



Roj: **STS 1302/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1302**

Id Cendoj: **28079120012016100245**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **867/2015**

Nº de Resolución: **255/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1776/2014,**  
**STSJ AS 648/2015,**  
**STS 1302/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Emilio y Eulalia**, contra sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo en causa seguida a los mismos por delito de exacciones ilegales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando el primero de los recurrentes representado por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real y la segunda por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Cornago; y como recurridos Federico, Fermín y Florentino, representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Marta Barthe García de Castro y Víctor, representado por el Procurador D. Juan Escrivá de Romaní Vereterra.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Cudillero, instruyó Procedimiento del Tribunal del Jurado con el num. 3/2013, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que por medio del correspondiente Tribunal del Jurado, con fecha 23 de junio de 2014, dictó sentencia que contiene el siguiente

HECHO PROBADO: "De conformidad con el veredicto emitido por el Jurado por mayoría de siete votos, se declaran probados los siguientes hechos: Emilio, a la sazón Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero de forma no interrumpida desde las elecciones municipales celebradas el 26 de mayo de 1991, actuando en su condición de tal, y ante la petición de varios hosteleros, en el año 1993 realizó gestiones para facilitar que se instalasen "chiringuitos" en la zona del puerto de la ciudad, y que desarrollarían su actividad mercantil las noches de viernes y sábados de los meses de julio, agosto e inicios de septiembre. A tales efectos dictó un anuncio de la Alcaldía, de fecha 18 de mayo de 1993, por el que se convocaba para dos puestos en el muelle viejo.

Desde dicho año, y de forma no interrumpida hasta el año 2008 se desarrolló tal actividad, que se iniciaba tras las fiestas patronales. Siendo inicialmente 3 los "chiringuitos", a los que se permitía el desarrollo de la actividad pese a que no todos eran hosteleros de profesión, y pese a que no se pagaba licencia alguna al Ayuntamiento por ello.

En el año 2003, se instala un cuarto "chiringuito", tras permitirlo el acusado. No obstante, antes de la instalación de los mismos, el Sr. Emilio, les reúne en el ayuntamiento, y tras manifestarles que se habían producido quejas vecinales, les hace saber que para poder seguir permitiendo la actividad deberá de haber vigilancia nocturna por parte de la policía local del municipio, informándoles a continuación que para que él, en su condición de



legal de jefe de la policía local, de la orden para prestar tal servicio, es necesario que paguen por tesorería municipal unas cantidades económicas que, hasta el año 2007, se concretan en 2000 euros por chiringuito y temporada, y que de no ser así, no se emitiría informe favorable en el expediente de autorización del dominio público ante puertos del Principado alegando que la seguridad no estaba garantizada.

Emilio , pese a ser conocedor que para tal pago era necesaria la redacción de una ordenanza fiscal o de, al menos, un acuerdo del pleno, adoptó tal decisión por sí mismo, y sin consulta o petición de informe alguno a los servicios municipales. El dinero así obtenido, se utilizó para aumentar, fuera de las nóminas y del régimen retributivo de los auxiliares de la policía local sus emolumentos.

El procedimiento seguido para ello se concretó de la siguiente manera: las cantidades entregadas se depositaban en la caja fuerte de la tesorería municipal, y hasta el año 2007, eran entregada posteriormente a los auxiliares de la policía local que, los mencionados viernes y sábados, desarrollaban labores propias de vigilancia en el municipio mientras los "chiringuitos" permanecían en funcionamiento. Entrega que era efectuada por el entonces jefe de la policía local, Landelino , quien, tras recoger lo recaudado en la tesorería se lo hacía llegar a los citados auxiliares en metálico en función de las horas trabajadas, y sin que se hiciese constar en su nómina, por lo que ninguna retención tributaria se realizaba en tales cantidades. No ha quedado probado que a dicho dinero se le diese uso diferente al mencionado.

Tras las elecciones municipales celebradas el 20 de mayo de 2007, accedió al cargo de Concejala de Comercio e Industria del Ayuntamiento de Cudillero la también acusada, Eulalia , que, conocedora del modo de actuar del Alcalde, participó directamente en el mismo durante los años 2007 y 2008, llegando a enviar a los propietarios de los "chiringuitos" del puerto, el 17 de agosto de 2007, un "recordatorio" para que, entre el lunes 20 y el viernes 25 de agosto entre las 09:00 y las 15:00 realizasen el ingreso en Tesorería.

En el año 2008, si bien se llevaron a cabo todos los trámites anteriormente descritos, finalmente el dinero recaudado se entregó a los miembros de la policía local por nómina; dada la negativa del nuevo jefe de la policía local, don Víctor , a efectuar el pago fuera de las formas legalmente previstas.

Respecto de las cantidades pagadas por los instaladores de los "chiringuitos" directamente en Tesorería únicamente consta reflejo en el registro general de ingresos del Ayuntamiento las correspondientes al año 2003, y ello en las siguientes cantidades:

- De Federico , la cantidad de 2.000,00 euros.
- De Adelaida , la cantidad de 2.000,00 euros.
- De Santos , la cantidad de 2.000,00 euros.
- De Segismundo , la cantidad de 2.000,00 euros.

Entre los años 2004 a 2007, se efectuaron iguales pagos de 2000 euros por "chiringuito", si bien, únicamente se han podido aportar los "recibí" de los ingresos por don Federico , siendo estos de 1.643,00 euros en el año 2004; de 990,00 euros en el año 2005; de 945,00 euros en el año 2006; de 1.050,00 euros en el año 2007.

En el año 2008 los pagos a los auxiliares de la policía local tuvieron, por vez primera, reflejo en sus nóminas municipales, bajo el concepto de gratificaciones, si bien ese año, los pagos efectuados por cada una de las personas que regentaban los "chiringuitos" fue de 1.360 euros cada uno.

Adelaida ha renunciado a cualquier indemnización que pudiera corresponderle por estos hechos".

SEGUNDO.- El Magistrado-Ponente del Tribunal del Jurado dictó el siguiente pronunciamiento : FALLO: "Que debo condenar y condeno, sobre la base del veredicto emitido por el Tribunal del Jurado, a Emilio , en quien no concurre circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de exacciones ilegales, a la pena de veinticuatro meses de multa con una cuota de 20 €/ día con un total de 14.400 €, con la responsabilidad personal del art. 53 del CP para el caso de impago y cuatro años de suspensión de empleo o cargo público.

Que debo condenar y condeno, sobre la base del veredicto emitido por el Tribunal del Jurado, a Eulalia , en quien no concurre circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autora de un delito de exacciones ilegales, a la pena de quince meses de multa con una cuota de 8 €/ día con un total de 3.600 €, con la responsabilidad personal del art. 53 del CP para el caso de impago y tres años de suspensión de empleo o cargo público.

Que debo condenar y condeno a Emilio , y subsidiariamente al Excmo. Ayuntamiento de Cudillero, a indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a: 1) Federico en la cantidad de 8.000 €; 2) Segismundo , salvo que renuncie expresamente a la misma, en 8.000 €; 3) Fermín , en 4.000 €; y 4) Santos y Caridad



, salvo que renuncie expresamente a la misma, en 8.000 €. Dichas cantidades se verán incrementadas en lo que resulte de aplicar los intereses del art. 576 de la LEC .

Que debo condenar y condeno solidariamente a Emilio y Eulalia , y subsidiariamente al Excmo. Ayuntamiento de Cudillero a indemnizar a: 1) Federico en la cantidad de 3.360 €; 2) Santos y Caridad , salvo que renuncie expresamente a la misma, en 2.000 €; 3) Florentino en 1.360 €; y 4) a las personas que explotaron durante los años 2007 y 2008 los chiringuitos que hasta ese momento regentaban Segismundo y Fermín , a determinar en ejecución de sentencia, la cantidad de 2000 € por el año 2007 y 1.360 € en el año 2008, salvo que renuncien expresamente al mismo. Dichas cantidades se verán incrementadas en lo que resulte de aplicar los intereses del art. 576 de la LEC .

Se imponen a los acusados, por mitad e iguales partes, las costas devengadas en esta instancia, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes, instruyéndoles que no es firme y que procede recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la misma".

TERCERO.- Recurrida en apelación dicha sentencia por los condenados Emilio y Eulalia , ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, ésta dictó sentencia con fecha 19 de marzo de 2014 , que contiene el siguiente FALLO : "Desestimamos íntegramente los tres recursos de apelación interpuestos por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Sastre Quirós en nombre y representación de los condenados Don Emilio , Doña Eulalia y el Ayuntamiento de Cudillero contra la sentencia dictada por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de fecha 23 de junio de 2014 que se confirma en todos sus pronunciamientos con imposición de costas a los recurrentes. Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días contados desde el siguiente a la última notificación y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "

CUARTO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional la representación de los recurrentes que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Emilio formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim . y 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del artículo 24.1º.2º de la Constitución , principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim . por indebida aplicación del art. 437 del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim . por indebida aplicación de los artículos 131 y 132 del Código Penal . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., en relación con los artículos 109 , 110 y 115 del art. 437 del Código Penal .

La representación de Eulalia , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim . y 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del artículo 24.1º.2º de la Constitución , principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim . por indebida aplicación del art. 437 del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim . por indebida aplicación de los artículos 131 y 132 del Código Penal . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., en relación con los artículos 109 , 110 y 115 del art. 437 del Código Penal .

SEXTO.- Instruidas las partes de sus respectivos recursos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la vista cuando en turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el diez de marzo pasado, con asistencia de los Letrados D. Alberto Rodríguez-Mourullo Otero en representación de Emilio y D. César Collazos Sánchez en representación de Eulalia que informaron sobre los motivos, de D. Gabriel Giraudo Hernández, en representación de los recurridos, incluido Víctor ; y del Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe; las deliberaciones han concluido el veintiocho de marzo pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia impugnada, dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Oviedo con fecha 23 de junio de 2014 , y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias con fecha 19 de marzo de 2015 , condena a los recurrentes como autores de un delito de exacciones ilegales. Frente a ella



se alzan los presentes recursos, fundados cada uno de ellos en cuatro motivos por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia e infracción de ley.

RECURSO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE DON Emilio .

**SEGUNDO.-** El primer motivo del presente recurso, por infracción de precepto constitucional al amparo del art 5 4º LOPJ y art 852 Lecrim , alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Considera que esta vulneración se produce al declararse probado que los pagos fueron impuestos por el Alcalde recurrente, cuando en realidad obedecieron a una solución pactada y consensuada entre el Alcalde y los hosteleros del pueblo que querían instalar chiringuitos en la zona del puerto durante las fiestas. No niega la concurrencia de prueba de cargo, pero estima que ésta se ha valorado de modo irracional y siempre en perjuicio de los acusados. Considera que existe una alternativa exculpatoria razonable consistente en que el Alcalde facilitase, de acuerdo con los hosteleros, un sistema para el pago de horas extras a los vigilantes nocturnos de la zona portuaria, que convenía tanto a los intereses particulares de los hosteleros como al interés general. Seguidamente analiza minuciosamente las declaraciones de nueve testigos que prestaron su testimonio ante el Jurado, para concluir que o bien no merecen credibilidad o existen elementos de su testimonio que podrían haberse valorado de forma favorable para los recurrentes.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado 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 o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción sobre la base del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En el caso actual es claro que el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito, constitucionalmente obtenida y legalmente practicada lo que no ha sido cuestionado. Y también que esta prueba ha sido racionalmente valorada, pues la conclusión fáctica obtenida por el Jurado es la que se deduce de modo lógico y natural del conjunto de los testimonios practicados.

El dato esencial configurador del hecho de que la obligatoriedad del pago es consecuencia de una decisión unilateral del Alcalde, y no de un pacto, es la reunión celebrada en el Ayuntamiento en el año 2003. Esta reunión, y su contenido, se encuentran acreditados por una prueba testifical plural que al Jurado compete valorar, y en ella el Alcalde estableció personalmente el pago de una cantidad de 2000 euros por chiringuito, como requisito



necesario para que se informase favorablemente por el Ayuntamiento la ocupación de terreno en el puerto ante la Consejería competente del Gobierno del Principado de Asturias.

La sentencia dictada por la Magistrada Presidenta, que complementa la motivación del Jurado a partir del análisis minucioso de la prueba de cargo, pone de relieve que la conclusión probatoria del Jurado es plenamente razonable y acorde con el resultado de la prueba practicada.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**TERCERO.**- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega indebida aplicación del art 437 CP , por estimar que no concurren los elementos típicos que configuran dicho delito. El motivo, de excelente factura técnica, permite a este Tribunal perfilar jurisprudencialmente los elementos típicos de esta figura delictiva, que accede de forma muy ocasional a la casación.

En el acto de la vista precisó la parte recurrente que, a su juicio, no concurre ninguno de los elementos del tipo: ni el sujeto, ni el objeto, ni la acción típica ni el elemento subjetivo, por lo que procede analizar y resolver esta variada problemática.

El art 437 CP establece que la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

El sujeto activo del delito es cualquier Autoridad o funcionario, condición que evidentemente cumplía el Alcalde sancionado. Es cierto que un sector doctrinal sostiene un criterio restringido del sujeto activo conforme al cual solo podrán ser autores de este delito los funcionarios que perciben sus emolumentos por arancel. Pero esta interpretación tiene su fundamento en la redacción del precepto anterior al CP 95 ( art 402 1º CP derogado), y en la jurisprudencia que la aplicaba ( STS 3 de julio de 1991 , por ejemplo), que se refería como autores del delito a los funcionarios que exigiesen mayores derechos que aquellos " *que le estuvieran señalados por razón de su cargo* ". Desaparecida esta expresión se produce un cambio sustancial, en el sentido de que el tipo no establece limitación alguna en las autoridades o funcionarios que pueden ser autores de este delito, siempre que concurren los demás elementos del mismo, y en consecuencia la restricción sostenida por la antigua jurisprudencia ha perdido su base legal.

**CUARTO** .- Por lo que se refiere al objeto material, se alega por la parte recurrente que las cantidades que abonaban los titulares de los chiringuitos portuarios al Ayuntamiento, por exigencia del Alcalde, están excluidas del objeto material del delito porque no constituían "derechos", ya que estaban destinadas a pagar las horas extras de los auxiliares de la policía local que vigilaba los establecimientos, y por ello deberían ser calificadas de simples "gratificaciones", que en todo caso constituirían tasas o precios públicos, pero no aranceles o derechos.

Este argumento tampoco puede ser admitido. La nueva redacción del art 437 en el CP 95, unida a la derogación del antiguo art 202, que sancionaba la exigencia del pago de impuestos no autorizados, permite interpretar el art 437 como una modalidad del delito histórico de concusión, que castigaba a las autoridades y funcionarios que utilizasen su condición para exigir a los ciudadanos el pago de toda clase de cantidades a las que no estuviesen obligados. En consecuencia, a través de la amplitud del término "derechos", y de la referencia a los aranceles y minutas, ha de estimarse que en el tipo actual se sancionan tanto la exigencia dolosa de tasas o impuestos ilegales, como de las cantidades que determinados funcionarios perciben por sus servicios, siempre que sean indebidas o excesivas.

En el caso actual al exigirse arbitrariamente por el Alcalde el pago como supuestos derechos de una cantidad de 2000 euros a cada comerciante que estableciese un chiringuito en el puerto, con destino a sobresueldos de los agentes municipales, se cumple el objeto material del delito, pues esos supuestos derechos no habían sido establecidos a través de procedimiento administrativo alguno, siendo manifiestamente indebidos.

**QUINTO.**- La acción típica del delito prevenido en el art 437 consiste en exigir, directa o indirectamente, los derechos, aranceles o minutas indebidos o excesivos. Consiste en una conducta activa, la exacción o exigencia, que se caracteriza por una iniciativa o acción positiva de la autoridad o funcionario. Los supuestos de ofrecimientos por parte de los particulares deben remitirse al delito de cohecho.

Esta conducta típica admite dos modalidades, que abarcan tanto los supuestos en que la exigencia se basa en el engaño (se exige una cantidad haciendo creer al ciudadano perjudicado que está obligado a abonarla), como en la coerción (se exige el abono de una cantidad indebida o excesiva como requisito para obtener un servicio), siendo esta última modalidad la que concurre en el caso actual, ya que el Alcalde condicionó el informe favorable para la instalación de los chiringuitos al abono de la cantidad que el mismo estableció verbalmente



por su exclusiva voluntad, de forma totalmente arbitraria. Limitar el contenido del tipo exclusivamente a las modalidades defraudatorias, fundadas en una falsa apariencia de legalidad y excluir las coercitivas, constituye una interpretación que carece de apoyo legal (el verbo exigir incluye claramente la coerción o abuso de autoridad), es contraria a los antecedentes históricos del tipo ( art 470 CP 1822 , art 317 CP 1848 , art 326 CP 1850 , arts. 225 III CP 1870 y 1932 y art 202 III CP 1944, que incluyen el apremio o coerción) y puede determinar una injustificada impunidad en caso de exacciones arbitrarias no cubiertas por los supuestos de cohecho pasivo.

**SEXTO.-** Desde el punto de vista del elemento subjetivo es claro que se trata de un delito doloso, pero el tipo no exige expresamente el ánimo de lucro. Puede concurrir este ánimo, especialmente en los casos de funcionarios que cobren por arancel y soliciten cantidades superiores a las debidas, pero ordinariamente los supuestos de exigencia por las autoridades o funcionarios de cantidades indebidas con ánimo de lucro deben reconducirse al delito de cohecho (solicitud de dádivas, arts. 420 CP y concordantes), o a la estafa del art 438 CP , sancionados ambos con mayor gravedad.

El tipo descrito en el art 437 concurre también cuando el funcionario o autoridad exige el pago al ciudadano afectado de cantidades indebidas o excesivas para ingresarlas en la administración, sin ánimo de beneficio patrimonial propio, o con ánimo lucrativo de terceros, como destaca la generalidad de la doctrina. Y ello porque el bien jurídico protegido en el art 437 no es únicamente el buen funcionamiento de la administración pública, sino que también tutela de manera mediata el patrimonio de los administrados y su derecho a que la administración no le exija en ningún caso el pago de derechos a los que no esté obligado. Con independencia de que la exigencia se realice para el ingreso de los fondos en la propia administración, o para destinarlos, como sucede en el caso actual, al pago de sobresueldos a quienes debían prestar un servicio que beneficiaba a los propios afectados. **Porque lo relevante en este delito no es evitar el enriquecimiento injusto de los autores, sino evitar el abuso que los funcionarios o autoridades pueden realizar de su posición exigiendo a los ciudadanos el pago de cantidades que, simplemente, no se hayan establecido a través de un procedimiento legal.**

Sin que pueda apoyarse la pretensión contraria, exigiendo en todo caso el ánimo de lucro, en la STS de 12 de diciembre de 1986 , o en otras resoluciones que la reproduzcan o se apoyen en ella, porque esta resolución se dictó conforme a la redacción del tipo anterior a la reforma de 1995, es decir cuando el delito solamente podía ser cometido por los funcionarios facultados para percibir sus emolumentos por el régimen de arancel.

Tampoco corresponde al Tribunal penal determinar cuál debería haber sido el procedimiento administrativo más adecuado para establecer unas tasas por la instalación de chiringuitos en el puerto de Cudillero, bien mediante Ordenanza, Acuerdo Plenario o Decreto de la Alcaldía, porque en realidad no se siguió ninguno. Esta determinación sería una cuestión competencia de los Tribunales contencioso administrativos, que desarrollan una importantísima labor en el sometimiento de la administración al Derecho. Lo relevante es que cuando se sigue un procedimiento administrativo ordenado para el establecimiento de unas determinadas tasas, y se dicta la resolución procedente, ésta es pública, transparente y de aplicación general, pudiendo ser recurrida y siendo entonces competencia de la Jurisdicción Contenciosa determinar su conformidad a Derecho.

Pero lo determinante en el caso actual es que, con independencia de que la intención última del Alcalde no fuese apropiarse de cantidad alguna, e incluso pretendiese actuar en beneficio del interés general imponiendo el pago de cantidades destinadas a abonar sobresueldos a los agentes municipales para sufragar el servicio de vigilancia nocturna de los propios chiringuitos, lo que el Derecho Penal no admite es que los ciudadanos administrados queden sometidos a la arbitrariedad de verse obligados a abonar cantidades que se han establecido de forma totalmente caprichosa por el Alcalde, sin sumisión a procedimiento alguno, por su mera y exclusiva voluntad, y sin siquiera dictar una resolución administrativa que se pudiese cuestionar o recurrir.

Por ello el delito de exacciones ilegales no exige ánimo de lucro. Y por ello es sancionado de forma más benévola que el cohecho del art 420 o la estafa del art 438. Porque con independencia de que las cantidades exigidas puedan ir destinadas a la propia administración, o a satisfacer una finalidad plausible, **lo relevante es que en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el que afortunadamente establece en España nuestra Constitución , los administrados no pueden ser constreñidos por la administración o sus representantes al abono de cantidades indebidas o excesivas, es decir de cantidades que no se hayan establecido a través de un procedimiento administrativo tramitado con la debida publicidad y garantías.**

Esta ausencia de procedimiento e ilegalidad de los pagos, determinó una cadena de ilegalidades manifiestas en el proceso de su abono y dedicación a su destino como sobresueldos de los agentes. Las cantidades se abonaban en la tesorería municipal, pero no se contabilizaban, y posteriormente se incluían en la retribución de los agentes, pero como dinero negro, fuera de nómina. Conjunto de irregularidades que situaba a un órgano



de la administración en la ilegalidad más absoluta, y que procede de la decisión inicial del recurrente de exigir a los administrados el pago de supuestos derechos manifiestamente indebidos.

Procede, por todo ello, la desestimación del presente motivo, interpuesto por infracción de ley, ya que en la conducta descrita en el relato fáctico concurren todos los elementos que integran el delito de exacciones ilegales objeto de condena.

**SÉPTIMO.-** El tercer motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega vulneración de los arts. 131 y 132 CP anteriores a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por estimar que el delito se encontraba prescrito. Considera la parte recurrente que no consta acreditada ninguna acción del Alcalde condenado posterior al año 2003, en el que se iniciaron las exacciones. Solo hubo dos actuaciones, la que se produjo en 2005, con motivo de la ampliación de horarios solicitada por los hosteleros, y la que se realizó en 2007, al presentarles a la nueva Concejal de Comercio, que considera irrelevantes, por lo que estima que había transcurrido con creces el plazo de tres años previsto para la prescripción cuando se produjo la citación de los querellados el 22 de julio de 2011.

Considera la parte recurrente que el delito de exacciones ilegales se consuma con la mera exigencia, al tratarse de un delito de mera actividad, por lo que lo determinante para determinar el "dies a quo" de la prescripción es cuando se produjo la misma, y no cuando se realizaron los pagos derivados de la exigencia. Teniendo en cuenta que según su criterio la exigencia tenía que ser anterior a la instalación de los chiringuitos, considera que la última exacción tuvo que ser anterior a julio de 2008, por lo que el delito estaba prescrito el 22 de julio de 2011, cuando se le citó como querellado. Se alega, además, que la calificación de los hechos como delito de exacciones ilegales no se produjo hasta el 23 de enero de 2013, cuando el Magistrado Instructor del TSJ de Asturias dirigió la acción penal contra el recurrente específicamente por la conducta típica de exacciones ilegales.

Como acertadamente razona el Ministerio Público en su contestación al motivo, este motivo debe ser desestimado, como ya se realizó en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que desestimó el recurso de apelación interpuesto.

En primer lugar porque no respeta el hecho probado. En efecto, en éste consta que los chiringuitos "desarrollaban su actividad mercantil las noches de viernes y sábados de los meses de julio, agosto e inicios de septiembre", instalándose tras las fiestas patronales, y que las cantidades se exigían y abonaban en el mes de agosto, como resulta de la carta remitida por la Concejal Eulalia en 2007, por lo que ha de estimarse que el "dies a quo", como momento de la última exigencia y exacción se debe situar en el ocho de agosto de 2008, fecha en que la tesorería municipal emitió el último recibo para el cobro a los chiringuitos de la cantidad exigida ilegalmente, sin que hubiesen transcurridos los tres años prevenidos para la prescripción cuando el recurrente fue citado a declarar por estos hechos el 22 de julio de 2011.

En segundo lugar, porque no puede estimarse correcto que la afirmación, técnicamente acertada, de que el delito de exacciones ilegales se consuma por la mera exigencia, como delito de mera actividad, signifique que esa exigencia determine el "dies a quo" para el inicio de la prescripción cuando el delito produzca un resultado ulterior porque el particular realice efectivamente los pagos exigidos. En efecto dichos pagos son consecuencia directa de la exigencia, pues no se realizan voluntariamente, por lo que la conducta inicial del agente, no obstante haberse consumado en un momento concreto, ha creado un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de manera que el delito sigue cometiéndose mientras no se ponga fin a la exigencia de pago por el agente, por lo que el "dies a quo", o inicio del cómputo de la prescripción, debe venir determinado por la realización del último pago.

Es cierto que el delito permanente no aparece definido en el Código Penal, a diferencia de otras figuras como el delito continuado o el concurso de delitos. Pero en nuestro derecho penal se entiende por delito permanente una forma delictiva caracterizada porque la conducta del agente, no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que el delito sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo la posibilidad de hacerlo. En este sentido el delito de exacciones ilegales, cuando genera como resultado el pago de dichas exacciones, no es un delito instantáneo porque la ofensa al bien jurídico no cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica, sino permanente, en la medida en que la exigencia de pago de cantidades indebidas perdura en el tiempo mientras éstas se siguen pagando, es decir que la ofensa al bien jurídico protegido se mantiene en tanto en cuanto el propio agente no decida voluntariamente hacerla cesar, de modo que todos los momentos de su duración se imputan como consumación de la acción delictiva. En consecuencia, el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que se elimina la situación ilícita ( art 132 CP ), es decir hasta que se realiza el último pago, en el caso actual a finales de agosto de 2008.



Y, en tercer lugar, por lo que se refiere al "dies ad quem, o momento de interrupción del plazo de prescripción, se concreta en el momento en que se dirige el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito. En la STS núm. 832/2013, de 24 de octubre se señala que " *Una de las novedades que introdujo la Ley Orgánica 5/2010 es la relativa al momento en que debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción. La nueva norma hace una regulación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.*

*Hasta la aprobación de dicha norma, el Tribunal Supremo entendía, en síntesis, que la interposición de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional se exigía algún " acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción (...) que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito" ( STC 59/2010, de 4 de octubre de 2010 ), lo que, como regla general, implicaba que la interrupción de la prescripción no se producía hasta la admisión judicial de la denuncia o querrela.*

*De acuerdo con esta nueva regulación del Código Penal ( art. 132.2.2ª CP ), dichos criterios se han refundido, ganándose en seguridad jurídica , en una norma que impone que la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, pero siempre y cuando en el plazo de 6 meses (o 2 meses para el caso de las faltas) desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta, es decir se admita judicialmente la denuncia o querrela (como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).*

*Así, el nuevo precepto, en su epígrafe segundo, pone de manifiesto que "por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada.*

*La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo."*

*La interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve, que " entre las resoluciones previstas en este artículo ", que tienen la virtualidad de ratificar la suspensión de la prescripción producida por la presentación de la querrela o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, **la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia.** Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrelado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, y se considera judicialmente que éstos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta.*

*En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrelado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal".*

Aplicando este criterio al caso enjuiciado, ha de estimarse que la interrupción de la prescripción se produjo el 28 de junio de 2011, fecha de la admisión a trámite como denuncia de la querrela formulada contra el recurrente, y en la que ya se hacía referencia a los hechos finalmente imputados en la sentencia. En este auto de admisión ya se dirige expresa y nominalmente el procedimiento contra el hoy recurrente, quien se personó en la causa el 12 de julio siguiente, siendo citado a declarar por providencia de 22 de julio. Todas estas fechas son anteriores en más de tres años al dies ad quem de la prescripción, que sería el ocho de agosto de 2011, por lo que el delito no puede considerarse prescrito, sin que a estos efectos sea determinante que el "nomen iuris" del delito de exacciones ilegales no se utilice expresamente hasta otras resoluciones posteriores, porque los hechos base ya aparecían mencionados en la querrela inicial, que dio lugar a la incoación de las diligencias previas.

Procede, por todo ello, la desestimación del presente motivo, confirmándose el criterio expresado en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

**OCTAVO** .- El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, interpuesto de forma subsidiaria, denuncia la incorrecta aplicación de los arts. 109 , 110 y 115 CP al haberse acordado la condena de responsabilidad civil del recurrente por importes no justificados legalmente.

En primer lugar se denuncia infracción del art 115 por haber concedido indemnización a perjudicados que no la han solicitado expresamente. Esta alegación debe ser desestimada pues el Ministerio Fiscal ejerció la acción civil correspondiente, y no consta renuncia alguna por parte de los perjudicados.





En segundo lugar se denuncia infracción del art 110 por estimar que no han quedado suficientemente acreditadas las cantidades abonadas. El motivo debe ser desestimado, pues pretende que por esta Sala se realice una nueva valoración probatoria, cuando las cantidades señaladas aparecen debidamente justificadas en la sentencia de instancia.

En tercer lugar se denuncia infracción del art 115 por falta de motivación de la sentencia a la hora de fijar el importe indemnizatorio. Se apoya en que el recurrente no recibió personalmente el dinero exigido a los perjudicados. Esta alegación carece de fundamento, pues es notorio que el dinero se ingresó en la tesorería municipal, pero ello no excluye la responsabilidad del recurrente al exigir su pago.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, y con él la totalidad del recurso interpuesto, con imposición de las costas del mismo por ser preceptivas.

RECURSO DE LA REPRESENTACIÓN DE Eulalia .

**NOVENO.-** El primer motivo de recurso, por presunción de inocencia, denuncia insuficiencia de la prueba de cargo, y valoración irracional de la misma.

Ya hemos expresado anteriormente la doctrina general sobre la presunción de inocencia, que ahora debemos reiterar. La ilegalidad del procedimiento por el que se exigió a los hosteleros el abono de una tasa indebida por la instalación de los chiringuitos era notoria y manifiesta, y no podía ser desconocida por la recurrente como Concejal responsable de Comercio. Consta expresamente que llegó a exigirla por escrito, por lo que la prueba de la comisión del delito es documental, manifiesta e indubitada. Habiendo reclamado expresamente el pago de la tasa ilegal en 2007, y siendo notoria su continuidad en 2008, es claro que la recurrente es también corresponsable de las exacciones ilegales realizadas en dicho año. El motivo, en consecuencia, carece de fundamento.

**DÉCIMO.-** El segundo motivo, por infracción de ley, reitera la argumentación del recurso del anterior recurrente, por lo que debe ser desestimado por las razones ya expuestas.

Ya hemos señalado que los recurrentes no actuaron con ánimo de lucro propio, y no se beneficiaron de las cantidades ilegalmente exigidas, por lo que su delito es un delito menor. Pero aun cuando actuasen con la finalidad de procurar un sobresuelo a los agentes municipales, y al mismo tiempo cubrir la vigilancia nocturna de los chiringuitos, es decir con la intención de financiar un servicio municipal que consideraban necesario, lo cierto es que recurrieron a un procedimiento manifiestamente ilegal, generando un cúmulo de irregularidades en la percepción y gestión de los fondos, absolutamente impropio de una Administración Pública en un Estado de Derecho. Y, lo que es más grave, olvidaron que el Ordenamiento Jurídico no permite a las autoridades y funcionarios exigir arbitrariamente a los ciudadanos el pago de cantidades indebidas o excesivas, lo que constituye un abuso manifiesto sancionado penalmente para proteger el patrimonio ciudadano de los excesos de la Administración.

**UNDÉCIMO.-** El tercer y el cuarto motivo reiteran la argumentación de los motivos correlativos del primer recurrente, por lo que deben ser desestimados por las razones ya expuestas, a las que nos remitimos.

En el tercer motivo se alega además que no consta que la recurrente participara en las exacciones de 2008, por lo que su delito estaría prescrito. Pero ya hemos señalado que la recurrente era la responsable del área municipal competente, y exigió personalmente el pago por escrito en 2007, conociendo necesariamente su continuidad en 2008. En consecuencia, ha de inferirse que mantuvo la exigencia del cobro indebido en 2008, pues de haberlo deseado podría haber suprimido voluntariamente la exacción en el referido año. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de ambos recursos, con imposición de costas a los recurrentes.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Emilio y Eulalia** , contra sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo en causa seguida a los mismos por delito de exacciones ilegales. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