



Roj: **STS 2648/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2648**

Id Cendoj: **28079120012018100335**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2018**

Nº de Recurso: **1599/2017**

Nº de Resolución: **341/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3482/2017,**  
**STS 2648/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

**Sentencia núm. 341/2018**

Fecha de sentencia: 10/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1599/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: TSJ MADRID. SALA CIVIL Y PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MPS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1599/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 341/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco



D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 10 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 1599/2017, interpuesto por D.<sup>a</sup> **Jacinta** representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María Concepción Villaescusa Sanz bajo dirección letrada de D. David Arevalillo de la Torre contra la sentencia núm. 21/2017 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid .

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, el **Ayuntamiento de Serranillos del Valle** representado por el procurador D. José Carlos García Rodríguez, dirigido por letrada D.<sup>a</sup> Beatriz Sánchez Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Navalcarnero instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1/2015 por delito de malversación de caudales públicos contra D<sup>a</sup> Jacinta y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm. 107/2016) dictó sentencia núm. 651/2016 en fecha 1 de diciembre de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«El Jurado ha declarado probados en su Veredicto los siguientes hechos:

La acusada Jacinta , mayor de edad, sin antecedentes penales, Licenciada en Derecho, desempeñó el cargo de Alcaldesa del Ayuntamiento de Serranillos del Valle desde el 14 de junio de 2003 hasta el 10 de junio de 2011; tiempo en el que en su condición de tal cargo y para el ejercicio de sus funciones públicas, recibió la tarjeta de crédito VISA Corporate Oro número NUM000 , titularidad del citado Ayuntamiento y asociada a la cuenta corriente de la entidad BBVA n° NUM001 .

La acusada el día 7 de octubre de 2010 acudió al establecimiento "Purificación García", sito en la Calle Serrano n° 28, en Madrid, donde aprovechándose de su condición de Alcaldesa, con la tarjeta VISA Corporate Oro arriba mencionada, entregada para el ejercicio de sus funciones públicas, adquirió dos bolsos por importe de 370 euros. Lo destinó a un fin ajeno a la función pública y finalmente, la acusada no ha reintegrado el importe de los referidos bolsos dentro de los diez días siguientes a la incoación del presente procedimiento.

Jacinta procedió a ingresar como indemnización al Ayuntamiento de Serranillos del Valle, 370 euros, en concepto de responsabilidad civil, cuando fue requerida para que prestara fianza en cuantía suficiente para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse procedentes».

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

«Que SE DEBE CONDENAR Y SE CONDENA a la acusada, Jacinta , como responsable en concepto de autora de un delito de malversación, conforme a la reforma introducida por L.O. 1/2015 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño, a las penas de prisión de seis meses, multa de 45 días con una cuota diaria de diez euros, sujeta a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho sufragio pasivo por tiempo de seis meses. Así como al pago de las costas procesales

Únase a esta sentencia el Acta del Veredicto emitido por el Jurado».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Jacinta que fue impugnado por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de Serranillos del Valle quien formuló recurso supeditado, dictándose sentencia núm. 21/2017 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 31 de mayo de 2017 , en el Rollo de Apelación Tribunal del Jurado núm. 35/17, cuyo fallo es el siguiente:

«DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Concepción Villaescusa Sanz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Jacinta , y por el Procurador D. José Carlos García Rodríguez, en nombre y representación del ILMO. AYUNTAMIENTO DE SERRANILLOS DEL VALLE, CONFIRMANDO la Sentencia n° 651/2016, de 1 de diciembre , dictada por la Ilma. Sra. Magistrada- Presidente del Tribunal del Jurado Doña PILAR DE PRADA BENGOA, designada en la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa de Tribunal del Jurado n° 107/2016, procedente del Juzgado de Instrucción n° 6 de Navalcarnero (procedimiento del Tribunal del Jurado n° 1/2015); sin especial imposición de las costas de este recurso».



