



Roj: **STS 2268/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2268**

Id Cendoj: **28079120012021100483**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2021**

Nº de Recurso: **3248/2019**

Nº de Resolución: **489/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 489/2021**

Fecha de sentencia: 03/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3248/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 7ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3248/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 489/2021**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de junio de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación de los acusados **D. Segundo , D. Carlos Jesús , Dª Amalia , D. Carlos Alberto , Dª Ana , D. Luis Angel Y Dª Azucena** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera de fecha 5 de diciembre de 2018 en el Rollo de Sala nº. 7725/2017, que les condenó por un delito continuado de malversación de caudales públicos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por el procurador D. Juan Pedro Marcos Moreno, bajo la dirección letrada de Dª. Lidia Segura García, y como parte recurrida La Junta de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía; y Divengas Combustible, S.L., representada por el procurador D. Mauricio Gordillo Cañas, bajo la dirección letrada de D. Jaime Biosca Azcoiti.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de instrucción nº 17 de Sevilla instruyó procedimiento abreviado nº 232/2015 contra D. Segundo , D. Carlos Jesús , Dª Amalia , D. Carlos Alberto , Dª Ana , D. Luis Angel Y Dª Azucena y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que con fecha 5 de diciembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "**PRIMERO.-** Desde el año 2006 al 2009 Adriano prestó servicios como conductor para la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, sociedad anónima mercantil adscrita a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (actualmente Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural) de capital íntegramente suscrito y desembolsado por la Junta.

El acusado que, en un principio prestaba sus servicios mediante un contrato de trabajo temporal, desde el 19.11.08 pertenecía, por nuevo contrato, al personal laboral indefinido de carácter estructural y horizontal de dicha empresa sin vínculo estatutario o administrativo y sujeto a convenio laboral.

Como conductor de vehículos oficiales su misión era trasladar a los distintos consejeros Delegados de Empresa Pública, y en tal concepto recibió por parte de la empresa pública un vehículo marca Peugeot matrícula .... NLL que tenía asignadas tres tarjetas de repostaje, en concreto: dos tarjetas Cepsa con nº NUM000 y nº NUM001 y la tarjeta Solred con nº NUM002 , entregadas al mismo para pagar los importes de gasoil de los desplazamientos que tuviera que realizar en el ejercicio de sus funciones .

**SEGUNDO.-** El acusado entre los años 2008 y 2009, con ánimo de obtener un ilícito beneficio, de forma reiterada y en connivencia con empleados de varias gasolineras de la localidad de Sevilla, en concreto de las estaciones de servicio de Sotre-2 (Cepsa), Store-1- (Cepsa), La Raza- (Repsol) y del Aeropuerto- (Cepsa) sitas respectivamente en el Polígono Store, en la Avenida de la Raza y en la carretera de A- 4 Km 534, 8 , (Sevilla-Cordoba), llevó a cabo maniobras fraudulentas con las cuales ha venido cargando a las tarjetas entregadas, importes por combustible de repostajes que realmente no había efectuado, en otras ocasiones realizó dichos repostajes para actuaciones particulares e incluso se realizó en otros vehículos y todo ello fue abonado por la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero a través de las tarjetas así utilizadas. De esta forma en la primera de las maniobras referidas, el correspondiente expendedor pasaba la tarjeta por la TPV de la gasolinera a pesar de no efectuar repostaje alguno en el vehículo oficial que conducía Adriano , cargando en ellas el importe del dinero en efectivo disponible en la caja de la correspondiente gasolinera repartiéndoselo entre Adriano y el correspondiente trabajador de la gasolinera.

De esta forma:

**1º En la estación de servicio Store-2** el acusado ha cargado repostajes a las tarjetas referidas en 370 ocasiones, realizando operaciones con los siguientes empleados: Segundo , Carlos Jesús , Amalia , Ana , Carlos Alberto , Donato , Azucena y Luis Angel . El importe cargado en dichos repostajes asciende a : 30.174'08e

**2º En la estación de servicio Store-1** el acusado ha cargado a las tarjetas referidas repostajes ficticios en 78 ocasiones, actuando con la empleada **Marta** y por importe de 6.162'75€, siendo éste el total defraudado.

