Roj: **STS 2271/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2271**

Id Cendoj: **28079150012019100083**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **09/07/2019**
Nº de Recurso: **2/2019**
Nº de Resolución: **83/2019**
Procedimiento: **Recurso de casación penal**
Ponente: **FRANCISCO MENCHEN HERREROS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

RECURSO CASACION PENAL núm.: 2/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 83/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Angel Calderon Cerezo, presidente

D. Javier Juliani Hernan

D. Francisco Menchen Herreros

Dª. Clara Martinez de Careaga y Garcia

D. Jacobo Barja de Quiroga Lopez

En Madrid, a 9 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 101-2/19, interpuesto por el capitán del Ejército del Aire D. Jesús Ángel , representado por el procurador D. Carlos Delabat Fernández, frente a la sentencia n.º 108 de fecha 12 de noviembre de 2018 , del Tribunal Militar Territorial Primero, por la que se condenó al recurrente como autor de un delito consumado "contra el patrimonio en el ámbito militar", previsto en el artículo 81.2 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre , del Código Penal Militar, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de "reparación del daño causado" establecida en el art. 21.5º del Código Penal , y de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de procedimiento", establecida en el art. 21.6º del Código Penal , a la pena de seis meses de prisión con las accesorias de suspensión militar de empleo y de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como responsabilidad civil, al abono de la totalidad de la cantidad indebidamente perciba, a cuya satisfacción se tendrá en cuenta la cantidad ya reintegrada, y los intereses legales correspondientes por el tiempo transcurrido entre el abono de la cantidad por parte de la Administración militar y el momento de su reintegro, a determinar en ejecución de sentencia y con arreglo al art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Ha sido parte demandada la abogada del Estado, en la representación que legalmente tiene atribuida y la Fiscalía Togada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos probados:

"PRIMERO.- PROBADOS Y ASÍ SE DECLARAR EXPRESAMENTE que el hoy Capitán D. Jesús Ángel , tras la finalización del período de formación en la Academia General del Aire en San Javier (Murcia), es destinado GRUCEMAC (Madrid), por resolución 7623/11509/08, de 9 de julio de 2008 (B.O.D. núm. 137); e inicia los trámites del procedimiento la indemnización por traslado de residencia (ITR) desde San Javier (Murcia) al nuevo destino; a tal efecto, presenta tres presupuestos de empresas de mudanzas, y aporta, a efectos de percepción de la indemnización por traslado de residencia, lo que pretende ser un certificado de recepción de un servicio de mudanzas de empresa Sancho Ortega INT, S.A, y un aparente documento de "recibí" de la antedicha empresa de mudanzas. Con base en esta documentación por la administración militar se le transfiere la cantidad de 2.550,00 euros, en concepto de la citada indemnización por traslado de residencia.

SEGUNDO.- PROBADOS Y EXPRESA E IGUALMENTE SE DECLARA que el Teniente D. Argimiro es quien proporciona al hoy Capitán D. Jesús Ángel los presupuestos de empresas de mudanzas que presenta en el expediente de indemnización de Traslado de Residencia (ITR), así como el documento con apariencia de factura de la empresa de mudanzas que se presenta.

TERCERO.- PROBADO Y ASÍ TAMBIÉN Y EXPRESAMENTE SE DECLARA que el hoy Capitán Jesús Ángel , con fecha 22 de julio de 2013, a iniciativa propia, reintegra a la Academia General del Aire (AGA) la cantidad de 2.550,00 euros, percibida en concepto de indemnización por Traslado de Residencia (ITR)".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la expresada sentencia es del siguiente tenor literal:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al Capitán del Ejército del Aire D. Jesús Ángel , como autor responsable de un delito consumado contra el patrimonio en el ámbito militar, previsto y penado en el artículo 81.2 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre , del Código Penal Militar, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de "reparación del daño causado", establecida en el artículo 21.5º del Código Penal , y de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento", establecida en el artículo 21.6º del Código Penal , a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión militar de empleo, y de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que no le será de abono para el servicio;

Se condena al Capitán D. Jesús Ángel , en concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, al abono de la totalidad de la cantidad indebidamente percibida, a cuya satisfacción se tendrá en cuenta la cantidad ya reintegrada, y los intereses legales correspondientes por el tiempo transcurrido entre el abono de la cantidad por parte de la Administración militar y el momento de su reintegro, a determinar en ejecución de sentencia, y con arreglo al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al Teniente D. Argimiro , como cooperador necesario de un delito consumado contra la hacienda militar, previsto y penado en el artículo 189.1 del Código Penal Militar de 1985 , y conforme al acuerdo alcanzado con la Fiscalía Jurídico Militar y la Abogacía del Estado, imponerle la pena de TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a una responsabilidad civil subsidiaria, si el Capitán D. Jesús Ángel no satisface la responsabilidad civil o deviene insolvente".

TERCERO.- Notificada que fue la sentencia a las partes, el procurador D. Carlos Delabat Fernández mediante escrito de 27 de diciembre de 2018, así como el Fiscal Jurídico Militar, por escrito presentado el 4 de diciembre del mismo año, manifestaron su intención de interponer recurso de casación, que se tuvo por preparado según auto de fecha 8 de enero de 2019 del Tribunal sentenciador.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, la Fiscalía Togada, mediante escrito presentado el 28 de enero del presente año, solicitó se le tuviera por desistido en el presente recurso, lo que se resolvió por decreto de esta Sala de fecha 30 de enero siguiente.

QUINTO.- Por escrito presentado el 7 de febrero de 2019, el procurador D. Carlos Delabat Martínez, en la representación que ostenta del recurrente, formalizó el recurso anunciado, que fundamentó en los siguientes motivos:

"PRIMER MOTIVO: al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta indebida de aplicación de los artículos 131 y 132 del Código Penal en relación con el 81 del Código Penal vigente.

SEGUNDO MOTIVO: Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no haberse expresado clara y terminantemente que hechos se consideran probados.

TERCER MOTIVO: Al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no resolverse sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la defensa.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO MOTIVO: Al amparo de los artículos 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española .

QUINTO MOTIVO: Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

SEXTO MOTIVO: Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 81, párrafo segundo del Código Penal Militar .

SÉPTIMO MOTIVO: Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 81, párrafo primero del Código Penal Militar .

OCTAVO MOTIVO: Formulado con carácter subsidiario por infracción de Ley y al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta indebida de aplicación del artículo 81, párrafo primero del Código Penal Militar .