**CUARTO.-** Notificada en forma las anteriores resoluciones a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D.<sup>a</sup> Jacinta , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 1º por entender que la sentencia ha incurrido en infracción legal en la calificación jurídica de los hechos por no ser los hechos encuadrables en el tipo correspondiente al delito de malversación impropia de caudales públicos.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de presunción de inocencia y en la calificación jurídica de los hechos.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 por entender que los hechos no son encuadrables en el nuevo tipo penal que regula la malversación de caudales públicos en su redacción dada por la reforma del Código Penal operada en el año 2015.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 850 por entender, vulnerado el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales y con el derecho fundamental a la legalidad penal ( art. 24 y 25 CE ), centrándonos en la no estimación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto; la parte recurrida, Ayuntamiento de Serranillos del Valle, impugnó el recurso solicitando la desestimación íntegra del mismo; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 3 de julio de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.** - Recurre en casación, la representación procesal de Jacinta , la sentencia dictada el 31 de mayo de 2017, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Rollo de Apelación Tribunal del Jurado núm. 35/17 , que desestima el recurso de apelación, formulado contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta , en la vista de causa por el Tribunal del Jurado núm. 107/2016, donde se le condena como autora de un delito de malversación.

Como consecuencia y concorde reitera la jurisprudencia de esta Sala, como es el caso, en sentencia núm. 423/2017, de 14 de junio , es inexcusable que la invocación realizada de derechos fundamentales, normas constitucionales u ordinarias en el recurso de casación, deban proyectarse sobre la sentencia de apelación. Es ésta la que debemos examinar en relación con las vulneraciones e infracciones alegadas por el recurrente.

Así, entre otras muchas, la sentencia núm. 69/2018, de 7 de febrero , reitera que en el ámbito del procedimiento de jurado, la sentencia contra la que se formula el recurso de casación, no es la dictada por el Tribunal de Jurado, sino la pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia; y la STS 132/2010, de 18 de febrero , resolución reiteradamente citada, que "el objeto del recurso de casación no es el veredicto del Jurado ni la sentencia dictada por el Magistrado- Presidente. Por el contrario, es la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia la que define nuestro ámbito de conocimiento - art. 847 a) LECr ".

**PRIMERO.** - El primer motivo lo formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 1º por entender que la sentencia ha incurrido en infracción legal en la calificación jurídica de los hechos por no ser los hechos encuadrables en el tipo correspondiente al delito de malversación impropia de caudales públicos.

1. Tras recordar que la sentencia de la Audiencia Provincial, afirma que no se entiende probado que la adquisición imputada a la recurrente, se realizara con un fin de interés personal en beneficio o provecho propio; argumenta que existe una indefinición jurisprudencial y normativa, respecto al concepto de función pública y cuando los gastos efectuados se pueden considerar ajenos a la misma, o por el contrario pueden incluirse dentro de los gastos protocolarios o sociales, ello con cita de la Sentencia 14/2003 de 14 de noviembre de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas; así como que no se ha probado que la compra y regalo de los dos bolsos, fueran ajenos a la función pública, mientras que la sentencia del TSJ, tampoco delimita qué debe



entenderse por gastos ajenos a la función pública y que existen datos indiciarios, para considerar que dicho regalo entraba dentro del capítulo de gastos protocolarios.

2. Hemos de advertir, como criterio común a los motivos sustentados en error iuris, que concorde reiterada jurisprudencia, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

3. En autos, pese a las aseveraciones de la recurrente, se declara probado (énfasis ahora adicionado):

La acusada el día 7 de octubre de 2010 acudió al establecimiento "Purificación García", sito en la Calle Serrano nº 28, en Madrid, donde aprovechándose de su condición de Alcaldesa, con la tarjeta VISA Corporate Oro arriba mencionada, entregada para el ejercicio de sus funciones públicas, adquirió dos bolsos por importe de 370 euros. **Lo destinó a un fin ajeno a la función pública** y finalmente, *la acusada no ha reintegrado el importe de los referidos bolsos dentro de los diez días siguientes a la incoación del presente procedimiento*.

Ciertamente, "fin ajeno a la función pública", integra un concepto valorativo de índole normativa, como lo es la "ajenidad" en los delitos de hurto y robo; pero la valoración de su concurrencia fáctica corresponde decidirlo al Jurado, como así lo hizo, por unanimidad. Y no es dable en este motivo, cuestionar el proceso valorativo.