**3º En la estación de servicio La Raza** el acusado ha cargado repostajes a las tarjetas en 282 ocasiones, con los siguientes empleados: Geronimo , Hermenegildo , Ignacio , Íñigo , Jorge , Leonardo , Maximiliano , Nazario y Ovidio .

**4º En la estación de servicio del Aeropuerto** el acusado ha cargado repostajes a las tarjetas en 48 ocasiones, con los siguientes empleados:



Raimundo , Rodrigo , Santiago y Sixto .

No constando irregularidad en los mismos.

**TERCERO.-** El vehículo Peunot 607 matrícula .... NLL fue sustituido por otros vehículos de sustitución sin que conste marca, modelo ni kilómetros recorridos en las siguientes fechas: del 23.03.08 al 26.05.08, del 02.02.09 al 06.02.09, del 19.11.08 al 25.11.08, del 05.05.09 al 11.05.09, del 26.05.08 al 11.06.08, del 04.08.09 al 21.08.09, correspondiendo un total de 4.759'76€ cargados a las tarjetas de repostaje correspondiente a 4.798'161 litros de combustible.

**CUARTO.-** Como consecuencia de tales operaciones en las referidas gasolineras, fueron cargados entre el 01.04.08 al 30.09.09 a las tres tarjetas un total de 75.979'60E en concepto de repostajes de 75.853'50 litros (Tarjeta Cepsa nº NUM000 - son 24.265'88 litros que se le han cargado y en euros alcanza los 26.003'93, tarjeta Cepsa con nº NUM001 por 28.708'63 litros que alcanzan los 26.332'29€; y la tarjeta SOLRED con un total de litros de 22.808'69€ que alcanzan los 23.643'38E) .

Si bien según el kilometraje real del vehículo, que es de 108.790 km, debería haber repostado únicamente 5.657'08 litros de combustible en carretera, 9.247'15 litros en ciudad y 6.962'56 litros mixto y haberse cargado olo un total, en las tres tarjetas, de 5.671'74E para carretera, 9.271 '11€ para ciudad y 6.980'60€ para mixto según informes periciales.

Por lo que a un total de 75.979'60€ cargados en tarjetas y referido a un consumo para ciudad de 9.271'11€ (lo más favorable) la cantidad defraudada en total de las cuatro gasolineras ascendería a 66.708'49€ si bien descontando el importe en euros correspondiente al tiempo que el vehículo estuvo en sustitución ( 4.759'76E) la cantidad defraudada ascendería a 61.948 '73E.

**QUINTO.-** Adriano y Marta han venido reconociendo los hechos desde su declaración en sede policial y con sus declaraciones han contribuido a la investigación del procedimiento.

**SEXTO.-** La causa ha estado paralizada por causa no imputable a ninguno de los acusados desde el 20.10.14 al 02.03.17.

**SÉPTIMO.-** Consta abonado por parte de Cepsa-Card SA a la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero la cantidad de 5.084'41€, en concepto de cargos en tarjetas por operaciones no justificadas debidamente.

**OCTAVO.-** Todos los acusados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales computables."(sic)

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, dictó sentencia nº 663/2018 con el tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS como autor de un Delito continuado de Malversación de Caudales Públicos del artículo 435.1 en relación con artículo 432.1 y 74 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio) con la concurrencia de dos circunstancias atenuantes ,una de ellas como muy cualificada y otra como analógica, a Adriano a la pena de: 17 meses de prisión e Inhabilitación absoluta durante 2 años y 6 meses.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS como cooperadora necesaria de un Delito continuado de Malversación de Caudales Públicos del artículo 435.1 en relación con artículo 432.1 y 74 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio) con la concurrencia de dos circunstancias atenuantes, una de ellas como muy cualificada y otra como analógica a Marta a la pena de: 8 meses de prisión e inhabilitación absoluta durante 1 año.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS como cooperadores necesarios de un Delito continuado de Malversación de Caudales Públicos del artículo 435.1 en relación con artículo 432.1 y 74 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio) sin la concurrencia de circunstancias modificativas a: Segundo , Carlos Jesús , Amalia , Ana , Carlos Alberto , Donato , Azucena Y Luis Angel a la pena de 12 meses de prisión e inhabilitación absoluta durante 2 años.

Debiendo ser abonada en concepto de responsabilidad civil por Adriano , a la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía; la suma de 56.864,32€; debiendo participar de forma conjunta y solidaria con éste, los siguientes acusados y de la siguiente forma:

- Marta , deberá indemnizar conjunta y solidariamente en la cantidad de 6162,75 por los 78 repostaje fraudulentos.
- Segundo deberá indemnizar de forma conjunta y solidaria en la cantidad de 333,98 €, por los repostajes fraudulentos en los que participó.
- Carlos Jesús deberá indemnizar conjunta y solidariamente la cantidad de 611,82 E. por los repostaje fraudulentos.



- Amalia deberá indemnizar conjunta y solidariamente la cantidad de 216,23 por los repostajes fraudulentos.
- Ana , deberá indemnizar conjunta y solidariamente la cantidad de 533,26 por los repostaje fraudulentos.
- Carlos Alberto , deberá indemnizar conjunta y solidariamente la cantidad de 344,67 por los repostaje fraudulentos.
- Donato , deberá indemnizar conjunta y solidariamente la cantidad de 624,13 € por los repostaje fraudulentos.
- Azucena , deberá indemnizar conjunta y solidariamente en la la cantidad de 278,12 por los repostaje fraudulentos.
- Luis Angel , deberá indemnizar conjunta y solidariamente en la cantidad de 391,70€ por los repostaje fraudulentos.

Finalmente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.4 del código penal, habiendo quedado acreditada la actuación fraudulenta de los empleados de las estaciones de servicio Store 1 y Store 2 aquí condenados en cooperación necesaria con el autor material de los hechos descritos, procede establecer la responsabilidad civil subsidiaria de dichas estaciones de servicio en la siguiente forma, 6162,75 respecto de los perjuicios causados en la estación de servicio Store 1 y 3155,91 a la estación de servicios Store-2.

Así mismo debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a: Geronimo , Hermenegildo , Ignacio , Íñigo , Jorge , Leonardo , Maximiliano , Nazario , Ovidio , Raimundo , Rodrigo , Santiago Y Sixto .

Y absolver igualmente de la responsabilidad civil subsidiaria reclamada a las entidades La Raza S.A. y Cedipsa E.S. Aeropuerto.

Así mismo debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS por retirada de acusación contra los mismos a : Benita , Casilda , Mariano y Octavio .

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de 5 días a contar desde la última notificación mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."(sic)

**TERCERO.-** Con fecha 1 de julio de 2019, la citada Audiencia dictó Auto de Aclaración, cuya parte dispositiva es la siguiente: " Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala, ante mi, el Letrado de la Administración de Justicia ACUERDA: Rectificar el error material sufrido en la sentencia nº 663/2018, de fecha 05/12/18, en el sentido de aclarar que en la Parte Dispositiva donde dice "Debemos CONDENAR y CONDENAMOS como cooperadores necesarios de un Delito continuado de Malversación de Caudales Públicos del artículo 435.1 en relación con artículo 432.1 y 74 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio) sin la concurrencia de circunstancias modificativas a: Segundo , Carlos Jesús , Amalia , Ana , Carlos Alberto , Donato , Azucena Y Luis Angel a la pena de 12 meses de prisión e inhabilitación absoluta durante 2 años", debe decir "Debemos CONDENAR y CONDENAMOS como cooperadores necesarios de un Delito continuado de Malversación de Caudales Públicos del artículo 435.1 en relación con artículo 432.1 y 74 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio) con la concurrencia de la atenuante de Dilaciones Indebidas del art. 21.7 del CP, apreciada como muy cualificada a: Segundo , Carlos Jesús , Amalia , Ana , Carlos Alberto , Donato , Azucena Y Luis Angel a la pena de 12 meses de prisión e inhabilitación absoluta durante 2 años".."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por la representación de los acusados D. Segundo , D. Carlos Jesús , D<sup>a</sup> Amalia , D. Carlos Alberto , D<sup>a</sup> Ana , D. Luis Angel Y D<sup>a</sup> Azucena , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por la representación de los acusados, lo basó en los siguientes motivos de casación:

- 1.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por indebida aplicación del art. 435 en relación con el art. 432.1 de C.P.
- 2.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba.
- 3.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1, al no expresarse con claridad cuáles son los hechos que se consideran probados.



**4 y 5.-** Por infracción del precepto constitucional a la presunción de inocencia del art. 24 CE, con cauce casacional en el art. 5.4 de la LOPJ y falta de suficiente motivación conforma al art. 120.3 y 24.1 de la CE.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 17 de octubre de 2019 interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso, dándose igualmente por instruida las representaciones de las partes recurridas, impugnando la Letrada de la Junta de Andalucía el recurso formulado, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.** Por providencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 2 de junio de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como consecuencia de los hechos que declaró probados, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla condenó a los recurrentes como cooperadores necesarios de un delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 435.1 en relación con los artículos 432.1 y 74 del Código Penal (CP), con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 12 meses de prisión y dos años de inhabilitación absoluta.

Contra la sentencia interponen conjuntamente recurso de casación, formalizando tres motivos cuyo orden alteraremos por razones sistemáticas.

En el tercer motivo alegan vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sostienen que la condena se basa en indicios, pero que existen distintas posibilidades de que los hechos hayan sucedido de forma diferente, lo que debería determinar la absolución. Argumentan que el Tribunal de instancia se ha basado, en primer lugar, en determinar cómo eran las operaciones fraudulentas, señalando el repostaje ficticio, el efectuado en otros vehículos distintos del oficial y el efectuado para actuaciones particulares. En segundo lugar, teniendo en cuenta los efectuados por cantidad superior a la capacidad del vehículo o en fines de semana o festivos. Y, en tercer lugar, en identificar los empleados que prestaban servicio en la gasolinera, para identificar al único que tuviera la posibilidad de colaborar en ese momento. Señalan a esos efectos, remitiéndose al motivo segundo en el que mencionan documentos que consideran demostrativos del error del Tribunal, que los cuadrantes de trabajo no son fiables ni coinciden con las grabaciones de las cámaras de la gasolinera, de forma que es imposible establecer quienes son los empleados que prestaban servicio en el momento de las operaciones fraudulentas. Dicen también que se han utilizado vehículos distintos del primeramente asignado cuando éste era sustituido por necesidades de reparación. Y que se efectuaban desplazamientos oficiales en fines de semana y en festivos.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso con todas las garantías, ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) ( STC 185/2014). Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad



de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

Por otro lado, en cuanto a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "*A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" ( SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo "la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad" ( SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" ( SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 ; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3 ; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3 ; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8)".*

2. En la sentencia impugnada se examinan con detalle las pruebas existentes respecto de cada uno de los recurrentes. El Tribunal parte del reconocimiento de los hechos efectuado por el acusado y condenado como autor Adriano, que, como conductor del vehículo utilizado para los desplazamientos de cargos oficiales, tenía asignadas varias tarjetas destinadas al pago del gasoil que consumiera en los mismos, el cual necesitaba la cooperación de los empleados de la gasolinera de que se tratara para que aceptara pasar las citadas tarjetas por importes que no se correspondían con suministros reales de gasoil, cogiendo a cambio y repartiéndose con aquel acusado el dinero en metálico que en ese momento existiera en la caja.

A los efectos de identificar los suministros no correspondientes con la realidad, el Tribunal tiene en cuenta, en primer lugar, las cantidades de gasoil que figuran en muchos de ellos, muy superiores a la capacidad del vehículo ordinariamente utilizado. Aunque es cierto, y así se reconoce en la sentencia, que se han utilizado otros vehículos, no solo no se ha acreditado, ni siquiera de modo indiciario, que alguno de ellos tuviera capacidad de admitir el suministro de tales cantidades de gasoil; sino que, además, el Tribunal excluye en la sentencia los periodos en los que esos vehículos sustituyeron al asignado al acusado. En segundo lugar, también se valoran suministros de gasoil muy cercanos temporalmente a otros, todos ellos de cantidades altas, lo que hace imposible admitir el consumo de lo primeramente suministrado en tan corto periodo de tiempo. Y, en tercer lugar, se tiene en cuenta, en el cómputo más favorable, el gasoil necesario para los kilómetros realmente recorridos, en comparación con el importe de lo que aparece cargado como combustible a las referidas tarjetas.

3. Establecida así la existencia de la defraudación y el importe defraudado, la identificación de los recurrentes como cooperadores del acusado como autor, se efectúa teniendo en cuenta distintos elementos probatorios que se individualizan en la sentencia respecto de cada uno de los recurrentes. Con carácter general, es claro que la colaboración de éstos era imprescindible cuando la mecánica defraudatoria, descrita en la sentencia y reconocida por el acusado Adriano, consistía en cargar a la tarjeta una determinada cantidad, que no se correspondía con combustible realmente repostado, y extraer de la caja esa misma cantidad, que se repartiría entre el conductor y el operario de la gasolinera. El Tribunal, partiendo de ese razonamiento, solo considera atribuibles a cada uno de los recurrentes los repostajes que puedan considerarse ficticios por superar la cantidad repostada, en una sola vez o en varias muy cercanas temporalmente, la capacidad del vehículo, cuando ese recurrente en concreto fuera el único con posibilidad de aportar su colaboración al encontrarse prestando servicio en la gasolinera.



Todos los recurrentes prestaban sus servicios en la gasolinera Store 2, y según el coacusado Adriano, todos ellos participaron en la maniobra defraudatoria en alguna medida. En realidad, esta declaración inculpativa es la prueba principal de la participación de los recurrentes. Y, al tratarse de la declaración de un coimputado, precisa de la concurrencia de elementos de corroboración.

Estos aparecen respecto de Amalia por grabaciones de los días 21, 22 y 23 de setiembre de 2008 y por prueba documental que acredita su participación en un repostaje, efectuado el 23 de enero de 2009, de 91,18 litros, claramente superior a la capacidad del vehículo, y, aunque aquí compartía turno con Carlos Alberto, además figuran repostajes el 14 de enero de 2009, a las 22,55 horas por 93,05 litros y el 30 de setiembre de 2009, a las 9,23 y a las 13,40 por 71 y 70 litros respectivamente.

Respecto del recurrente Segundo, se acreditan repostajes ficticios los días 10 y 11 de mayo de 2009, estando solo él en la gasolinera, por 83,63 y 98,67 litros; el 23 de enero de 2009, por 67,50 litros, y el 6 de marzo de 2009, a las 10,40 y a las 11,26, repostando 76 y 80 litros respectivamente.

Respecto de Carlos Jesús se consignan repostajes efectuados en el año 2009, el 25 de marzo a las 6,09, de 86,17 litros; el 28 de agosto, a las 10,43 y a las 12,24 por importe de 66,64 y 67,66 euros; el 7 de setiembre, tres repostajes por más de 66 euros cada uno, y el 9 de setiembre, a las 8,15 y a las 12,35, dos repostajes por importes de 66,89 y 66,76 euros.

Ana consta como única empleada cuando se efectúan repostajes el 25 de febrero de 2009 a las 0,02 y a las 0,16, por importe de 65 y 68 euros. Y el domingo día 27 de julio, repostando en tres ocasiones, a las 14,52, a las 18,17 y a las 22,49, en las dos primeras 70,37 y 53,25 litros respectivamente. Y, de nuevo el día siguiente a las 13,39, 66,47 litros.

La recurrente Azucena, era la única operaria cuando se efectúan dos repostajes el día 25 de setiembre de 2009, a las 9,07 y a las 13,42, por importe de 65,57 y 67,89 euros.

Luis Angel participó en repostajes efectuados el 11 de marzo de 2009 a las 11,00, de 98,67 litros; el 22 de julio, a las 15,23 y a las 20,08 por 87 y 83 euros respectivamente. Y el 5 de marzo, a las 13,42 por cantidad que excede de la capacidad del vehículo.

Y Carlos Alberto, aparece como operario de la gasolinera, junto con Azucena, el día 21 de diciembre de 2008 en que se efectúan varios repostajes a las 13,10, 16,35, 20,47 y 22,14 horas. Al día siguiente, dos repostajes a las 9,56 y a las 21,27 horas. Y el día 24 de setiembre de 2009, dos repostajes por importes de 68,87 y 61,65 euros.

Por todo ello, la inculpativa efectuada por el coacusado, según el cual todos estos empleados de la gasolinera colaboraron con él en su mecánica defraudatoria, constituye la prueba principal y viene corroborada por la constatación de la presencia e intervención de los recurrentes en los repostajes que aparecen como irreales.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**SEGUNDO.**- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (LECrim), denuncia error en la apreciación de la prueba y designa documentos varios de los que desprende que el acusado principal Adriano utilizó diversos vehículos; que trabajaba incluso fines de semana y se desplazaba a otras provincias; y que el cuadrante de trabajo no es real, pues fue elaborado ad hoc por el gerente de la gasolinera, es contradictorio con algunas imágenes de las cámaras y, además, en ocasiones, algunos de los recurrentes compartían turnos, por lo que no puede atribuirse a uno de ellos la participación delictiva.

1. Como hemos reiterado, los requisitos que ha exigido la jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas



de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. Después de lo establecido en el anterior fundamento jurídico, los documentos aludidos en este motivo de los recurrentes carecen de eficacia para demostrar un error del Tribunal al describir los hechos probados. La prueba principal viene constituida por la declaración del coimputado y la presencia e intervención de los recurrentes en los momentos en los que se efectuaron anotaciones de repostajes claramente defraudatorios no es otra cosa que la corroboración necesaria para que aquella opere como prueba de cargo.

Desde este punto de vista, el motivo por error en la apreciación de la prueba debe ser desestimado, dado el carácter insuficiente de los documentos para demostrar la existencia de aquel. Y desde la perspectiva de la presunción de inocencia, en la que las alegaciones sobre la valoración razonable de tales elementos de prueba pueden ser examinadas, ya se ha resuelto en el anterior fundamento jurídico acerca de la suficiencia de la prueba de cargo para sustentar los hechos probados sobre los que se edifica la condena.

El motivo, pues, se desestima.

**TERCERO.-** En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 435.1 en relación con el 432.1 CP, pues no consta, y así lo reconoce la sentencia, que se hicieran al principal acusado Adriano las advertencias necesarias respecto de las consecuencias de su nombramiento como depositario de caudales públicos.

1. El artículo 435 del CP, en sus apartados 1º y 2º, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, disponía la extensión de las disposiciones de este capítulo, 1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. Y, 2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

Es cierto, como alegan los recurrentes y como se reconoce en la sentencia, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo que, en los casos de nombramiento de un particular como depositario de caudales o efectos públicos, no es exigible responsabilidad penal si no consta que se le hicieran de modo expreso y comprensible las advertencias necesarias respecto de las obligaciones que contrae con tal nombramiento y de las consecuencias de su incumplimiento.

En este sentido, en la STS nº 527/2016, de 16 de junio, se recuerda que "como ha declarado la doctrina de esta Sala --por todas, STS de 18 de Noviembre de 1998, que cita, entre otras, las de 30 de Abril de 1993; 14 de Febrero de 1994, 26 de Mayo de 1995 y 3 de Octubre de 1996--, el delito de malversación impropia tipificado en el art. 435 C. Penal, se trata de un tipo delictivo construido sobre dos ficciones: a) La de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público. b) La de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares.

Precisamente porque ésta es la base del injusto típico, la interpretación que debe hacerse de los actos de la autoridad que perfeccionan la ficción debe ser muy rigurosa. La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la formal y expresa instrucción del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida. No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente, al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su status personal el nombramiento de administrador o depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos.

En esa misma línea, la sentencia de esta Sala 654/1999, de 27 de Abril, declara que sobre esta doble ficción se han establecido unos requisitos del tipo penal, destacando, entre ellos, la necesidad de que la aceptación de la condición de depositario sea precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que un eventual incumplimiento de los deberes del depositario acarrea una responsabilidad penal, precisamente, a quien ni es funcionario público ni su conducta se realiza sobre caudales públicos, de no operar las ficciones expuestas con anterioridad. Se hace necesario, consecuentemente, una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes".





2. De lo anterior se desprende que la notificación y advertencia a la persona que es nombrada depositario de caudales o efectos públicos respecto de las obligaciones que contrae y de las consecuencias de su incumplimiento, no es exigible cuando se trata de un funcionario, al que, como consecuencia de las funciones públicas en las que participa, se le encargan o entregan caudales públicos para su aplicación a tales funciones.

En el caso, y esto es lo que se explica en la sentencia impugnada, no nos encontramos ante un particular que ha sido nombrado depositario de caudales públicos, sino ante un empleado de una empresa pública, ligado a la misma de forma indefinida en las condiciones descritas en la sentencia recurrida, que participa de las funciones públicas en cuanto que su ocupación consiste en conducir el vehículo oficial que corresponde a los Consejeros Delegados de la empresa pública en sus viajes o desplazamientos asimismo oficiales; y que, como consecuencia de dichas funciones, se ponen a su disposición, para su administración, unos fondos determinados con el límite de las tarjetas de crédito que se le entregan con la específica finalidad de atender al pago del combustible necesario para la utilización del vehículo oficial.

El dolo exigible en el delito de malversación impropia del artículo 435.2º consiste en el conocimiento de las características de los caudales que se entregan al particular a quien se nombra depositario y de las obligaciones que contrae.

En el caso, el acusado principal no es considerado un particular nombrado depositario o encargado de fondos públicos. Aunque desde el punto de vista administrativo no tenga la cualidad de funcionario, la jurisprudencia ha resaltado que el concepto que se deriva del artículo 24.2 CP, es autónomo y más amplio, de manera que lo que resulta relevante es la participación en el ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, lo cual resulta predicable del acusado. Y en esos casos, no es necesaria la información ni la advertencia, siempre que, como aquí ocurre, el sujeto conozca que se trata de caudales públicos y que se ponen a su disposición con la finalidad de atender a necesidades derivadas de la participación en funciones públicas.

Por todo ello, el motivo se desestima.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º. Desestimamos** el recurso de casación interpuesto por D. Segundo, D. Carlos Jesús, Dª. Amalia, D. Carlos Alberto, Dª Ana, D. Luis Angel y Dª. Azucena, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera de fecha 5 de diciembre de 2018 en el Rollo de Sala nº. 7725/2017.

**2º. Condenar** a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Pablo Llarena Conde  
Dª. Carmen Lamela Díaz D. Ángel Luis Hurtado Adrián