



Roj: **STS 4093/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4093**

Id Cendoj: **28079120012014100654**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2014**

Nº de Recurso: **2225/2013**

Nº de Resolución: **677/2014**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 1572/2013,**
STS 4093/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Octubre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, de fecha 17 de octubre de 2013 . Han intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes Adrian y Darío , representados por el procurador Sr. Palma Villalon y como acusación particular el Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera, representado por el Procurador Sr. García Montes. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número nº 2 de Posadas, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 89/2010, por delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público, negociaciones prohibidas a los funcionarios, falsedad y malversación de fondos públicos contra Adrian y Darío y, concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, cuya Sección Segunda dictó sentencia de fecha 17 de octubre de 2013, en el rollo 20/2013 , cuyos hechos probados son como sigue: *"El acusado don Adrian , ostentó el cargo de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Colonia de Fuente-Palmera desde 1987 hasta 2003. Por su parte, el acusado don Darío , mayor de edad y sin antecedentes penales, ha ejercido continuamente el puesto de Secretario-Interventor de la citada corporación municipal desde el año 1985 hasta el mismo año 2003.*

En 1991 el citado Ayuntamiento se desvinculó del consorcio que la Diputación de Córdoba había creado para la recaudación y gestión de los tributos municipales, ante cuya situación, el acusado don Adrian , y con el fin de dar una solución provisional a la situación, determinó a finales de ese año atribuir al otro acusado, don Darío el cargo de recaudador municipal, y ello pese a constarle a ambos la incompatibilidad legal para ejercer el puesto de Secretario- Interventor simultáneamente con cualquier otro cargo en el sector público, por disponerlo así en el art. 1 de la ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Durante la sesión extraordinaria del Pleno municipal celebrada el día 18 de febrero de 1991, don Adrian hizo saber a la corporación a través del Sr. Concejales de Hacienda que, debido a la emergencia planteada, había resuelto nombrar recaudador municipal con carácter provisional al Sr. Secretario-Interventor hasta tanto el mismo Pleno no articulase otro medio para proveer dicha plaza; no haciéndose en aquella ocasión ninguna mención acerca de si el Secretario-Interventor habría de percibir alguna remuneración extra por las nuevas funciones recaudatorias que provisionalmente se le encomendaban.

En la sesión ordinaria que se celebró el día 27 de marzo de 1991 el Pleno abordó la cuestión pendiente de la recaudación municipal, decidiéndose entonces por mayoría absoluta que la plaza de recaudador se habría de proveer mediante un concurso restringido, reservado sólo para el personal funcionario del Ayuntamiento;



fijándose también en aquella ocasión los premios de cobranza con que se habrían de retribuir los servicios prestado por el aspirante que resultara elegido.

No obstante lo anterior, haciendo caso omiso del acuerdo del Pleno, el Alcalde jamás llegó a convocar el anunciado concurso, lo que permitió a éste y al Secretario-Interventor consolidar por la vía de hecho el nombramiento ilícito, siendo uno y otro consciente de esa situación irregular, y continuar detentando indefinidamente las funciones recaudatorias, las cuales desempeñó simultáneamente con el cargo de Secretario-Interventor, percibiendo las retribuciones de su cargo originario y los premios de cobranza en los términos señalados por la corporación, y ello pese a ser conocedor de la incompatibilidad que le afectaba, y de la que estaba obligado, a dar cuenta a la corporación, situación ésta que se prolongó hasta el mes de junio de 2003, muy pocos días antes de que un nuevo Alcalde y nuevo equipo de gobierno municipal tomaran posesión de sus cargos y hubiera de cesar en el suyo el acusado Adrian .

Dado el considerable volumen de actividad que acarrea la recaudación municipal, al acusado don Darío le fue preciso contratar dos auxiliares administrativos, una de las cuales era su propia hija, Ariadna , que junto con Hortensia , prestaban sus servicios en dependencias municipales, si bien ambas actuaban no por cuenta del Ayuntamiento de Fuente- Palmera sino directamente del Sr. Darío , el cual constituyó a tal efecto una entidad de naturaleza privada, a la que denominó "Gestión y Recaudación de Arbitrios, S.C."

Desde Enero de 1992 hasta junio de 2003, el acusado Darío percibió del Ayuntamiento de Fuente Palmera, además de los emolumentos correspondientes al cargo de Secretario-Interventor, una cuantía pecuniaria por importe de quinientos noventa y un mil euros con noventa y siete céntimos en concepto de premios de cobranza correspondiente a los tributos por él gestionados, sin que pudiera percibirlos, conforme prescribía en aquellas fechas la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su art. 23 .