Mientras que su destino a gastos de protocolo, no ha resultado declarado probado en ningún momento. Y en sede de error de derecho, no cabe invocar meras posibilidades, sea cual fuere su concreción probabilística, cuando tal acomodo o fin, no se ha incorporado al factum. Por ello, en cuanto no se ha declarado acreditado un fin preciso, resulta a este motivo indiferente, cuál fuera el ámbito y delimitación de gastos protocolarios.

Y desde su estricta consideración jurídica, la ausencia de cobertura presupuestaria, la falta de concreción del destino y ausencia de justificación, bastan a esa ajeneidad.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.** - El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de presunción de inocencia y en la calificación jurídica de los hechos.

1. En el desarrollo del motivo, parte la recurrente de su propia conclusión valorativa:

*El día 7 de octubre de 2010 Dña. Jacinta, en esos momentos Alcaldesa de Serranillos del Valle, Madrid, acudió al establecimiento abierto al público en el número 28 de la C/ Serrano de Madrid por la entidad Purificación García, donde haciendo uso de la tarjeta de crédito Visa Corporate Oro numero NUM000 que tenía en su condición de Alcaldesa para atender entre otros, a gastos de representación y protocolo derivados o relacionados con su cargo, donde adquirió dos bolsos de dicha marca por importe de 370 euros en total.*

*Para ello, y de conformidad con lo dispuesto con la BASE 23.- ANTICIPOS DE CAJA FIJA la Sra. Jacinta se encontraba plenamente habilitada, pudiendo ser utilizada dicha tarjeta y gasto de conformidad con lo dispuesto en el punto 8 de la citada BASE para entre otros gastos los de Atenciones Protocolarias y de Representación,*



*debiendo en este caso contar exclusivamente con el previo visto bueno de la Alcaldesa-Presidenta de la Entidad Local, es decir, de ella misma.*

*Para la realización de ese gasto, Dña. Jacinta no necesitaba autorización previa del Interventor, ni de ningún otro órgano municipal, viniendo únicamente obligada a justificar en el plazo de tres meses desde la fecha de entrega del anticipo, el gasto efectuado acompañando la contabilidad y los justificantes originales de los pagos efectuados, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la BASE 23, apartado "Contabilidad y Control".*

Dña. Jacinta una vez hubo procedido a realizar la compra entregó al departamento de contabilidad del Ayuntamiento en la persona de Dña. Aurelia , auxiliar administrativo, quien según su propia declaración procedía a recibir los mismos y unirlos al extracto mensual de la citada tarjeta de crédito, original del ticket de compra de dichos bolsos en unión del resguardo entregado por el establecimiento justificativo del pago con la citada tarjeta, uniendo, como en relación a todos los gastos que efectuaba con dicha tarjeta un post-it en el que de su puño y letra anotó la palabra "obsequios", dado que su función no era contabilizar los gastos de la tarjeta, procedió posteriormente a hacer entrega de esas justificaciones al contable D. Carlos Francisco para su contabilización e imputación presupuestaria.

*En relación a dicho ticket el mismo cuenta con todos los datos necesarios para ser considerado una "Factura simplificada" según las instrucciones dadas por la Agencia Tributaria, ya que en el mismo constan los datos necesarios para ello, es decir, el C.I.F. de la entidad, la entidad que lo emite, el importe del bien, desglosado el importe del I.V.A., el bien adquirido y un número de ticket.*

*La entrega, contabilización y justificación de ese gasto no difería en nada de la forma de entrega, contabilización y justificación de todos los gastos que se efectuaron con dicha tarjeta.*

Para reiterar a continuación que en ningún momento se justifica como llega el Jurado en su veredicto a la convicción de que se destinó a un fin ajeno a la función pública, ni mucho menos a qué finalidad; tampoco porque se considera que no existía partida presupuestaria para el ejercicio de 2010 destinada a gastos protocolarios y de representación, especialmente cuando constan unidos a la causa, diversos justificantes, de gastos similares, pagados con la misma tarjeta, para los fines de comidas, viajes de la propia alcaldesa en representación del Ayuntamiento, con personas sin determinar y que por entender que tenían que ver con la función pública fueron archivados.

