

**Resumen**

*El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por la acusación particular y desestima el de los procesados -condenados por delito de malversación de caudales públicos- y dicta segunda sentencia en la que les condena por dicho delito aumentándoles la pena. Entiende la Sala que resulta inconcebible aplicar un error de prohibición al funcionario de la corporación municipal cuyo cometido es la ordenación de pagos y cobros y sobre todo su control y fiscalización desde la más absoluta legalidad. Respecto del recurso de los procesados, considera este Tribunal que es correcta la aplicación del art. 396 CP, pues la Sala de instancia lo ha aplicado generosamente estimando el carácter transitorio de la utilización de los fondos públicos.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971  
art.6.3 , art.396  
RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
art.849.2 , art.851.1.3 , art.851.3

**ÍNDICE**

FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... 2

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

**MALVERSACIÓN**

- Aplicación a usos propios o ajenos
- Apreciación de malversación

**ERROR**

**DE PROHIBICIÓN**

- Concepto

**HECHOS PROBADOS**

**EN GENERAL**

**PREDETERMINACIÓN DEL FALLO**

- Supuestos diversos

**MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS**

**ERROR DE PROHIBICIÓN**

**PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD**

- Partícipes

- Autor

**PROCESO PENAL**

- Predeterminación del fallo

**PROCESO PENAL**

**RECURSOS**

- Casación

- Infracción de ley

- Error de hecho en la apreciación de la prueba

- Supuestos diversos

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.6.3, art.396 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971  
Aplica art.849.2, art.851.1.3, art.851.3 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
Cita art.66, art.394, art.396 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Cita LO 8/1983 de 25 junio 1983. Reforma Urgente y Parcial del Código Penal  
Cita art.125 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.849, art.850, art.851 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 26 enero 2004 (J2004/12136)  
Citada en el mismo sentido sobre DESOBEDIENCIA Y DENEGACIÓN DE AUXILIO - ERROR por SAP Barcelona de 30 septiembre 2004 (J2004/175861)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 25 junio 2004 (J2004/95140)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 9 febrero 2004 (J2004/9666)  
Citada en el mismo sentido por SAP Toledo de 17 mayo 2006 (J2006/116299)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 8 marzo 2006 (J2006/24809)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 13 septiembre 2007 (J2007/175217)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 5 diciembre 2007 (J2007/372202)  
Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 27 junio 2008 (J2008/236018)  
Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 30 junio 2008 (J2008/251614)  
Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 22 diciembre 2009 (J2009/372665)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 17 febrero 2010 (J2010/14221)  
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 25 octubre 2010 (J2010/270116)  
Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 24 marzo 2010 (J2010/331943)  
Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 29 junio 2010 (J2010/332072)  
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 3 noviembre 2010 (J2010/372592)  
Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 25 marzo 2010 (J2010/62646)  
Citada en el mismo sentido por SAP Cuenca de 17 mayo 2011 (J2011/111925)  
Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 23 septiembre 2011 (J2011/341081)  
Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 22 marzo 2012 (J2012/57945)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La S dictada por la Sec. 3ª de la AP Málaga el 26 mayo 1992 condena a los acusados como responsables de un delito continuado de malversación de caudales públicos de los arts. 69 bis y 396 CP EDL 1995/16398 , en relación con el art. 394 CP EDL 1995/16398 , concurriendo en ambos la atenuación de la responsabilidad criminal por haber obrado con error vencible de actuar legítimamente, a la pena para cada uno de 25.000 pts. de multa, con arresto sustitutorio de cinco días y suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio, profesión u oficio durante tres meses, indemnización al Ayuntamiento de Fuengirola por parte del acusado Sancho y costas procesales.La sentencia de instancia les absolvió del delito de falsedad documental del que venían acusados.Contra dicha resolución se han interpuesto diversos recursos de casación:a) En primer lugar, el del Mº Fiscal, preparado y más tarde desistido.b) El de la acusación particular, de Alberto, con un único motivo de casación por infracción de Ley.c) El recurso conjunto de ambos acusados, Sancho y Francisco, articulado en dos motivos de casación por quebrantamiento de forma y otros dos por infracción de Ley.Recurso de la Acusación ParticularSEGUNDO.- El motivo único, con sede procesal en el núm. 1, art. 849 LECr. EDL 1882/1 , denuncia la indebida aplicación del art. 6 bis a), pfo. "in fine" CP.A juicio del motivo, la existencia del error de prohibición, tal y como viene enseñando la jurisprudencia, se encuentra en función del delito y de su naturaleza, de las condiciones culturales y demás circunstancias del hecho. Siendo difícilmente admisible el error en la conducta del Alcalde, por su propia condición y que para el ejercicio de su cargo ha de estar provisto de unos conocimientos mínimos y no puede servir para excusar las responsabilidades inherentes a la aceptación del cargo que implicaba la ordenación de pagos y el manejo de caudales del Ayuntamiento.Finalmente, se estima que la apreciación de tal error de prohibición es contraria a la doctrina constante de la jurisprudencia y también contraria la aplicación de la eximente incompleta.Hasta la importante reforma de la LO 8/1983, de 25 junio , de Reforma Urgente y Parcial del CP EDL 1983/8149 , la doctrina jurisprudencial había distinguido entre el error de hecho y el de derecho y, dentro de éste, entre error de norma penal y error de normatividad extrapenal -SS., por todas, 19 junio 1929, 7 marzo 1944, 1 febrero 1969 y 16 marzo 1982- pero, ya últimamente y antes de la nueva normativa, comenzó esta Sala a recoger la más moderna doctrina científica sobre el error, utilizando la más adecuada terminología de error de tipo y error de prohibición -"ad exemplum", en SS 26 febrero y 24 octubre 1991-.Aunque el art. 6 bis a) CP, adicionado por la mencionada reforma, no denomina así a ambas clases de error, según afecte a la tipicidad o a la culpabilidad, dicho precepto se refiere a ambas especies.En lo referente al error de prohibición, que es el que ahora interesa, consiste en la creencia de obrar lícitamente, si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, cual ocurre en el supuesto ahora enjuiciado, denominado error de prohibición

directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal -cuando sea invencible-. En los casos de error vencible se impone la pena inferior en uno o dos grados, por prescripción del art. 66 CP EDL 1995/16398. El motivo tiene que ser estimado. No es concebible que el acusado, Interventor del Ayuntamiento, ignorara que tal desvío ilegítimo e ilegal no estuviera teñido de antijuricidad y generara una malversación de caudales públicos. Se trata del funcionario municipal encargado de la fiscalización directa de los caudales. No existen, por otra parte -ni siquiera se han alegado por la defensa y así se ha explicitado en la sentencia de instancia en su f. j. 3º- motivos de urgencia o imposibilidad de obtención en un Centro de S.S. de las prestaciones médicas consistentes en diversas exploraciones radiológicas y de scanner. La conducta punible ha consistido en recargar al Ayuntamiento con unos gastos, innecesarios a todas luces y cuyo pago no pesaba en modo alguno sobre las arcas municipales. La grave desviación de los fines de la administración del municipio, cuyas arcas se nutren de prestaciones forzosas de los ciudadanos, que supone percibir a cargo de los fondos de la Corporación, de los que ambos acusados son, respectivamente, Alcalde-Presidente e Interventor, facturas de asistencia médica, privada, superflua además, cuando el Alcalde acusado gozaba de la asimilación a los funcionarios municipales de plantilla, por acuerdo de la Comisión Permanente de 21 septiembre 1983, pero como afiliado a la S.S. Por ello resulta inconcebible aplicar un error de prohibición, ni siquiera en la más atenuada forma de vencible, al funcionario de la corporación municipal cuyo cometido es la ordenación de pagos y cobros y sobre todo su control y fiscalización desde la más absoluta legalidad. En cuanto al Alcalde ocurre otro tanto. No se trata de una persona carente de instrucción y horra de conocimientos de las administraciones públicas, a la que la política y la militancia en un partido ha llevado a la Alcaldía de una localidad cualquiera, sino que su condición de funcionario, cuya profesión proclama el encabezamiento de la sentencia de instancia y el acceso a la Presidencia de un Ayuntamiento tan importante como Fuengirola, no permite estimar por presunciones carentes de toda probanza, una creencia de licitud en que a más de estar equiparado a los demás funcionarios de la corporación a efectos del pago de la asistencia médica y farmacéutica, según las normas establecidas por la Mutualidad de la Administración Municipal (MUMPAL), tuviera que sufragarse además cuantos chequeos, exploraciones por Rayos X, etc., sus veleidades o capricho le dictasen. O sea cargar a los fondos municipales innecesarios exámenes médicos privados sin haber justificado su ausencia o imposibilidad de utilización en el servicio que le correspondía y le sufragaba el Ayuntamiento en el servicio concertado para él por Acuerdo de la Comisión Permanente. Incluso aunque se admitiera -y ello se dice tan sólo a efectos de razonamiento y discursivos- que el acusado, Alcalde, funcionario de carrera, ignorara la ilicitud de tal actuación, ello debió ser comunicado, en todo caso por el Interventor, que nunca podría ignorarlo, salvo que desconociera totalmente sus obligaciones y cometido, consta que mucho antes que se formulara denuncia alguna, Dª Esperanza, médico de profesión, que advirtió de las irregularidades de las facturas médicas privadas a Sancho, quien no invocó la legalidad de su actuación, antes al contrario aseguró que devolvería el dinero. El Alcalde sólo estaba dado de alta en la S.S. y la disp. adic. 4 RDLEG. 781/1986, de 18 abril, que aprobó el TR de disposiciones normativas del Régimen Local prohibía de modo tajante tales cobros. Las razones alegadas por la sentencia impugnativa para apoyar la estimación del error de prohibición resultan irrelevantes a su finalidad. Que el reembolso de las facturas se hiciera a través de las nóminas y registrados en la contabilidad del Ayuntamiento nada significa sobre la creencia en su licitud y otro tanto ocurre con la ausencia de todo tipo de intimidación sobre el Instructor. El cauce "normal" de la malversación es normal desde el momento en que el Interventor está de acuerdo y éste no ha precisado ser coaccionado, ni siquiera moralmente por su superior, pues ha podido prestarse por amistad o buscando ventajas personales "ad futurum". Finalmente, la certificación de 19 abril 1990, muy posterior a los hechos punibles, referida a un acuerdo adoptado en la Comisión Municipal Permanente, no induce a creer en la licitud de la actuación de los recurrentes, pues sólo equipara al Alcalde los mismos derechos y beneficios de los funcionarios sobre asistencia médico-farmacéutica. La doctrina de este Tribunal de casación -SS. 21 febrero 1986, 29 febrero 1988, 21 mayo, 13 junio y 20 noviembre 1990, 16 marzo, 18 noviembre y 12 diciembre 1991, 20 enero y 24 marzo 1992, 2091/1993, de 23 septiembre y 2635/1993, de 23 noviembre - exige para poder apreciarse un error de prohibición: a) Un respeto al hecho probado, b) Tener en cuenta que para la exclusión de tal error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto a su actuación antijurídica, ya que es suficiente con que posea la conciencia de una alta probabilidad de la antijuricidad de su acción. c) El error de prohibición tiene que ser probado, en todo caso, por quien lo alegue. d) Para llegar a la exculpación o minoración de la pena han de tenerse en cuenta los condicionantes psicológicos y culturales del agente, así como la posibilidad de recibir asesoramiento. El motivo tiene que ser estimado por ello. RECURSO DE AMBOS ACUSADOS TERCERO.- El primer motivo de este recurso, con apoyo en el núm. 1, art. 851 LECr. EDL 1882/1 denuncia a la sentencia por consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo al consignarse en el hecho probado que "los acusados actuaron en el error vencible de estar amparados por un acuerdo de la Comisión Permanente....". Con independencia que de no haberse consignado tales expresiones nunca se hubiera podido aminorar su responsabilidad y la correspondiente sanción, si se suprimiera tal concepto no se produciría un fallo absolutorio, o sea más beneficioso para los recurrentes, sino por el contrario, condenatorio a más grave pena, lo cual cuestiona la legitimación de los recurrentes para ello. El motivo no predetermina un fallo condenatorio, sino una atenuación de éste y parece absurdo que pueda impugnarse una norma favorable. En todo caso, si se suprimiera tal pasaje del "factum" no se obtendría la absolución o minoración de la condena, sino lo contrario y por ello yerra el motivo. La estimación del motivo único de la acusación particular, ha eliminado el motivo que, por otra parte, tampoco se ajusta a la doctrina jurisprudencial para su estimación ya que requiere: a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) Que tengan valor causal respecto al fallo y d) Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna -por todas, S 23 diciembre 1991-. La predeterminación del fallo precisa pues la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con virtualidad causal respecto al fallo -SS. 27 febrero y 4 octubre 1982, 14 febrero 1986, 19 febrero y 13 marzo 1987, 26 enero, 13 marzo y 14 abril 1989, 18 septiembre 1991 y 17 enero 1992-. O sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación -SS. 12 marzo y 11 octubre 1989-. El supuesto concepto predeterminante no define la esencia del tipo aplicado, aunque se encuentra en el art. 6 bis a) CP, no se encuentra en la tipicidad del art. 394 o 396, ni ninguno otro de la malversación de caudales. Una corrección semántica y de estilo del "factum" hubiera suprimido tales expresiones técnicas en un relato de hechos probados, pero ello

no implicaba el vicio denunciado. CUARTO.- Se acoge el motivo segundo del recurso a la vía del núm. 3, art. 851 LECr. EDL 1882/1, por no haber resuelto la sentencia todos los puntos que fueron objeto de defensa. Se alega incumplimiento de los requisitos procesales para la admisión de la querrela, inexistencia del escrito de acusación y su presentación fuera de plazo con la consecuencia de la falta de asistencia letrada. La incorrección del motivo se patentiza cuando pretende denunciar vicios del procedimiento que no afectan ni al juicio ni a la sentencia (arts. 850 y 851 LECr. EDL 1882/1). En todo caso, estos temas ya estaban resueltos de manera firme por el Juez de Instrucción -ff. 410 y 417- y el f. j. 1º de la sentencia recurrida da cumplida respuesta a todas las cuestiones. El poder otorgado "apud acta", para empezar tiene virtualidad suficiente a la vista de lo dispuesto en el art. 125 CE EDL 1978/3879, en casos de pobreza o de urgencia, pero, en todo caso, así fue estimado y consentido. En cuanto a que la querrela sólo se interpuso contra Sancho, se olvida por los recurrentes, que tanto la denuncia y apoderamiento "apud acta" se refieren a unos hechos y a un procedimiento. El escrito de acusación no es nulo por referirse a otro anterior y ello ya fue expresado por el Mº Fiscal en la instancia y reiterado en el recurso. La anulación de las actuaciones no afecta al contenido de un escrito que otro posterior reproduce o acepta, asume y se refiere a él. La extemporaneidad de un escrito de acusación no determina la nulidad, ni es un plazo preclusivo. Las pretendidas faltas de acusación no son tales, la ausencia de alguna firma, luego ratificada en otras posteriores actuaciones, no puede inferir una carencia de asistencia letrada. Por lo demás, todo ello fue debidamente resuelto por el órgano "a quo" y esta Sala ratifica todo ello por ser correcto y razonable. QUINTO.- El tercer motivo del recurso conjunto de ambos acusados, primero de los de infracción de Ley, con apoyo en el núm. 2, art. 849 LECr. EDL 1882/1, recoge que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba. En cuanto al acusado, Sancho, se dice en el hecho probado que éste "obtuvo a cargo de la Tesorería del Ayuntamiento tras presentar al cobro el abono de sus nóminas...", pero tal relato fáctico, por su parquedad, lleva a conclusiones muy distintas y cita los ff. 208, 209, 211, 212, 213, 214, 216, 218 y 148 de la causa. Pero tales certificaciones y documentos no demuestran error alguno por parte del Tribunal de instancia y la Sala "a quo" los tuvo evidentemente en cuenta para llegar a sus conclusiones fácticas y jurídicas. En todo caso, los citados escritos no desmienten la realidad declarada referentes a las claras irregularidades en la conducta del recurrente. Otro tanto ocurre con respecto al otro coacusado, Francisco, pues los documentos que se citan en el motivo -ff. 29, 148 y 150- no demuestran el "error facti" pretendido, antes al contrario, patentizan y proclaman que el Interventor aceptó indebidamente tales reclamaciones y con su conducta irregular determinó que fueran abonados en los recibos de la nómina del coacusado. Lo que parece pretender el motivo no es la denuncia de error alguno que no se señala, ni explícita, sino reelaborar un nuevo relato de hechos probados con documentos ya tenidos en cuenta por el órgano de instancia, que no sólo no desvirtúan, sino confirman cuanto se expresa en el "factum". SEXTO.- El cuarto y último motivo, segundo de infracción de Ley, se acoge al cauce casacional del núm. 1, art. 849 LECr. EDL 1882/1 y denuncia la aplicación indebida del art. 396 CP. EDL 1995/16398 Se dice respecto del Alcalde que no estaba encargado de los fondos y con relación al Interventor que únicamente aceptó como legítimas las reclamaciones y aceptó su abono. Con tal planteamiento el motivo tiene necesariamente que decaer. Ciertamente que el precepto aplicable al caso es el art. 394 CP EDL 1995/16398, al que expresamente se refiere el f. j. 3º "in fine", al referirse al art. 396, en relación con aquél. La Sala de instancia ha utilizado este último precepto con una finalidad generosa y benevolente con los acusados, estimando el carácter transitorio de la utilización de los fondos públicos, y que no ha concurrido el "animus rem sibi habendi" y tan sólo un "animus intendi", o sea cuando hubiese destinado los caudales públicos a usos propios o ajenos con la intención de devolverlos, como recogió la S de esta Sala de 13 junio 1990. Pero, en todo caso, la doctrina de este Tribunal de casación ha recogido que no sólo incurre en el delito el funcionario que tiene encomendada la guarda de caudales, sino el superior jerárquico a quien se encomienda la vigilancia y control de los mismos -SS. 8 marzo 1990 y 4 diciembre 1985, entre otras-. No es precisa una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata o "longa manu" y el Alcalde-Presidente de una Corporación es responsable de los caudales municipales, no exigiéndose que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones reglamentarias atribuyen al cuerpo administrativo a que pertenezca o al servicio que nominalmente figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones realizadas por el sujeto -S. 675/1993, de 27 marzo -. El hecho probado nos describe que el recurrente Sancho, en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Fuengirola obtuvo a cargo de la Tesorería de tal corporación el abono en sus nóminas de tres meses correspondientes, pese a estar dado de alta en la S.S. a cargo del Ayuntamiento. El Interventor aceptó indebidamente tales créditos que se le abonaron por ello al coacusado en sus nóminas, pese a que por su función tenía que impedir tales abonos por su manifiesta irregularidad. El motivo y recurso deben ser desestimados. FALLO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la Acusación Particular, contra S dictada por la AP Málaga, de fecha 26 mayo 1992, en causa seguida a Sancho y Francisco por delito de malversación de caudales públicos, estimando su motivo único, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha AP, declarando de oficio las costas. Asimismo fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por los inculpados contra la referida sentencia. Condenamos a dichos inculpados al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Y comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada AP a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió, interesando acuse de recibo. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. SEGUNDA SENTENCIA FUNDAMENTOS DE DERECHO Se aceptan íntegramente los fundamentos jurídicos primero, segundo, cuarto y quinto y el tercero, excepto el último apartado: "Pese a las anteriores consideraciones... hasta el final de dicho ordinal". Vistos los preceptos legales de aplicación al caso. FALLO: Que debemos condenar y condenamos a los acusados, Sancho y Francisco como autores criminalmente responsables de un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para cada uno de siete meses de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y a la inhabilitación absoluta durante seis años y un día. Se mantiene en lo demás el fallo recurrido. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Sr. Cotta y Márquez de Prado.- Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.- Sr. Conde-Pumpido Ferreiro.