NOVENO MOTIVO: Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por falta de aplicación debida de los artículos 130 , 131 , y 132 del Código Penal en relación con el artículo 81, párrafo primero del Código Penal Militar ".

SEXTO.- Dado traslado del recurso a la abogada del Estado, mediante escrito presentado el 15 de marzo del presente año, verificó el trámite conferido, solicitando a la sala se dicte sentencia que desestime íntegramente el recurso interpuesto, con expresa condena en costas.

SÉPTIMO.- Por escrito presentado el 9 de abril siguiente, el Fiscal Togado formalizó su oposición el presente recurso, solicitando en el suplico del mismo, se dicte sentencia por la que se acuerde: 1º.- No plantear la cuestión de inconstitucionalidad instada con carácter previo por la representación del recurrente, respecto de los arts. 189 del Código Penal Militar de 1985 y 81 del Código Penal de 2015. 2º.- Desestimar el recurso interpuesto, confirmándose en todos sus extremos la sentencia impugnada.

OCTAVO.- Por providencia de 27 de mayo de 2019, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 19 de junio a las 11.00 horas, acto que se llevó a cabo en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta sentencia.

El Magistrado ponente dictó la presente sentencia con fecha 26 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Plantea el recurrente, con carácter previo, a los distintos motivos casacionales, la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 81 del Código Penal Militar actual y el artículo189 vigente en el momento de comisión de los hechos, por vulneración de los principios de igualdad y proporcionalidad, al amparo del artículo 163 de la Constitución Española de 1978 . El citado precepto constitucional permite a los órganos judiciales que cuando consideren en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

La cuestión que ahora se reitera fue desestimada por el auto del Tribunal Militar Territorial Primero con fecha 1 de febrero de 2018, y reiterada en el juicio oral es desestimada en la sentencia recurrida (fundamento legal primero). Vuelve a insistir el recurrente en que, a su entender, el art. 81 del Código Penal Militar al establecer que: "1. El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años. 2. Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años de prisión, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido"; vulnera los principios de igualdad y proporcionalidad recogidos en los arts. 14 y 25.1 de la Constitución Española . Afirma el proponente de la cuestión que en el citado precepto penal se recoge un tipo que se considera de peligro abstracto y mera actividad, donde se sanciona al militar que solicita una prestación a la que no tiene derecho, agravándose la pena si es en beneficio propio. Delito recogido entre los otros atentatorios al patrimonio militar, pero mientras que en la mayor parte de estos solo contemplan agravaciones de las penas impuestas en el Código Penal común, el art. 81 tipifica un hecho que no tiene correspondencia en este texto acabado de citar. Por ello el recurrente, con el fundamento que anuncia que expondrá más adelante, manifiesta que el artículo 81 del Código Penal Militar vulnera los citados principios constitucionales, señalando que, sin que sea plausible una equivalencia pretendida con el delito de malversación de caudales públicos, y menos

cuando se aplica el Código Penal actual, al igual que el Militar, sí, en cambio, en este aspecto concreto, se opta por una equivalencia que ya no existe en nuestra legislación.

Según el recurrente, de la relación con los preceptos que protegen la hacienda pública en el Código Penal común, tanto en su vertiente de ingresos como de gastos, la cuestión es que si el artículo 81 del Código Penal Militar regula un supuesto de manejo desleal del patrimonio público, salvo que establezcamos un especial deber para los integrantes de las Fuerzas Armadas, nos encontraríamos ante una especie de administración desleal, en la que sería preciso que se diera un perjuicio económico para el patrimonio público y así, ese especial deber del militar debería ser idóneo para configurar un bien jurídico de entidad suficiente para fundamentar el empleo del derecho penal en estos casos.

Por otra parte el recurrente entiende que en relación con la Administración Pública, solo puede hablarse de un único patrimonio, el propio de esa Administración, sin perjuicio de destinar una parte a una u otra determinada función. Para el recurrente el patrimonio militar no es más que aquella parte de los recursos públicos que se asigna a las Fuerzas Armadas para cumplir con sus fines constitucionalmente fijados, por lo que, dice textualmente, "estamos ante el patrimonio público, que debe ser utilizado para las finalidades a las que está afecto, sin que en ello intervenga, como bien jurídico, la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni haya especiales deberes de lealtad de los funcionarios, de cualquier clase, que puedan fundamentar la protección penal por sí solos, ni reforzar la otorgada a otro interés jurídico". A su juicio, la confianza ciudadana en el honesto manejo de los medios y recursos públicos y la lealtad y fidelidad en el servicio de quienes integran las Fuerzas Armadas, señalados por la jurisprudencia como bienes jurídicos protegidos en el tipo penal recogido en el art. 81 del Código Penal Militar , no pueden ser considerados como intereses jurídicos dignos de protección penal, toda vez que, añade, pese a ser deberes recogidos en las Reales Ordenanzas, éstas son sólo "un código deontológico, compendio de los principios éticos que deben regir la carrera militar. Y si esa es su naturaleza, no parece debidamente justificado la existencia de un deber que pueda conformar un bien jurídico protegido penalmente".

Descartado así que pueda existir un especial deber de deslealtad en el empleo y manejo de la parte del patrimonio público asignado a las Fuerzas Armadas, utiliza el recurrente, como elemento comparador de la regulación contenida en el antes citado art. 81 CPM , los artículos (305 y 308) que el Código Penal dedica a la protección de la Hacienda Pública, concluyendo que "Nos hallamos, pues, ante un simple acotamiento del precepto en el ámbito militar, como delito especial, que no presenta ninguna diferencia por lo demás con respecto al delito de fraude de subvenciones previsto en el Código Penal ordinario. Siendo tal la única diferencia -y teniendo presente en todo caso el concepto unitario de hacienda- puede apreciarse en el precepto del Código Penal Militar frente al Código penal no militar la existencia de una divergencia calificable de irrazonable -concretada en una desigualdad de los sujetos ante la Ley- y desproporcionada, en lo que se refiere a la finalidad del delito, siendo el fin en ambas normas la articulación o materialización de un sistema control social altamente formalizado y la protección de un bien jurídico concreto común, la Hacienda Pública"; llegando a afirmar "la pena del Código Penal Militar es una pena inhumana y degradante, al resultar desproporcionada en relación a la gravedad del hecho cometido y a los fines de la pena"; finalizando con la solicitud de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, previos los trámites legales preceptivos, por entender que, tanto el derogado art. 189 del Código Penal Militar del año 1985 , como el actual art. 81 del Código Penal Militar de 2015, vulneran los principios de igualdad y de proporcionalidad.