Analiza a continuación las Bases de Ejecución del Presupuesto, en especial los anticipos de caja fija instrumentados a través de tarjeta de crédito municipal; e invoca la inexistencia de informes de reparo al gasto objeto de imputación y reproduce la declaración de la Interventora, D<sup>a</sup> Encarnación ; e invoca las declaraciones de otros interventores y trabajadores municipales.

Y concluye, que existía partida presupuestaria, dotada con fondos suficientes o con posibilidad de imputar a crédito de otra partida por vinculación y además se siguió el procedimiento para el gasto, al justificarse con la aportación del ticket de compra, que contiene el objeto que adquiere.

2. Al margen que el motivo basado en el derecho a la presunción de inocencia, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, no está destinado en este cauce casacional a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente, siempre que el Tribunal de Instancia, como es el caso, haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente sucede en autos, que las manifestaciones de la recurrente no se sostienen.

2.1. El Presupuesto General del municipio de Serranillos del Valle, para el ejercicio de 2010, fue aportado en el acto del juicio oral y del examen del mismo se deriva que no contiene partida, rectius "aplicación", alguna para *Atenciones protocolarias y representativa* . Otra cuestión es que en la Orden General del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/3565/2008, de 3 de diciembre por la que se fija la *estructura* de los Presupuestos de las Entidades Locales, teniendo en cuenta la naturaleza económica de los ingresos y de los gastos, así como las finalidades u objetivos que con estos últimos se propongan conseguir, además de los criterios de clasificación (por programas, por categorías económicas u opcionalmente por unidades orgánicas), a modo, sirva de gruesa pero plástica explicación, de plan general de contabilidad municipal, donde la clasificación económica del gasto, agrupa los créditos por capítulos, que se desglosan en artículos, y éstos, a su vez, en conceptos, que se pueden subdividir en subconceptos; y que efectivamente el artículo 22 del Anexo III, se dedica a *material, suministro y otros* , el concepto 226 a *gastos diversos* y el subconcepto 226.01 se prevea para *atenciones protocolarias y representativas* .





Pero tal previsión abstracta, obvia y lógicamente no implica que cada concreto Municipio, presupueste y dote esa partida; habrá que estar al Presupuesto aprobado y en el caso de Serranillos para 2010, tal subconcepto no está incluido. Ninguna de las áreas o programas de gastos allí previstos, recoge una partida de "atenciones protocolarias y representativas". En las diversas Áreas de Gasto (Servicios Públicos, Servicios Sociales, Fomento del Empleo, etc.) se autorizan y dotan partidas del denominado Capítulo 2 (suministros, comunicaciones, trabajos realizados por otras empresas, mobiliario, material de oficina, dietas...) pero no la referida *atenciones protocolarias y representativas*.

Del mismo modo, valga el ejemplo, que el subconcepto 227.05 está dedicado a procesos electorales y habrá bastantes municipios que en muchos ejercicios no aprueben aplicaciones a este fin; o existan municipios que no contemplen arrendamientos de terrenos o de maquinarias, aunque en la orden se prevea el concepto 200 para arrendamientos de terrenos y bienes naturales; y el 203 para arrendamientos de maquinaria, instalaciones y utillaje.

De igual modo, que las *Bases de Ejecución del Presupuesto*, resultan estériles para determinar cómo ejecutar un subconcepto no presupuestado (vd. art. 162 y ss. y 183 y ss. del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales); dicho de otro modo, que la recurrente estuviera autorizada o habilitada para utilizar la tarjeta bancaria, sea cual fuere el contenido de la invocada base núm. 23 de Ejecución del Presupuesto, no le posibilitaba a realizar cualquier gasto con la misma, sólo aquellas que contaban con respaldo en aplicación presupuestaria habilitadora del compromiso de gasto pretendido en el Presupuesto General aprobado para 2010.

Y como manifestaron los testigos interventores, el Pleno del Ayuntamiento decide cada año si dota o no económicamente un concepto o subconcepto, es decir, si permite la realización de gastos protocolarios y representación y en su caso, la cuantía máxima que permite gastar por ese concepto; y que resulta necesario que exista una partida con crédito, para poderse imputar al Presupuesto.

