesta e inexcusable, "esto es, evidente, palpable y a todas luces demostrativa de que se ha omitido la diligencia mínimamente exigible en la normal y generalmente aceptada como debida atención en el despacho y resolución de los correspondientes deberes profesionales".

- El fundamento séptimo alude al principio de proporcionalidad que debe presidir la elección de la sanción; a que éste exige sopesar correctamente las específicas circunstancias del caso a fin de lograr la debida y necesaria adecuación entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; y a que circunstancias tales como la perturbación que la infracción cometida pueda ocasionar en el funcionamiento de la Administración de Justicia, su trascendencia y repercusión social, deben ser tenidas en cuenta a la hora de realizar un adecuado juicio de proporcionalidad.

- El fundamento octavo deja constancia de que las particularidades especialmente valoradas en el caso enjuiciado han sido: muy particularmente las derivadas del número de procedimientos afectados por el retraso producido; las circunstancias subjetivas de dedicación del Magistrado expedientado; y la reiteración en la conducta por él observada.

Y también señala que se han tomado en consideración, a los efectos del principio "non bis in idem", los procedimientos a que se hace mención en los hechos probados.

TERCERO.- El "suplico" de la demanda formalizada en el actual proceso por el Ilmo. Sr. D. Joaquín, transcrito en los antecedentes de esta sentencia, reclama con carácter principal la nulidad del acuerdo sancionador impugnado y que se declare la inexistencia de infracción y, subsidiariamente, que los hechos por los que ha sido sancionado el actor sean calificados de falta grave y no, como lo han sido, de falta muy grave.

Postula además, para la efectividad de cualquiera de esas declaraciones, "el pleno restablecimiento del demandante en la situación económica, administrativa, laboral o social que gozaba antes de la sanción, con eliminación de todos los efectos que la misma haya podido desplegar en

todos los ordenes que afectan al Sr. Joaquín".

CUARTO.- Los argumentos de fondo esgrimidos en apoyo de esas pretensiones son desarrollados en los apartados II a VI de la demanda.

El apartado II cuestiona la falta muy grave que ha sido aplicada (la tipificada en el artículo 417.9 de la LOPJ) con estas dos principales razones.

Por un lado, se afirma que la proposición inicial de la instructora de falta grave (del artículo 418.11 de la LOPJ) fue luego transmutada en la falta muy grave finalmente aplicada, y esto se hizo sin que en la actuación hubiese ningún "plus"; y, por otro, se dice que los hechos probados son confusos porque no se sabe cuales de ellos han sido objeto de los tres sucesivos expedientes disciplinarios núms. 30/02, 58/06 y 19/08 que se le han seguido al demandante.

El apartado III denuncia la violación de la jurisprudencia que, según el recurrente, ha sentado que cada expediente ha de ventilarse en su propio contexto sin tomar en consideración otros expedientes. Lo hace después de señalar a este respecto que la valoración de los hechos y la calificación aplicada se ha hecho en función de otras actuaciones disciplinarias anteriores que ya están finalizadas, y de otras actuaciones de la misma naturaleza simultáneas y posteriores que también se siguen por el retraso en el dictado de resoluciones; y de aducir sobre dicha base que se evalúan tanto retrasos acontecidos tiempo atrás que necesariamente tenían que existir cuando concluyó el expediente de 2006, como otros nuevos que deben considerarse dentro de los límites de lo permitido.

Este mismo apartado invoca también la jurisprudencia que, en relación con las faltas disciplinarias que tipifican los retrasos, ha declarado que debe tomarse en consideración la mayor o menor gravedad que revele el incumplimiento mediante la valoración de las circunstancias que hayan rodeado al retraso y, con ese punto de partida, censura la omisión de un historial pormenorizado de cada uno de los asuntos relacionados y de las causas del retraso. Como también reprocha que el expediente y la resolución sancionadora se limitan a hacer la relación de los asuntos pendientes y a negar las causas de disculpa que fueron alegadas por el recurrente, y que se procede así por el consejo a pesar de conocer la sobrecarga de trabajo del juzgado y la superación de los módulos de entrada y de salida.

El apartado IV trae a colación la jurisprudencia que, en cuanto a las tres faltas disciplinarias que castigan el retraso (las de los artículos 417.9, 418.11 y 419.3 de la LOPJ), ha declarado que en todas ellas resulta inexcusable el elemento de culpabili-

dad y, por ello, que quede demostrado que el retraso se debe a una pasividad intencional o negligente del juez o magistrado.

Sostiene, así mismo, que los hechos acreditados a lo sumo pueden calificarse como falta "grave" y no "muy grave" debido a lo siguiente: no haberse reflejado una incidencia especialmente perturbadora en la marcha general del juzgado, ni la incidencia sobre el total de los procedimientos; afectar el retraso a las sentencias y funcionar todo lo demás con normalidad; y no haberse ponderado la atención a otros procedimientos no pendientes de sentencia sino de otro tipo de resoluciones.

