

Sentencia penal B)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Iniciadas por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de esta capital diligencias previas 3184/2008 en virtud de denuncia del Ministerio Fiscal, previas las actuaciones procedentes, se acomodó la causa al trámite de procedimiento abreviado contra Miguel , presentándose escrito de conclusiones provisionales por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Entidad Local Autónoma . Abierto el juicio oral por los delitos arriba indicados, la defensa del acusado presentó escrito de conclusiones. Remitida la causa a esta Audiencia Provincial el juicio se celebró el día

SEGUNDO.- El Ministerio calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito malversación de caudales públicos del artículo 432.1, otro delito de prevaricación del artículo 320.2 y otros de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413, todos del Código Penal, imputable en concepto de autor a Miguel , apreciando la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal en el primer y tercer delito, sin que concurriera ninguna en el segundo, y solicitando las penas siguientes: tres años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta durante siete años, por el primer delito; un año de prisión y nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, para el segundo; y



un año y seis meses de prisión, diez meses de multa a razón de diez euros día multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante cuatro años, para el tercero; y costas.

TERCERO. La acusación particular vino a calificar los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404, otro de malversación de caudales públicos del artículo 432.1, y otro de infidelidad en la custodia de documentos públicos del artículo 413 todos del Código Penal, imputable en concepto de autor al acusado, apreciando la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal en los delitos de malversación e infidelidad en la custodia de documentos públicos, y solicitando las penas siguientes: tres años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, para el primer delito; ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el segundo, y un año de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años y doce meses de multa a razón de diez euros multa.

CUARTO.- La defensa del acusado interesó su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

El día 26.9.2006, don Miguel _____, Alcalde de la Entidad Local Autónoma _____, y en su condición de tal, recibió en su despacho a don Antonio _____ y don Juan Antonio _____



, que como representantes de la entidad mercantil "García"
le presentaron proyecto de construcción de
dos viviendas en la calle Félix Rodríguez de la Fuente de la citada
localidad . El sr. Miguel recibida esa
documentación con su solicitud hizo el cálculo de la tasa por la licencia
de construcción, fijándola en 4413,47 euros. Igualmente les indicó que
le trajeran el dinero en metálico, en fecha no precisada, pero pocos
días después, don Antonio compareció de nuevo en la
sede de la ELA , siendo nuevamente atendido por el sr.
Miguel a quien le entregó el importe de la tasa en la cuantía
que aquél le había indicado, dándole el oportuno recibo que fechó el
28.9.2006.

El sr. Miguel recibió el dinero y lo hizo propio,
confeccionó y firmó el acuerdo de concesión de licencia, entendiéndolo
así el solicitante.

La documentación la retuvo en su poder ocultándola, sin dejar
constancia alguna en los registros y archivos de la ELA

El 5 de noviembre de 2007, ya con nueva Corporación y nuevo
Alcalde, se advirtió del derribo y construcción que estaba llevando a
cabo la entidad mercantil "García"

, cuyo representante exhibió la documentación en su
poder justificativa del pago de licencia de obras. Iniciadas pesquisas
para buscar el expediente que le sirviera de soporte, no se encontró
nada más que un archivo informático de licencia de obra nueva.

Advertido de ello el sr. Miguel , entonces concejal de esa

entidad, realizó un ingreso por importe de 4414 € en cuenta titularidad de la misma en "La Caixa" (folios 75 y 79) señalando como referencia el pago de licencia de esa construcción, y con igual fecha y a través de la empresa de mensajería MRW remitió la documentación (folio 71) que mantuvo en su poder, indicando a la referida constructora como remitente, y que incluía toda la que recibió del denunciante para obtener licencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Debiéndose de estar a las pruebas practicadas en el acto del juicio para dar respuesta a las cuestiones que se han venido a plantear, hemos de referirnos de forma diferenciada a cada uno de los delitos que son objeto de acusación en orden a determinar si contamos con pruebas que acrediten la efectiva comisión por el acusado de esas conductas.

Comenzando por **DELITO DE PREVARICACIÓN**, la primera cuestión que se suscita es la diversa acusación que formula el Ministerio Fiscal, por el artículo 320 del Código Penal, y la acusación particular, por el artículo 404 del mismo cuerpo legal, todo ello con la premisa de que es el propio acusado el que reconoce que otorgó la licencia cuestionada. No podemos olvidar que la conducta que se imputa bajo esa calificación, en uno y otro caso, es la actuación del acusado, Alcalde Pedáneo de la ELA en un concreto aspecto, concesión de licencia de construcción con fecha 26-9-2006 a la



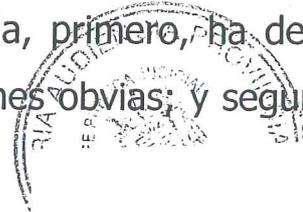
mercantil "García" . Pues bien, a propósito de las diferencias entre una y otra figura, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 31.10.2003, resulta que el artículo 320 citado *"tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas"* y que se concreta, sigue diciendo, en *"la contravención de las normas urbanísticas vigentes y no ya la más vaga referencia del artículo 404 a una genérica «arbitrariedad» de la actuación"* y exige *"la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculpado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las Leyes admitidas en la práctica"*. Con esto queremos decir que la prevaricación, de existir, sería la urbanística prevista en el artículo 320, concretamente la de su n. 2, relativa *quien decide "por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado"*, pues aquí de lo que se trata, repetimos, es la concesión de una licencia de construcción por quien está en funciones de Alcalde, sin entrar en cuestiones a dilucidar por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre si es competencia propia de la ELA, o del Ayuntamiento , como matriz de aquél. En todo caso, el carácter esencial será, como el delito de prevaricación del artículo 404, que se adopte la decisión *"a sabiendas de su injusticia"*. Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23.5.2005 se describe la "injusticia" para este supuesto: "*en el delito*

de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable.". Todo esto ha de ser entendido en el sentido de que no toda contravención de normativa, aquí urbanística, supone la comisión de este delito, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 1.7.2009, recurso 1859/2008, *"El ámbito de la jurisdicción penal no puede confundirse con el de la contencioso-administrativa: una cosa es verificar la legalidad de la resolución y otra diferente castigar la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas como fuente u origen de una resolución contraria a derecho generadora de injusticia"* y en este sentido sigue diciendo que esta injusticia exigible *"supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa"*.

SEGUNDO.- Pues bien, en este caso reconocido y acreditado que el acusado concedió la licencia en cuestión a tenor de la resolución que obra en la documentación remitida a través de MRW, se ha de examinar si la ilegalidad de su decisión tiene esa consideración, y al



efecto, lo primero que ha de ser objeto de respuesta, es la alegación que la defensa ha realizado en el sentido de que ese mismo proyecto, finalmente fue objeto de licencia con los trámites oportunos en el año 2007, tal y como resulta de la declaración del actual alcalde y del técnico que lo informó desde el punto de vista urbanístico. Esto es, se dice la decisión no puede ser tal flagrantemente arbitraria cuando ese mismo proyecto sin más aditamentos fue objeto de aprobación con su oportuna licencia. Pero aun siendo sugerente esta alegación, lo cierto es que, como se ha expuesto con anterioridad, la injusticia se anuda no ya a la improcedencia de la licencia, sino que ésta se ha dado prescindiendo de toda la tramitación prevista y que opera a modo de control tanto jurídico como urbanístico, de que la nueva construcción se acomoda a la normativa aplicable, y que, en relación a lo declarado por el acusado, no puede ser suplido por la constancia del visado del Colegio de Arquitectos que obligatoriamente ha de tener el proyecto presentado. Si nos remitimos al artículo 172 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, se distingue entre los documentos que han de presentarse por el solicitante (apartados 1 a 3), y lo que corresponde realizar en momento posterior a la administración local competente, así señala en su apartado 4 que *"Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones"*. Esta exigencia, primero, ha de ser ajena a lo presentado por el solicitante por razones obvias; y segundo,



nunca confundible con el visado a efectos urbanísticos que concede el Colegio Oficial de Arquitectos. Cobra aquí singular importancia lo manifestado por don _____, oficial mayor de la ELA, y que ilustra sobre que ya en el año 2003, le hizo al actual acusado un informe jurídico en el que se indicaba la obligatoriedad de esos informes previos a la concesión de licencia, y que el acusado en su declaración venía a reconocer en cuanto a su existencia, pero que pretendía desvirtuar con el argumento de que esos informes,

se hacen cuando se piden, cosa que él no hizo. Manifestación ésta que pone de manifiesto, primero, que era consciente del contenido de ese informe y de esos preceptivos informes; y segundo, que pese a ello quería pasar por alto esas exigencias, utilizando el indicado argumento que esta Sala no puede sino calificar de "peregrino" y solo justificable como argumento defensivo. Por otra parte, la alegación de que se trataba de evitar al solicitante los perjuicios que pudieran ocasionarle la entrada en vigor del nuevo Código Técnico de la Edificación, que imponía más exigencias a las nuevas construcciones con, lógicamente, mayores costes, no obstaría a la existencia de este delito, como señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 28.5.2006 que refiriéndose al poder público, señala que *"en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés Público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente"*

lícitos". Concluyendo, el acusado, consciente de la necesidad de esos informes previos, concedió sobre la marcha esa licencia que se le solicitaba y respecto a la cual le indicó al interesado el importe de la tasa que tendría que abonar, y pues, pese a lo alegado por aquél, ese proyecto no había sido antes examinado por el técnico municipal, ni ingresado en el Ayuntamiento, sino que fue despachado por él personalmente, sin más respaldo que su personal criterio, con entrevista del solicitante y su hijo, en su despacho oficial, de donde sin intervención de más personas, ni trámite alguno, se resolvió todo, incluida la licencia. Una cosa es que un responsable público atienda los asuntos que como tal tenga que resolver con el interés de sus asuntos personales, y otra muy distinta, que es lo que aquí ha ocurrido, que lo resuelva como si fuera un cosa de su exclusivo interés y sin más norma que su particular criterio, pasando por alto las exigencias que toda actuación pública ha de guardar en aras a la obligada transparencia y legalidad de su actuación.

TERCERO.- Esto nos conduce a afirmar que la conducta que al acusado se le atribuye reúne los requisitos exigidos en el artículo 320.2 del Código Penal, del que responderá en concepto de autor material conforme al artículo 28 del citado cuerpo legal. Es claro que por la fecha de comisión de este hecho delictivo, la penalidad aplicable no será la prevista en el actual artículo 320 del Código Penal, que por modificación introducida por la L.O. 5/2010, agrava la pena, sino la vigente con anterioridad, que era la de prisión de seis meses a dos

UDIENCIA PENAL

años o la multa de doce a veinticuatro meses, aparte de la prevista en el artículo 404, inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. En el caso presente, atendidas las circunstancias en que se han producido, esta Sala considera procedente la opción de la pena de multa, que se impone en su mínima extensión, doce meses, y con una cuota de seis euros, que se considera adecuada atendido que no constan las circunstancias económicas del acusado y es criterio reiterado su procedencia en estas circunstancias, reservándose el mínimo de la cuota multa, a supuestos de indigencia, para preservar la finalidad de pena que ha de preservarse en la multa que aquí se impone. Caso de no hacerse efectiva esta multa y acreditada la insolvencia del acusado, procederá, conforme al artículo 53.1 del Código Penal, una responsabilidad personal subsidiaria de 180 días de privación de libertad. Igualmente y en cuanto a la extensión de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se impondrá la de siete años, llevando inherente el pago de la tercera parte de las costas de esta causa.

CUARTO.- Seguidamente y en cuanto al **DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS** del artículo 432.1 del Código Penal que igualmente se le imputa en concepto de autor, se contrae a la suma de 4413.47 € importe que como tasa por la licencia de construcción fue abonada por la constructora, tanto en atención a lo declarado por el acusado, como por el testigo don Antonio
., representante legal de aquella.



La sentencia del Tribunal Supremo de 29.12.2009, recurso 1129/2009, remitiéndose, entre otras a las sentencias 1608/2005, de 12-12; y 252/2008, de 22-5 , señala como requisitos de esta figura delictiva:

a) El autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal o resultar asimilado a la condición de funcionario por la vía del art. 435 .

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales, en todo caso de naturaleza mueble, han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación en que debe encontrarse el funcionario respecto de tales caudales o efectos públicos. Estos deben estar "...a su cargo por razón de sus funciones....", dice el propio tipo penal. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido, refiriéndose también a las funciones efectivamente desempeñadas.

d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar consiste en "sustraer o consentir que otro sustraiga", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva -quebrantamiento del deber de impedir- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo

que tiñe la acción como esencialmente dolosa -elemento subjetivo del tipo-, y una actuación en la que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito. Animo de lucro que se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el animus rem sibi habendi , que no exige necesariamente enriquecimiento, sino que, como ésta Sala viene señalando desde antiguo, es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio. Bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con animo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero.

QUINTO.- Aquí no se discute ni puede discutirse, ni la condición de funcionario público que tenía el acusado al tiempo de los hechos, Alcalde de la ELA , ni que los fondos fueran de esa entidad, la tasa de licencia de obra, ni que los recibió por razón de su cargo. En cambio si se cuestiona que el acusado hiciera propio ese dinero y que finalmente fuera él quien dispuso su ingreso en cuenta de ese ente, luego de advertido de que se había descubierto lo de la licencia concedida.

Lo primero que se ha de hacer constar, y no es objeto de controversia, es que esa suma finalmente fue ingresada en cuenta en "La Caixa" titularidad de la ELA con fecha 26.11.2007, esto es, cuando los nuevos responsables de esa entidad advirtieron que

se estaba llevando la obra sin constar expediente alguno (fuera del abono de la tasa por demolición) y tomaron conocimiento de la concesión de licencia por el anterior Alcalde. La problemática que aquí se suscita es que dice el acusado que él dejó la documentación y el metálico con el que se abonó la tasa en un cajón que había allí para que lo despacharan los empleados de la ELA, sin que él supiera nada de dónde fue a parar ese dinero, y sin ser él quien hizo el ingreso en "La Caixa" al que antes nos referíamos.

Sobre esta cuestión se han de tener en cuenta las siguientes consideraciones:

-la suma de dinero se la dio personalmente don Antonio al acusado días después de la entrega de documentación, nuevamente en su despacho, y, según éste, el acusado lo dejó en un cajón de esa misma dependencia, siendo de notar aquí que el acusado no hace en su declaración esos distinguos temporales entre la entrega de la documentación y la del dinero, hablando que metió el dinero en el expediente, debiéndose de entender que la documentación estaba aun allí –en su despacho- cuando días después recibió el dinero.

-esta entrega se hizo en metálico previa liquidación por el acusado de la tasa y por indicación de éste, algo anómalo para esa suma, y ello, existan o no entidades financieras, más aun para dejarlo junto al expediente –que debía de permanecer allí- en un cajón de su propio despacho, a disposición del empleado que, según la tesis del acusado, tendría que seguir dándole el trámite correspondiente a la solicitud con licencia concedida.



con el sentido común y las circunstancias que se acaban de aludir, y solo justificada en cuanto posición de defensa que a todo acusado se le ha de reconocer. La defensa hizo constar que no se habían investigado las cuentas del acusado para detectar movimiento de dinero compatible con ese apoderamiento que se le imputa y lógicamente con el reintegro preciso para ingresarlo en noviembre de 2007. Efectivamente esta prueba podría haberse practicado, también a instancias de la propia defensa, pero su resultado no hubiera sido determinante ni aun para que esta Sala llegara al convencimiento de que su falta deja en una situación de incertidumbre lo que aquí se está analizando. Igualmente hubiera sido interesante contar con las imágenes de la cámara de seguridad de "La Caixa" correspondientes al día del ingreso-devolución del importe de la tasa, pero merece el mismo comentario que lo antes indicado sobre los movimientos de cuenta del acusado.

En todo caso, podemos decir que la exigencia de prueba plena para fundar un fallo condenatorio por este delito en concreto, se han venido a cumplimentar, pues esta Sala, fuera de valoraciones artificiosas o imaginativas de las circunstancias concurrentes y antes comentadas, ha llegado al convencimiento tras las pruebas practicadas en el juicio, de que el acusado lo que hizo, tras recibir el dinero, hacerlo propio, integrándolo en su patrimonio, hasta que finalmente se vio obligado a reintegrarlo cuando trascendió lo ocurrido con la licencia concedida y no respaldada con expediente tramitado en forma, cobrada y no ingresada.



SEXTO.- En atención a lo expuesto, habiendo ingresado el dinero antes de que se iniciara esta causa penal (23.6.2008), la conducta del acusado ha de calificarse como constitutiva de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 433.1 del Código Penal. A propósito de la disponibilidad por el acusado en su condición de Alcalde de la ELA del dinero correspondiente a una licencia, se podría poner en cuestión que legalmente no es él el funcionario encargado de recibir los pagos de ese ente, pero lo cierto es que él asumió esa función en la conducta que aquí se le imputa, y a tenor de la declaración de don ., se acostumbraba implicar en lo relativo a la liquidación de las tasas aplicando su criterio (mayor importe de la tasa), que el que tenía aquel (arquitecto técnico de ese ente). Pero esta cuestión viene a ser irrelevante cuando se tiene en cuenta con la sentencia del Tribunal Supremo de 26.12.2002, recurso 3323/2001, que *"el requisito relativo a la facultad decisoria sobre los bienes, no requiere que los caudales sean entregados por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyen a un cuerpo de la Administración, bastando con que los caudales hayan llegado a poder del funcionario con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente desempeña como funcionario del órgano en el que se produce la malversación."*

Aun no suscitado por las partes, una vez producida la restitución se plantea si la conducta del acusado ha de incardinarse en el artículo 432 o en el 433 del Código Penal, y al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29.1.2004, señala que el tipo del artículo 433



"implica dar a los fondos o caudales un destino ajeno a la función pública, supuesto que abarcaría a aquellos casos que no pudieran encajar en el artículo 432". Concretamente señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24.1.2001, recurso 98/1999, que *"este tipo requiere la concurrencia de un "animus utendi", es decir, que los caudales o efectos públicos sean destinados a usos propios o ajenos con la intención de devolverlos".* Se ha dicho que se presume la mera intención de usar del dinero cuando se devuelve el dinero en el plazo de diez días que recoge ese precepto, pero se maneja como criterio contrario a esa presunción, la duración excesiva de la duración (sentencia del Tribunal Supremo 1237/1993 de 27.5), y esto es lo que ocurre en el caso de autos, en el que el acusado ha tardado en restituir el dinero más de un año y ello por el conocimiento que tuvo de que se había descubierto lo que había pasado. Es por ello por lo que hemos de atenernos al artículo 432.1 del Código Penal del que se ha de considerar autor material al acusado, en quien si se habrá de apreciar la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, procediendo la imposición de la pena en su mínima extensión, tres años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, atendida la concurrencia de la atenuante indicada y la proximidad de la cuantía malversada al tipo privilegiado del n. 3 del mismo precepto. Ello conllevará también el pago de otro tercio de las costas devengadas en esta causa.

SÉPTIMO.- Por último, y en cuanto al **DELITO DE**



INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS del artículo 413 del Código Penal del que viene igualmente acusado el sr. Miguel

hemos de remitirnos a las razones antes recogidas a propósito del apoderamiento del dinero por parte de aquél y que se estiman extensibles a la documentación que le fue entregada –hecho indiscutido- para cumplimentar los trámites precisos para llevar a cabo una determinada construcción. No cabe duda que la documentación remitida por mensajería a la ELA el 26.11.2007, era la misma que recibió el acusado del representante legal de la constructora interesada, incluso contenido un solo ejemplar del proyecto como era propio de ese momento según indicó el arquitecto técnico municipal, don , y resulta además de la pericial que identifica como del acusado la letra el “*post it*” que tenía esa documentación. Aquí, al igual que con el dinero, se entiende acreditado que recibió la documentación, la mantuvo en su poder hasta que fue devuelta, no existiendo prueba, ni puede presumirse que saliera de su ámbito de disposición. Esto es, se trata de documentación que de la misma manera que recibió, era él el responsable de su custodia, más aun cuando, según declaró el arquitecto técnico municipal, era el alcalde el responsable del archivo de obras públicas y urbanismo, competencia que pudiera compartir –sin asegurarlo el testigo- con el teniente alcalde, pero no fue éste quien recibió la documentación, ni consta ni se alega que tuviera conocimiento de la misma. El hecho es que por el acusado se ha ocultado la documentación que tenía en su poder, lo que integra el tipo previsto en el artículo 413 del Código Penal, del que se

le considera autor del artículo 28 del mismo texto legal, procediendo aquí también apreciar la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5, al haber devuelto la documentación, lo que nos conduce a una pena, atendido el conjunto de circunstancias concurrentes, en la mínima extensión que señala el tipo, un año de prisión, multa de siete meses con una cuota diaria de seis euros –remitiéndonos a lo antes recogido sobre la multa antes impuesta-, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, y al pago de otro tercio de las costas devengadas.

OCTAVO.- EXCLUSIÓN DE SITUACION DE CONCURSO

MEDIAL.- Se excluye en el caso de autos la aplicación del artículo 77 del Código Penal en cuanto pudiera pensarse que al menos el delito de infidelidad en la custodia de documentos está en situación de concurso con el delito de malversación de caudales públicos, pero ello no puede ser aceptado en cuanto que ese precepto se refiere solo a aquellas conductas delictivas que sean medio necesario para la comisión del otro delito, no para que las que meramente sirvan –como es el caso- para ocultarlo (sentencia del Tribunal Supremo de 29.10.2010, recurso 1055/2010).

NOVENO.- COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.- Estas conforme a criterio jurisprudencial reiterado se han de imponer al condenado salvo que su actuación haya sido inútil o superflua (Sts 10-2-2010, rec. 1735/2009.). No obstante, esto estará siempre



supeditado a que se soliciten, puesto que en esta materia rige el principio de la justicia rogada (sts 734/2004 de 12.6 y 449/2009 de 6.5), y si bien basta que se mencione la mera imposición de costas sin más detalle (STS 29.6.2010, recurso 482/2010), en el caso de autos el escrito de conclusiones provisionales nada dice, y al elevarlas a definitivas en el acto del juicio nada indicó esa representación.

Vistas las disposiciones citadas y las demas de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos de condenar y condenamos a Miguel Murez, como autor penalmente responsable de los delitos que se dirán, a las siguientes penas:

- doce meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de ciento ochenta días caso de impago y acreditada su insolvencia, inhabilitación especial para empleo o cargo público durante siete años, y la tercera parte de las costas, por el delito de prevariación urbanística antes definido.
- tres años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, y otro tercio de las costas, por el delito de malversación de caudales públicos, y
- un año de prisión, multa de siete meses con una cuota diaria de seis euros, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, y al pago de otro tercio de las costas devengadas,





por el delito de infidelidad en la custodia de documentos.

No se incluirán en las costas las de la acusación particular.

Conclúyase conforme a Derecho la pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese la presente resolución a las partes con instrucción de que cabe contra la misma recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



DILIGENCIA.- El original de la presente sentencia se lleva al libro de sentencias y resoluciones definitivas para publicidad legal, quedando testimonio unido a autos a efectos de documentación. Doy fe.

**AL AMPARO DEL ARTICULO 849.1º DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

MOTIVO CUARTO: Aplicación indebida del artículo 320.2 del Código Penal.

Breve extracto del motivo: Se condena en la sentencia por un delito de prevaricación del artículo 320.2 del Código Penal.

Precepto sustantivo quebrantado: Aplicación indebida del artículo 320.2 del Código Penal.

Precepto procesal en que se apoya: Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desarrollo del motivo: El citado artículo 320.2 C.P. contiene un supuesto de prevaricación específico circunscrito al ámbito de la legalidad urbanística, para sancionar al funcionario que, a sabiendas de su injusticia, lleve a cabo alguna aprobación de los actos administrativos que se describen (planeamiento, parcelación, proyecto, etc...).

Esta parte, como ya hizo en el acto del juicio oral, niega que sea de aplicación ese tipo penal y ello porque la actuación que se enjuicia carece, en base a la prueba que consta en autos, de un elemento objetivo fundamental que configura esta infracción penal, que no es otro que el carácter manifiestamente injusto de la resolución dictada por el funcionario.

En infinidad de sentencias, el TS se ha pronunciado sobre ese elemento objetivo y así, por ejemplo, la STS de 3 de Marzo de 1.997, exige que "... ha de tratarse de una injusticia clara y manifiesta, ya que si existiera

alguna duda razonable desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad a depurar en el correspondiente procedimiento administrativo. Hemos de hallarnos ante una infracción de la norma administrativa a la que sean inherentes las notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa, y hasta, en expresión de alguna resolución "grosera o esperpéntica".

En el mismo sentido, entre otras, las STS 19 de Diciembre de 1.994 y 28 Abril de 1.997. En todas ellas el denominador común es la exigencia de un "plus" de injusticia o arbitrariedad que nos aleje de lo que sería una mera ilegalidad.

Pues bien, con meridiana claridad, es evidente que en supuesto que nos ocupa esta injusticia o arbitrariedad no se da, ni por asomo y ello por el simple valor probatorio de los hechos.

La prueba más evidente, y que no admite valoración contraria, de que la resolución que dicta el alcalde de la entidad local de concediendo una licencia de construcción no es injusta ni arbitraria no es otra que, el hecho de que el mismo proyecto, sin modificación alguna y sin pago adicional alguno, fue aprobado por la siguiente corporación municipal un año después. Lo que estaba bien y era correcto en el 2.006, lo era igualmente y legal en el 2.007 y por eso se aprobó sin ninguna modificación. Cómo puede hablarse, entonces de la existencia de ese elemento de manifiesta injusticia o arbitrariedad que exige la jurisprudencia para aplicar este tipo penal.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia que se recoge este extremo (la concesión posterior de la licencia) pero no le da el valor pedido por esta parte. En contra, fundamenta su decisión, en cuanto a la arbitrariedad o injusticia de la resolución, en la ausencia del procedimiento adecuado para su concesión. Estamos, como se ha explicado al inicio de este motivo, ante una cuestión de mera ilegalidad, que la jurisprudencia entiende subsanable por el control de la legislación administrativa pero que, en ningún caso puede ser fundamento para una sentencia condenatoria penal puesto que ningún bien jurídico ha sido vulnerado ni ningún resultado lesivo se ha conseguido.

Por tanto, no existiendo este elemento de injusticia de carácter objetivo, difícilmente puede imputarse a mi patrocinado este tipo pues es más que dudoso que conociera la injusticia de una resolución que finalmente se demostró que se adaptaba a la legalidad urbanística. Debe, por tanto, ser absuelto el Sr. Miguel, del delito de prevaricación por el que ha sido condenado.

MOTIVO QUINTO: Aplicación indebida del artículo 413 del Código Penal.

Breve extracto del motivo: Se condena en la sentencia por un delito de infidelidad en la custodia de documentos. Mi defendido no reúne los elementos objetivos del tipo puesto que es la persona o funcionario encargada de tal custodia.

Precepto sustantivo quebrantado: Aplicación indebida del artículo 413 del Código Penal.

Precepto procesal en que se apoya: Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desarrollo del motivo: El tipo de infidelidad en la custodia de documentos va referido al funcionario público, titular, por su cargo, de esa obligación de custodia. Con carácter general, ha de decirse que el Alcalde de una Corporación municipal no le viene atribuida, de manera implícita ni expresa el deber de custodia de los archivos municipales. En el art. 124 de la Ley 7/1985 sobre bases del Régimen Local, se atribuyen al alcalde presidente de la Corporación Local una larga lista de funciones, todas de gran responsabilidad si bien no está entre las mismas la custodia de la documentación o archivos municipales. Este labor corresponde al secretario de la corporación local, por lo que resulta arriesgado establecer una condena penal para un funcionario, por no cumplir adecuadamente una función que no le es propia.

Con carácter más particular, y descendiendo al análisis de la Corporación Local presidida por D. Miguel se confirma igualmente que esta función de custodiar documentos no le viene atribuida en modo alguno. Ya en la propia instrucción del procedimiento, existe una declaración en calidad de testigo de D. , arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de (folio 102) quien, preguntado sobre la titularidad del archivo del Área de Urbanismo, no es capaz de atribuir esta función al alcalde sino que, al parecer, se repartía entre este y el teniente de alcalde de urbanismo.

La jurisprudencia de este precepto 413 exige un ánimo de eludir la tramitación normal y reglamentaria de los documentos y, no sólo eso, sino una labor de ocultación, destrucción o sustracción del expediente. Así, p.e. la STS de 28-1-1997.

En el supuesto que nos ocupa y por razones que ya se han venido exponiendo en motivos anteriores, no existe esa ocultación del expediente pues el mismo está registrado en el ordenador del Ayuntamiento. Tampoco existe esa destrucción, ocultación o sustracción pues, en primer lugar, no se sabe bajo custodia de quien estaban los documentos, no se sabe en qué momento exacto se perdieron y, además, se han recuperado en la forma que consta en los hechos probados.

En resumen, sin prueba alguna de que haya sido D. Miguel Martínez quien se ha apoderado de una documentación que forma parte de un expediente municipal y, no estando acreditado de ninguna manera ni legalmente ni por la vía de hecho que el alcalde fuese el titular de la custodia de los expedientes en materia de urbanismo, debe insistirse una vez más en que la sentencia condenatoria, en lo que a este precepto se refiere vulnera el derecho a la presunción de inocencia de mi defendido.

MOTIVO SEXTO: Aplicación indebida del artículo 432.1 del Código Penal.

Breve extracto del motivo: La sentencia que se recurre condena al Sr. Miguel como autor de un delito de malversación del art. 432.1 del Código Penal, no teniendo en cuenta un elemento imprescindible para la correcta tipificación de los hechos, como es la devolución del importe presuntamente malversado dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso. La observancia de este elemento objeto hace necesaria la aplicación del art. 433, en lugar del 432.1 C.P.

Precepto sustantivo quebrantado: Indebida aplicación del artículo 432.1 del Código Penal.

Precepto sustantivo en que se apoya: Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, pese a haberse quedado acreditado como hecho probado, que precisamente sirve para la inculpación de mi mandante, la devolución del dinero presuntamente distraído no ha servido para la correcta tipificación de los hechos. No puede ser que un mismo hecho, la devolución del dinero, pueda tener doble valor probatorio y siempre en contra del reo.

Está acreditado y ya no cabe discusión al respecto, que el dinero presuntamente malversado fue posteriormente devuelto a las arcas municipales a través de una transferencia bancaria cuya autoría no consta. Igualmente está acreditado que el ingreso de este dinero se produjo no diez días después de incoarse el procedimiento sino casi un año antes de esta incoación.

La devolución del dinero no puede ser valorada para acreditar la consumación del delito de malversación y sin embargo no tener ningún efecto en cuanto a la correcta tipificación.

En esta contrariedad incurre la sentencia que se recurre pues, en su fundamento jurídico sexto, al inicio, entiende que los hechos descritos, en cualquier caso, y merced a esta devolución del dinero distraído sería constitutivos del delito previsto en el art. 433.1 C.P. para posteriormente condenar por el 432 sin ofrecer justificación suficiente alguna.

Si se considera que D. Miguel ha sido quien ha devuelto el dinero, que previamente se había apropiado, este hecho debe producir los efectos de reducción de penalidad que subyacen en la existencia de los dos tipos, el 432 y el 433 C.P. La afectación del bien jurídico protegido es bien distinta y, por tanto, las consecuencias así han de serlo.

Las arcas municipales de la Corporación Local de , no han recibido merma alguna sino que finalmente han visto repuesto el dinero presuntamente malversado. La consecuencia no puede ser la misma que el supuesto en el que los caudales públicos no se hubieran recuperado.

Esta parte no alberga la menor duda de la existencia de un grave error de tipificación de los hechos declarados probados y que se solicita su subsanación por vía de este motivo casacional. Caso de ser hallado culpable de los hechos por los que ha sido enjuiciado, la conducta de D. Miguel ha de ser encardinada en el art. 433, párrafo segundo del Código Penal y nunca en el 432.1 del mismo precepto.

Acogiendo esta distinción de los preceptos indicados, la reciente sentencia de fecha 15-4-2009 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

“Tercero.- Nos dice la defensa de Rafaela que no tuvo ánimo de apoderamiento definitivo, sino solo el de usar el dinero para luego devolverlo. Parece que solicita la aplicación del art. 433. A fin de no extendernos más en este tema, solo expresamos aquí que, en todo caso, la culpable de la desviación del dinero público no reintegró lo sustraído en el plazo de los diez días siguientes al de incoación del proceso; por tanto, como dice el párrafo 2 de este art. 433, han de imponerse las penas del artículo anterior, el 432.1 , que es lo aplicado aquí. **Fecha:** 15/04/2009

Marginal: 28079120012009100353

Jurisdicción: Penal

Origen: Tribunal Supremo
Tipo Resolución: Sentencia
Sala: Segunda
Número de Resolución: 361/2009
Número de Recurso: 1305/2008
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

MOTIVO SEPTIMO: No aplicación del artículo 433 del Código Penal.

Breve extracto del motivo: En lógica e íntima relación con el anterior motivo, se entiende existe un error de tipificación de los hechos declarados probados pues, en cualquier caso, serían constitutivos de un delito del art. 433 párrafo segundo del Código Penal y nunca de un delito del art. 432.1 del mismo texto y ello, por haber devuelto el dinero malversado antes de la incoación del procedimiento.

Precepto sustantivo quebrantado: ^{Salta de} Aplicación ~~indebida~~ ⁴³³ del artículo ~~145~~ del Código Penal.

Precepto procesal en que se apoya: Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desarrollo del motivo: El artículo 433 del Código Penal sanciona la mera malversación de uso. Esta figura delictiva y su tipificación expresa sólo pretende marcar las distancias con la malversación ordinaria regulada y penada en el art. 432.1 del Código Penal. Así lo recoge sin discrepancia alguna nuestra Jurisprudencia. Por todas, valga la cita de nuestra Sentencia nº 657/2004, de 19 de mayo: "la diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el art. 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público traído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido «animus rem sibi habendi», y será aplicable el art. 432 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio (animus utendi) (véanse SSTs de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas)".

A estas alturas del recurso no es preciso insistir una vez más en que ha quedado acreditado y recogido en el relato de hechos probados, que el autor de la malversación devolvió el dinero de manera

voluntaria, a las arcas municipales, no sólo en los diez días siguientes a la incoación del procedimiento penal sino incluso casi un año antes a la existencia de las actuaciones.

La tipificación correcta de lo ocurrido no puede ser otra que la que se contiene en el art. 433, párrafo segundo del Código Penal.

MOTIVO OCTAVO: Aplicación indebida del artículo 21.5 del Código Penal.

Breve extracto del motivo: Subsidiariamente y, caso de no estimarse los motivos precedentes, se invoca una indebida aplicación de la circunstancia atenuante del art. 21.5 del Código Penal, de reparación del daño, pues esta parte entiende que, a la vista de las circunstancias particulares del caso, esta atenuante concurre de manera muy cualificada.

Precepto sustantivo quebrantado: Aplicación indebida del artículo 21.5 del Código Penal.

Precepto procesal en que se apoya: Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desarrollo del motivo: La aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 C.P.) sólo pretende ser un reconocimiento en cuanto a la menor vulneración, por parte del autor del hecho, del bien jurídico protegido.

Por los mismos argumentos que hemos venido desarrollando, podemos concluir, en contra del parecer de la sentencia condenatoria, que es más que discutible que haya existido afectación alguna del bien jurídico protegido. Ha quedado acreditado que las arcas municipales del Ayuntamiento de no han sufrido merma alguna y ello porque el dinero y los documentos, cuya fecha exacta de desaparición se desconoce, fue devuelto el día 26-11-2007.