2.2. De otra parte, la simple aportación del ticket de compra, distaba de cumplimentar la justificación necesaria que como anticipo de caja fija resultaba necesario (art. 190 del referido Texto Refundido). Nada consta en el mismo del motivo, ni del destinatario. Tampoco ayuda a complementar estas carencias, las sucesivas versiones que la recurrente fue vertiendo.

En el Juzgado de Instrucción, en fecha 16 de abril de 2012, manifestó que "los dos bolsos... son un obsequio a autoridades de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid". En su escrito de 14 de marzo de 2013, señala que eran para "dos funcionarias de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid". En su comparecencia de 26 de marzo de 2015 que el destino era "agradecer a una persona de la Comunidad de Madrid favores que les hacía", y en el plenario que se adquirieron "para agradecer a una persona de la Tesorería de la CAM el pago de subvenciones". De Autoridades a funcionarias y de plurales, a singular persona.

Y de ahí, la adecuada conclusión de la sentencia recurrida:

*(...) es evidente la suficiencia del acervo probatorio considerado por el Jurado y la racionalidad de su inferencia acerca de que el caudal público no se destinó a una función de tal naturaleza.*

*Acreditado plenamente el gasto de dinero público en un bien de uso, prima facie, no vinculado con la función que desempeñaba la acusada como autoridad municipal -quien tenía el dinero gastado a su cargo-, no se trata ya de que aquella no diera ninguna explicación sobre su destino -teniendo la carga de hacerlo-, sino de que las razones que D<sup>a</sup>. Jacinta ha tenido a bien facilitar han resultado totalmente increíbles para el Jurado, entre otros motivos expuestos, por su imprecisión respecto del destinatario del regalo y por no constar el hecho mismo de su entrega con los fines protocolarios que afirma; incredibilidad corroborada por el extremo -también acreditado- de "no haber observado el procedimiento establecido para el gasto" -circunstancia a la que también confiere relevancia expresamente la STS 526/2015, de 17 de septiembre, FJ 4<sup>o</sup>.1, último párrafo, ROJ STS 3891/2015-, que en todo caso debería permitir verificar la persona del destinatario, el hecho en sí de la entrega y los motivos de la misma.*

Efectivamente de esta resolución se extrae la doctrina jurisprudencial en relación al delito de malversación de fondos públicos, que los depositarios, encargados o gestores de los mismos deben acreditar de forma cumplida el destino público dado a ellos, no exigiéndose que se acredite que tales fondos públicos hayan tenido un concreto fin privado, pues ello convertiría el delito de malversación en un delito de imposible acreditación. Basta para la existencia del delito la acreditación de no haber sido destinados a su fin público sin explicación plausible. En autos, ante las variaciones vertidas sobre ese destino, sin explicación alguna; pues su falta de concreción impide su valoración probabilística.

2.3. Obviamente, en cuanto a la falta de reparo o reserva por la intervención del gasto efectuado, baste recordar con las SSTS 18/2014 de 23 de enero y 600/2014 de 3 de septiembre, que "la ausencia de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene en el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, solo



patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo"; de donde si medió utilización habitual de la tarjeta de crédito durante años sin comprobación ni investigación por parte de la Intervención Municipal, pese a supuestos de ausencia de justificación concreta del gasto, como el de autos, estaríamos ante la mera plasmación de la ausencia de dicha función.

El motivo se desestima.

**TERCERO.** - El tercer motivo se formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 por entender que los hechos no son encuadrables en el nuevo tipo penal que regula la malversación de caudales públicos en su redacción dada por la reforma del Código Penal operada en el año 2015.

1. En el primer motivo negaba que la conducta fuera subsumible en el art. 433 anterior a la reforma operada por LO 1/2015, pues no colmaba el tipo el mero hecho de "gastar mal"; en este motivo, afirma que tampoco es subsumible en el tipo de administración desleal al que remite el art. 433, pues no está acreditado que su conducta fuera dolosa, ni que hubiera mediado perjuicio para la Administración, dada la escasa cuantía de la compra: 370 euros.

2. Efectivamente, no es fiscalizable en este delito la oportunidad del gasto; pero tal circunstancia no es ponderada en autos en la subsunción realizada; sino el componente de pérdida del patrimonio que carece de cobertura presupuestaria y además es ajeno a los fines públicos, como expresamente se declara probado.

