**Sentencia de la Sala penal del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2023
(rec.404/2021)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 60/2023

Fecha de sentencia: 07/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 404/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 18/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.GALICIA

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 404/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 60/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 7 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación **nº 404/2021** interpuesto por **Ildefonso** representado por el Procurador Sr. D. Rafael Tovar de Castro y bajo la dirección letrada de D. José L. Gutiérrez Aranguren contra la *sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 17 de diciembre de 2020, resolviendo en grado de apelación la causa seguida en la Sección Primera* de la Audiencia Provincial de La Coruña, proveniente del *Juzgado de Instrucción número 2 de Corcubión, dimanante de procedimiento del Jurado 90/2018*, seguido contra el recurrente por delito de malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial. Ha sido parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Finisterre, representado por el procurador Sr. D. Julio Javier López Valcarcel y bajo la dirección letrada de D. Ramón García Seara. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Primera) Procedimiento del Jurado con el nº 90/2018 procedente del *Juzgado de Instrucción nº 2 de Corcubión se dictó Sentencia con fecha 7 de enero de 2021* que recoge los siguientes **Hechos Probados** :

" Ildefonso, con DNI NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el NUM001 de 1955, sin antecedentes penales, desempeñaba el cargo de Secretario Interventor del Concello de Fisterra, en calidad de funcionario de la habilitación estatal, desde el 1 de agosto de 1983 hasta el mes de septiembre de 2018, cargo que continua desempeñando en la actualidad.

Durante el periodo comprendido entre el mes de enero del año 2011 al mes de diciembre de 2012 Ildefonso, con ánimo de obtener un beneficio patrimonial injusto, concibió la idea de detraer dinero de las arcas municipales, aprovechando las facultades de disposición inherentes a su cargo, pues tenía entre otros cometidos, no solo la firma de las órdenes de pago de las nóminas sino también su remisión al banco para que se cargaran contra la cuenta núm. NUM002, titularidad del Concello, abierta en la entidad BBVA, sucursal de Santiago de Compostela.

Para la ejecución de esta detracción y al objeto de incrementar el importe a percibir en concepto de retribuciones ordinarias, el acusado manipuló y alteró sus propias nóminas y las órdenes de pago de las mismas, las últimas una vez se presentaban a la firma del **Alcalde** y Tesorero del Concello, sustituyendo las fechas de expedición originales por otras ficticias, utilizando órdenes bancarias de otras mensualidades, modificándolas en sus conceptos, importe o fechas o insertando anotaciones manuscritas con numerosas abreviaturas y cantidades que más tarde justificaría en las órdenes de pago.

Así incluía anotaciones como "nómina", "compensación de vacaciones",

"gratificaciones", "anticipos".

Ildefonso era conecedor de que los citados conceptos no le correspondían o no constaba la incoación y resolución del expediente administrativo, legalmente previsto para su concesión o autorización.

Las cantidades detraídas le fueron ingresadas al acusado en la cuenta bancaria de la que era titular en la entidad BBVA con núm. NUM003.

El importe de la cantidad indebidamente percibida y que procedía de las arcas municipales oscilaba entre 23.690 euros y 26.013,26 euros.

Durante los años de servicio el acusado desempeñó su cargo más allá de su jornada laboral oficial, y no disfrutó de sus periodos vacacionales, sin percibir contraprestación económica alguna.

Antes del año 2011 en conversación mantenida con el **Alcalde**, Paulino, convino en que sería compensado económicamente con efectos retroactivos cuando la situación económica del ente municipal hubiese saneado sus arcas.

La bonanza en las arcas municipales se produjo, y se mantuvo al menos durante los años 2011 y 2012, llegándose a la solución de que en tanto hubiera dotación que lo permitiera el acusado Ildefonso iría cobrando a cuenta las cantidades disponibles para esa concreta partida de personal. Los arqueos mensuales de caja, las cuentas generales de los ejercicios 2011 y 2012 no presentaban descubierto alguno en las diferentes consignaciones presupuestarias, como tampoco lo halló el Consello de Contas de Galicia.