La sala estima que esta pretensión previa debe ser desestimada por las mismas razones que compartimos y ya ha recibido, como respuesta, en la sentencia recurrida. El art. 81 del Código Penal Militar se acomoda, sin duda alguna, a los principios constitucionales que se invocan como infringidos. Como recuerda, en su escrito de oposición el Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional viene declarando que "en el ámbito militar los principios de unidad, subordinación jerárquica y disciplina (todos ellos recogidos, como el de lealtad, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas) constituyen valores primordiales merecedores de protección especial que pueden sustentar diferencias de régimen jurídico. Lo contrario, que es lo que parece pretender el recurrente al afirmar que el contenido de las Reales Ordenanzas no puede fundamentar "el desvalor de acción de un tipo penal", haría perder al Derecho Penal Militar, como hemos dicho anteriormente, toda sustantividad, pues esta rama del Derecho tiene precisamente su razón de ser en la protección de tales principios y valores, indispensables para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las altas misiones constitucionalmente encomendadas y que no aparecen protegidos por la legislación penal común" (SSTC 21/1981, de 2 de julio ; 31/2000, de 3 de febrero y 115/2001, de 10 de mayo).

Tampoco resulta acertada la invocación que hace el recurrente de los arts. 305 y 308 del Código Penal como términos de comparación para tratar de demostrar la desproporción de las penas contenidas en el art. 81 del Código Penal Militar . En este punto asiste toda la razón a la sentencia de instancia cuando recuerda que, a

diferencia de lo que ocurre en este último precepto, en aquéllos el sujeto activo no tiene con la Administración Pública (Hacienda Pública) esa relación de sujeción especial que, en cambio, sí se predica de los militares.

Por consiguiente, la Sala no alberga dudas sobre la constitucionalidad de la norma, por lo que no ha lugar a plantear la cuestión.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se plantea al amparo del artículo 849.1 L.E.Crim por indebida aplicación de los arts. 131 y 132 del Código Penal en relación con el art. 81 del Código Penal Militar .

El recurrente advierte que de ser estimado no sería preciso continuar con el análisis del resto de los motivos y reitera que la misma petición se hizo al comienzo de la vista del juicio oral, sobre la base de que los hechos, caso de entenderse delictivos, debieron ser calificados como integrantes del tipo básico recogido en el art. 81.1 del Código Penal Militar y no constitutivos de la figura agravada del art. 81.2, al haber procedido el acusado a devolver íntegramente el dinero recibido de la Administración Militar. De esta manera, continúa diciendo el recurrente, el plazo de **prescripción** sería de cinco años, tal y como establece el art. 131.1 del Código Penal . Añade a lo anterior que la sentencia recurrida no fija ni la fecha de consumación del delito ni la de interrupción de la **prescripción**, limitándose a exponer los criterios jurisprudenciales al respecto. En cualquier caso, entiende que la interrupción sólo la pudo producir el auto de incoación de las presentes actuaciones -sumario 11/18/2015-, dictado por el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 11, el 13 de mayo de 2015, toda vez que "la eficacia interruptiva de la **prescripción** sólo es posible por la tramitación de un procedimiento penal por órgano competente", circunstancia que no concurría, a su juicio, en el Juzgado Togado Militar Central n.º 2 que, entre otras actuaciones, acordó el procesamiento del capitán Jesús Ángel por auto de 2 de septiembre de 2014.

Es cierto que los hechos probados de la sentencia no señalan una fecha concreta a partir de la cual deba realizarse el cómputo del tiempo transcurrido desde el *dies a quo* hasta el *dies ad quem* y la sentencia, que contaba con los datos para hacerlo, debió señalar la fecha de consumación del delito y la fecha de interrupción de la **prescripción**; no obstante la sentencia recurrida desestima el motivo exponiendo los criterios jurisprudenciales aplicables y destacando especialmente que los argumentos planteados en el recurso se centran en la afirmación de que el delito cometido habría sido en su modalidad básica del art. 81.1 del Código Penal Militar , cuando el recurrente ha sido condenado realmente por la aplicación del número 2 del citado art. 81, que tiene prevista una pena de dos a diez años, por lo que el plazo de **prescripción** que corresponde es de diez años y no de cinco, como pretende la parte, de conformidad con lo previsto en el art. 131 del Código penal , de aplicación conforme a lo dispuesto en el art. 1.2 del Código Penal Militar .

Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición hay que recordar que el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª TS de 26 de octubre de 2010 nos dice que "para la aplicación del instituto de **prescripción** se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie".

Es evidente, por tanto, que el recurrente hace un planteamiento erróneo de la cuestión al cambiar la calificación del delito, insistiendo en que, la devolución de lo indebidamente percibido, esto es, la reparación del daño causado debió determinar la condena por el apartado 1 del art. 81, delito éste al que correspondería el plazo de **prescripción** de cinco años.

Dicho lo anterior, procede que recordemos los datos relevantes de este procedimiento para señalar el plazo computable a los efectos de la **prescripción** planteada. Así debemos destacar que:

"1º.- Tras aportar un documento con apariencia de factura de la empresa Sancho Ortega INT S.A por la cantidad de 2.550,00 E (f. 18), el entonces Teniente Jesús Ángel firmó y presentó el 20 de julio de 2009 (f. 19) un certificado de recepción de un servicio de mudanzas que la citada mercantil no había realizado, procediendo la Administración Militar a ingresarle en su cuenta corriente dicha cantidad el 30 de ese mismo mes (f. 21).

2º.- Por auto del Juzgado Togado Militar Territorial nº 11 de Madrid, de 2 de agosto de 2012, se acordó la incoación de Diligencias Previas como consecuencia de la documentación remitida por la Asesoría Jurídica del cuartel General del Aire relativa a la falsificación de facturas de empresas de mudanzas (f. 22, Rollo I, del CD obrante al folio 599).

3º.- Por auto del citado Juzgado Togado, de fecha 20 de noviembre de 2012, se acordó imputar a varios oficiales del Ejército del Aire, entre ellos al Capitán DON Jesús Ángel , por los delitos de deslealtad y contra la hacienda en el ámbito militar (f. 238, Rollo I del CD).