Esto supone, en primer lugar, que este importe y la documentación, han faltado de las arcas municipales durante un año escaso y, que posteriormente se ha recuperado sin, insistimos, daño al bien jurídico protegido.

En segunda instancia supone, atendiendo a la voluntad de la persona que lo devuelve, que este acto de reparación se hace de manera espontánea e incondicionada, casi un año antes de iniciarse procedimiento penal alguno por lo que resalta, por encima de cualquier otra intención, la voluntad reparadora del sujeto en lugar del ánimo

exculpatorio de su conducta.

Esta actuación tan contundente y tan favorecedora del bien jurídico protegido no puede merecer únicamente la aplicación de una atenuante sin más, la del 21.5 C.P. sino que esta debe ser con carácter de muy cualificada, insistiendo una vez más, en las especiales circunstancias del hecho, lo que no ha tenido en cuenta la sentencia de la Audiencia Provincial

Este criterio que ahora invocamos tiene su reflejo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de fecha 5-4-2004 :

Fecha: 05/04/2004

Marginal: 28079120012004100498

Jurisdicción: Penal

Origen: Tribunal Supremo

Tipo Resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Número de Resolución:

447/2004

Número de Recurso:

2343/2002

Procedimiento:

RECURSO DE CASACIÓN

"2) La de la indebida inaplicación del artículo 21.5ª del Código Penal, que contempla la atenuación de la responsabilidad criminal para aquel que proceda a reparar el daño o a disminuir los efectos ocasionados con su ilícita conducta, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Y es que, en este supuesto, en efecto, la acusada, según consta reflejado en los Hechos declarados como probados por el Tribunal de instancia, procedió voluntariamente, a poco de descubrirse la apropiación, a la devolución de la práctica totalidad de lo inicialmente reclamado, en concreto

4.494.040 ptas. del total de 4.616.000.

En tal sentido, como ya recordaba la recientísima STS de 17 de Marzo del presente año, "Sabido es cómo la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo en el Código Penal de 1995 ha quedado escindida en dos, la 4ª, para cuando el culpable confiesa la infracción a las autoridades, y la 5ª, que acabamos de transcribir, para los casos de reparación del daño. Esta sala viene aplicando con generosidad, siempre en beneficio del reo, esta circunstancia atenuante 5ª de acuerdo con su fundamento que no es otro que el favorecer estas conductas que tan útiles son para las víctimas" (STS de 24 de Enero de 2003). Pues "Desaparecida de la atenuante, en su formulación actual, toda referencia al ánimo del autor, destaca de su configuración la atención a la víctima del delito a través de una reparación o disminución del daño que le hubiera sido ocasionado..." (STS de 4 de Noviembre de 2002).

De hecho : "...no puede verse en esta atenuante una disminución de la culpabilidad, el hecho de disminuir los efectos del delito se considera, por motivos de política criminal, favorecedor de los comportamientos posteriores para aliviar la situación de las víctimas" (STS de 16 de Junio de 2000).

Se trata, en realidad, de resaltar que la razón esencial de ser, al momento actual, de esta circunstancia de atenuación, no es otra que la del favorecimiento de la reparación de la víctima del delito o del perjudicado con el mismo.

Por lo que cuando, como aquí acontece, quien se aprovechó de los beneficios económicos que deparó la comisión del delito provee a su reparación, razones de fidelidad al espíritu de la norma y de respeto a sus fines de política criminal, tanto como a principios de estricta justicia material, son los que aconsejan la extensión de los efectos atenuatorios de la conducta reparadora, sin inconveniente

alguno de parte de ciertos criterios *subjetivistas, más propios* de una concepción elaborada en torno al llamado "arrepentimiento espontáneo" y hoy ya superada por la propia norma.

La atenuante, por consiguiente, debe ser apreciada. Y apreciada además, a criterio de este Tribunal, con el carácter de cualificada, en orden a las previsiones para la determinación de la pena contempladas en el artículo 66.4ª (hoy 2ª) del Código Penal, toda vez que la devolución se produce no durante el procedimiento judicial y antes del acto del Juicio oral, sino, incluso muchos meses antes de incoadas las actuaciones, lo que, en este concreto supuesto delictivo, nos aproxima notablemente, aunque como ya se ha dicho ello no suponga alteración del tipo aplicado por la Audiencia, a la figura descrita en el artículo 433 que, recordemos, conlleva tan sólo las penas de multa y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años."

Por ello, entendemos que la atenuante del 21.5 debe aplicarse de forma muy cualificada respecto de los delitos de malversación y de infidelidad en la custodia de documentos, y no de la forma que ha realizado la sentencia recurrida.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA, tenga por presentado este escrito con poder bastante, testimonio de la Resolución recurrida y del escrito del anuncio del Recurso, y copias literales prevenidas en la Ley, se sirva admitirlo y tener por interpuesto en tiempo y forma, Recurso de Casación por infracción de ley;

contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de [] y admitiéndolo de lugar al mismo, casando y anulando la mencionada Sentencia, dictando, a continuación la que proceda con arreglo a derecho, ya que todo ello es de justicia que pido en Madrid.