Las alteraciones de los documentos (nóminas y órdenes de pago) fueron realizadas de forma grosera y burda, que era perfectamente apreciable por cualquiera, incluidos los empleados de la sucursal del BBVA de Santiago de Compostela.

Ildefonso manipuló y alteró elementos básicos de varios documentos municipales que le afectaban (nóminas y órdenes de pago de las nóminas) con el fin de obtener la detracción indebida de dinero de las arcas municipales, con el consiguiente perjuicio a las mismas, dinero que se ingresó en una cuenta bancaria de su titularidad.

Estas conductas tuvieron lugar en varias ocasiones durante un periodo de tiempo que discurre entre enero del año 2011 y diciembre del año 2012.

El procedimiento ha sufrido una demora o retraso injustificado y relevante en relación con su complejidad, excluyendo las demoras atribuibles al acusado Ildefonso.

El acusado Ildefonso reintegró a las arcas municipales la suma de 6.788,58 euros, correspondientes a anticipos, a través de transferencia de 26 de diciembre de 2018".

SEGUNDO. - La Parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que de conformidad con el veredicto de culpabilidad expresado por los miembros del jurado, DEBO CONDENAR Y CONDENO a Ildefonso como autor

criminally responsable, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño, de un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, que se encuentra en relación de concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, imponiéndole las penas de DOS AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, MULTA DE DIEZ MESES con cuota diaria de SIETE EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas e INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público relacionado con la función de Secretario-Interventor o cualquier otra que tenga como fin el manejo de caudales pertenecientes a una Administración Pública durante TRES AÑOS, con imposición de las costas causadas, entre las que se incluyen las de la Acusación Particular.

En concepto de responsabilidad civil, Ildefonso, indemnizará al Concello de Fisterra en la cantidad de 23.690 euros, de los que el acusado ha consignado 6.788,58 euros, restándole la suma de 16.901,42 euros, a estas cantidades resulta de aplicación el interés legal (*artículo 1108 del Código Civil*) desde la fecha de personamiento del Concello en concepto de acusador hasta la fecha de la sentencia o consignación, desde la sentencia procederá a devengar el interés prevenido en el *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Procede mantener la situación de libertad provisional del acusado en tanto no adquiera firmeza la presente resolución.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa.

Únase a esta resolución el acta del veredicto del jurado".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por **Ildefonso** , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal de La Coruña, que dictó *Sentencia con fecha 17 de diciembre de 2020* que, aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Ildefonso contra la sentencia dictada el 12 de marzo de 2020 por la 11

Es claro, desde luego lo es a juicio de este Tribunal, que no nos encontramos, según resulta jurisprudencialmente exigible, ante una paralización que pueda ser considerada "superior a la extraordinaria" o que le haya ocasionado al acusado un "perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple" (*STS 693/2019, de 29 de abril*). Desde luego que no nos encontramos ante una "dilación manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años" (*STS 692/2012*), ni ante una dilación que no guarde proporción con la constatada complejidad de la causa o que haya devenido "archiextraordinaria, desmesurada e inexplicable" (*STS 15/2018, de 16 de enero*). Sección 1ª de la *Audiencia Provincial de A Coruña en el Procedimiento del Tribunal del Jurado 90/18* .

2º Declarar de oficio las costas procesales del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona.

Así se acuerda y firma".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los siguientes motivos:

Motivos alegados por Ildefonso.

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del *art. 5.4 LOPJ* y *852 LECrim* (vulneración del derecho a la presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los *arts. 5.4 LOPJ* y *852 LECrim*. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del *art. 849.1 LECrim*, por indebida aplicación de los *arts. 390.1.1* ° y *432 CP*.