Tampoco la escasez de la cuantía, por ende del perjuicio, existente en ese montante, destipifica el hecho, pues así lo ha querido el legislador y precisamente por ello, se aplica el tipo atenuado que atiende a que el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados es inferior a 4.000 euros; y sin que tampoco opere un cifra, por debajo de la cual se degrada el hecho a delito leve, en atención a la protección cualificada del patrimonio público respecto de otros delitos en atención a la condición de los sujetos activos y la naturaleza pública del objeto material; también, en otras ocasiones destacamos, adicionalmente, que en la malversación se tutela no sólo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades autónomas o de los Ayuntamientos, y en general, de los entes públicos; por ello, el malversador, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado, cuyos bienes gozan de una mayor protección jurídica que los privados, en cuanto están destinados a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el art. 101.3 CE ( SSTS núm. 865/2016, de 16 de noviembre y 228/2013, de 22 de marzo ). Así en la STS núm. 19/2018, de 17 de enero, se entendió tácitamente adecuado este criterio, expresamente desarrollado en la resolución del Tribunal Superior recurrida, en delito de malversación de caudales públicos en cuantía de 179,12 euros, al mantener la condena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de tres meses a razón de una cuota diaria de diez euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de un año.

Tampoco es dable, en motivo por error iuris, afirmar la inexistencia de dolo, en disposición sin cobertura presupuestaria que destina a fin ajeno a la función pública, cuando el relato de hechos probados afirma, que lo hace "aprovechándose de su condición de Alcaldesa". *Se aprovechaba DE su posición*, es la expresión que ejemplifica el Diccionario de la Lengua Española, en la acepción que define esta forma pronominal como *sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso*.

Incluso en sede probatoria, su condición de licenciada en derecho en posesión de un "master", su ejercicio anterior como Alcaldesa y previamente como Concejala, acompañado del cambio de versiones sobre el destino de los bolsos y la insuficiencia justificativa del ticket aportado, impiden concluir la ausencia del conocimiento sobre la falta de cobertura presupuestaria y la ajenez a la función pública. La ausencia de dolo no es equiparable a la confianza en que ese ilícito actuar no sería fiscalizado.

**CUARTO.** - El cuarto y último motivo, lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 850 por entender, vulnerado el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales y con el derecho fundamental a la legalidad penal ( art. 24 y 25 CE ), centrándonos en la no estimación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

1. Indica la procedencia de la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas; al tiempo que señala frente a alguna de las razones de su desestimación, que el Jurado en ningún caso debe pronunciarse en su veredicto sobre cuestiones técnicas como puede ser la existencia de la atenuante de dilaciones indebidas, y por otro lado, la sentencia del TSJ, por cuanto que afirma el recurrente, no es preciso para su apreciación que el recurrente señale los períodos de paralización, puesto que los mismos deben ser apreciados de oficio, y en segundo lugar, que la devolución de la causa no deba ser tenida en cuenta para valorar esa dilación, y que la causa ha durado



más de seis años y que la misma era de una instrucción sencilla y por lo tanto resulta injustificado la duración del procedimiento.

2. Efectivamente como indican las citas de acusaciones y defensas, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 158/2018, de 5 de abril o 94/2018, de 23 de febrero, de manera concorde a muchas otras anteriores), señala que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se haya incurrido en retrasos no justificados. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, caso *González Doria Durán de Quiroga c. España* y STEDH de 28 de octubre de 2003, caso *López Solé y Martín de Vargas c. España*, y las que en ellas se citan).

Pero como establece esa propia jurisprudencia, asunto *Eckle c. Alemania*, sentencia de 15 de Julio de 1982 o en el caso *López Solé c. España*, sentencia de 28 de Octubre de 2003 el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar; textualmente; el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.