Las respectivas órdenes de pago con que el Ayuntamiento documentaba las entregas de dinero que cada mes recibía el acusado don Darío en ese concepto, aparecían todas ellas suscritas por ambos acusados: don Adrian como ordenante de los pagos en su calidad de Alcalde; mientras que don Darío firmaba doblemente las mismas, tanto en su condición de Secretario-Interventor, como en la de receptor y beneficiario de las sumas pecuniarias.

En fecha 30 de enero de 2002 el Ilmo. Ayuntamiento de la Colonia de Fuente-Palmera formalizó un convenio con la Excm. Diputación Provincial, en cuya virtud dicha corporación municipal delegó sus competencias en materia de gestión tributaria y de recaudación en el organismo público EPRINSA, dependiente de la Diputación Provincial, momento éste a partir del cual resultaba ya notoriamente improcedente la continuación de la actividad recaudatoria desarrollada por el acusado don Darío ; pese a lo cual éste continuó recaudando algunos tributos municipales hasta el mes de junio de 2003, lo que le reportó unos premios de cobranza por un importe global de veintiséis mil ciento setenta y dos euros con dieciocho céntimos.

A fin de procurarse un cierto apoyo documental que de algún modo les permitiera justificarse frente a cualquier responsabilidad que se les pudiese exigir en el futuro, así como para garantizar la continuidad de los puestos de trabajo de las dos administrativas que prestaban servicio para don Darío , ambos acusados de común acuerdo confeccionaron en fecha posterior a las elecciones municipales celebradas 2003 y anterior al 15 de diciembre de 2004 un documento que simulaba a la perfección un inexistente contrato, supuestamente celebrado el día 2 de enero de 2002 -época en la que don Adrian se encontraba en situación de baja por un accidente de circulación, asumiendo sus funciones la Teniente de Alcalde-, y en el que ambos acusados aparecían como partes contratantes, firmando ambos al pie del mismo: don Adrian en su calidad de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fuente Palmera, y don Darío , como "representante legal de la empresa Gestión y Recaudación de Arbitrios, S.C.)". Dicho documento fue extendido sobre legítimo papel de oficio del Ayuntamiento de Fuente-Palmera y sobre él estamparon los acusados un sello oficial, también legítimo, si bien se trataba de un modelo cuyo específico diseño aún no existía en la fecha consignada en el documento, dado que fue encargado posteriormente al cambio de corporación. No existe, además, constancia de la realidad del citado contrato en los archivos municipales, ni ninguna noticia se tenía de él en el consistorio hasta que el acusado Darío lo presentó el día 15 de diciembre de 2004 con motivo de haberse dado un plazo de alegaciones en el expediente instruido para la devolución de lo indebidamente cobrado. En la referida ocasión, el acusado don Darío exhibió ante el Secretario municipal el original del fingido contrato, que fue compulsado por el fedatario y devuelto a dicho acusado, sin que se haya podido lograr posteriormente recuperar este documento con objeto de unirlo a la presente causa penal.

La primera de las ficticias cláusulas que se recogían en dicho documento consistía en que el Ayuntamiento de Fuente-Palmera se comprometía a contratar a las dos administrativas que habían prestado servicios por cuenta del acusado Darío , y que eran su propia hija, doña Ariadna , y doña Hortensia ; obligándose la corporación a incorporar a estas trabajadoras a la plantilla municipal como personal fijo si no lograba que previamente pasaran



a integrar la plantilla de EPRINSA; añadiéndose que si el Ayuntamiento no cumplía con esta estipulación quedaría obligado a indemnizar a cada una de las trabajadoras en la cuantía de sesenta mil euros.

Para tratar de justificar que el acusado Darío pudiera seguir desempeñando funciones recaudatorias con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio con EPRINSA, el contrato simulado estipulaba que todos los impuestos y tasas no gestionados por EPRINSA serían gestionados y cobrados hasta la fecha 31 de mayo de 2003 por la entidad «Gestión y Recaudación de Arbitrios, S. C.

Cuando se confeccionó ese documento el acusado don Adrian era al menos concejal del Ayuntamiento y don Darío funcionario del mismo».

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " Que absolvemos a don Adrian y a don Darío de los delitos de negociación prohibida a los funcionarios públicos y malversación de caudales públicos, declarando de oficio la parte proporcional de las costas y aquéllas expresamente generadas por tales delitos.

Que condenamos a don Adrian , como autor del delito de nombramiento ilegal, y a don Darío , por el delito de aceptación de dicho nombramiento, a las penas de multa de tres meses, con cuota diaria de diez euros y la responsabilidad personal subsidiaria legalmente establecida, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses.

Que condenamos a los referidos acusados como autores de un delito de falsedad en documento oficial a las penas de tres años de prisión, multa de seis meses con idéntica cuota diaria y responsabilidad personal subsidiaria que en el apartado anterior, e inhabilitación especial por dos años para empleo o cargo público.

En todos esos delitos concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Igualmente condenamos a los acusados al pago del resto de las cosas procesales no comprendidas en el pronunciamiento absolutorio de esta resolución, sin incluir las generadas a la acusación particular, pero sí las de la acusación popular".

3.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon sendos recursos de casación contra la mencionada sentencia, por los condenados y la acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones correspondientes para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

4.- La representación procesal de la acusación particular, Ayuntamiento de Fuente Palmera, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de Ley al haberse inaplicado indebidamente el artículo 441 del Código Penal .

Segundo. Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de Ley al haberse inaplicado indebidamente el delito de malversación.

5. La representación procesal de Adrian y Darío , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el artículo 24.2º de la Constitución Española .

Segundo. Al amparo del artículo 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Tercero. Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley al haberse aplicado indebidamente el artículo 390 del Código Penal .

Cuarto. Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de Ley al haberse inaplicado indebidamente los artículos 130.1.7 º, 131 y 132 en relación con los artículos 405 y 406 del Código Penal .

Quinto. Al amparo del artículo 489.1 LECrim por infracción de Ley al haberse aplicado indebidamente el art. 405 del Código Penal .

Sexto. Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley al haberse inaplicado indebidamente el art. 406 del C. Penal .

6.- Instruidas las partes y el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, éste interesa la estimación parcial del motivo tercero del recurso de Adrian y Darío , respecto a los restantes motivos de este recurso y a los motivos del recurso de la acusación particular, interesa su inadmisión y subsidiariamente los impugna. Las partes solicitan la inadmisión y subsidiaria desestimación e impugnación de todos los motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



7.-Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 15 de octubre de 1014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera

Primero . Por el cauce del art. 849,1º Lecrim , se ha denunciado como indebida la inaplicación del art. 441 Cpenal . El argumento es que aunque la literalidad de ese precepto y una interpretación estricta y no extensiva del mismo llevará a la no aplicación de la norma, si lo penado es el riesgo para la imparcialidad de la administración, mayor riesgo implicaría la confusión total de las posiciones o los sujetos intervinientes.

El fiscal se ha opuesto al motivo.

La sala de instancia ha entendido que, dados los términos de ese precepto, lo castigado en él es la acción consistente en realizar una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental bajo la dependencia de o al servicio de entidades privadas o de particulares; y lo ejercido en el caso de esta causa fueron, según consta en los hechos, funciones propias del puesto para el que el acusado Darío había sido nombrado y desempeñaba en el Ayuntamiento. Además, precisa el tribunal, las funciones a las que accedió como consecuencia del nombramiento cuestionado las ejerció por sí y para sí y no al servicio o bajo la dependencia de nadie.

En realidad, para la desestimación del motivo basta subrayar el propio argumento del recurrente, cuando admite que una interpretación ajustada a los términos de la norma de referencia tendría que dejar fuera de su radio de aplicación la conducta de que se trata. Y lo cierto es que se está en el campo del derecho penal, donde debe primar una interpretación estricta. No cabe seguir al recurrente en su argumento acerca de si el riesgo para los intereses generales ocasionado por la conducta que se examina puede considerarse o no mayor que el de la concretamente tipificada. Este modo de razonar podría ser pertinente en el ámbito de la política criminal, pero no en el de la aplicación práctica de un tipo penal formalmente constituido, que no admite, como se ha dicho y es bien obvio, ampliaciones discrecionales a supuestos no específicamente contemplados en él. Para que la actividad de asesoramiento proscrita pudiera considerarse punible al amparo del art. 441 Cpenal , tendría que haberse desarrollado al servicio de terceros particulares, y lo cierto es que aquí se produjo en el marco de la entidad local, de manera que no se dio el supuesto típico.

Así, por todo, el motivo tiene que desestimarse.

Segundo . También al amparo del art. 849,1º Lecrim , lo reprochado es la absolución del delito de malversación, por tanto, la inaplicación del art. 432,2º Cpenal . El argumento es que la sala de instancia habría omitido que se dedicó un espacio del Ayuntamiento para que las dos contratadas trabajaran allí, sin coste alguno para Darío , espacio que en otro caso tendría que haber costado con sus propios medios. De este modo, habría habido un desvío de fondos no justificado. Pero objeta bien el fiscal que el problema que suscita el interés de la recurrente lo plantea, no la sentencia como tal, sino los términos de la acusación, que no contemplaba esa vertiente del asunto, sino solo la percepción de los premios de cobranza.

Se señala también que Darío siguió cobrando tributos cuando ya existía un convenio con la Diputación para que EPRINSA, un organismo de esta gestionesa la recaudación. Pero lo cierto es que lo que consta en los hechos sigue siendo lo mismo antes aludido: cobró tributos y percibió los premios de cobranza. Y el tribunal de instancia ha entendido correctamente que la percepción del importe de estos por parte de aquel se ajustó a lo acordado por el pleno de la corporación; con el resultado de que la ilegalidad del nombramiento no fue obstáculo para que, objetivamente, la función recaudatoria se hubiera desarrollado de una forma correcta, como correcto fue el destino de los fondos obtenidos. Con ello, la conclusión es inobjetable, pudo haber una remuneración indebida para el funcionario, pero producida en términos que hacen que, en ese contexto, no haya pasado de ser una infracción administrativa.

En definitiva, por lo razonado, la conclusión es que la pretensión de la recurrente que da contenido al motivo, que es de infracción de ley, no se ajusta a los hechos, que son el necesario punto de partida; mientras que el tratamiento jurídico dado a los mismos por la sala de instancia debe entenderse correcto. Y el motivo no puede acogerse.

Recurso de Adrian y Darío

Primero . Lo denunciado, por el cauce de los arts. 5,4 LOPJ y 852 Lecrim , es vulneración de precepto constitucional, en concreto, del derecho a la presunción de inocencia (art,24,2 CE). El argumento es que los acusados reconocieron, ante el instructor y en la vista, que las firmas que figuran en la fotocopia del documento eran suyas, pero negaron que este se hubiera confeccionado en fechas posteriores a las que constan en él. De este modo, se dice, si se hubiera elaborado en enero de 2002, sería genuino y legítimo; pero si esto hubiese



tenido lugar entre finales de mayo de 2003 y hasta el 15 de diciembre de 2004, sería genuino pero ilegítimo, ya que en esas fechas ni Adrian era alcalde ni Darío secretario municipal. Ciertamente, se admite, que el secretario municipal certificó en fecha 5 de junio de 2006 (folio 90) que el sello que aparece en el contrato fotocopiado no sería ninguno de los usados en el Ayuntamiento en enero de 2002, pero no existe ninguna pericia al respecto, y, además, se daría la circunstancia de que el documento del folio 97 del rollo de sala tiene un sello igual al cuestionado y está fechado en 2002.

El tribunal de instancia funda su conclusión relativa a la inautenticidad del documento en varias consideraciones. La primera es la ausencia de acto o acuerdo alguno formal por parte del Ayuntamiento autorizando al alcalde a firmar el contrato de que se trata, y la inexistencia en los archivos de la corporación de ningún ejemplar del mismo. En segundo término, se ha tenido en cuenta que en la fecha que aparece en él Adrian estaba de baja por accidente, desempeñaba sus funciones el teniente de alcalde quien, era, por tanto, el encargado de firmar todos los documentos producidos en el ámbito de esa competencia, y, así, debería haber suscrito el de que se trata, si es que su fecha fuese la realmente pretendida. En fin, estaría el dato de que el sello que figura en el contrato de referencia se encargó en 2004, más de un año después de la fecha en que se supone datado, según lo declarado por el funcionario municipal que gestionó su adquisición. Con esta base, el juzgador ha concluido que este sello es el del contrato, que, por eso no habría sido redactado en 2002.

El fiscal se ha opuesto al motivo, y en apoyo de esta posición razona que el documento del folio 97 del rollo de sala, aportado por la defensa, es fotocopia y adolece de falta de nitidez, pero, a su juicio, no hace falta una pericial para advertir que el sello que figura en el contrato reputado falso y el del folio 97 del rollo, aportado por la defensa, como usado en el Ayuntamiento en 2002, difieren en el grosor del trazo del óvalo interior.

La verdad es que esta clase de apreciaciones a ojo no son muy fiables y no puede dárseles un valor determinante. Pero lo cierto es que la aportación documental de la defensa no sirve en modo alguno para neutralizar la incriminación de los ahora recurrentes. Básicamente, porque los elementos de juicio en que la misma se apoya y a los que la sala de instancia, con el mejor criterio, atribuye un papel determinante, no perderían un ápice de su calidad informativa de cargo. En efecto, pues nada habla más y mejor de la inexistencia real de ese contrato y del carácter ficticio del documento de soporte, que el hecho de que en la fecha del supuesto otorgamiento este no hubiera podido llevarse a cabo por el que firma como alcalde, a la sazón de baja y sustituido por el teniente-alcalde en sus funciones, y el dato de que no exista, como antecedente, ningún acuerdo del pleno ni de la alcaldía.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que una conclusión incriminatoria con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, es patente que el tribunal de instancia se ha atendido a este canon en su valoración del cuadro probatorio y que la hipótesis de la acusación goza de pleno fundamento. Porque es impensable que en la práctica regular de una institución como la de referencia, un acto jurídico de la trascendencia del que se considera pudiera haber surgido, aislada e inopinadamente sin la existencia de acuerdo alguno formal del pleno al respecto y sin constancia de algún antecedente o rastro documental en el archivo de la corporación. Y, por otra parte, el contexto de la actuación de los dos implicados aporta la evidencia de un modo de operar francamente irregular, que abunda en el carácter simulado de ese contrato. De todos estos elementos de juicio y de su valoración hay una precisa expresión en la sentencia.

En consecuencia, y por todo, el motivo tiene que rechazarse.

Segundo. El reproche, formulado con apoyo en el art. 849, 2º Lecrim, es de error en la valoración de la prueba, resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador, sin estar desmentidos por otras pruebas. Y señala como documentos los aportados por esta parte en el trámite de cuestiones previas. Se trata de sellos distintos de los que constan en la certificación del secretario como usados en 2002, y uno, el del documento numerado como 4, es como el del documento declarado falso; de donde se seguiría que el tribunal incurrió en error en su valoración.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849, 2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no



hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

El examen de los sellos que figuran en los documentos aportados por la parte pone de relieve que, en efecto, el numerado como 4 y que consta al folio 97 del rollo, es, a simple vista, igual que el que figura en el contrato fechado el 2 de enero de 2002 por los dos hora recurrentes, declarado falso en la sentencia. Y de esto tendría que seguirse que, en efecto, ese sello sí estaba en uso en el Ayuntamiento en la fecha aludida. El numerado como 5 corresponde a 2006, y, por tanto, no acredita nada a los efectos de este motivo de casación, y los otros tres sugieren que en 2000 se empleaban también otros sellos.

Pero esto no obstante, la documental a examen no puede producir los efectos que se interesa, al amparo del 849,2º Lecrim, porque este precepto exige que los documentos de los que pudiera derivarse un error de hecho realmente relevante, sean probatoriamente incontestables. Es decir, que siendo inobjetable aquella información de la que ofrecen constancia, no exista ningún otro elemento de prueba idóneo para dar sustento a lo afirmado en los hechos. Y sucede que en este caso se ha acreditado que el contrato de que se trata no respondía a ningún acuerdo del pleno ni a decreto alguno de la alcaldía; no constaba en los archivos municipales; y que, además, en la fecha que figura en él no podría haber sido suscrito por Adrian , al hallarse de baja por un accidente y estar siendo sustituido en el ejercicio de sus funciones por el teniente-alcalde.

Así las cosas, lo cierto es que no se una exigencia esencial del art. 849,2º Lecrim para que pueda entenderse producido el error de hecho que se alega, y todo lo más a que podría dar lugar la impugnación es a eliminar de los hechos la referencia a la inexistencia del sello en la fecha reiteradamente aludida; un dato que, en el contexto de vigencia de todos los restantes, carece de transcendencia práctica.

Por todo, el motivo tiene que desestimarse.

Tercero . Lo alegado es infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim , en concreto del art. 390 Cpenal . Esto porque en los acusados no concurre la condición de funcionario público o autoridad con competencias relacionadas con el documento, apta para incardinar sus conductas en ese precepto; y porque, en todo caso, se trataría de una falsedad inocua. Y es que, se dice, aunque Adrian fuera concejal y Darío funcionario al confeccionarse el documento, este no tiene nada que ver con ninguna de estas condiciones. Darío lo suscribió como representante de una empresa; y Adrian , como concejal, no tendría entonces entre sus competencias la de formalizar este tipo de relaciones. Así, no pudieron ser sujetos activos de delito de referencia. Por lo que hace al segundo argumento, se subraya que el contrato no figura en los archivos municipales; y que su contenido era tan disparatado como imposible desde el punto de vista jurídico e innecesario a los fines que le atribuye la sentencia, por lo que no puede considerarse lesivo para el bien jurídico que se trataría de proteger.

En apoyo de la primera línea argumental, se cita jurisprudencia de esta sala, en concreto la STS 552/2006, de 16 de mayo , de la que se sigue que para la realización del tipo del art. 390 no basta con que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o autoridad, sino que, además, se requiere que ejecute la acción incriminada precisamente en el marco propio de sus funciones. Y lo cierto es que la falsedad atribuida en los hechos probados se entiende cometida en fecha posterior a las elecciones municipales celebradas en 2003 y anterior al 15 de diciembre de 2004; y en ese momento Adrian ya no era alcalde, sino concejal.

El fiscal ha acogido en su informe esta línea argumental porque, en efecto, es cierto lo afirmado y, así, Adrian no habría realizado la conducta que se le atribuye en la calidad de alcalde, y tampoco podría imputársele en la de concejal, pues aunque lo era en esa fecha, la misma no le habilitaba para suscribir un acto jurídico como el de que se trata. Y Darío actuó como sujeto privado. Pero su conclusión no es que la acción tenga que considerarse atípica, sino constitutiva de la falsedad cometida por particulares, del art. 392,1 en relación con el art. 390.1 , 2, ambos del Código Penal ; sin que resulte aplicable la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22,7ª Cpenal), porque no se ha formulado acusación al respecto.

El fiscal se ha opuesto a la segunda parte del motivo. Y tiene razón también en este aspecto, pues no puede seguirse a los recurrentes en el propósito de banalizar la significación del documento. Es así, porque, desde un punto de vista meramente formal, consta que se elaboró en papel oficial del propio ayuntamiento, haciendo figurar en él un sello con aspecto asimismo de oficial, a fin de dotarle de un marchamo de autenticidad. Y, ya en términos prácticos, a más de que resulta legítimo inferir que había sido elaborado con un fin no precisamente ajeno a la actividad municipal, hay igualmente constancia de que fue presentado por Darío en un trámite de alegaciones, de donde se sigue que sí produjo efectos en aquel contexto.

En consecuencia, el motivo tiene que estimarse parcialmente, en el sentido que se ha expresado.



Cuarto . Lo aducido es también infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim , en relación con los arts. 130,7º, 131 y 132 y con los arts. 405 y 406, todos del Código Penal . El argumento es que los delitos de los arts. 405 y 406 Cpenal estarían prescritos, al no ser delitos permanentes, de lo que se sigue que el *dies a quo* tendría que ser el del nombramiento de Darío y de su aceptación y no el del cese en el desempeño del cargo. Por eso se cuestiona el planteamiento de la sala de instancia que ve en el desempeño ilícito del cargo una suerte de revalidación del dolo inicial, cuando lo cierto es que se podría haber puesto fin a la situación de irregularidad penalmente relevante. Lo que a juicio de los recurrentes equivale a tratar de permanente un delito que técnicamente no lo es. Este planteamiento se apoya con la sentencia n.º 1/2006, de 26 de junio, del Tribunal Superior de las Islas Canarias , que resolvió en el sentido que se postula.

En efecto, la sala de instancia razona su decisión en este punto en el sentido de que lo cometido es un atentado contra la legalidad, producido en el momento del ilegítimo acceso a la función, pero que se instalaría de forma estable en el funcionamiento práctico del organismo correspondiente, creando un estado de cosas reiteradamente renovado con cada acto del sujeto indebidamente investido.

El fiscal se ha opuesto al motivo, sustentando el mismo criterio que se refleja en la sentencia.

El art. 405 Cpenal cifra la conducta típica en las acciones consistentes en *nombrar, proponer o dar posesión* ; y el art. 406 lo hace en la que consiste en *aceptar* la propuesta, nombramiento o toma de posesión. Así, es diáfano, se está ante conductas consistentes en un solo y único acto, que se consuman de forma instantánea en el momento de su realización. Es también cierto que siempre producirán una alteración con efectos en la realidad práctica sobre las que inciden; pero al igual que el robo, que se consuma con la apropiación del bien ajeno llevada a cabo en ciertas circunstancias, y se prolonga luego, para el despojado, en el subsiguiente estado de privación del mismo, si es que no se recupera.

Pues bien, de este modo ocurre que el estado de cosas generado es, sí, desde el punto de vista empírico y en el plano causal, una consecuencia del nombramiento, propuesta, dación de posesión o aceptación. Pero solo consecuencia *mediata* , en cuanto efecto directo, no del nombramiento, propuesta, dación de posesión o aceptación, sino *del - posterior- ejercicio* de la función correspondiente. Tanto es así, que los actos descritos como típicos en los dos preceptos serían susceptibles de ejecutarse y perfeccionarse como tales, aun cuando el irregularmente favorecido con ellos no hubiera llegado luego, por lo que fuere, a iniciar de manera efectiva el desempeño del cometido oficial correspondiente. Y, de igual manera, en el curso de este, las acciones típicas propias del mismo que siguieran a la irregular investidura, deberían ser sancionadas como tales, de forma autónoma, sin que ello supusiese ningún solapamiento con el delito antecedente y, en consecuencia, sin dar lugar a *bis in idem* .

Por tanto, los recurrentes están en lo cierto y puesto que los delitos de que se trata se cometieron en 1991, y la causa no se dirigió contra los culpables hasta 2005, conforme a la previsión del art. 131.1, apartado cuarto Cpenal , ambos habrían prescrito ya en este segundo momento, tanto de estarse a la redacción del precepto vigente en la época de los hechos como en la actual, por haber transcurrido ampliamente el plazo de tres y cinco años previsto al efecto. Y el motivo tiene que acogerse.

Quinto . Lo resuelto en el motivo anterior deja sin contenido a los siguientes, formulados por infracción de ley a propósito de la tipificación de la conducta sancionada en aplicación del art. 406 Cpenal .

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de la Colina de Fuente Palmera, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 17 de octubre de 2013 , dictada en la causa seguida por delito de nombramiento ilegal y delito de falsedad en documento oficial. Condenando al pago de las costas procesales ocasionadas en el presente recurso.

Estimamos parcialmente el tercer motivo e integramente el cuarto motivo del recurso de casación interpuesto por la representación de Darío y Adrian , contra la misma sentencia, desestimando el resto, y en consecuencia anulamos parcialmente esa resolución que se casa y se anula para ser sustituida por la que a continuación se dicta. Declarando de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia de instancia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Perfecto Andrés Ibañez



SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Octubre de dos mil catorce.

En la causa nº 89/2010 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Posadas, seguido por delitos de nombramiento ilegal y falsedad en documento oficial, contra Darío y Adrian , la Audiencia Provincial de Córdoba Sección Segunda, dictó sentencia fecha 17 de octubre de 2013, en el rollo 20/2013 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, la elaboración y suscripción del contrato supuestamente celebrado el 2 de enero de 2002 entre Adrian y Darío , constituye una falsedad en documento oficial cometida por particulares, del art. 392,1 en relación con el art. 390.1 , 2, ambos del Código Penal ; sin que resulte aplicable la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22,7ª Cpenal), al no haberse formulado acusación en este punto. Por eso corresponde imponer a cada uno de los acusados la pena de prisión de seis meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses con cuota diaria de diez euros y la responsabilidad personal subsidiaria en los términos del art. 53,1 Cpenal . Y los delitos del art. 405 y 406, atribuidos, respectivamente al primero y al segundo de los citados, deben considerarse prescritos, dictándose al respecto un fallo absolutorio.

III. FALLO

Absolvemos a Adrian y a Darío del delito de falsedad en documento oficial por el que habían sido condenados y les condenamos por el delito de falsedad en documento oficial cometido por particulares, a la pena de seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses con cuota diaria de diez euros y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. Se les absuelve asimismo, respectivamente, de los delitos de nombramiento ilegal y de aceptación de dicho nombramiento y se declaran de oficio las costas correspondientes. Se mantiene en lo demás la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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