4º.- El antes citado Juzgado Togado acordó, por auto de fecha 7 de marzo de 2013, inhibirse del conocimiento de las actuaciones a favor de los Juzgados Togados Militares Centrales (folios 644 a 646, Rollo II del CD).

5º.- Por auto de 19 de febrero de 2015, el Tribunal Militar central (folios 590 a 593 del Rollo XVI del CD) acordó anular el procesamiento dictado, entre otros contra el ahora recurrente, por el Juez Togado Militar Central nº 2 en resolución de 2 de septiembre de 2014, (folios 70 a 86), remitiéndose las actuaciones a todos aquellos Jueces Togados Militares Territoriales que resultasen competentes.

6º.- Por auto de la Juez Togado Militar Territorial nº 11, de 13 de mayo de 2015, (f. 87), se acordó la incoación del Sumario 11/18/15 contra, entre otros, el Capitán DON Jesús Ángel , al que en dicha resolución se le imputaba la comisión de un delito contra la hacienda en el ámbito militar y un delito de deslealtad, siendo finalmente procesado tan sólo por el primer delito por auto de 16 de febrero de 2016 (folios 356 a 360)".

Con estos antecedentes podemos señalar que el *dies a quo* a tener en cuenta, siguiendo el criterio de nuestra jurisprudencia más reciente. Así decimos en nuestra sentencia n.º 34/2019 de 14 de marzo de 2019 "3.- La decisión del presente motivo requiere, en primer término, fijar el momento de consumación de este delito "contra el patrimonio en el ámbito militar", cuestión sobre la que se ha pronunciado ya esta sala y no siempre en sentido unívoco, en congruencia con su naturaleza declarada de delito de mera actividad y de consumación anticipada respecto del resultado, hemos dicho que el mismo se perfecciona cuando se realiza la conducta típica (sentencias de 11 de abril de 2012 y 109/2017, de 7 de diciembre , por todas), asentada sobre la solicitud de asignación de crédito mediando simulación, esto es, fingimiento, impostura y superchería, mentira en definitiva, en cuanto a corresponder determinados derechos económicos. Y ciertamente que constando acreditados ambos extremos, ningún inconveniente habría para afirmar la consumación. Si bien que esta teoría no permite resolver la mayoría de los supuestos, en que la mera petición indemnizatoria acompañada de presupuestos emitidos por profesionales del sector constituiría actos inocuos, o a lo sumo de tentativa punible si llegara a admitirse la forma imperfecta de ejecución en esta clase delitos de actividad.

Recientemente, en sentencia 85/2018, de 18 de octubre , hemos sostenido que la presentación de las facturas mendaces y la declaración del interesado de haber recibido el servicio contratado, constituyen datos objetivos e inequívocos de la consumación por haber realizado ya el sujeto activo los actos típicos propios de la autoría. Y en este sentido ratificamos ahora lo establecido en esta reciente sentencia por la fijeza y seguridad jurídica que de ello se extrae.

Por consiguiente, el *dies a quo* a considerar sería, respectivamente, el 19 de junio de 2009 y el 3 de mayo de 2011 en que el procesado llevó a cabo la conducta de aportación de las facturas inauténticas y la declaración mendaz. Si bien que tratándose de delito continuado debe considerarse en ambos casos para el cómputo inicial del plazo prescriptivo esta última fecha del año 2011".

Por consiguiente, consideramos que el *dies a quo,* en el caso presente, es el día 20 de julio de 2009 en el que el procesado llevó a cabo la conducta de presentar un certificado de recepción de un servicio de mudanzas que la empresa Sancho Ortega INT S.A no había realizado, consiguiendo con esta declaración mendaz que diez días después (el 30 de julio de 2009) la Administración Militar ingresara en su cuenta corriente la cantidad de 2.550,00 euros.

Para la determinación del día final (*dies ad quem)* debe estarse a la fecha en que la **prescripción** corriente quedó interrumpida, momento que coincide con el hecho de dirigirse el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito, lo que tiene lugar desde el momento en que se dicta resolución judicial motivada en la que se le atribuye su presunta participación en el hecho que pueda ser constitutivo de delito (art. 132.2 C.P reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).

Consta como hemos dicho en los antecedentes tercero y sexto, que, con fecha 20 de noviembre de 2012, se acordó la imputación del capitán Jesús Ángel , y en fecha 13 de mayo de 2015, el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 11 dictó auto de esta clase en el sumario 11/18/15, con lo que desde el año 2012 y 2015 quedó interrumpido el plazo prescriptivo iniciado el 20 de julio de 2009, cuando habían transcurrido tres años y cuatro meses desde que se consumó el delito (nuestra sentencia n.º 197/2017, de 6 de noviembre , sobre el efecto interruptivo del auto judicial de imputación).

Con independencia de que, en cualquier caso, no se habría producido desde la consumación del delito el transcurso de los diez años necesarios para la **prescripción** del ilícito recogido en el art. 81.2 del Código Penal Militar , olvidan tanto el recurrente como la sentencia de instancia que, como acabamos de decir, por auto de fecha 20 de noviembre de 2012, la Juez Togado Militar Territorial n.º 11, ya acordó imputar a varios oficiales del Ejército del Aire, entre ellos al capitán D. Jesús Ángel , por los delitos de deslealtad y contra la hacienda en el ámbito militar, resolución que constituye, como señala el ministerio fiscal, un acto de "dirección procesal del procedimiento contra el culpable" (STC 63/2005, de 14 de marzo), pues atribuye al hoy recurrente su participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito.

En conclusión, no ha transcurrido desde la consumación del delito hasta la imputación del capitán Jesús Ángel , los diez años que exige el art. 131 del Código Penal , ni tan siquiera habían transcurrido los cinco años que propugna el recurrente, por lo que procede la desestimación de este primer motivo.

TERCERO.- Se plantea el motivo segundo al amparo del artículo 851.1 de la L.E.Crim , al no haberse expresado clara y terminantemente qué hechos se consideran probados.

Tras recordar que en los hechos probados, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal, deben figurar todos los elementos de la conducta que son relevantes para su subsunción en un determinado tipo penal, incluso los de carácter subjetivo, mantiene el recurrente en este segundo motivo que el relato fáctico de la sentencia de instancia nada dice ni sobre el destino dado a la indemnización recibida ni sobre la concurrencia del dolo exigido por el tipo penal.

Pues bien, para que este motivo prospere, sería necesario que se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de la versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzca a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (sentencia Sala Segunda n.º 431/2015, de 23 de septiembre).

No es el caso de la sentencia impugnada, de la que se desprende con claridad la existencia de todos los requisitos exigidos para la perfección del ilícito contemplado en el art. 81.2 del código Penal Militar . Así, se reseña en el hecho probado primero que el acusado aporto "a efectos de percepción de la indemnización por traslado de residencia, lo que pretende ser un certificado de recepción de un servicio de mudanzas de la empresa Sancho Ortega INT, S.A y un aparente documento de "recibí" de la antedicha empresa de mudanzas. Con base en esta documentación por la Administración Militar se le transfiere la cantidad de 2.550,00 euros, en concepto de la citada indemnización por traslado de residencia", términos con los que, de forma bastante explícita, se alude tanto a la reclamación de indemnización, como a la mendacidad de la documentación aportada a la Administración Militar al conocimiento que de dicha falsedad tenía quien los entregó.

Estos hechos (documentación aportada y declaración del responsable de la empresa de mudanzas), llevan al tribunal *a quo* a efectuar el juicio de inferencia sobre la concurrencia del elemento intencional en el fundamento legal sexto, concluyendo "que el referido oficial intencionadamente aportó un documento con apariencia de factura, al no haber realizado esa empresa el servicio de mudanza, y un documento de reconocimiento de la recepción de un servicio de mudanza que no hizo.

Por lo que se refiere al destino dado a la indemnización es de resaltar que percibió la cantidad de 2.550 euros en su cuenta corriente el día 30 de julio de 2009, y que dicho importe fue reintegrado a la Administración el día 22 de julio de 2013, es decir, ocho días antes de que se cumplieran los cuatro años de su utilización en beneficio propio.

Por todo lo anteriormente expuesto, este motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El motivo tercero se formaliza al amparo del art. 851.3 de la L.E.Crim , por no resolver la sentencia todos los puntos alegados por la defensa.

Afirma la defensa del recurrente que en la vista del juicio oral, se destacó la existencia de prueba tendente a demostrar que la necesidad existía, y que en ningún caso se dedicó la indemnización a una atención supuesta, sino a aquella para la que se solicitó. La sentencia recurrida, aun cuando considera que sí existía la necesidad y que la indemnización fue destinada a su atención, en ningún momento entra a analizar lo propuesto y alegado en cuanto a los elementos del art. 81 del Código Penal Militar , lo que da origen a este motivo que plantea.

Pues bien, las omisiones que denuncia el recurrente no son tales, como expresan tanto el abogado del Estado como el ministerio fiscal en sus escritos de oposición, o han sido expresamente recogidas en la sentencia o, por su carácter meramente argumental, han de entenderse que han sido tácitamente desestimadas. Así resulta del fundamento de derecho quinto de la sentencia que, tras analizar la prueba practicada y la jurisprudencia aplicable, termina concluyente que "en el caso de autos, concurren en el caso del Capitán D. Jesús Ángel todos y cada uno de los elementos del artículo 81.2 del Código Penal Militar de 2015 jurisprudencialmente establecidos: a) el sujeto activo es un militar, en este caso, oficial del Ejército del Aire, b) que simula, es decir, se inventa necesidades del servicio, en este caso un traslado de enseres sufragado por el erario público, a través de una concreta empresa de mudanzas, aportando, para justificar el traslado, un falso documento de recibió de la empresa de mudanzas, y c) pone en marcha, mediante la solicitud y ulterior firma del certificado de recepción, el mecanismo para la asignación de un crédito presupuestario dirigido a indemnizar los supuestos gastos derivados del traslado de residencia que finalmente no se efectúa por la empresa cuyo presupuesto

y aparente documento de factura se presenta. Dicho esto, aunque el tipo penal se consuma con lo anterior, consta que se le hizo efectivo el pago, en concepto de indemnización por traslado de residencia, en la cantidad de dos mil quinientos euros (2.500,00 euros), con cargo a las partidas presupuestarias de la Hacienda Pública. Se produce, de este modo, el agotamiento del comentado delito".

Por otra parte, debemos señalar que el juzgador no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de estas alegaciones, bastando con la contestación a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión. A mayor abundamiento señala con acierto el ministerio fiscal que, de existir alguna omisión en las presentes actuaciones, ésta ha sido la del recurrente, que ha dejado pasar la posibilidad de que el tribunal sentenciador hubiese podido subsanar, por la vía que autoriza el párrafo 5.º del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , los olvidos u omisiones que ahora, de manera infundada, se denuncian.

El motivo es desestimado.

QUINTO.- En el motivo cuarto se denuncia, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial , y art. 852 de la L.E.Crim , la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . Entiende el recurrente vulnerado en este motivo el principio de presunción de inocencia "por cuanto no se ha probado la concurrencia de los elementos típicos del artículo 81, párrafo segundo del Código Penal Militar , pudiéndose calificar como no razonable el iter discursivo que va desde la actividad probatoria a los Hechos Probados", déficit que hace extensivo a la **prescripción** del delito por cuanto, como ya alegó en el motivo primero, la sentencia recurrida no consigna ni el día de consumación del delito ni el de interrupción de la **prescripción**. Reitera el recurrente en, este motivo que nos ocupa que, no sólo existía la necesidad del servicio que motivó la solicitud de la indemnización (el traslado de residencia como consecuencia del nuevo destino), sino que, además tal prestación se dedicó precisamente a la "atención" para la cual fue solicitada, que no era otra que el traslado de mobiliario.

Lo cierto es que la sentencia recurrida da como probado que el recurrente solicitó y obtuvo de la Administración Militar una indemnización por traslado de residencia de 2.550 euros para lo que aportó al preceptivo expediente un documento al que confirió apariencia de factura y un certificado de recepción del servicio, no realizando en definitiva el traslado en la forma y condiciones declaradas. Dicho relato se asienta en una prueba de cargo suficiente (prueba documental obrante en el expediente de traslado de residencia, testifical del representante de la empresa de mudanzas Sancho Ortega INT, S.A, y declaración del coacusado, Teniente Argimiro), válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente valorada. Pues bien, nada de esto se impugna por el recurrente, que se limita en este motivo a afirmar la existencia tanto de la necesidad como de la realización de la mudanza (sin concretar, por cierto, con quien hizo el traslado y, sobre todo, el precio real pagado). En definitiva, lo que aquí plantea el recurrente es una valoración probatoria alternativa a la que razonadamente llevó a cabo el tribunal *a quo*, pretensión que, como es sobradamente conocido, no tiene cabida en este trance.

En supuestos análogos al presente (sentencias de esta sala n.º 100/2017, de 7 de noviembre de 2017 y n.º 34 y n.º 51 de 2019), la sala ha reconocido el derecho a ser indemnizado por razón de un destino forzoso, si bien que, en lo que se refiere al concepto de traslado y mudanza de mobiliario y enseres personales, el resarcimiento se supeditaba a la efectiva realización del hecho indemnizable, en los términos y por el importe aprobados por la Administración. Cierto es también que el tribunal de instancia no descarta la realización de algún tipo de traslado ("... aunque pueda concluirse que se hizo un traslado de mobiliario...", se afirma en los fundamentos de convicción), pero es contundente al reseñar, sin solución de continuidad, que "en modo alguno, se concluye que ese traslado de muebles lo hiciera la empresa de mudanzas de la que se presente la aparente factura que ha sido aportada".

Finalmente en este motivo insiste el recurrente en que "al no existir prueba de cargo suficiente que permita descartar la **prescripción** del delito se infringe también el derecho a la presunción de inocencia".

En el fundamento de derecho segundo, al desestimar el motivo que analiza la **prescripción** del delito, hemos dicho que, si bien la sentencia omite designar las fechas de cómputo de la **prescripción**, en cambio sí concreta con absoluta precisión, cuales son los documentos de referencia a estos efectos, y cita: "la presentación por parte del Capitán D. Jesús Ángel de un documento de recepción de un servicio de mudanzas de la empresa Sancho Ortega INT, S.A., que esta empresa no realizó" (*dies a quo)* y "el cómputo del plazo de **prescripción** debe entenderse que quedó, ya en un primer momento, interrumpido en virtud de las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado Togado Militar Territorial Número 11, de Madrid, tras tener entrada la documentación remitida por el mencionado Juzgado Togado Central Número 2 de Madrid, relativa a los particulares desglosados del sumario 2/01/13, mediante auto, con fecha 13 de mayo de 2015, acuerda incoar el sumario 11/18/15" (*dies ad quem)* , no produciéndose, tampoco en este ámbito, vacío probatorio alguno.

El motivo es desestimado.

SEXTO.- El motivo quinto se articula también al amparo de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 852 de la L.E.Crim , por vulneración de la tutela judicial efectiva.

El recurrente mantiene que la sentencia recurrida incumple el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no permite conocer las razones por las que llega a una determinada interpretación y aplicación de la ley. En concreto, el vicio sentencial ahora denunciado se hallaría en la omisión de las fechas de inicio e interrupción de la **prescripción**; en la exposición que se hace para fundamentar la aplicación del art. 81 del Código Penal Militar y en la desestimación de lo alegado con carácter subsidiario sobre la aplicación, en su caso, del párrafo primero del citado artículo 81 "al haberse procedido a la reparación del daño que se hubiere podido causar".

Este planteamiento tan global es una reiteración, porque a las fechas de cómputo del plazo de **prescripción** ya nos hemos referido al responder a las alegaciones de los motivos casacionales primero y cuarto.

Lo mismo podemos afirmar sobre la aplicación del art. 81 del Código Penal Militar , donde de nuevo el recurrente insiste en distinguir entre la falsedad de la factura y la tipificación del delito. Ante la reiteración efectuada, la sala estima oportuno recoger la puntualización que efectúa el ministerio fiscal en su escrito de oposición, para destacar que: "en contra de lo que parece indicar el recurso, la sentencia de instancia en momento alguno da como probado que hubiese algún tipo de traslado de mobiliario. Lo que afirma, de forma indubitada, es que, caso de haber existido (como podría quizá desprenderse de las declaraciones del padre del acusado y del Capitán Millán), no se había efectuado "por la empresa cuyo presupuesto y aparente documento de factura se presenta". Y esa mendacidad en la documentación presentada tiene la trascendencia penal que le confiere el tribunal *a quo* , por la deslealtad con fines defraudatorios con que actuó el acusado, al reclamar y percibir determinada indemnización por razón de un servicio que, al menos en las condiciones acordadas con la Administración Militar, no realizó".

Con acierto, también el ministerio fiscal, señala que la queja sobre la inaplicación por el tribunal *a quo* del tipo penal contemplado en el apartado primero del art. 81 del Código Penal Militar , son argumentos que parecen más propios de un motivo por infracción de ley. Prueba de ello es que en el motivo octavo, formalizado, esta vez sí, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim , se reproducen iguales argumentos y pretensiones. Con independencia de lo anterior, la *ratio decidendi* del tribunal de instancia aparece perfectamente recogida y motivada en los fundamentos legales de su resolución, sin que se aprecie vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El motivo es desestimado.

SÉPTIMO.- Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim , funda el recurrente su sexto motivo denunciando la indebida aplicación del art. 81, apartado segundo, del Código Penal Militar .

Al comienzo del desarrollo argumental manifiesta que el cauce casacional escogido (la infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim), obliga a un escrupuloso respeto con los hechos probados de la resolución recurrida, tal como de forma reiterada y unánime se viene afirmando por la jurisprudencia.

A pesar de este reconocimiento, la realidad es que el recurrente realiza afirmaciones nada respetuosas con los hechos probados. Así dice, recapitulando las variadas reflexiones e interpretaciones para valorar los hechos probados de la sentencia, que: "Recapitulando lo anterior, aunque el comportamiento típico es solicitar, es preciso integrar el tipo con el resto de los elementos, como son la no necesidad del servicio, la simulación y la atención supuesta, dentro de la tipicidad objetiva. Y en este caso ciertamente se realizó el comportamiento típico, representado por la solicitud de indemnización por traslado, que a su vez -el traslado-, constituye la necesidad del servicio. Para que pudiera decirse que se había cometido el delito sería preciso que dicha necesidad no existiera, se hubiera fingido, se hubiera simulado como exige el Código Penal Militar. En este caso, como se desprende de los propios hechos probados, integrados por la fundamentación de la convicción, la necesidad existía y se dedicó la prestación a solventar la misma. Pero aun cuando se estimara que esos hechos probados no pueden ser complementados por el fundamento de la convicción, en ellos no aparece que se considere probado que no se realizó la necesidad del servicio con el importe de la prestación, ni que no lo fue en las condiciones y por el precio que figuraba en la documentación aportada".