El apartado V invoca que se cumpla el mandato del artículo 3 del Código civil de tener en cuenta la realidad social en la actividad interpretativa y, a tales efectos, se pide que se ponderen los atrasos actualmente existentes en la Justicia española en todos sus órdenes y órganos y tipo de asuntos.

El apartado IV se limita a citar genéricamente el principio "iura novit curia".

QUINTO.- No son convincentes ningunas de esas razones de impugnación que son expuestas en la demanda por lo que se razona a continuación.

Comenzando por el estudio de las notas o elementos esenciales que han de concurrir para que pueda ser apreciada la falta muy grave de "retraso injustificado y reiterado" del artículo 417.9 de la LOPJ, lo primero que debe declararse es que la aplicación de este concreto ilícito disciplinario efectivamente exige que el incumplimiento alcance unas elevadas cotas de gravedad y, además, debe igualmente subyugarse que para tal aplicación resulta insuficiente tomar tan sólo en consideración el hecho objetivo del retraso y no ponderar la dedicación.

Pero debe decirse también que, constando el hecho objetivo del retraso, incumbe al interesado justificar debidamente todas aquellas circunstancias que puedan tener un efecto atenuatorio o exculpatorio.

Una vez sentado lo anterior, debe resaltarse, por ser relevante para lo que en este proceso jurisdiccional se discute, que los hechos declarados probados exteriorizan lo siguiente:

a) El retraso acreditado está referido a un muy elevado número de asuntos (278) y exterioriza en la gran mayoría de ellos dilaciones durante períodos muy amplios (tres años en 18 asuntos finalizados en 2005 y 2 años en 136 finalizados en 2006).

b) La enorme tardanza afecta a asuntos que son muy anteriores a otros más modernos que ya han sido resueltos (así lo dice el fundamento

cuarto del acuerdo sancionador, sin que esta afirmación haya sido eficazmente rebatida).

c) El demandante en el actual proceso no ha descrito ni acreditado específicas circunstancias que le impusieran una clase de dedicación que hiciera inevitable esos retrasos.

A lo anterior debe añadirse que no es de compartir la confusión que se reprocha a los hechos probados, porque en ellos se hace una remisión a los documentos o folios del expediente donde figuran las relaciones de los asuntos incurso en los retrasos que fueron objeto de cada uno de los expedientes disciplinarios, y la lectura de dichos folios permite identificar cada uno de esos asuntos y la entidad del retraso.

Y también debe subyugarse que no hay ningún obstáculo jurídico que impida que determinados retrasos, que ya fueron objeto de un anterior expediente disciplinario que terminó sin apreciar infracción, puedan ser de nuevo ponderados, pues el mantenimiento de esa misma conducta durante un tiempo posterior es un nuevo dato o circunstancia adicional que otorga a la situación resultante una superior gravedad y, por ello, una nueva reprochabilidad o significación disciplinaria.

La conclusión debe ser, pues, que los incumplimientos profesionales del recurrente que revelan esos hechos probados revisten una suma gravedad y, consiguientemente, que esa falta del artículo 417.9 de la LOPJ en el actual caso ha sido correctamente aplicada.

Debe decirse a este respecto que, prescindiendo de los asuntos que fueron considerados en el expediente disciplinario 58/06 (los 122 que se contabilizan en la relación obrante a los folios 134 a 137 del expediente remitido a este proceso), quedaría un resto de 156 asuntos que, por ser una cifra todavía muy elevada y por ir referida a asuntos donde el tiempo de retraso es muy exagerado, no permiten descartar esa suma gravedad que acaba de afirmarse.

Por otro lado, no es de apreciar que la elección de la sanción aplicada no haya observado debidamente el principio de proporcionalidad, ya que: la sanción corresponde al tramo más bajo del período total que puede comprender la suspensión; y se utilizan como elementos de ponderación circunstancias tanto de agravación (el elevado número de asuntos y la extensa duración de los atrasos) como de atenuación (la dedicación del recurrente y la aplicación del "principio non bis in idem" respecto de los asuntos objeto del expediente disciplinario anterior).

SEXTO.- Lo que se ha venido razonando hace procedente desestimar el recurso contencioso-administrativo y no se aprecian razones para ha-



EL DERECHO

Año XVII. Número 2838

Madrid, 1 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

cer una expresa imposición de costas procesales.

FALLO

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

D. Joaquín contra el Acuerdo del Pleno Consejo General del Poder Judicial de 30 de abril de 2009 (dictado en el expediente Disciplinario núm. 19/08), al ser conforme a Derecho en lo que se ha discutido en el actual proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pa-

blo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2010/12412

TS Sala 1ª, Sentencia 22 febrero 2010.
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Cálculo de indemnización por clientela en contrato de distribución

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que revocó la de primera instancia, la cual desestimó la demanda y estimó en parte la reconvencción, en el sentido de rebajar la indemnización por clientela considerando que existió un error en su cálculo y fijándola no por el importe medio anual de las remuneraciones o ganancias percibidas por la entidad distribuidora demandante conforme a la normativa del contrato de agencia, sino por el importe o precio medio anual de las adquisiciones o compras hechas por la demandada reconviniendo a la actora que ha sido calculado por el perito y aceptada dicha fórmula por la demandante.

2010/12414

TS Sala 1ª, Sentencia 24 febrero 2010.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Exclusión de indemnización al darse novación en la concesión de estación de servicio

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que revocó la de primera instancia absolviendo a la demandada de indemnizar a la demandante por incumplimiento contractual, al considerar la sentencia recurrida que no cabe interpretar el contrato posterior celebrado como una consecuencia o ejecución del anterior en el que las partes pactaron la concesión de la administra-

ción de una estación de servicio, y al apreciar que éste vino novado por aquél y otros celebrados posteriormente entre las mismas partes en relación con otras estaciones de servicio, porque no sólo las obligaciones devienen incompatibles sino que, además, la voluntad de las partes no era sino la de extinguir la primitiva obligación.



2009/307301

TS Sala 2ª, Sentencia 16 diciembre 2009.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Absolución de los delitos de falsedad y estafa

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de falsedad y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los expresados delitos, por cuanto no pueden descartarse como irrazonables las conclusiones de la tesis alternativa propuesta por la defensa, que debilita la certeza de la imputación por la duda razonable sobre su veracidad. En efecto, el tribunal no ha podido contar con el original de la certificación que se dice utilizó el acusado para engañar a los dos supuestos suscriptores, y no se comprende que, ante ese lastre de credibilidad de la pericia, ni siquiera se haya oído a la persona cuya firma se dice que el acusado ha falsificado.

2009/307290

TS Sala 2ª, Sentencia 27 octubre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Absolución del delito contra la Seguridad Social

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado

contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de falsedad documental y contra la Seguridad Social. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del segundo de los delitos, ya que quien oculta el dinero o bienes que posee con la finalidad de evitar el pago de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, no por ello comete el delito. Tales actuaciones, en tanto posteriores al nacimiento de la deuda y a las pertinentes declaraciones sobre la misma, podrían constituir un delito de alzamiento de bienes en cuanto buscan impedir a los acreedores, en este caso la Seguridad Social, la percepción de las cantidades que en aquellos conceptos le correspondían y a cuyo pago estaba obligada la entidad empleadora.

Formula voto particular el Magistrado D. Andrés Martínez Arrieta.



2010/19298

TS Sala 4ª, Sentencia 22 enero 2010.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Concesión de plus de penosidad convencionalmente previsto

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa constructora demandada contra sentencia que acogió la pretensión del trabajador accionante sobre complemento por trabajos penosos.

Señala la Sala que no discutiéndose que el actor tenga derecho a devengar el plus de penosidad previsto convencionalmente, es carga del empresario acreditar que se lo ha abonado, no bastando la simple invocación de que se le abona en el capítulo de incentivos, sino que es preciso diferenciar en nómina lo que se percibe por cada concepto de los que se integran en el genérico de incentivos.

2010/19312

TS Sala 4ª, Sentencia 9 febrero 2010.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Prescripción de acción sobre vigencia de pacto extraestatutario

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato demandante contra sentencia que acogió la excepción de prescripción de la acción sobre declaración de vigencia del acuerdo colectivo de la empresa de transportes demandada.

Explica la Sala que no existe base para interpretar que el pacto extraestatutario cuestionado tuviera una duración válida y claramente pactada más allá de su año estipulado de vigencia, constando además probado que, como máximo, alguno de sus posibles pactos pudo aplicarse durante el año siguiente, pero no con posterioridad.

2010/14356

TS Sala 4ª, Sentencia 3 febrero 2010.
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Exclusión del servicio militar de los años 50 y 60 de la cotización a efectos de pensión de jubilación

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el beneficiario accionante contra sentencia que rechazó su derecho a pensión de jubilación por no acreditar suficiente periodo de carencia.

Explica la Sala que durante todo el periodo en el que el demandante realizó su servicio militar nunca estuvo comprendido en el ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social.

2010/14351

TS Sala 4ª, Sentencia 10 febrero 2010.
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

Exclusión en responsabilidad del FOGASA de compensación por falta de preaviso

Desestima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador accionante contra sentencia que rechazó su pretensión frente al FOGASA sobre abono del importe de la falta de preaviso por extinción de contrato por causas objetivas.

Explica la Sala que la entidad demandada deberá abonar en el supuesto enjuiciado el 40% de la indemnización legal a la que se refiere el art. 33,2 ET, que no comprende cantidad alguna por el concepto de preaviso.