

Roj: STS 2663/2014  
Id Cendoj: 28079120012014100490  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1894/2013  
Nº de Resolución: 470/2014  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil catorce.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por el **Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Paiporta (Valencia)**, en concepto de Acusación Particular, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección V, por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, falsedad en documento oficial y obstrucción a la justicia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Joaquín Gimenez Garcia**, estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén; siendo parte recurrida **Juan Miguel , Alfonso , María Angeles , Benedicto , Clemente , Epifanio y Bernarda**, representados por los Procuradores Sr. De Diego Quevedo, Sra. Castro Rodríguez, Sr. Deleito García, Sr. Olmos Gómez, Sr. Belmonte Crespo y Sr. Codosero Rodríguez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Torrent, incoó Procedimiento Abreviado nº 25/2011, seguido por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, falsedad en documento oficial y obstrucción a la justicia, contra Alfonso , María Angeles , Juan Miguel , Benedicto , Clemente , Epifanio y Bernarda , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección V, que con fecha 19 de Junio de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Se declara probado que: Benedicto , mayor de edad, era funcionario del Ayuntamiento de Paiporta, con puesto de conductor-notificador del grupo D, teniendo la condición de liberado. Tras las elecciones municipales del año 2003, el Sr. Benedicto perdió su condición de liberado, y hubo de optar por el cargo de concejal, no retribuido, u ocupar su puesto de funcionario en el Ayuntamiento.- El Sr. Benedicto decidió solicitar a Alfonso , mayor de edad, y Alcalde de dicha localidad de 1979 a 2007, un nuevo puesto de trabajo, Coordinador de Obras y Servicios, que tenía una remuneración superior a la correspondiente al puesto de conductor-notificador; pasando aquél a ocupar dicha plaza, con carácter interino, desde ese mismo año 2003, hasta junio del año 2007, en virtud de resolución de Alcaldía, Decreto 91/2003 de fecha 22 de julio del año 2003, en el que se decía que "Examinado expediente sobre nombramiento interino de Don Benedicto , funcionario al servicio de esta Corporación como Coordinador de Obras y Servicios, con cuantos antecedentes, informes y documentos obran en el mismo ... Resolución: Primero.- Nombrar a Don Benedicto funcionario con carácter interino en el puesto de trabajo de Coordinador de Obras y Servicios, Escala de Administración Especial, Subescala de servicios Especiales, Clase de Cometidos especiales con efectos desde el día 11 de julio de 2003, con las funciones y régimen retributivo que se contemplan en el Catálogo de Puestos de Trabajo de esta Corporación aprobado por acuerdo plenario de fecha 10 de abril de 2003. Segundo.- Notificar la presente resolución al interesado, a las organizaciones sindicales con representación en este Ayuntamiento y a los servicios municipales afectados. Tercero.- Seguir en el expediente el procedimiento y trámites legalmente establecido".- En el año 2006, esa plaza de Coordinador de Obras y Servicios que ocupó de manera interina el Sr. Benedicto , tenía un remuneración total de 30.054'98 euros, de los cuales 9.079'56 euros correspondían al sueldo base, y 20.975'42 euros a complementos; y en el año 2007, de 31.218'31 euros, de los cuales 9.261'14 euros correspondían al sueldo base, y 21.975'17 euros a los complementos.- Juan Miguel , mayor de edad,*

funcionario del Ayuntamiento de Paiporta, y técnico de personal de dicho Ayuntamiento desde 1995 a 2008, y que había firmado junto con el Alcalde, como Secretario Accidental, el mencionado Decreto 91/2003, redactó las bases para la provisión definitiva de dicha plaza de Coordinador de Obras y Servicios; aprobándose por resolución del Área de Interior número 26/06, de fecha 7 de abril de 2006, las bases para la provisión en propiedad de la plaza, que se publicaron en el B.O.P. de fecha 1 de septiembre de 2006, indicándose en dichas bases, entre otros extremos, lo siguiente: "Bases. Base primera. Objeto de la Convocatoria. Es objeto de la presente convocatoria la provisión en propiedad, mediante el sistema de concurso-oposición por promoción interna, de una plaza de coordinador de obras y servicios, perteneciente a la oferta de empleo público de 2003, encuadrada en la escala de administración especial, subescala servicios especiales, clase cometidos especiales, grupo D, de titulación del artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, dotada con el sueldo correspondiente según catálogo. La plaza convocada se proveerá por promoción interna...". "Base segunda. Publicidad de la convocatoria. Las presentes bases se publicarán en el 'Boletín Oficial' de la provincia. 'Diari Oficial de la Generalitat Valenciana' y en el tablón de edictos de la Corporación y el extracto del anuncio de la convocatoria en el 'Boletín Oficial del Estado'. Base tercera. Condiciones de los aspirantes. Para tomar parte en la oposición será necesario: ... 3. Estar en posesión del título de graduado escolar o equivalente, o en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias ... 6. Podrán tomar parte en este proceso selectivo los funcionarios de la Corporación con una antigüedad de al menos dos años en la escala de administración especial, subescala servicios especiales, grupo D ...". Estos requisitos concurrían en el Sr. *Benedicto*, quien llevaba al tiempo más de tres años desempeñando la plaza como interino.- En el chalet propiedad de *María Angeles*, mayor de edad, esposa de *Alfonso*, y concejal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Paiporta durante el periodo comprendido del año 2003 al año 2006, sito en la Partida del Corral de San Isidro, de la localidad de Montserrat, que utilizaban aquélla y su esposo como segunda residencia, acudían durante esos años, habitual o esporádicamente según los casos, y a instancias de la Sra. *María Angeles*, diversos empleados municipales pertenecientes a la Brigada de Obras y Servicios, a realizar tareas, no remuneradas por dicha Sra. *María Angeles*, incluso en el horario laboral de los mismos en el Ayuntamiento. Así, la limpiadora municipal *Zaira* acudía en ese periodo de tiempo habitualmente los viernes al chalet, durante su horario laboral, en primavera, Semana Santa y verano, para encargarse de la limpieza del mismo, con productos que obtenía en la Droguería del Poble, de Paiporta; siendo transportada hasta el chalet por *Clemente*, conocido como '*Tirantes*', mayor de edad, y carpintero municipal.- Asimismo, ocasionalmente y a requerimiento de '*Tirantes*', *Pablo Jesús* y *Aquilino*, trabajadores municipales y también pertenecientes a la Brigada de Obras y Servicios del Ayuntamiento, llevaron en dicho periodo de tiempo leña y material de construcción al chalet y retiraron de éste restos de poda, en la furgoneta del Ayuntamiento. Y *Leon*, pintor municipal, realizó tareas de pintura en el chalet durante unas obras de reforma de éste, siendo trasladado hasta allí por '*Tirantes*'.- En una ocasión en el año 2005, *Benedicto* pidió a *Torcuato*, trabajador municipal, en concreto albañil de la mencionada Brigada de Obras y Servicios, que ayudara en la colocación de una puerta en una casa de la hermana de aquél y de su esposa sita en la localidad de Picassent, lo que hizo el Sr. *Torcuato*.- Y en septiembre del año 2006, *Bernarda*, mayor de edad, y al tiempo Concejala de Interior del Ayuntamiento de Paiporta, encargó a empleados municipales de la repetida Brigada que fueran con el camión a trasladar enseres de su casa, sita en Parque Alcosa, de la localidad de Alfafar; realizando estos empleados municipales el vaciado de muebles y la mudanza de esa casa a otra sita en la localidad de Paiporta, durante su horario laboral en el Ayuntamiento.- Y durante el repetido periodo de tiempo comprendido de los años 2003 a 2006, ambos inclusive, el Sr. *Alfonso* y el Sr. *Benedicto*, con la conformidad del entonces Interventor municipal interior, permitieron que *Clemente* y otros empleados municipales llenaran garrafas de gas-oil, con cargo al Ayuntamiento, en diversas estaciones de servicio de la localidad de Paiporta; y autorizaron que éste y otros trabajadores municipales repostaran gasolina o combustible para sus vehículos en las mismas gasolineras de Paiporta, también con cargo al Ayuntamiento.- No ha resultado probado que *Epifanio*, mayor de edad y Encargado en el mismo periodo de tiempo y hasta la actualidad de la Brigada de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Paiporta, ordenara a ninguno de los trabajadores de dicha Brigada que realizaran trabajos particulares no remunerados para el Alcalde o para los concejales antes dichos ni para el Sr. *Benedicto*; y tampoco ha resultado probado que el gas oíl retirado a cargo del Ayuntamiento de las mencionadas gasolineras ni el combustible repostado en éstas a cargo del Ayuntamiento se utilizasen por los trabajadores para fines particulares con el consentimiento del Sr. *Alfonso* o del Sr. *Benedicto*". (sic)

**Segundo.** - La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a *María Angeles*, como responsable en concepto de autora de un delito de malversación ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de multa de seis meses, con una cuota diaria de diez euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no

satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses, así como al pago de 1/15 parte de las costas del presente procedimiento, una vez incluidas las generadas por la personación e intervención en la causa de la acusación particular.- Que debemos condenar y condenamos a Clemente , como responsable en concepto de cómplice de un delito de malversación ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de multa de tres meses, con una cuota diaria de diez euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres meses, así como al pago de 1/15 parte de las costas del presente procedimiento, una vez incluidas las generadas por la personación e intervención en la causa de la acusación particular.- Y que debemos absolver y absolvemos libremente a Alfonso , a Benedicto , a Juan Miguel , a Epifanio y a Bernarda de los delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental de que venían acusados en esta causa, declarando de oficio 13/15 partes de las costas del presente procedimiento, incluidas las generadas por la personación e intervención en la causa de la acusación particular.- Firme que sea esta resolución, se cancelarán cuantas trabas y embargos se hubieren practicado en la causa, o en sus piezas y ramos, respecto a Alfonso , Benedicto , Juan Miguel , Epifanio y Bernarda .- Las penas de multa impuestas por esta resolución deberán ser totalmente satisfechas por los condenados, de ser solventes éstos, en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente, inclusive, al de la notificación efectuada a sus representaciones procesales de la resolución por la que se declare la firmeza de ésta, salvo que por aquéllos se solicitare el aplazamiento o el fraccionamiento del pago, en cuyo caso, oídos que sean los mismos se acordará". (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y el **Ayuntamiento de Paiporta (Valencia)**, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Se invoca respecto de la condenada María Angeles , infracción de precepto legal, art. 849.1º LECriminal .

SEGUNDO: Se invoca respecto del acusado Clemente , infracción legal por indebida aplicación del art. 29 Cpenal e inaplicación del art. 28 2º b) Cpenal .

TERCERO: Se invoca respecto de Benedicto , infracción de precepto legal por inaplicación del art. 433 párrafo primero y segundo y art. 74 Cpenal .

CUARTO: Se invoca respecto de Bernarda , infracción de precepto legal por inaplicación del art. 433 Cpenal .

QUINTO: Se invoca respecto del pronunciamiento de la sentencia en orden a la responsabilidad civil, infracción de precepto penal de los arts. 109 , 110 y 116 Cpenal .

La representación del **Ayuntamiento de Paiporta (Valencia)** formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO y TERCERO: Por la vía del art. 849.1 LECriminal , se invoca Infracción de Ley.

CUARTO: Por la vía del art. 5.4 LOPJ , se invoca vulneración del art. 24 C.E .

**Quinto.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando concludos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 4 de Junio de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de 19 de Junio de 2013 de la Sección V de la Audiencia Provincial de Valencia , condenó a María Angeles a la sazón Concejala de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Paiporta como autora de un delito de malversación, sin circunstancias, a las penas de multa de seis meses a razón de cuota diaria de diez euros y a la suspensión de empleo o cargo público por igual tiempo junto con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Igualmente condenó en concepto de cómplice de dicho delito a Clemente , a la sazón carpintero municipal, a la multa de tres meses con cuota diaria de 10 euros y suspensión por tres meses de todo empleo o cargo público.

Asimismo absolvió a las personas indicadas en el fallo de los delitos de que fueron acusados.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que María Angeles , Concejala de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Paiporta entre los años 2003 a 2006, durante esos años de forma habitual o esporádica, según los casos utilizó a diversos empleados municipales pertenecientes a la Brigada de Obras y Servicios en realizar tareas dentro del horario laboral de tales empleados en el Ayuntamiento, para realizar tareas particulares en su segunda residencia, en concreto, los viernes de primavera, semana santa y verano, una limpiadora municipal acudía a limpiar el chalet siendo llevada al mismo por el carpintero municipal, también condenado, Clemente .

Asimismo, otros trabajadores municipales de la brigada de Obras y Servicios, en dicho periodo se dedicaron a llevar leña y material de construcción al chalet, retirar la poda de los árboles del jardín y asimismo se realizaron obras de pintura en el chalet durante unas reformas, por el pintor municipal, siendo trasladados a dicho lugar por el ya citado Clemente .

Se contienen otros relatos en el factum que se omiten en este momento, sin perjuicio de que sean aludidos al estudiar los recursos formalizados , ya que en relación a tales otros hechos, la sentencia fue absolutoria.

Contra la expresada sentencia se han formalizado dos recursos, uno por parte del Ministerio Fiscal y otro por parte del Ayuntamiento de Paiporta, ambos, con modificaciones, pero en la misma dirección de impugnar determinados pronunciamientos absolutorios de la sentencia .

Comenzaremos por el estudio del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

#### **Segundo.- Recurso del Ministerio Fiscal .**

Su recurso está desarrollado a través de cinco motivos .

El primer motivo , por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal contiene dos peticiones , denuncia como indebida en relación a la condenada María Angeles la no aplicación del párrafo 2º del art. 433 del Cpenal , y asimismo denuncia como indebidamente inaplicada la continuidad delictiva del art. 74 Cpenal .

Recordemos que María Angeles fue condenada como autora de un delito de malversación de fondos públicos del art. 433-1º Cpenal exclusivamente. Pues bien, el Ministerio Fiscal interesa que se le aplique el párrafo 2º de dicho artículo, referente a la agravación aplicable para el supuesto de que el autor de la malversación no reintegrase el importe de lo sustraído en los diez días siguientes al de la iniciación del proceso.

La sentencia no aplica dicho párrafo 2º del art. 433 Cpenal , por estimar que no cabe hablar en este caso de desapoderación definitiva del titular del patrimonio administrado cuando se dedican a empleados municipales a la realización de obras o servicios particulares y ajenos al Ayuntamiento que les tiene contratados, y asimismo, estimó que tampoco es aplicable la continuidad delictiva porque el propio tipo penal emplea el plural "...dedicará a usos ajenos a la función pública..." --véase f.jdco. quinto--.

Previamente tenemos que recordar que por caudales o efectos puestos a su cargo, han de entenderse, no solo el metálico, sino que el concepto penal de "caudales" es mucho más amplio abarcando, sin ánimo exhaustivo, los billetes de lotería, el capital de las sociedades públicas, los bienes muebles y en general cualquier clase de bienes muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables u otros bienes o derechos que forman parte de un activo de un patrimonio público y también , y esto es relevante, a los efectos de esta causa cualquier bien y fuerza de trabajo, incluidos por consiguiente aquellos supuestos en los que se utiliza a un empleado municipal en horas en las que debe prestar su servicio en el Ayuntamiento, y se beneficia de dicho trabajo un particular. En tal sentido, STS 608/1994 de 18 de Marzo y más recientemente STS 986/2005 de 21 de Julio . En definitiva a los efectos del delito de malversación deben entenderse por caudales públicos todo bien mueble susceptible de una valoración económica, así como la distracción de bienes o servicios públicos cuyo importe corra a cargo de la Administración .

En relación a la aplicación del párrafo 2º del art. 433 del Cpenal , cuya aplicación solicita el Ministerio Fiscal, hay que recordar que dicho párrafo establece una agravación en caso de que no se produjese el reintegro dentro de los diez días siguientes a la iniciación del proceso. Una vez que ya hemos dicho que la doctrina de la Sala dentro del concepto amplio de "caudales" integra la utilización en beneficio privado

del trabajo de empleados públicos, es obvio que dicho reintegro estaría determinado por el importe de las nóminas, jornales u horas que abonadas por el Ayuntamiento al empleado municipal que trabajó en beneficio particular, al coincidir tales trabajos --como es el caso-- con el horario laboral en el Ayuntamiento.

Pues bien, es claro que la condenada *María Angeles* no ha reintegrado al Ayuntamiento de Paiporta el importe de las horas de la limpiadora municipal, ni de los empleados municipales que indebidamente utilizó en tareas en su propio chalet, constituyendo el beneficio obtenido por estos trabajos, justamente el perjuicio del Ayuntamiento que pagó unos jornales por obras que no redundaron en los intereses públicos, por lo que es incuestionable la aplicación del párrafo 2º del art. 432 Cpenal que se remite en cuanto a la pena a imponer al artículo anterior, 433, debiéndose aplicar el párrafo 3º de dicho artículo porque como se solicita por el recurrente el total malversado, es decir los salarios abonados por el Ayuntamiento a los trabajadores municipales por trabajos efectuados en el chalet de la condenada aunque al desconocer su exacta cuantía no superaron los 4000 euros a que hace referencia el art. 432-3º Cpenal.

En relación a la aplicación de la continuidad delictiva ex art. 74, el argumento de la sentencia para su no aplicación estriba en que el tipo penal se refiere a una pluralidad de acciones --usos ajenos de caudales--. El *factum* describe con claridad que tanto la limpiadora municipal como los trabajadores de la brigada de Obras y Servicios efectuaron trabajo de jardinería, pintura, acarreamiento de material de construcción y leña, así como recogida de la poda de forma continuada, que en relación a la limpiadora lo fue en las fechas de los viernes de primavera, semana santa y verano, entre los años 2003 a 2006.

Prima facie pudiera pensarse que la tesis de la continuidad delictiva debería prosperar sin embargo no va a ser esa la decisión de la Sala que va a mantener el criterio de la Sala de instancia.

Como recuerda la STS 121/2007 de 14 de Febrero la malversación de caudales públicos es un delito contra el patrimonio cualificado por la condición del sujeto activo, que debe ser funcionario público y porque los caudales tienen, igualmente, la condición de públicos.

También acaba de decirse que dentro del concepto de "caudales" deben incluirse a los efectos de la comisión del delito de malversación toda utilización de los servicios públicos cuyo importe corra a cargo de la Administración Pública, municipal, autonómica, central o institucional, por lo que la utilización de empleados municipales en horario laboral, abonado por la Administración concernida por parte de Concejales --como es el caso-- para efectuar trabajos particulares, realiza el tipo penal de la Administración. Ahora bien, sin perjuicio de reconocer como señala la STS 400/2007 de 17 de Mayo, que la continuidad delictiva puede ser posible en tal delito, hay que convenir que tal continuidad no es aplicable a los casos en los que la malversación se efectúe a través de la utilización indebida y particular de servicios públicos abonados por la Administración, y a ello debemos añadir el argumento recogido en la sentencia relativo a la pluralidad de acciones como elemento del tipo.

El delito de malversación en la redacción del actual Código Penal ha abandonado el criterio del Cpenal 1973 que contenía una atomización cuantitativa en el art. 394, cuyos límites se fijaban en que el importe de los caudales malversados no excediese de 30.000 ptas., de 500.000 ptas., de 2.500.000 ptas. y finalmente para cantidades superiores a 2.500.000 ptas.

Frente a este criterio el vigente Cpenal establece un tipo básico en el que la acción está constituida por un plural --sustracción de caudales-- y a continuación se definen dos tipos cualificados no ya por la cuantía, sino el doble criterio de la especial gravedad de la malversación atendiendo a las cantidades sustraídas y al daño o al empobrecimiento producido en el servicio público. Han de darse ambos elementos --SSTS 1094/2011 y 429/2012, entre otras--, si bien, también se tiene declarado por esta Sala que cuando la cuantía es muy elevada, basta la concurrencia del primer elemento porque de él se deriva, necesariamente el segundo --SSTS 1394/2009, recordada en la 784/2012--.

Pues bien, el párrafo 3º del art. 432 Cpenal contiene una fórmula de cierre o "recogida" referida a las distracciones cuya cuantía exacta se desconozca pero cuya cantidad no alcance --en la redacción actualmente vigente-- los 4.000 euros, por lo que se parte también de una pluralidad de acciones de distracciones de caudales --en el sentido amplio al que ya nos hemos referido-- pero cuyo importe total no exceda de los expresados 4.000 euros, con lo que se mantiene la acción plural como verbo del tipo careciendo de lógica y de proporcionalidad que se pretenda la continuidad delictiva para esta figura residual y de cierre.

Por lo expuesto, no procede la aplicación de la continuidad delictiva que solicita el Ministerio Fiscal.

Procede la estimación parcial del motivo en el sentido de estimar la aplicación del art. 433-2º del Cpenal.

**Tercero.-** Abordamos a continuación el **motivo segundo** del recurso del Ministerio Fiscal que, en relación a *Clemente*, solicita la aplicación al mismo del art. 433-2º y la continuación delictiva, y todo ello en condición de autor del delito y no de cómplice como le consideró la sentencia.

En la argumentación del motivo alega el Ministerio Fiscal que la colaboración que prestó al insinuado, no puede estimarse como accesoria o periférica, sino nuclear.

Recordemos que la sentencia *le consideró cómplice* --f.jdco. quinto-- y no autor como solicitaron en la instancia las acusaciones y ahora reitera el Ministerio Fiscal porque su misión consistió en transmitir las órdenes de *María Angeles* a los trabajadores del Ayuntamiento e incluso trasladándolos personalmente al chalet estimando el Tribunal que *"...tal colaboración fue meramente auxiliar y no puede reputarse imprescindible para la producción de los hechos, no teniendo este, sí por el contrario María Angeles el dominio funcional del hecho que configura la autoría...."*.

En este control casacional verificamos la *corrección de tal argumentación*. Como ya hemos dicho con reiteración -- SSTS 528/2007 ó 365/2011, entre otras-- el *dolo del cómplice es el mismo que el del autor, solo que su aporte al fin delictivo querido por el autor es periférico, accesorio y no necesario* y por ello no tiene el dominio funcional del hecho.

Justamente eso es lo que ocurre en este caso pues el citado *Clemente* actuó como *emisario de las decisiones* de *María Angeles* que como Concejal ordenó el trabajo en su chalet de los trabajadores del Ayuntamiento, y asimismo como *transportista* de los trabajadores municipales a dicho chalet, operaciones *no imprescindibles* porque la propia *María Angeles* podría haber dado ella misma las órdenes con igual efecto, limitándose *Clemente* a ser el portavoz de las mismas y transportista de los trabajadores pero *sin tener* ningún dominio funcional del hecho delictivo como dice la sentencia.

La *segunda petición* del Ministerio Fiscal dentro de este motivo consiste en sancionar a *Clemente* en las mismas condiciones que a *María Angeles*, es decir, con aplicación del art. 433-2º --por no devolución de los caudales-- y la continuidad delictiva del art. 74 Cpenal.

Obviamente *tampoco* procede la aplicación del párrafo 433-2º porque *Clemente no se aprovechó personalmente* del trabajo de los empleados municipales, no trabajaron en su beneficio. Tampoco procede la aplicación de la continuidad delictiva por los mismos argumentos que ya constan expuestos en el motivo anterior.

*Procede el rechazo del motivo.*

**Cuarto.-** Abordamos, *conjuntamente*, los **motivos tercero y cuarto** dada la identidad de cuestiones que alegan solo que *referidas a dos personas que fueron absueltas en la instancia*.

En relación a *Benedicto* y a *Bernarda*, ambos, a la sazón, Concejales del Ayuntamiento de Paiporta. Se solicita por el Ministerio Fiscal que frente a la absolución acordada en la sentencia *sean condenados como autores del art. 433 Cpenal*, que en el caso de *Benedicto* se extiende, también, a la continuidad delictiva del art. 74 Cpenal.

Como ya hemos dicho, *ambos fueron absueltos* en la sentencia de instancia con la siguiente argumentación que obra en el f.jdco. séptimo:

*"....Y, si bien ha considerado probado la Sala el que el acusado, Sr. Benedicto, envió en una ocasión en el año 2005 a un trabajador municipal, el Sr. Torcuato, de la Brigada de Obras y Servicios de la que aquel era Coordinador, a ayudar a colocar una puerta en el chalet de su hermana, sin remuneración alguna, y a cargo del Ayuntamiento, y no de la empresa suministradora de la puerta, por la declaración de dicho Sr. Torcuato, y que la Sra. Bernarda ordenó la realización de la mudanza de los enseres de su casa en Alfafar a Paiporta por parte de trabajadores del Ayuntamiento y camión municipal...."*

*"....Sin embargo, considera el Tribunal que estas dos actuaciones aisladas no integran ninguna de ellas, individualmente consideradas, el tipo penal del delito de malversación (del artículo 433 del Código Penal, en virtud de la doctrina jurisprudencial antes expuesta), que sanciona, como veíamos supra, a "La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública....", no pudiendo entenderse verdaderamente dados esos "usos ajenos a los medios humanos municipales" en estas ocasiones singulares, de unas horas de duración, únicas que han resultado probadas en el plenario respecto de estos dos acusados; resultando a criterio de la Sala penalmente atípica esta conducta respectivamente acreditada, esto es, carente de contenido o relevancia penal, por única y de escasa duración temporal...."*

Frente a esta argumentación, estima el Ministerio Fiscal que el hecho de utilizar a cualquier trabajador o empleado municipal para un fin ajeno a la función pública y en beneficio propio o ajeno supone la comisión del delito de malversación con independencia de que el hecho ocurriera una sola vez, porque en todo caso existe un perjuicio para el Ayuntamiento en la medida que dentro de su jornada laboral prestaron su fuerza de trabajo no para el interés público municipal, sino el privado en cuyo favor se les hizo trabajar con el consiguiente perjuicio económico para el Ayuntamiento. En definitiva se estaría en la misma situación que la analizada en relación a la condenada María Angeles .

Debemos efectuar un estudio diferenciado en relación a cada una de las dos personas absueltas, a la vista del relato de hechos probados .

En relación a Benedicto , y desde el respeto al *factum* que es el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional, verificamos en este control casacional que en dicho relato probado *textualmente* se nos dice que:

"...En una ocasión en el año 2005, Benedicto pidió a Torcuato , trabajador municipal, en concreto albañil de la mencionada Brigada de Obras y Servicios, que ayudara en la colocación de una puerta en una casa de la hermana de aquél y de su esposo, sita en la localidad de Picassent, lo que hizo el Sr. Torcuato ....".

Como puede observarse nada se dice en el *factum* de que tal trabajo fuera realizado por Torcuato en horario laboral municipal, y por tanto pagado por el Ayuntamiento .

Ciertamente en la *fundamentación* jurídica de la sentencia de instancia --f.jdco. séptimo que se acaba de citar-- se nos dice que tal obra de colocación de la puerta lo fue "sin remuneración alguna" --se entiende por el beneficiario de la obra--, y "a cargo del Ayuntamiento", de donde se puede inferir razonablemente que lo fue en horario laboral y como tal abonado por el Ayuntamiento.

Reiteramos que en el *factum* nada se dice al respecto y que tal dato solo se hace constar en la *motivación* .

Esta Sala tiene declarado que en el *factum* de la sentencia, en cuanto que en el se contiene el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal sentenciador, debe hacerse constar *inexcusablemente* todos los elementos esenciales del delito concernido .

También hemos dicho, que el *factum* puede ser completado en una lectura integrada con la *motivación* , pero tal posibilidad de complementación no puede suplir la ausencia de un elemento vertebrador del delito, en contra del reo .

En tal sentido, se pueden citar las SSTS 788/1998 , 769/2003 ó 762/2006 que se pronuncian en el sentido de no admitir la complementación del *factum* con los elementos que indebidamente se encuentren en la *motivación*, existiendo una postura más matizada que permite la complementación en favor del reo -- SSTS 468/1994 ; 209/2003 ; 1369/2003 ó 945/2004 --.

En todo caso es *contraria* la doctrina de la Sala a la posibilidad de complementar el *factum* en contra del reo cuando no conste en el todos los elementos del delito. En tal sentido las SSTS 107/2011 de 24 de Febrero y 713/2012 de 2 de Octubre y las en ellas citadas.

Pues bien, en el presente caso en relación al absuelto Benedicto , no constando en el *factum* que los trabajos efectuados a su instancia por el trabajador municipal en casa de su hermana fueran llevados a cabo en horario laboral que abonó el Ayuntamiento por trabajos, aunque este dato consta en la *motivación*, no puede injertarse ni complementar este dato en el *factum* . La consecuencia de la omisión de este dato esencial es la de proceder al rechazo del motivo del Ministerio Fiscal en relación a esta persona .

Qué duda cabe que de haberse hecho constar en el *factum* los datos recogidos en la *motivación*, hubiera procedido el recurso del Ministerio Fiscal, pero ante la omisión producida y la imposibilidad de complementación, procede mantener la absolución de Benedicto por esta sola razón, no por las razones expuestas en sentencia que resultan claramente inaceptables.

En relación a la otra absuelta Bernarda , en el *factum* se hace constar, expresamente que la insinuada, a la sazón Concejala de interior del Ayuntamiento de Paiporta encargó a empleados municipales de la repetida Brigada que fueran en un camión a trasladar enseres de su casa..... realizando estos trabajos ..... durante su horario laboral en el Ayuntamiento .

En el presente caso, se encuentran todos los elementos del delito de malversación en relación a Bernarda como sostiene el Ministerio Fiscal.

*La argumentación del Tribunal para justificar la absolución de ésta es, a todas luces, injustificable e incluso puede llegar a suponer toda una invitación a transgredir las líneas rojas que debe respetar todo representante público, porque cuando se traspasan los límites de la legalidad, aunque sea un poco, ya no hay límite en la medida que se está en el campo de la ilegalidad, y en esta situación no puede operar el principio de mínima intervención.*

El delito de malversación, ya sea propia, la del art. 432, ya impropia, la del art. 433 tiene por finalidad tutelar no solo el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración en cualquiera de sus manifestaciones, sino también proteger la *confianza de la ciudadanía en el correcto manejo de los fondos públicos por parte de los representantes públicos*.

Es evidente que el *sujeto activo debe ser funcionario público* o autoridad, por lo que se está en presencia de los delitos con *sujeto propio y especial* debiendo existir un engarce o relación entre el funcionario y los caudales, que deben estar puestos a su cargo por razón de sus funciones, engarce o conexión que la jurisprudencia concreta en la posibilidad de *derecho o de hecho de disponer de los mismos de manera que solo con su decisión sea posible la distracción*, o dicho de otro modo, que *no* puedan salir *sin* su consentimiento. En tal sentido, puede recordarse la STS 18/2014 de 23 de Enero, que declara que tiene disponibilidad de fondos el Concejal sin cuyo orden no es posible la ilícita entrega de caudales a un tercero --en el mismo sentido, STS de 2 de Marzo de 2006 --.

En relación al *concepto de caudales* o efectos públicos, reiteramos lo ya dicho con anterioridad, la Jurisprudencia de la Sala ha entendido por caudales el dinero y por efectos "*cualquier clase de bienes, muebles y con valor económico y en general derechos que forman parte del activo de un patrimonio activo*" -- SSTS de 13 de Marzo de 1995 ó 250/1994 de 7 de Febrero--, y con las SSTS de 20 de Marzo de 1992 y 608/1994 de 18 de Marzo, se entienden como incluido dentro del concepto de caudales públicos "*cualquier bien o fuerza de trabajo, incluidos, por consiguiente, aquellos supuestos en los que se utilizan un empleado municipal en horas que deben prestar servicios en el Ayuntamiento, en cuestiones y tareas en beneficio particular*".

Esto es, precisa y exactamente, el caso de autos. La absuelta, Bernarda, a la sazón Concejal del Ayuntamiento de Paiporta y con facultades *de hecho* de disponer de los trabajadores municipales, los dedicó a obras y tareas particulares y ajenas a los intereses públicos en horario laboral y por tanto trabajaron en beneficio *particular*, siéndole abonado el jornal por el Ayuntamiento de Paiporta, que se vio perjudicado abonando unos jornales a unos trabajadores suyos que fueron dedicados a tareas privadas acordadas por quienes *de hecho* podían y pudieron en realidad que se efectuaran, habiendo sido beneficiadas aquellas personas en cuyo favor se realizó el trabajo. *Gratuidad en beneficio particular a costa del patrimonio municipal*.

En relación a la cuestión de transformar la sentencia absolutoria en la instancia en condenatoria, ya sea en apelación o en casación, es conocida la doctrina del TEDH --SSTEDH, casos Ekbatani vs. Suecia; Helmers vs. Suecia; Jan-Ake Anderson vs. Suecia, y más recientemente Constantinescu vs. Rumania; Igual Coll vs. España; García Hernández vs. España ó Bazo González vs. España, entre otras muchas--, seguida por el Tribunal Constitucional desde la conocida *sentencia del Pleno 167/2002*, según la cual:

*"...Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto cuestiones de hecho y de derecho, y en especial ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en su proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas...."*, doctrina seguida en multitud de sentencias de dicho Tribunal con posterioridad, entre otras, STC 22/2013 de 31 de Enero y las en ella citadas, así como de esta Sala Casacional.

Pues bien, la *única excepción a ese examen directo del absuelto* en la instancia para quien se pide su condena ya en apelación, o en casación --como es el caso de autos--, está constituida por el caso en el que *tal conversión en pronunciamiento condenatorio al inicial absolutorio tenga una naturaleza estrictamente jurídica*, es decir desde el *respeto a los hechos probados en la sentencia*, se aprecie en el recurso que el error del Tribunal a que es *exclusivamente de subsunción jurídica* y que por tanto la conversión en pronunciamiento condenatorio *no ha supuesto ninguna re-valoración* de ningún tipo de pruebas personales ni de ninguna otra clase *ni por tanto surge la necesidad* derivada del derecho de defensa *de que el absuelto en la instancia sea oído personalmente en la fase del recurso*.

En este sentido, *esta Sala de Casación ha convertido el pronunciamiento de instancia absolutorio en condenatorio* en las SSTS 1327/2011 ; 1423/2011 ; 4/2012 ; 32/2012 ; 309/2012 ; 536/2012 ; 157/2013 ;

460/2013 ó 462/2013 , entre otras, por estimarse que el debate suscitado en el recurso de casación era una *cuestión estrictamente jurídica* .

*Pues bien, esto es, exactamente el caso que nos ocupa .*

Bernarda , a la sazón, Concejala del Ayuntamiento de Paiporta, dispuso que empleados municipales de dicho Ayuntamiento efectuaran en horas laborales trabajos en su propio beneficio (una mudanza de muebles).

La sentencia, en la argumentación *reconoce* paladinamente tales hechos están acreditados a la vista de las pruebas practicadas, pero estima que esa actividad *no* puede constituir un "*uso ajeno de medios humanos municipales*" --sic f.jdco. séptimo, ya reflejado más arriba--, estimando que la acción es "*penalmente atípica*" , por carente de contenido o relevancia penal por ser única y de escasa duración temporal.

Por el contrario, esta Sala Casacional estima que la acción es *típicamente antijurídica por concurrir todos los elementos del art. 433 Cpenal* .

Que sea única y de escasa duración temporal --que no se concreta-- no obsta a la tipicidad de la acción: se emplearon trabajadores municipales en horario laboral, por tanto con salario abonado por el Ayuntamiento, se realizaron obras en beneficio de particulares que se beneficiaron con tales trabajos a cargo de fondos públicos.

*Ni el criterio temporal ni el de tratarse de una única ocasión tienen virtualidad para borrar o neutralizar dicha antijuridicidad .*

Ciertamente, uno de los *brocardos* clásicos nos dice que "*mínima non curat praetor*", es decir, que por minucias no deben ocuparse --ni entretener el pretor--, pero este principio *no* es de aplicación a supuestos como el presente en el que se trata de una malversación de caudales --en los que se incluyen el trabajo de empleados municipales en horario laboral para tareas privadas--.

No solo se lesionó el patrimonio municipal --extremo al que no referiremos en el motivo siguiente--, pues el Ministerio Fiscal acreditó el perjuicio económico del Ayuntamiento, sino que se lesionaron bienes más trascendentales y que se conectan con el bien jurídico protegido con este delito que, primordialmente está constituido por el *quebrantamiento de los deberes de fidelidad y de transparencia en la gestión pública* al que están obligados las autoridades y funcionarios públicos, y muy concretamente los Concejales *en cuanto elegidos por sus vecinos* y para los que la honestidad en la gestión pública --singularmente de los recursos públicos-- constituye una *pieza fundamental del asiento de la confianza que los ciudadanos deben tener en sus políticos*, y *nada resulta más desmoralizador ni desmotivador que actuaciones como la enjuiciada aunque su importancia económica no sea muy elevada, se consideran atípicas porque la impunidad de esta solo puede ser preludio de una esperanza en impunidades posteriores más relevantes* .

*Procede la estimación del motivo cuarto* en el sentido de considerar a la absuelta Bernarda *autora de un delito de malversación impropia del art. 433.1º y 2º* , ya que no ha reintegrado al Ayuntamiento el importe de las horas dedicadas por los trabajadores municipales en esos trabajos particulares, lo que se declarará en la segunda sentencia.

En relación *al motivo tercero* , con respecto al absuelto Benedicto , *procede el rechazo del motivo formalizado por las concretas y precisas razones citadas*.

**Quinto.-** El *motivo quinto* , por la vía del *error iuris* , el Ministerio Fiscal considera que la sentencia ha *inaplicado* indebidamente los arts. 109 , 110 y 116 del Cpenal porque *no ha fijado indemnización a percibir por el Ayuntamiento equivalente al importe de las horas trabajadas* por los empleados municipales en tales tareas particulares, y a tal efecto se remite a la documental por él aportada, y en la que el Ayuntamiento de Paiporta concretaba el importe de la hora de trabajo incluidos los costes reales y paga proporcional de la extraordinaria, así como los complementos según la categoría del trabajador, rechazando la decisión del Tribunal de *no* fijar indemnización en favor del Ayuntamiento porque --dice-- no hubo perjuicio económico sino desatención temporal del servicio y ello hace que sea imposible la fijación de cantidad alguna.

La argumentación de la sentencia para no fijar indemnización a favor del Ayuntamiento se encuentra en el f.jdco. décimo que *literalmente* es como sigue:

*"....Si bien el artículo 116.1º del Código Penal viene a establecer con carácter general que todo responsable penalmente lo es también civilmente, considera el Tribunal que a la vista de los hechos aquí objeto de condena no procederá efectuar en el presente caso los pronunciamientos indemnizatorios a favor del Ayuntamiento de autos que solicitan las partes acusadoras.*

Y ello, porque considera el Tribunal que no se trata en este caso de que se hubiere distraído la remuneración correspondiente a las horas trabajadas por los empleados de la Brigada municipal de Obras y Servicios (incluido el carpintero municipal, cómplice del delito, Sr. Clemente ) en el chalet, sino que la conducta penalmente típica desarrollada consistió en destinar a un uso de interés particular, esto es, ajeno a la función pública, parte del capital humano del Ayuntamiento, esto es, de los medios personales o recursos humanos a disposición de éste.

Por ello, no procede, a criterio de la Sala, realizar a efectos indemnizatorios, un cálculo de las horas de trabajo en el chalet de dichos empleados municipales y de su valoración dineraria, por cuanto que éstos recibieron en el periodo de autos una remuneración global con dinero público, que comprendía el pago del sueldo mensual, pagas extras semestrales, y cuotas de cotización a la seguridad social; no resultando factible ni procedente la mecánica propuesta por las acusaciones para la determinación de la responsabilidad civil ex delicto.

En el presente caso, lo que podría considerarse la "reparación del daño" causado por el delito, del artículo 110.2º del Código Penal , sería el compeler a los acusados responsables del mismo a aportar, a su costa, el mismo capital humano, esto es, las mismas horas de trabajo de empleados municipales, que aquéllas empleadas indebidamente para fines particulares. Pero esta reparación resulta quimérica y de imposible imposición en el fallo, pues no puede obligarse a ningún empleado a trabajar unas horas extraordinarias, añadidas a las de su horario laboral, para que puedan así con su trabajo reparar civilmente o resarcir los condenados a la corporación municipal perjudicada por el delito.

En definitiva, no procediendo la indemnización (por cuanto que el perjuicio causado por el delito no fue económico, sino de desatención temporal del servicio público), y resultando de imposible imposición la reparación, no procederá efectuar pronunciamiento alguno en el fallo, sobre la responsabilidad civil que se reclama por las acusaciones....".

Tal argumentación es *manifiestamente inaceptable* . La tesis de que los condenados deberían ofrecer al Ayuntamiento que los *mismos* empleados municipales trabajasen para el Ayuntamiento el mismo número de horas que lo hicieron para los quehaceres particulares, y que esto es quimérico de imposible realización, olvida que cuando la *reparación* de los perjuicios *ex delicto* no sea posible en clave de restitución, entonces, *procederá la indemnización de los perjuicios* -- arts. 111 y 113 Cpenal --.

Obviamente no se puede obligar a que los mismos empleados del Ayuntamiento, trabajen para éste el mismo número de horas que lo hicieron para asuntos de los absueltos, pero una vez que se conozcan las horas trabajadas y su coste de acuerdo con la categoría laboral de cada persona concernida, es obvio que la indemnización estará representada por el coste laboral de las horas abonadas por el Ayuntamiento.

La decisión de la sentencia de no acordar la indemnización en favor del Ayuntamiento por los salarios abonados por él y que se correspondió con las horas trabajadas por los empleados municipales en beneficio de intereses particulares, no puede ser en modo alguno compartida.

Ciertamente, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones *definitivas* fijó unas indemnizaciones en los términos fijados en los folios 134 y siguientes del Tomo II del Rollo de la Audiencia.

No obstante parece más respetuoso con los derechos de todas las partes que con el límite de los 4.000 euros, cantidad que no podrá ser superada, *se fije en ejecución de sentencia las concretas cantidades indemnizatorias a abonar por los condenados al Ayuntamiento de Paiporta* , de conformidad con el art. 115 Cpenal de acuerdo con las bases que se fijarán en la segunda sentencia.

#### **Sexto.- Recurso del Ayuntamiento de Paiporta como Acusación Particular .**

Está desarrollado a través de **cuatro motivos** .

El **motivo primero** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , denuncia como indebidamente inaplicados los arts. 404 del Cpenal , alternativamente el 405, en relación a Alfonso , a la sazón Alcalde de Paiporta y de Benedicto , Concejal de Urbanismo.

Anuda esta petición a la contratación de Benedicto como Coordinador de Obras y Servicios con carácter interino cargo que ocupó desde el año 2003 hasta el año 2007, en virtud del Decreto de la Alcaldía 91/2003, recogido en el *factum* , y, posteriormente por la provisión definitiva de dicha plaza de Coordinador en favor del mismo Benedicto en virtud de resolución del Area de Interior del Ayuntamiento de 7 de Abril de 2006, en el que se acordó sacar la plaza en convocatoria publicada en el BOP de 1 de Septiembre de

2006 --concurso-oposición por promoción interna-- que se le adjudicó al citado constando en el *factum* que los requisitos exigidos en la convocatoria concurrían en Benedicto .

En el *f.jdco. noveno* de la sentencia se justifica la *inexistencia* de los delitos de prevaricación administrativa y de nombramiento de cargo público a sabiendas de su ilegalidad, de los que se acusaba por la parte recurrente.

De dicho fundamento, retenemos la última conclusión:

*"...No parece, pues, que pueda reputarse acreditadamente doloso ni delictivo, esto es, prevaricador ni la creación del puesto, ni el referido nombramiento con carácter interino, no habiéndose hurtado totalmente el procedimiento administrativo o expediente, ni ocultándose el nombramiento para impedir su impugnación...."* .

En esta situación, y desde el respeto al *factum* , presupuesto insoslayable para la admisión de este cauce casacional, se incurre por el recurrente en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación. Nada existe en el *factum* que acredite ni la ilegalidad objetiva del nombramiento o de la convocatoria, ni tampoco el elemento subjetivo de ser consciente de la ilegalidad de tales nombramientos.

En esta situación resulta imposible la conversión en condenatoria del pronunciamiento absolutorio de la instancia. Se está lejos de tratarse de una cuestión estrictamente jurídica , y por ello sería en todo caso preciso la audiencia del absuelto lo que no es posible en esta sede casacional.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Séptimo.-** Abordamos, seguidamente el **motivo segundo** del recurso del Ayuntamiento, que por la vía del *error iuris* del art. 849- 1º LECriminal solicita la *condena como autores por el delito de malversación impropia* del art. 433 de Alfonso , a la sazón Alcalde de Paiporta y Clemente que respectivamente autorizaron y realizaron dos transportes de los trabajadores en las obras particulares de Benedicto (en lo referente al trabajo del albañil municipal para colocar una puerta en casa de su hermana), y asimismo considera autora de dicho delito a María Angeles , esposa de Alfonso en lo referente a la limpieza del chalet y obras en el jardín y poda.

El Tribunal absuelve a Alfonso de lo referente a la limpieza de su chalet, hecho del que ha sido condenada su esposa. Al respecto el Tribunal, en el *f.jdco. sexto*, concluye que:

*"...En definitiva, aún cuando pudiera sospecharse que el acusado, Sr. Alfonso no podía ignorar lo que estaba ocurriendo en el chalet que compartía con su esposa, máxime cuanto que, según declararon en juicio los testigos ..... era de conocimiento público en la población, no consta suficientemente probada la participación activa, consciente y dolosa de este acusado...."* .

Ciertamente se podrían efectuar reflexiones --y conclusiones-- en otro sentido, pero es lo cierto que absuelto Alfonso , su condena en esta instancia exigiría su previa audiencia por no estar ante una cuestión estrictamente jurídica por lo que procede el rechazo de la petición del recurrente, de acuerdo con la doctrina ya expuesta.

En relación a Clemente , ya aparece condenado en la sentencia como cómplice , pronunciamiento que se ha estimado correcto, por lo que la tesis de la autoría --que también solicitó el Ministerio Fiscal-- debe ser rechazada , como lo fue la del Ministerio Fiscal al estudiar su recurso.

En lo referente a Benedicto y María Angeles , la petición del Ayuntamiento coincide con la efectuada por el Ministerio Fiscal por lo que a lo allí dicho nos remitimos, procediendo la estimación de la petición del recurrente a los mismos términos que se ha declarado en el recurso del Ministerio Fiscal que ya ha sido estudiado.

Ello supone rechazar la extensión del delito de malversación impropia a la adquisición de bidones de gas-oil con cargo al Ayuntamiento y para asuntos particulares. El *factum* al respecto, si bien en una primera lectura puede inducir a confusión pues se dice literalmente:

*"...Y durante el repetido periodo de tiempo comprendido de los años 2003 a 2006, ambos inclusive, el Sr. Alfonso y el Sr. Benedicto , con la conformidad del entonces Interventor municipal interino, permitieron que Clemente y otros empleados municipales llenaran garrafas de gas-oil, con cargo al Ayuntamiento, en diversas estaciones de servicio de la localidad de Paiporta; y autorizaron que éste y otros trabajadores municipales repostaran gasolina o combustible para sus vehículos en las mismas gasolineras de Paiporta, también con cargo al Ayuntamiento...."* .

Luego en el párrafo siguiente y último del *factum* , se dice que :

"... Tampoco ha quedado probado que el gas-oil retirado a cargo del Ayuntamiento de las mencionadas gasolineras ni el combustible repostado en estas a cargo del Ayuntamiento se utilizase por los trabajadores para fines particulares con consentimiento del Sr. Alfonso o del Sr. Benedicto ....".

Con más claridad en el f.jdco. octavo, se aclara que "ante la falta de vehículos en la Brigada de Servicios y la imposibilidad de poder desplazarse a diversos puntos de la población", se autorizaba a que repostaran sus vehículos particulares pero para esos fines públicos, sin que existiera uso desviado de ese combustible .

Se está en la misma situación que la anterior, el respeto al *factum* impide que pueda prosperar la tesis de la malversación en relación a estos repostajes. No es una cuestión jurídica en sentido estricto y debe mantenerse el pronunciamiento absolutorio.

En definitiva, en relación a Benedicto procede mantener su absolución al no constar en el *factum* todos los elementos necesarios que vertebrarán el delito del que se solicita su condena, y en relación a María Angeles , Concejal y esposa del Alcalde, procede la condena por el delito de malversación del art. 433-1º Cpenal tal y como fue condenada en la sentencia de instancia, *extendiendo también* la aplicación del párrafo 2º de dicho artículo en relación con el art. 432-3º como ya se dijo en el estudio del primer motivo formalizado por el Ministerio Fiscal, debiéndose mantener la absolución de Alfonso por las razones expuestas.

*Procede en parte y con este alcance el motivo .*

**Octavo.-** El **motivo tercero** , tiene por finalidad la condena de la Concejal Bernarda como autora del delito de malversación de caudales públicos del art. 433 Cpenal en cuanto que ésta ordenó a empleados municipales la realización de una mudanza particular desde su domicilio de Parque Alcosa --Benetusser-- al domicilio de la citada en Paiporta en horario laboral y con utilización de un vehículo municipal.

Se trata de *idéntica cuestión* a la suscitada por el Ministerio Fiscal en su *motivo cuarto* en la que se ha acordado la admisión de dicho motivo. La misma conclusión debe efectuarse en relación a este motivo por las argumentaciones expuestas al justificar el éxito del motivo formalizado por el Ministerio Fiscal que, obviamente, se dan por reproducidas en evitación de reiteraciones innecesarias.

*Procede la estimación del motivo .*

**Noveno.-** El **motivo cuarto** , por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

Aduce el recurrente que se ha vulnerado el derecho del Ayuntamiento de Paiporta en el orden expresado "por cuanto a la vista del pleno contenido de la causa, de toda la documentación obrante en la misma, de todas las declaraciones existentes en dicha causa, así como de la prueba practicada en el Plenario", no han sido penados los acusados aludidos con anterioridad aduciendo que no se han aplicado a los mismos los preceptos penales que debieron aplicarse, así como calificándose de complicidad supuestos de autoría en el fallo.

El motivo debe ser objeto de *rechazo a limine* , *al carecer de la más mínima fundamentación* . Sabido es que, entre otros contenidos, el derecho a la tutela judicial efectiva equivale a obtener de los Tribunales unipersonales o colegiados, una resolución fundada jurídicamente que tanto puede ser de fondo como de forma, en este último caso, sólo cuando concurren circunstancias obstativas que impidan un pronunciamiento sustancial.

El Tribunal de instancia *desde el reconocimiento a las censuras que se efectúan en esta resolución a la sentencia* no ha conculcado precepto alguno que conlleve una disminución de las garantías del justiciable en el sentido pretendido. En definitiva, el recurrente ha obtenido una respuesta sobre el fondo de la cuestión planteada, en la medida en que el pronunciamiento de la Sala de instancia da cumplida respuesta a las pretensiones de aquél. *No ha habido* , en definitiva, *desistimiento ni dejación alguna de funciones por parte del Tribunal, dejando a salvo, insistimos, la estimación parcial de los recursos formalizados* .

**Décimo.-** La estimación en parte de los recursos del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular supone la declaración de oficio de las costas de ambos recursos (el del Ministerio Fiscal procederá en todo caso) y la devolución al Ayuntamiento de Paiporta ejerciente de la Acusación Particular, del depósito constituido.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, a los recursos formalizados por el **Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Paiporta**, como Acusación Particular, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección V, de fecha 19 de Junio de 2013 , la que casamos y anulamos

siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar, con declaración de oficio de las costas de ambos recursos y devolución del depósito constituido al Ayuntamiento de Paiporta.

Notifíquese esta resolución y la que seguida y separadamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección V, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Joaquín Giménez García** Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca **Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco**

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Torrent, Procedimiento Abreviado nº 25/2011, seguido por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, falsedad en documento oficial y obstrucción a la justicia, contra Alfonso , mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en autos, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa; contra **María Angeles** , mayor de edad, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa; contra Juan Miguel , mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en autos, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa; contra Benedicto , mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en autos, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa; contra Clemente , mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en autos, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa; contra Epifanio , mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en autos, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa y contra Bernarda , mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en autos, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Joaquín Giménez García**, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**Unico.-** Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Por los razonamientos contenidos en el f.jdco. segundo de la sentencia casacional y a consecuencia del éxito -- parcial-- del motivo primero de los formalizados por el Ministerio Fiscal, en relación a *María Angeles* , condenada en la instancia como autora de un delito de malversación impropia del art. 433-1º del Cpenal , declaramos *también* la aplicación del párrafo segundo de dicho artículo al no haberse reintegrado al Ayuntamiento de Paiporta el importe de las horas trabajadas por los empleados municipales en horario laboral que abonó el Ayuntamiento, pero que redundó en beneficio exclusivo de la condenada.

La aplicación de tal párrafo 2º del art. 433 Cpenal supone una elevación de la pena a imponer. Establece dicho párrafo que procederán las penas del artículo anterior --el art. 432--.

Hemos declarado que el importe de tales salarios *no superó el límite de los 4.000 euros* , tal y como solicitaron los recurrentes.

Pues bien, el art. 432-3º del Cpenal establece que para tal caso se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.

Dentro de este abanico legal procede individualizar judicialmente las *nuevas penas* a imponer a la condenada *María Angeles* .

Hemos dicho con reiteración, que la medida de la pena a imponer debe venir desde la doble perspectiva del grado de culpabilidad que se aprecie en el autor, porque la pena debe seguir de cerca a la culpa, y, además debe tenerse en cuenta la gravedad del hecho.

Desde esta perspectiva, vemos en relación al presente caso que de un lado, la utilización en beneficio particular de servicios públicos abonados por la comunidad cuando este es realizado por una autoridad o funcionario --en este caso un elegido por la comunidad--, supone una verdadera perversión del sistema pues *nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en las instituciones que ver a los servidores públicos utilizar*

y beneficiarse particularmente de los medios o instrumentos públicos que deben administrar y destinados a los intereses generales. Por otra parte también hay que reconocer que en los términos en los que se ha conformado la *verdad judicial* concretada en los hechos probados, desde la perspectiva económica, la malversación no ha sido grave, sino que desconocida en este momento su cuantificación, esta en todo caso no supera los 4.000 euros.

En esta situación ponderando también circunstancias y desde el respeto al principio de proporcionalidad, fijamos las *nuevas penas* a imponer a María Angeles las siguientes penas, de conformidad con el art. 432-3º Cpenal :

- *Cuatro --4-- meses de multa* con cuota diaria de 10 euros, la misma que se le impuso en la instancia. Le imponemos la pena de multa en su máximo dada la condición de pena pecuniaria, y como tal menos aflictiva que la de prisión, siendo por otra parte de menor duración a la impuesta en la instancia ya que el párrafo 1º del art. 433 tiene una mayor amplitud de la pena de multa pero *no* tiene prevista la pena de prisión. Por otra parte esta extensión y la cuota impuesta de 10 euros, es totalmente respetuosa con las prescripciones del art. 50, pues a la vista de los datos obrantes en la causa, se puede afirmar muy razonablemente que su situación económica le va a permitir afrontar su pago. Basta reseñar que dispone de dos domicilios, uno de ellos un chalet.

- *Un año de prisión* , pena situada en la mitad inferior de la pena imponible.

- *Un año y seis meses de suspensión* de empleo o cargo público, pena que estimamos dada su condición de pena privativa de derechos la más idónea por incidir en la función pública desde la que se produjo el abuso.

**Segundo.-** En relación a *Bernarda* , a la sazón Concejala de Interior, por los razonamientos contenidos en el f.jdco. cuarto de la sentencia casacional, al dar respuesta al motivo cuarto del recurso del Ministerio Fiscal, debemos condenarla como *autora de un delito de malversación impropia* del art. 433-2º en relación con el art. 432-3º del Cpenal .

*Le imponemos las penas siguientes :*

-Dos --2-- meses de multa con cuota diaria de 10 euros.

-Seis --6-- meses de prisión.

-Seis meses de suspensión de empleo o cargo público.

La razón de la menor extensión de las penas impuestas a esta condenada, se justifica en la menor utilización privada que efectuó de los servicios públicos, ya que la apropiación se concretó en acto aislado como se reconoce en el *factum* , en tanto que en relación a la otra condenada existió una continuidad que se prolongó en el tiempo, por lo que la culpabilidad y la gravedad fue mayor en relación a María Angeles .

**Tercero.-** Por los razonamientos jurídicos contenidos en el f.jdco. quinto al dar respuesta al motivo quinto de los formalizados por el Ministerio Fiscal, debemos señalar las *bases* para que en *ejecución de sentencia* , y de acuerdo con el art. 115 del Cpenal , *se fijen las indemnizaciones a abonar al Ayuntamiento de Paiporta* por parte de las dos condenadas.

En relación a María Angeles y con el máximo de 4.000 euros, se señalan como bases para fijar la indemnización a percibir por el Ayuntamiento de Paiporta en los siguientes términos:

a) En relación a los trabajos de recogida de leña, transporte de material de construcción y poda del jardín durante los años 2003 a 2006, ambos inclusive, *los salarios* con todos sus complementos correspondientes, *a dos trabajadores* que efectuaron tales trabajos, concretamente Pablo Jesús y Aquilino .

b) En relación a los trabajos de pintura efectuados en el chalet durante las obras de reforma, los salarios con todos sus complementos correspondientes *al pintor municipal* Leon .

c) En relación a la limpiadora municipal Zaira , sus salarios con todos sus complementos por los trabajos domésticos realizados en el chalet los viernes en los periodos de primavera, semana santa y verano durante los años 2003 a 2006, ambos incluidos.

En relación a Bernarda , y también con el máximo de 4.000 euros, se señalan como bases para fijar la indemnización a percibir por el Ayuntamiento de Paiporta las siguientes:

-Salarios con todos los complementos de los empleados municipales que se concretarán en cuanto a su número en ejecución pertenecientes a la Brigada de Obras y Servicios del Ayuntamiento, que en el año

2006 hicieron el traslado de muebles de la casa de la insinuada sita en Parque Alcosa a otra vivienda de la misma en la localidad de Paiporta.

### III. FALLO

Que debemos condenar a María Angeles como autora de un delito de malversación impropia agravado por la no devolución del importe de los servicios públicos utilizados a las *penas siguientes*:

- *Cuatro meses de multa* con cuota diaria de 10 euros y con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

- *Un año de prisión* .

- *Un año y seis meses de suspensión* de empleo o cargo público.

Que debemos condenar y condenamos a Bernarda , como autora de un delito de malversación impropia agravado por la no devolución del importe de los servicios públicos utilizados a las *penas siguientes* :

- *Dos meses de multa* con cuota diaria de diez euros y con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

- *Seis meses de prisión* .

- *Seis meses de suspensión* de empleo o cargo público.

Ambas condenadas, vía responsabilidad civil, indemnizarán al Ayuntamiento de Paiporta en las cantidades que se fijan e *n ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases fijadas en el f.jdco. tercero de esta resolución* .

Una vez fijadas tales cantidades, las mismas devengarán los intereses legales hasta su cumplido pago al Ayuntamiento.

**Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada no afectados por la presente resolución .**

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Joaquin Gimenez Garcia** Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda **Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco**

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Joaquin Gimenez Garcia**, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.