Lógicamente, la sentencia de instancia no dice eso, no podría decirlo y a la vez fundamentar un fallo condenatorio. Es cierto que en los fundamentos de convicción, al valorar las declaraciones exculpatorias del padre y del compañero de piso del acusado, el tribunal *a quo* mantiene que "aunque pudiera concluirse que se hizo un traslado de mobiliario, de tales declaraciones, en modo alguno, se concluye que ese traslado de muebles lo hiciera la empresa de mudanzas de la que se presenta la aparente factura que ha sido aportada"; pero esa aceptación condicionada se hace a meros efectos dialécticos ("aunque pudiera..."), pues lo que se

pretende resaltar es que, en cualquier caso, el traslado de mobiliario y enseres no se efectuó en las condiciones acordadas con la Administración Militar.

Pero, es más, aunque la sentencia recurrida hubiese dado como probada la realización de alguna suerte de traslado, el ilícito penal aplicado seguiría subsistiendo pues, como se afirma en la sentencia de esta sala 5.ª, de 7 de noviembre de 2017 , que examinó un caso similar al presente pero en el que el tribunal de instancia sí había expresado su convencimiento de la realización de una mudanza, "la condena no trae causa de una mera infracción administrativa de ejecución irregular de un acto reglamentariamente autorizado por causa de traslado forzoso, sino por aquélla deslealtad con finalidad defraudatoria puesta en práctica por el acusado". (En el mismo sentido se pronunciaba la ya lejana sentencia, sala 5.ª, de 15 de octubre de 1997 , que afirmaba: "con su declaración de haber efectuado el traslado aportando documentación que no corresponde con la realidad, está faltando a la verdad, sin que el hecho de que la indemnización ilícitamente concedida se aplique posteriormente a la finalidad para la que se concedió, afecte al tipo penal").

En realidad toda la argumentación del recurrente se asienta en un error de interpretación, al equiparar el derecho a ser indemnizado por razón de un cambio de destino con la "necesidad" que se contempla en el art. 81. El primero, el derecho a ser indemnizado, asistía indudablemente al acusado, pero por lo que se refiere al concepto de traslado de mobiliario "el resarcimiento se supeditaba a la efectiva realización del hecho indemnizable, en los términos y por el importe aprobados por la Administración" (STS Sala 5.ª, de 7 de noviembre de 2017). todo lo que no se acomode a esos términos, constituye esa "simulación de necesidades" a la que se refiere el tipo penal aquí examinado.

De conformidad con todo lo hasta ahora expuesto, podemos afirmar que el pronunciamiento de la sentencia de instancia, condenando al recurrente como autor de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar, previsto y penado en el apartado 2 del art. 81 del Código Penal Militar , encuentra justificación objetiva y razonable pues, constituyendo dicho párrafo un tipo agravado para aquellos casos en que las cantidades obtenidas se destinen a beneficio propio, el recurrente tuvo la entera disponibilidad de la cantidad (2.550 euros) transferida por la Administración Militar en base a una documentación falsa, desde julio de 2009 hasta julio de 2013, fecha en la que procedió a su devolución.

El motivo es desestimado.

OCTAVO.- El motivo séptimo se articula igual que el anterior, por infracción de ley, al amparo de lo que disciplina el art. 849.1 de la L.E.Crim , en este caso por indebida aplicación del art. 81.1 del Código Penal Militar .

Argumenta en este motivo quien recurre, que el art. 81 del Código Penal Militar tipifica un delito doloso y que "la necesidad de simular la necesidad para el servicio, así como que la atención (necesidad) para la que se pide la prestación sea supuesta, excluye cualquier clase de dolo que no sea el directo". Tal reflexión le lleva a concluir que "estando admitida la realidad de la necesidad por la sentencia recurrida, no puede decirse que D. Jesús Ángel actuara de acuerdo con las exigencias del dolo típico de este precepto".

A la actuación eminentemente dolosa del recurrente se refiere el fundamento legal sexto de la sentencia de instancia que, a este respecto, mantiene que "a partir de la fundamental declaración testifical que se presta por el representante de la empresa de mudanzas Sancho Ortega INT, S.A, de la que necesariamente se concluye que el referido oficial intencionadamente aportó un documento con apariencia de factura, al no haber realizado esa empresa el servicio de mudanza, y un documento de reconocimiento de la recepción de un servicio de mudanza que no hizo, se desprende que, sin lugar a duda alguna, existen claros y evidentes indicios de los que, lógica y racionalmente, se desprende de elemento intencional exigido por el tipo penal del artículo 81.2 del Código Penal Militar de 2015".

Efectivamente, siendo la acreditación de este concreto elemento del tipo fruto de un proceso de inferencia, la documentación integrante del expediente de traslado de residencia y la declaración del responsable de la empresa de mudanzas Sancho Ortega INT, S.A deben llevar a concluir, como con acierto hace el tribunal *a quo,* que el recurrente, consciente y voluntariamente, simuló necesidades para el servicio, solicitando de la Administración Militar la asignación de un crédito presupuestario para una atención que resultó supuesta. No otra interpretación cabe realizar tras declarar el antes citado testigo que la factura obrante al folio 18 de las actuaciones no es tal, sino tan sólo un presupuesto al que se han añadido la palabra "factura" y un inexistente "recibí", siendo así que sobre esta falaz documentación realizó el Capitán Jesús Ángel el certificado de recepción (f. 19) de un servicio que, caso de haberse realizado, desde luego no lo fue en las condiciones que se hacen constar en este último documento.

En definitiva y con independencia de disquisiciones dogmáticas sobre la posibilidad de concurrencia de otros tipos de comportamientos dolosos, lo cierto es que la sentencia recurrida no duda de la intencionalidad de la actuación del acusado, conformando con ello elemento subjetivo del tipo penal en cuestión.

El motivo es desestimado.

NOVENO.- Mantiene en su motivo octavo el recurrente que, habiéndose declarado probado en la sentencia de instancia que el acusado procedió a la restitución de lo percibido como indemnización, la subsunción debió realizarse en el párrafo primero del artículo 81 del Código Penal Militar , por lo que con el carácter subsidiario expresado al inicio de este motivo, la sentencia recurrida infringió la ley de calificar los hechos como un delito del apartado segundo del citado artículo.

Cita el recurrente en apoyo de su pretensión -la aplicación al caso del párrafo primero del art. 81 C.P.M tras haber procedido a devolver la indemnización-, varias resoluciones de esta sala, que en modo alguno dicen lo que se pretende. La sentencia, de esta sala, de 7 de noviembre de 2017 , si bien es cierto que confirmó una sentencia de instancia recurrida por el condenado, en la que el tipo penal aplicado en la instancia, era el del art. 81.1 del Código Penal Militar , nada dice de la influencia de la devolución de lo percibido en la calificación jurídica de los hechos. Lo mismo cabe decir de la sentencia de esta sala, de 13 de septiembre de 2013 , con la particularidad de que esta resolución confirma una condena por el art. 81.2 del Código Penal Militar . atribuye por último a esta sala una sentencia, la n.º 16/2017, de 15 de diciembre , que además de haber sido dictada por el Tribunal Militar Territorial Tercero, se recoge de forma parcial y tendenciosa, pues en realidad lo que esta resolución refiere al respecto de la devolución de la indemnización es lo siguiente: "Constando en autos que dicha cantidad percibida por el hoy Capitán, se ha depositado por el mismo con carácter cautelar y en concepto de devolución, en la cuenta de consignaciones y depósitos del Juzgado Togado Militar n.º 32 de Zaragoza; la sala considera, limitada en la apreciación y valoración de la prueba por el principio acusatorio del que es depositario el Ministerio Público; que no se puede afirmar que las mismas se destinaran a beneficio propio, por cuanto, el acusado no llegó de forma efectiva a obtener rédito alguno de la cantidad indebidamente percibida, por lo que no sería de aplicación la agravación contenida en el número 21 del citado artículo 81". Es decir, en contra de lo que nos pretende hacer creer el recurrente, en este caso no se aplicó el párrafo segundo del art. 81 del Código Penal Militar , en primer lugar, por imperativo del principio acusatorio y, en segundo lugar, por no quedar acreditado el destino dado a dichas cantidades (no por la devolución de lo percibido).

La que sí se pronuncia sobre este aspecto del debate es la reciente sentencia de esta sala, de 14 de marzo de 2019 , que con una claridad que no deja lugar a otras interpretaciones, afirma que "la devolución de los fondos podría operar a efectos de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5.ª C.P), pero de ningún modo para varias la calificación del delito ya consumado".

El motivo es desestimado.

DÉCIMO.- Como último motivo casacional se plantea también, por el cauce que autoriza el art. 848.1 de la L.E.Crim , la vulneración de la aplicación debida de los artículos 130 , 131 y 132 del Código Penal , en relación con el art. 81.1 del Código Penal Militar .

Como acabamos de analizar en el motivo anterior, la indebida inaplicación del art. 81, apartado primero del Código Penal Militar , hemos de entender que esta pretensión es *ad cautelam* , sobre la **prescripción** del citado delito.

Esta alegación es reiteración del planteamiento efectuado (sobre la **prescripción** del citado delito) en el motivo primero, por lo que resuelta entonces, nos reiteramos en lo expuesto, sobre el cómputo del plazo de diez años para desestimar la solicitud de **prescripción** que se reproduce.

El motivo, y con él la totalidad del recurso, es desestimado.

UNDÉCIMO.- Finalmente este Tribunal de casación no puede dejar de llamar la atención sobre algunos extremos resaltables y relevantes de la sentencia de instancia, en lo que concierne a las condenas recaídas.

a) En cuanto concierne al capitán del Ejército del Aire D. Jesús Ángel , es condenado como autor responsable de un delito consumado contra el patrimonio en el ámbito militar, previsto y penado en el art. 81.2 de la Ley Orgánica 14/2015 , del Código Penal Militar, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de "reparación del daño causado", establecida en el artículo 21.5º del Código Penal , y de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento", establecida en el art. 21.6º del Código Penal , a la pena de seis meses de prisión, con las accesorias de suspensión militar de empleo, y de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que no le será de abono para el servicio.

b) En relación al teniente D. Argimiro , es condenado como cooperador necesario de un delito consumado contra la hacienda militar, previsto y penado en el art. 189.1 del Código Penal Militar de 1985 , y conforme al acuerdo alcanzado con la Fiscalía Jurídico Militar y a la abogacía del Estado, imponerle la pena de tres meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante

el tiempo de la condena, y a una responsabilidad civil subsidiaria, si el capitán D. Jesús Ángel no satisface la responsabilidad civil o deviene insolvente.

Por tanto, al autor se le condena por el tipo cualificado del art. 81.2 del Código Penal Militar , mientras que al cooperador necesario se le condena por su participación en el tipo básico del mismo delito (art. 81.1). Se infringen con ello los principios consustanciales a la participación delictiva, radicados en la accesoriedad y en la unidad del tíitulo de imputación, sin que el tribunal sentenciador ofrezca otra justificación que hallarse vinculado por el principio acusatorio, pero sin haber hecho uso de la facultad que le confiere el art. 733 de la L.E.Crim .

Deteniéndonos en esta llamada de atención sobre lo incongruente que resulta haber condenado al cooperador necesario por delito que no coincide con el cometido por el autor; sin haber lugar a modificar en este extremo la sentencia, dados los términos del debate casacional.

DUODÉCIMO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la justicia militar, conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio .

F A L L O

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

1.º Desestimar el recurso de casación n.º 101-2/19, interpuesto por el capitán del Ejército del Aire D. Jesús Ángel , representado por el procurador D. Carlos Delabat Fernández, frente a la sentencia n.º 108 de fecha 12 de noviembre de 2018 , del Tribunal Militar Territorial Primero, por la que se condenó al recurrente como autor de un delito consumado "contra el patrimonio en el ámbito militar", previsto en el artículo 81.2 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre , del Código Penal Militar, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de "reparación del daño causado" establecida en el art. 21.5º del Código Penal , y de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de procedimiento", establecida en el art. 21.6º del Código Penal , a la pena de. seis meses de prisión con las accesorias de suspensión militar de empleo y de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como responsabilidad civil, al abono de la totalidad de la cantidad indebidamente perciba, a cuya satisfacción se tendrá en cuenta la cantidad ya reintegrada, y los intereses legales correspondientes por el tiempo transcurrido entre el abono de la cantidad por parte de la Administración militar y el momento de su reintegro, a determinar en ejecución de sentencia y con arreglo al art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.º Confirmar la expresada sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero, por ser la misma ajustada a derecho.

3.º Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Angel Calderon Cerezo

Javier Juliani Hernan Francisco Menchen Herreros

Clara Martinez de Careaga y Garcia Jacobo Barja de Quiroga Lopez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