3. Si en autos, la denuncia se presentó por el Ministerio Fiscal el 29 de febrero de 2012, la vista ante el Tribunal del Jurado, e incluso la sentencia recaída, se celebró y dictó, respectivamente, cuando aún no habían transcurrido cinco años, plazo que concorde la jurisprudencia citada por el propio recurrente, la práctica jurisprudencial, salvo circunstancias especiales, que aquí no se invocan, es el que permite comenzar a ponderar que la dilación sea *extraordinaria*, fuera de toda normalidad, que junto a su carácter de indebida, es exigencia normativa para su consideración como mera atenuante ordinaria.

Ciertamente ha de valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes. En este último parámetro, no consta período de paralización específicamente acreditado, ni siquiera señalado; y además en este procedimiento, tampoco puede constatarse con el examen de las diligencias, pues las mismas parten de los testimonios previstos en el art. 34 LOTJ; y tampoco pese a las protestas del recurrente puede equipararse o tratarse como paralización, la tramitación de recursos devolutivos; ni siquiera la declaración de nulidad de parte de la tramitación.

Así la STS núm. 429/2014, de 21 de mayo :

*De otra parte, el procedimiento no ha estado paralizado. Es cierto que ha mediado una declaración de nulidad, pero ello es consecuencia del ejercicio ordinario de la jurisdicción. No se oculta que en ocasiones, se ha entendido por esta Sala, como dilaciones "indebidas" las derivadas de la retroacción de las actuaciones, en cuanto que se hubiesen evitado con una actuación correcta por parte de la jurisdicción, que no hubiere dado lugar a la nulidad declarada son ( STS núm. 836/2012, de 19 de octubre ); aunque la jurisprudencia habitual y reiteradamente, exige efectiva paralización del procedimiento con concreción del período de inactividad.*

*Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando analiza el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, computa la duración global del proceso, no sólo el que media hasta el enjuiciamiento en primera instancia. De igual modo, el Tribunal Constitucional, indica que el "derecho a un proceso sin dilaciones indebidas" que está configurado como un derecho autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva ( STC 36/1984 ), alcanza a las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de Sentencias ( STC 237/2001 ).*

*Pero en esas ocasiones, este derecho constitucional, se pondera desde su vertiente o faceta "prestacional", consistente en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable y supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela, que conlleva una faceta "reaccional", que actúa en el marco*





estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas ( STC 124/1999 ).

Pero el ámbito que ahora nos corresponde ponderar, es más limitado, restringido a la jurisdicción penal y como compensación al quebranto producido de este derecho en el curso del procedimiento, como consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual, las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad, de modo que si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena. De tal forma que tras el desarrollo jurisprudencial de esta reacción al quebranto, configurándola como una atenuante analógica, en la actualidad se encuentra regulada expresamente en el ordinal sexto del artículo 21 que compila las circunstancias genéricas de atenuación de la responsabilidad.

Como tal circunstancia modificativa, integrante de los remedios o medidas para reparar los efectos de las dilaciones indebidas, no forma parte del contenido de este derecho, porque rebasan el ámbito del proceso o la finalidad de la conclusión inmediata del mismo que conforma su contenido constitucional ( STC 35/1994, de 31 de enero ).

Y como tal circunstancia modificativa, los acontecimientos fácticos en que se sustenta, no pueden acaecer más allá de la celebración del juicio oral. Con la excepción no pacífica de la extraordinaria dilación en el dictado de la sentencia, tras la conclusión de la vista ( SSTS núm. 204/2004, de 23 de febrero ; núm. 325/2004, de 11 de marzo ; ó núm. 932/2008, de 10 de diciembre , acompañada de voto discrepante). Pero obviamente, dictada sentencia en instancia, no resulta dable su alteración para incluir una atenuante, cuyas circunstancias no habían acontecido cuando se dictó. Resulta procesalmente cuestionable, la asunción de una atenuante, que desde estos presupuestos, supone su estimación, sin haber sido objeto de discusión y debate en el juicio oral.

Aceptar que medió retraso "indebido", como consecuencia de la declaración de nulidad y consiguiente retrotracción de actuaciones procesales, a efectos de posibilitar la aplicación de la atenuante sexta, conllevaría también a ponderar a estos fines, el tiempo de duración de los recursos, lo que contradice ontológicamente su naturaleza de circunstancia modificativa. Además, "indebida", es definida en la RAE como la que no es obligatoria ni exigible, o bien, la que es ilícita, injusta y falta de equidad; y ello lleva a ponderar otro derecho en liza, autónomo decíamos, pero interrelacionado, cual es el derecho a una tutela judicial efectiva ( STC 46/1982 ).