QUINTO .- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos. La representación legal de la parte recurrida, Ayuntamiento de Finisterre, impugnó igualmente todos los motivos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO .- Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día 18 de enero de 2023 informando las partes en defensa de sus respectivas posiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo el recurrente despliega un extenso alegato que, desbordando su anunciado contenido (presunción de inocencia), anticipa puntos que serán objeto de motivos posteriores (imparcialidad del jurado, carácter burdo de la falsedad). Hemos de ceñirnos ahora, por elementales pautas de ordenación que, además, están legal y jurisprudencialmente consagradas (principio de debida separación de motivos), a lo que es la pretensión nuclear del motivo: insuficiencia probatoria respecto de algunos elementos de la tipicidad.

Adorna el recurrente su discurso con largas y pertinentes citas doctrinales de indudable interés, y con referencias jurisprudenciales, que no podemos sino suscribir, acerca de lo que supone el derecho a la presunción de inocencia y sus fundamentos dogmáticos. Sugerentes son las referencias tomadas de una prestigiosa revista digital académica en texto firmado por un conocido procesalista. Las citas doctrinales referidas a la falsedad ha de reservarse para un ulterior motivo.

Ninguna duda cabe -es innecesario buscar apoyo como hace el recurso en textos legales o dogmáticos- del derecho de cualquier funcionario a percibir los emolumentos justos establecidos por su prestación de servicios. Tampoco es tema controvertido el régimen financiero de los entes locales.

Pero desde esas indubitadas premisas no puede aterrizar, por mucho empeño que se ponga en ello, como pone el recurrente, en la legitimidad de los desvíos de fondos para cobrar, fuera de cualquier cauce legal y sin previa consignación presupuestaria, lo que voluntariosamente y, probablemente, con argumentos materiales extrajurídicos atendibles, se considera merecido por *horas extraordinarias* o trabajos por encima de lo exigible, en estimación realizada por el propio interesado, incluso aunque fuese razonable y creyese contar con una tácita anuencia.

El motivo cuestiona no tanto la valoración probatoria del jurado, como el alcance jurídico que se ha dado a los hechos probados: se trataría de irregularidades administrativas que radicarían en la ausencia de aprobación formal de esos pagos que serían debidos. Por tanto, habría un desajuste entre los hechos probados y su catalogación como delictivos.

Ese hipotético desajuste no hubiese sido causa ineludible de devolución del veredicto como sugiere el recurso, sino, de su corrección a través de los recursos pertinentes.

Pero es que la razón jurídica no acompaña al recurrente.

En su comportamiento está presente un ánimo de enriquecimiento. Es obvio: no está facultado para *por sí y ante sí*, al margen de todo acuerdo regular, decidir que se le deben determinadas cuantías como gratificaciones por renuncia a vacaciones, horas extraordinarias u otros servicios. La opción del jurado por la proposición que incorporaba la ausencia de todo expediente administrativo para autorizar esos cobros no lleva a la atipicidad como parece presumir el recurso. Desde esa base fáctica se llega sin dificultad a la tipicidad de malversación.

En lo atinente a la falsedad no hay problemas de presunción de inocencia: los hechos están aceptados. El problema es de subsunción jurídica. El recurrente parte de lo que el jurado declaró probado; pero entiende que eso no debiera dar lugar a la condena. Es tema propio del tercer motivo canalizado por infracción de ley del *art. 849.1º por aplicación indebida del art. 390 CP*. En ese lugar se examinará.

SEGUNDO.- Se queja en un segundo motivo el recurrente del influjo que pudieron tener en el ánimo de los jurados las noticias difundidas en la prensa en el momento de su detención. Ilustra su protesta con referencias científicas interesantes, sugerentes y asumibles.

No basta esa queja genérica. Frente a ese posible pernicioso influjo el recurrente contaba con la facultad de indagar sobre ello al examinar a los candidatos a jurado en los trámites preliminares del juicio con posibilidad de recusación, incluso sin causa.

Si acogiésemos su tesis -la publicación de noticias previas con sesgo inculpatario haría imposible un jurado imparcial-, arribaríamos a un callejón sin salida. O con una única salida, descartable por absurda: en esos casos no cabría un juicio justo y, por tanto, solo sería posible la absolción (ii!!). A mayor difusión pública por ser los hechos más graves, menos posibilidades de enjuiciamiento imparcial y, por tanto, el culpable quedaría protegido con un blindaje inexpugnable frente a una condena.

TERCERO.- El tercero de los motivos del recurso, por infracción de ley del *art. 849.1º LECrim*, denuncia la aplicación indebida tanto del *art. 432 CP* como del *art. 390 del mismo Cuerpo Legal*.

En cuanto a la **malversación** cuestiona el ánimo de lucro. Se trataría de pagos debidos por trabajos prestados cuya retribución legítima no quedaría cubierta con la norma establecida.

La tesis no convence. El recurrente, por sus funciones y formación, ha de conocer perfectamente que no cabe esa autoasignación de gratificaciones por justas que puedan parecerle. Sin una aprobación a través de los procedimientos legales y por los órganos competentes, las cantidades no son debidas y se invade el *art. 432 CP*. El comportamiento podrá merecer un juicio más indulgente en la medida en que hay un propósito de compensar sobre-esfuerzos laborales que el jurado ha considerado acreditados. Pero eso ni anula el ánimo de enriquecimiento, ni neutraliza el delito de malversación, especialmente grave, como enfatizó el representante del Ministerio Fiscal en la vista, por venir perpetrado por quien por sus funciones está específicamente llamado a controlar y supervisar el manejo de fondos públicos; es agravante de su correcta asignación.

Una vaga y genérica, y no plasmada luego en actuaciones concretas regulares, anuencia del **Alcalde** -Presidente, tampoco legitima la actuación.

Más allá de las competencias formales, *de facto* se detecta una capacidad del acusado para manejar esos fondos que estaban a su disposición por razón de su cargo: (vid *STS 633/2020, de 24 de noviembre* citada por la sentencia de apelación). Pero es que, a mayores, la pena que se ha impuesto es la anudada no a la malversación sino al delito de falsedad. Y la distracción de caudales públicos, de descartarse la malversación por esa razón invocada (no tener capacidad de disposición por su cargo), no quedaría impune. Nos llevaría a otra tipicidad cuya homogeneidad *in casu* es plausible en tanto no aporta ningún elemento fáctico no presente en la calificación como malversación manteniéndose la identidad de bien jurídico atacado: *art. 438 CP* que, nótese además, podría implicar una penalidad superior a la propia malversación.

El perjuicio causado es evidente: si no se debían esas cantidades, al hacerlas suyas el recurrente empobreció a la Corporación. Quien presta un favor a otra persona, sin pacto previo para una ulterior retribución, no queda por ello legitimado para sustraerle el dinero que suponga una, a su parecer, *justa* compensación. Hay que insistir: legalmente no había nacido un derecho del acusado a esos abonos que no eran debidos en tanto no habían sido aprobados.

CUARTO.- En lo que respecta a las falsedades, por groseras que fuesen, resulta patente que sirvieron para que se efectuasen los pagos y quedasen registrados bancariamente y en la contabilidad y archivos del Ayuntamiento. Tuvieron capacidad para provocar un conocimiento no acorde con la realidad en el tráfico jurídico. Una cosa es que alguien familiarizado con ese tipo de documentación pueda captar enseguida su inautenticidad o las manipulaciones; y otra que las personas que inmediatamente han de examinar esos documentos de forma rutinaria y sin que estén obligados a una sistemática sospecha, se fíen de la autenticidad de esos documentos oficiales en un marco de confianza y actúen conforme a lo que resulta de los mismos.

Hay falsedad en cuanto había idoneidad para confundir a los primeros

destinatarios en el tráfico jurídico de tal documentación, que efectivamente tuvieron por auténtica.

El motivo decae.

QUINTO.- La desestimación del recurso comporta la condena en costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Ildefonso** contra la *Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictada en fecha 17 de diciembre de 2020* , resolviendo en grado de apelación la causa seguida en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña, proveniente del *Juzgado de Instrucción número 2 de Corcubión, dimanante de procedimiento del Jurado 90/2018* , seguido contra el recurrente por delito de malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial

2.- Imponer a Ildefonso el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz