



Roj: **STS 35/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:35**

Id Cendoj: **28079120012018100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **915/2017**

Nº de Resolución: **19/2018**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 19/2018

Fecha de sentencia: 17/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 915/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 915/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 19/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 17 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 915/2017, interpuesto por D. Saturnino representado por el procurador D. Manuel Díaz Alfonso bajo la dirección letrada de D. José Antonio Tebar Márquez contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 24 de febrero de 2017. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Partido Popular de Fuenlabrada representado por el Procurador D. Juan Manuel Caloto Carpintero bajo la dirección letrada de D. Francisco Prieto Redondo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Fuenlabrada instruyó Tribunal del Jurado 1/2013, por delito de malversación de caudales públicos contra Saturnino y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección 23 dictó en el Rollo Tribunal del Jurado 178/2015 sentencia en fecha 21 de noviembre de 2016 que fue apelada, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que dictó sentencia en el Recurso Ley Jurado 6/2017 con fecha 24 de febrero de 2017 con los siguientes antecedentes de hecho:

«Primero.- El Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado Don Eduardo Gutiérrez Gómez, designado en la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó el 21 de noviembre de 2016 sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.- Probado y así se declara que en el mes de mayo de 2012 la acusada Esmeralda, mayor de edad y sin antecedentes penales, Vicealcaldesa del Ayuntamiento de Fuenlabrada, responsable del Área Social y titular de las concejalías de Sostenibilidad, Obras Públicas, Mantenimiento Urbano y Edificios Públicos recibió por escrito de fecha 5 de mayo de 2012 un requerimiento de la Arquitecto Técnico del citado Ayuntamiento para que efectuara las obras necesarias en su vivienda particular sita en la CALLE000 NUM000 de Fuenlabrada con el fin de evitar filtraciones de agua que se producían en los muros de cerramiento de determinadas parcelas que conformaban la Comunidad de Propietarios de dicha calle y que causaban molestias a los vecinos. La acusada, en interés personal y en su propio beneficio encargó verbalmente la realización de tales obras, que consistirían en el enfoscado de los muros exteriores de la citada vivienda, al acusado Argimiro, mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario del Ayuntamiento y encargado del alcantarillado, encargo que aceptó no sin antes consultar la realización de tales obras al también acusado Saturnino, mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario del Ayuntamiento de Fuenlabrada, asesor de la Concejalía antes mencionada, quien gestionó y ordenó a Argimiro que tales obras se llevarán a cabo, a pesar de conocer que se trataba de la vivienda particular de la acusada y que en tales obras se iban a emplear medios humanos y materiales pertenecientes al Ayuntamiento de Fuenlabrada.

Las obras finalmente comenzaron finalmente a realizarse el día 28 de mayo de 2012 por parte de Edmundo, empleado del Ayuntamiento, y hermano del acusado Argimiro, para lo cual llevó a la vivienda diverso material así como un vehículo Dumper propiedad también del referido Consistorio.

Una vez comenzadas tales obras, las mismas se interrumpieron dado que se personó en el lugar una dotación de la Policía Local de Fuenlabrada que requirió al citado Edmundo para que justificara la realización de las mismas y presentara la licencia de obras correspondiente, cosa que no hizo por lo que se procedió a su paralización. El importe de las obras realizadas hasta ese momento ascendía a la cantidad de 179,12 euros, cantidad que no ha sido satisfecha por los acusados al Ayuntamiento de Fuenlabrada".

Segundo.- La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

"Que, conforme al veredicto de culpabilidad expresado por el Tribunal del Jurado, debo condenar y condeno a Esmeralda, Saturnino y Argimiro, como autores responsables de un delito de malversación de caudales públicos en cuantía inferior a 4.000 euros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, 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 del C. Penal e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de un año, y al pago de las costas procesales causadas en el presente juicio por tres terceras partes iguales.

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente al Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada en la cantidad de ciento setenta y nueve euros y doce céntimos (179,12 euros), más los intereses legales del artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena se les abonará a los acusados todo el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.



Conclúyase conforme a Ley la pieza de responsabilidad civil de los acusados.

Únase a la presente sentencia el acta de deliberación del Jurado ".

Tercero.- Notificada la misma, interpuso contra ella Recurso de Apelación la representación procesal de los acusados Saturnino y Esmeralda .

Los motivos del recurso formulado se concretan en los siguientes: El primer recurrente:

1º Al amparo del artículo 846 bis c), apartado e), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

2º Al amparo del artículo 846 bis c), apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley, por calificación errónea de los hechos y error en la determinación de la condena por vulneración del principio de ley más favorable.

La segunda recurrente:

1º. Al amparo del art. 846 bis letra c), apartado e) de la LECr , por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

2º. Al amparo del art. 846 bis c), apartado b) de la LECr , por incurrir la sentencia en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación de los hechos o en la determinación de la pena.

3º. Al amparo del art. 846 bis c), apartado b), por inaplicación del actual art. 432 del CP vigente en vez del art. 433 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos.

4º. Al amparo del art. 846 bis c), apartado b), al dejar la sentencia mal parados los principios constitucionales de proporcionalidad, culpabilidad, intervención mínima, insignificancia penal, presunción de inocencia y legalidad.

Cuarto.- Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 846 bis d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se elevaron las Actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Quinto.- Una vez recibidos los Autos en este Tribunal y personadas las partes el 25 de enero de 2017, por diligencia de ordenación de la misma fecha se designó magistrado ponente y se señaló para la vista del recurso el día 14 de febrero de 2016, a las 10 horas, tras cuya celebración quedaron los Autos vistos para Sentencia, concluida la correspondiente deliberación y votación.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Francisco Javier Vieira Morante, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

Hechos Probados

Se aceptan íntegramente los hechos declarados probados en la sentencia apelada».

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

Estimamos en parte los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación de los acusados Saturnino y Esmeralda revocando parcialmente la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2016 por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado Don Eduardo Gutiérrez Gómez, designado en la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de imponer a los acusados Esmeralda , Saturnino y Argimiro , como autores de un delito de malversación de caudales públicos en cuantía inferior a 4.000 euros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de dos meses, con una cuota diaria de diez euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público durante seis meses, confirmando el resto de los pronunciamientos de esa sentencia; sin especial imposición de las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Saturnino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Infracción de precepto legal en cuanto a la calificación jurídica de los hechos. Al amparo de lo establecido en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación a lo establecido en los artículos 432 , 433 y 252 del Código Penal vigente al tiempo de producirse los hechos enjuiciados y 432 y 433 del vigente al tiempo de la sentencia por cuanto a criterio de esta parte, el modo en que se incardina la conducta de mi representado en los tipos legales en ellos previstos no resulta ajustada a derecho. SEGUNDO.- Error en la valoración de la prueba. Al amparo de lo establecido en el nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos, designando como documentos de los que se deduce el error alegado, conforme previene el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . TERCERO.- Vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia. Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución al no existir prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena de mi representado.

QUINTO.- Instruidas las partes y transcurrido el término por Diligencia de Ordenación de 26 de junio de 2017 se tiene por decaído al Procurador Sr. Caloto Carpintero; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 13 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. El Tribunal del Jurado de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid condenó, en sentencia dictada el 21 de noviembre de 2016 , a Esmeralda , Saturnino y Argimiro , como autores responsables de un delito de malversación de caudales públicos en cuantía inferior a 4.000 euros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, 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 del C. Penal , e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de un año, y al pago de las costas procesales causadas en el presente juicio por terceras partes iguales.

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Fuenlabrada en la cantidad de ciento setenta y nueve euros y doce céntimos (179,12 euros), más los intereses legales del artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Recurrida la sentencia en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por las defensas de los acusados Saturnino y Esmeralda , el Tribunal Superior dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: Se estiman en parte los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación de los acusados Saturnino y Esmeralda , revocando parcialmente la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2016 por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid , en el sentido de imponer a los acusados Esmeralda , Saturnino y Argimiro , como autores de un delito de malversación de caudales públicos en cuantía inferior a 4.000 euros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de dos meses, con una cuota diaria de diez euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público durante seis meses, confirmando el resto de los pronunciamientos de esa sentencia; sin especial imposición de las costas de este recurso.

Contra esa última sentencia recurrió en casación la defensa del acusado Saturnino , formalizando un total de tres motivos. Se opuso al recurso el Ministerio Fiscal.

PRIMERO . Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen por esta Sala. De modo que se comenzará por los que atañen al apartado probatorio de la sentencia recurrida, para proseguir después con las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

1. En el **tercer motivo** (se corresponde con el nº 2 del recurso) denuncia la defensa del acusado, con sustento procesal en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del artículo 24.2 de la Constitución , al no concurrir prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena del recurrente.



Los hechos objeto de condena consistieron en que, en el mes de mayo de 2012, la acusada Esmeralda , Vicealcaldesa del Ayuntamiento de Fuenlabrada (Madrid), responsable del Área Social y titular de las concejalías de Sostenibilidad, Obras Públicas, Mantenimiento Urbano y Edificios Públicos, recibió por escrito de fecha 5 de mayo de 2012 un requerimiento de la arquitecta técnica del citado Ayuntamiento para que efectuara las obras necesarias en su vivienda particular, sita en la CALLE000 NUM000 de Fuenlabrada, con el fin de evitar filtraciones de agua que se producían en los muros de cerramiento de determinadas parcelas que conformaban la Comunidad de Propietarios de dicha calle y que causaban molestias a los vecinos (al verter en la vía pública).

La acusada, en interés personal y en su propio beneficio, encargó verbalmente la realización de tales obras, que consistirían en el enfoscado de los muros exteriores de su vivienda, al acusado Argimiro , funcionario del Ayuntamiento y responsable del alcantarillado, encargo que aceptó no sin antes consultar la realización de tales obras al también acusado Saturnino , funcionario del Ayuntamiento de Fuenlabrada y asesor de la Concejalía antes mencionada, quien gestionó y ordenó a Argimiro que tales obras se llevarán a cabo, a pesar de conocer que se trataba de la vivienda particular de la acusada y que en ellas se iban a emplear medios humanos y materiales pertenecientes al Ayuntamiento de Fuenlabrada.

Las obras finalmente comenzaron a realizarse el día 28 de mayo de 2012 por parte de Edmundo , empleado del Ayuntamiento, y hermano del acusado Argimiro , para lo cual llevó a la vivienda diverso material así como un vehículo Dumper propiedad también del referido Consistorio.

Una vez comenzadas, las obras se interrumpieron dado que se personó en el lugar una dotación de la Policía Local de Fuenlabrada que requirió a Edmundo para que justificara su realización y presentara la licencia correspondiente, cosa que no hizo, por lo que se procedió a su paralización. El importe de las obras realizadas hasta ese momento ascendía a la cantidad de 179,12 euros, cantidad que no ha sido satisfecha por los acusados al Ayuntamiento de Fuenlabrada.

2. Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 ; y SSTS 544/2015 , 822/2015 , 474/2016 y 948/2016 , entre otras).

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es la recurrida en casación por el acusado Saturnino , se argumenta que la conducta del acusado, que consistió en gestionar y ordenar a Argimiro que las obras se llevarán a cabo -a pesar de conocer que se trataba de la vivienda particular de la acusada y que en tales obras se iban a emplear medios humanos y materiales pertenecientes al Ayuntamiento de Fuenlabrada-, consta fehacientemente acreditada mediante la prueba de cargo practicada en la causa.

El Tribunal de apelación argumenta que los hechos los consideró probados el Tribunal del Jurado por las propias declaraciones de los tres acusados referentes a las funciones que todos ellos desempeñaban en el Ayuntamiento de Fuenlabrada. Y en concreto por la declaración del acusado Argimiro en cuanto al encargo que le hizo la vicealcaldesa de que le buscara a alguien para realizar el enfoscado de la fachada de la vivienda privada sita en la citada calle. El encargo quedó corroborado por la visita que realizaron previamente ambos a la vivienda para valorar el trabajo y por el informe emitido por los agentes de la policía municipal en el que el propio Argimiro afirmó conocer que la obra era en la casa de Esmeralda , deduciendo el Jurado que ésta tenía conocimiento de que se emplearían para una finalidad privada medios materiales y humanos de dicho Ayuntamiento al haberlo solicitado a un empleado municipal. El Jurado también consideró que tal empleado no tenía otros recursos que no fueran los del propio Ayuntamiento. Por el contrario, no estimó veraces las declaraciones de Esmeralda con relación al mismo hecho, resaltando la sentencia las contradicciones en que incurre en algunos puntos concretos.

Así pues, el Tribunal popular hace referencia al contenido de las declaraciones prestadas en el curso de la causa por los acusados y contrasta el mayor o menor grado de credibilidad de unas y otras, otorgando veracidad a las de Argimiro , al haber mantenido desde el principio la misma versión, no tener interés ni ánimo de lucro en la realización de las obras y comprobarse que conocía la ubicación de la vivienda, mientras que descarta la veracidad de las de Esmeralda por las contradicciones en que incurrió.

En lo que respecta a los hechos ejecutados por el ahora recurrente (Saturnino), esto es: el haber gestionado la realización de las referidas obras en la mencionada vivienda, teniendo conocimiento igualmente de que las



mismas se iban a llevar a cabo por trabajadores u operarios del Ayuntamiento y para una finalidad privada como lo era el arreglo del muro de la vivienda propiedad de la vicealcaldesa, los estima probados el Jurado mediante la documentación obrante en las actuaciones y merced a las declaraciones de Argimiro . Saturnino dependía jerárquicamente de la vicealcaldesa y gestionó la obra porque era él quien daba las autorizaciones para la compra de materiales de su Concejalía y, por tanto, él tuvo que autorizar la compra del producto SIKA (5 kilogramos).

A ello añade el Tribunal del Jurado, según resalta la sentencia de apelación, que se trataba de una cantidad muy pequeña (5 kilogramos) como para aprovisionar el almacén de material del Ayuntamiento, entendiéndose que esta pequeña cantidad estaba destinada a una obra concreta. Y también se basó en que la compra del producto SIKA se formalizó tres días antes del inicio de la obra (el 25 de mayo de 2012), existiendo así una coincidencia temporal (acreditado en el folio 227).

El recurrente tenía conocimiento de que las obras se iban a llevar a cabo por trabajadores y operarios del Ayuntamiento y que obedecían a una finalidad privada de la vivienda sita en CALLE000 NUM000 de Fuenlabrada, hecho acreditado merced a la declaración de Argimiro , que manifestó haber comentado a Saturnino que venía de la vivienda de Esmeralda , momento en que le dijo que se trataba de un "marrón" (cita literal) para todos ya que no es una obra de su competencia. A esto le respondió Saturnino "que es mejor para todos que realice la obra" (cita literal).

El Jurado también declaró como cierto -recuerda el Tribunal de apelación- que Saturnino encargó la realización de las referidas obras al coacusado Argimiro , quien asumiendo el encargo recibido y teniendo conocimiento de que las mismas se iban a hacer en la vivienda de Esmeralda , ordenó al también empleado del Ayuntamiento Edmundo que las comenzara el día 28 de mayo de 2012, especificando Argimiro que se utilizara un vehículo especial Dumper matrícula K-....-KO , inventariado como bien propiedad del Ayuntamiento de Fuenlabrada, así como distinto material -también propiedad de dicho organismo- necesario para el enfoscado del muro de la citada vivienda.

Tal hecho lo declara probado el Jurado en virtud de las declaraciones de Argimiro y de Edmundo ; por la orden de trabajo del día 28 de mayo 2012 (folio 135), referida al empleado del Ayuntamiento Edmundo ; por el reportaje fotográfico de la fachada (folios 9-13) y por el informe relativo a la intervención de los agentes (folios 20-22).

Los hechos referentes al importe de las obras (179,12 euros) y su impago por los acusados, lo consideran probado por el informe pericial unido a las actuaciones a los folios 600 y 601.

La prueba del hecho consistente en que el acusado Saturnino realizó la conducta anteriormente descrita de forma consciente y deliberada y sabiendo que iban a destinarse efectos o recursos de naturaleza pública para una finalidad privada y distinta a la que estaban destinados la basa el Jurado en las declaraciones de Argimiro . Y en lo que respecta a la prueba de que era el recurrente quien daba las autorizaciones para la compra de materiales y que por ello tuvo que autorizar la compra de SIKA, se constata por la cantidad comprada, la proximidad de la fecha de la compra y la del comienzo de las obras, y por los comentarios de Argimiro de que era un "marrón" y del propio Saturnino en el sentido de que era mejor para todos que realizara la obra.

Remarca la Sala de apelación, atendiendo a los criterios probatorios del Tribunal del Jurado, que era el ahora recurrente la persona "canalizadora" del encargo emitido por la acusada y recibido por el coacusado Argimiro , quien no cumplió de forma inmediata y directa el encargo recibido, puesto que dependía en el orden jerárquico existente en el Municipio del acusado Saturnino , quien lleva el control de las obras que se realizan en el mismo. Y Argimiro es el que le comenta dicho encargo en la conciencia de que se trataba de una cuestión en la que era precisa y necesaria la autorización del referido Saturnino , quien le concede la autorización, a pesar de que el propio Argimiro le comunica que no le complacía hacer la obra.

Y finalmente señala la sentencia recurrida que, según el Jurado, debe otorgarse mayor credibilidad a Argimiro que a Saturnino , añadiendo, como datos complementarios reveladores de que Saturnino tenía pleno conocimiento de que Argimiro estaba realizando las obras en la vivienda de Esmeralda , que éstas se inician el lunes 28 de mayo de 2012 y continúan hasta el día siguiente, las lleva a cabo Edmundo , y cuando se persona la Policía Municipal y paraliza los trabajos que está realizando, Argimiro se presenta también allí, y ante la posibilidad de que pudiera haber problemas, y tras comunicárselo a Saturnino , éste le sugiere que le diga a Edmundo que pida un permiso de varios días en el Ayuntamiento, cosa que hace Argimiro presentando la solicitud oficialmente en el Ayuntamiento, tal y como consta documentalmente en el testimonio de las actuaciones, todo esto para que el citado Edmundo , ajeno a ello, pero también funcionario del Consistorio, no tuviera ningún problema legal.



Por último, acaba concluyendo el Tribunal de Apelación que las declaraciones en el juicio oral del coacusado Argimiro aportan datos suficientemente expresivos de la intervención del recurrente en la realización de la obra de enfoscado en la casa habitada por la vicealcaldesa, también acusada. Argimiro relató el encargo que recibió personalmente de esta acusada y explicó cómo lo transmitió a su superior jerárquico, Saturnino, quien le insistió en la conveniencia de hacer la obra a pesar de las reticencias que manifestó Argimiro, encomendando finalmente éste a su hermano la realización del enfoscado al comunicarle Saturnino que ya habían adquirido el producto adecuado. Los datos de esa declaración resultan corroborados por prueba documental aportada en las actuaciones, como la orden del trabajo firmada por Argimiro el 28 de mayo de 2012 (folio 135 de las actuaciones sumariales), la factura de adquisición del producto Sika el 25 de mayo de 2012 (folio 227 de las diligencias de instrucción, folio 114 de las actuaciones de la Audiencia Provincial), en fechas muy próximas al comienzo de las obras de enfoscado, y la solicitud de permiso de Edmundo para los días 29 y 30 de mayo (folio 260 de las actuaciones sumariales, 131 de las actuaciones de la Audiencia).

Por consiguiente, es claro que el Tribunal del Jurado contó con una prueba de cargo claramente incriminatoria y de una coherencia y solidez que permite calificarla como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, sin que las impugnaciones de la parte recurrente centradas en la falta de veracidad de las declaraciones del coimputado Argimiro y las manifestaciones de la coimputada Esmeralda, devalúen o desvirtúen la consistencia del material probatorio de cargo.

Así las cosas, el motivo del recurso no puede prosperar.

SEGUNDO. En el **segundo motivo** (se corresponde con el 1b del recurso) se invoca, al amparo del art. 849.2º de la LECrim, la existencia de error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos que acreditarían de forma concluyente el error del Tribunal sentenciador.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (**art. 849.2º LECrim**), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio poder demostrativo directo del documento (lo que algunas sentencias califican como a autosuficiencia o literosuficiencia del documento); es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; 207/2012, de 12-3 ; 474/2016, de 2-6 ; y 883/2016, de 23-11 , entre otras).

La parte recurrente cita como documentos, a los efectos de acreditar la existencia del error denunciado, la factura de adquisición del producto SIKA de fecha 25 de mayo de 2012 (folio 227 de las actuaciones de instrucción y 114 de las actuaciones de la Audiencia Provincial); y la solicitud de permiso para asuntos propios de Edmundo para los días 29 y 30 de mayo (folio 260 de las actuaciones de instrucción y 131 de las actuaciones de la Audiencia Provincial).

Pues bien, dejando al margen los argumentos expuestos en la sentencia recurrida acerca de la inconsistencia exculpatoria de ambos documentos, lo cierto es que se está ante una prueba documental que en modo alguno goza de la autosuficiencia necesaria para evidenciar directamente por sí misma la existencia del error que se denuncia. Basta con constatar las conjeturas y argumentos complementarios que expone la parte recurrente para apoyar sus hipótesis exculpatorias para comprobar que no se está ante la modalidad de documentos que requiere el art. 849.2º de la LECrim.

A esto ha de sumarse el dato incuestionable de que se trata de una prueba documental que aparece diáfananamente contradicha por otros documentos que obran en la causa y por pruebas personales claramente incriminatorias, circunstancia que volatiliza las pretensiones de la parte recurrente de tildar de incontrovertibles y concluyentes los dos documentos que cita en su escrito de recurso.

El motivo de impugnación resulta así invariable.

TERCERO. **1.** En el **primer motivo** del recurso (se corresponde con la referencia 1.a del escrito de recurso) se denuncia la infracción de precepto legal en cuanto a la calificación jurídica de los hechos. Al amparo de lo establecido en el nº 1 del artículo 849 de la LECrim, en relación a lo establecido en los artículos 432, 433 y 252 del C. Penal vigente al tiempo de producirse los hechos enjuiciados y 432 y 433 del vigente al tiempo de la sentencia, no resulta ajustado a derecho, a criterio de la defensa, incardinar la conducta del acusado en los tipos legales en ellos previstos.



Cuestiona aquí la parte recurrente la interpretación que hace el Tribunal Superior de Justicia de la conducta del acusado, interpretación que le le habría llevado después a subsumirla en el tipo penal de malversación previsto en los arts. 432 y 433 del C. Penal vigentes en el momento de la ejecución de los hechos. Por lo tanto, no se impugna que los preceptos que aplica el Tribunal de apelación sean los que más favorecen al reo, ni tampoco se cuestiona la interpretación sistemática que hace de ellos en relación con la nueva redacción del año 2015, interpretación según la cual no procedería aplicar en este caso el apartado 2 del art. 252 o del art. 253 en el caso de que se operara con la reforma del C. Penal de 2015.

Lo que realmente se le reprocha al Tribunal en el recurso es que realice una interpretación de la propia conducta del acusado que no resulta acorde a lo sucedido, interpretación errónea que acabaría determinando un juicio de subsunción que perjudica al reo.

Alega sobre este particular la defensa del acusado que el hecho de que éste gestionara y ordenara a Argimiro que las obras en la vivienda de la coacusada se llevaran a cabo, a pesar de conocer que se trataba de una vivienda particular de la vicealcaldesa y de que en tales obras se iban a emplear medios humanos y materiales pertenecientes al Ayuntamiento de Fuenlabrada, no presenta los caracteres propios de una malversación de caudales públicos entendida como deslealtad del funcionario en la gestión de bienes públicos, apartándolos o desviándolos de su destino.

Y precisa al respecto que, examinando el elemento objetivo del tipo penal, procede distinguir la conducta del recurrente y la que recoge el tipo penal. En lo que atañe a su conducta, se le atribuyen como hechos probados -pese a que su participación se resume en indicar a un coacusado que "habría que hacer la obra", pedir un impermeabilizante e inducir a que se soliciten dos días para asuntos propios- las conductas específicas de ordenar, autorizar, gestionar y encargar la realización de la obra.

Sin embargo, señala la defensa, el delito del que venía acusado y que previamente se le atribuye es el de malversación en la modalidad de dar a los medios del Ayuntamiento una finalidad ajena a un fin público, y ello no se habría justificado desde un punto de vista lógico.

Prosigue arguyendo que si el hecho de encargar un impermeabilizante en cantidad de 5 o 15 kg -según quien aprecie el albarán- y la influencia en la solicitud de dos días de permiso de un funcionario son los que integran la conducta por la que efectivamente se le condena, no puede considerarse constitutiva del delito de malversación del art. 433 que se atribuye y del que viene acusado.

Dice la defensa que la actuación consistió en reparar un muro exterior de la vivienda de D^a Esmeralda , sita en la CALLE000 , nº NUM000 , de Fuenlabrada, para evitar filtraciones a la vía pública y, por ello, puede considerarse que la finalidad de la misma era también pública. Según la parte recurrente, no se acredita pues el hecho de destinar los bienes públicos a fines privados ni una administración desleal del patrimonio municipal.

Y en lo que se refiere al elemento subjetivo, en el delito de malversación serían precisos dos requisitos fundamentales: el ánimo de lucro y la conciencia de la ilegalidad (conocimiento de la obra a realizar, de su carácter privado y de que el uso de los medios o efectos públicos no deben emplearse en ella).

No existiría ánimo de lucro propio porque, en todo caso, la obra objeto del delito sería ajena y poco provecho podría sacar de ello. Y tampoco existiría ánimo de lucro ajeno, el correspondiente a la Vicealcaldesa, dado que el destino de los medios y efectos empleados tendría carácter público al afectar la obra en cuestión a solventar los problemas que las filtraciones producían en la vía pública. Y también argumenta en la misma línea que de no haberse realizado la obra por la Sra. Esmeralda lo hubiera realizado el Ayuntamiento por ejecución sustitutoria.

Finalmente, aduce que, aun cuando se admitiera que Argimiro había pedido autorización para realizar la obra a Saturnino , bien podría haber entendido éste que se trataba de una obra de carácter público y, por tanto, la escasísima participación que se dice realizada, tendría la consideración también de pública. Y añade que no se ha acreditado de ningún modo que Saturnino tuviera conocimiento cabal y completo ni de la obra en sí misma considerada ni de su alcance o finalidad. Existían filtraciones a la vía pública que eran por naturaleza competencia de la concejalía de obras. No se habría probado por tanto que Saturnino tuviera conocimiento de la ilegalidad y voluntad de participación en la misma.

2. Los argumentos que se exponen de forma algo confusa y dispersa en este motivo del recurso ya fueron esgrimidos ante el Tribunal de apelación, que les dio una respuesta bien fundamentada y acorde a derecho en el fundamento tercero de la sentencia recurrida, por lo que sería aquí suficiente con darla por reproducida para considerar resuelto este apartado del recurso.

De todas formas, entraremos a examinar dos aspectos en los que la parte recurrente incide de forma especial sin que le asista razón alguna.



El primero de ellos hemos de enfocarlo desde la perspectiva probatoria, puesto que el recurrente reitera en su escrito de impugnación la falta de acreditación del elemento subjetivo del delito, alegando que ni tenía conciencia de estar actuando ilícitamente ni tampoco realizó la conducta con ánimo de lucro.

Pues bien, la invocación tiene un carácter sustancialmente fáctico y no jurídico-penal, pues lo que hace realmente la parte es desviarse de los hechos declarados probados al traer de nuevo a colación la vulneración de la presunción de inocencia con respecto a la acreditación del elemento subjetivo del delito de malversación. Ello implica abandonar la vía procesal de la infracción de ley y adentrarse otra vez en la cuestión probatoria, contradiciendo así la reiterada doctrina de esta Sala en la que se afirma que el cauce procesal de la infracción de Ley (art. 849.1º LECr .) impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr .) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTs 283/2002, de 12-2 ; 892/2007, de 29-10 ; 373/2008, de 24-6 ; 89/2008, de 11-2 ; 114/2009, de 11-2 ; y 384/2012, de 4-5 , entre otras muchas).

Por lo tanto, nos remitimos a todo lo que se ha argumentado y decidido en el fundamento primero de esta sentencia sobre la verificación probatoria del dolo con que actuó el acusado y la acreditación en consecuencia de la base fáctica subjetiva del tipo de malversación de caudales públicos.

Y en segundo lugar, en lo que respecta al elemento objetivo del tipo penal, argumenta la parte que como la inversión del patrimonio municipal en la obra de la vivienda de la acusada tenía como destino el fin público de que la calle donde vertía el agua procedente de las filtraciones del inmueble privado de la vicealcaldesa estuviera en condiciones de que los vecinos pudieran transitar por ella, la existencia de ese interés o fin justificaría la inversión en la obra, cuyo destino siempre sería público, por lo que no concurriría un supuesto de malversación.

Pues bien, el argumento de la defensa ha de ser catalogado como un auténtico sofisma (entendiendo por sofisma un argumento aparentemente válido pero que en realidad enmascara una argucia basada en un razonamiento espurio).

En efecto, aquí la parte recurrente utiliza la premisa de que la obra a realizar en la vivienda de la coacusada tiene como fin beneficiar el interés público de los vecinos evitando que las aguas del referido inmueble encharquen la vía pública y dificulten el tránsito de los peatones. Oculta así el impugnante que el perjuicio de los ciudadanos que se pretende solventar tiene que ser costeado por la titular del inmueble que lo ha generado y no por el patrimonio municipal. Por lo tanto, vincula fin público con coste público en un caso en que el fin público que se pretende conseguir consiste en reparar un perjuicio en la vía pública generado por una conducta privada de una ciudadana, que es quien se halla obligada a costearlo.

Así pues, resulta obvio que al realizar la acusada, con la cooperación de los coacusados, una obra a la que está obligada personalmente utilizando para tal fin el patrimonio municipal, no cabe cuestionar que concurren todos los elementos correspondientes al delito de malversación de caudales públicos, ya sea éste entendido como sustracción del dinero público para realizar una obra privada, ya por haber destinado un dinero público a un fin privado, cual es el reparar la vivienda con el fin de no perjudicar a la generalidad de los vecinos que transitan por una vía pública.

Por consiguiente, concurren en el caso tanto los elementos objetivos como subjetivos integrantes del tipo penal de los arts. 432 y 433 del C. Penal , decayendo así también este tercer motivo del recurso.

CUARTO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de **Saturnino** contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 24 de febrero de 2017 , que estimó parcialmente en apelación la del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Tercera, de 21 de noviembre de 2016 , dictada en la causa seguida por delito de malversación de caudales públicos.

2º) Se imponen al recurrente las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