Tal derecho a la tutela judicial efectiva desarrolla la jurisprudencia constitucional se satisface, en esencia, con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses. Cabe, en consecuencia, constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción; cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta; o cuando, obteniendo respuesta, ésta carece de fundamento jurídico o es arbitrario ( SSTC 75/1988 , 22/1994 ); o inclusive cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundamentada, el fallo judicial no se cumple.

La posibilidad de confrontación de estos derechos se contempla en la STC 324/1994, de 1 de diciembre , que pondera para determinar si existe quebranto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, si tras múltiples avatares procesales, la resolución que acuerda la nulidad del Auto de conclusión del sumario y regreso de las actuaciones al Juzgado de Instrucción, resulta justificada desde la observancia del derecho a una tutela judicial efectiva; y consecuentemente si se concreta la potencial colisión entre ambos derechos.

En esa sentencia constitucional, se entendió que la nulidad no resultaba necesaria respecto de la finalidad a la que obedecía; pero en este procedimiento, la nulidad declarada en nuestra STS 244/2013, de 22 de marzo , trae su causa precisamente en la estimación del motivo formulado al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 de la LECr , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a usar todos los medios de prueba proclamados en el art. 24 de la CE . Única posibilidad de reparar el derecho quebrantado. Luego en ningún caso, la nulidad declarada, tampoco desde la perspectiva de la atenuante ponderada, puede tildarse de "indebida" o "injusta". Necesaria pues, desde los fines y principios constitucionales que rigen el proceso, la dilación que conlleva, resulta plenamente justificada.

Dicho de otro modo, la Constitución no impone un principio de celeridad y urgencia en las actuaciones judiciales al precio de ignorar los derechos de las partes, sino que, al contrario, pretende asegurar un equilibrio entre la duración temporal del proceso y las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales ( STC 32/1999, de 8 de marzo ). Si además los remedios previstos legislativamente al quebranto del derecho a un proceso de dilaciones indebidas, no conforman su contenido constitucional, la nulidad derivada de una debida observancia del derecho a una tutela judicial efectiva, en modo alguno, la dilación derivada de la retrotracción que tal nulidad ocasiona, puede ser entendida como indebida.

Tanto más, cuando no se ha sobrepasado un plazo razonable en la tramitación del procedimiento.



4. Además, la complejidad de la tramitación, no puede calibrarse por el pronunciamiento de condena que haya resultado; recoge la sentencia recurrida, las alegaciones de la acusación, que no se han cuestionado que la denuncia del Ministerio Fiscal que genera el inicio del procedimiento era por la comisión de los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsificación documental, identificados en cinco bloques fácticos, e imputados a la ex Alcaldesa, los dos Interventores y la Tesorera Municipal.

5. Por último, concorde informa el Ministerio Fiscal, habiendo sido condenada la acusada, conforme a las previsiones de los artículos 433 y 434 del Código Penal, habiendo rebajado la pena en un grado, por aplicación del referido artículo 434, la pena impuesta de seis meses de prisión y 45 días de multa, así como la de inhabilitación, es la mínima imponible en tal caso, por lo que incluso apreciándose la atenuante postulada por el recurrente, con el carácter de ordinaria o analógica, carecería de operatividad alguna sobre la pena, pues no podría imponerse pena inferior a la impuesta; cuando además la duración del procedimiento, ya ha sido tenido en cuenta, como consta en la sentencia del Magistrado Presidente y en la del TSJ, a la hora de individualizar la pena, para concretar esa mínima imponible.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** En materia de costas rige el art. 901 LECr, que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

## FALLO

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

**Declarar NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Jacinta** contra la sentencia dictada el 31 de mayo de 2017, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Rollo de Apelación Tribunal del Jurado núm. 35/17, que desestima el recurso de apelación, formulado contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, en la vista de causa por el Tribunal del Jurado núm. 107/2016, donde se le condena como autora de un delito de malversación; ello, con expresa imposición a la recurrente de las costas originadas por su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet