

jurídica de su interpretación y aplicación, excedería la esfera propia de la prejudicialidad no devolutiva, e incidiría en cuestiones tales como el carácter demanial o no y la titularidad de la vía en cuyas proximidades se ha instalado el anuncio publicitario, la revisión jurisdiccional del ejercicio de las potestades administrativas concurrentes y, en suma, el eventual conflicto entre administraciones, que, evidentemente, quedan extramuros de la jurisdicción civil, y sobre las que sería inimaginable la proyección del ejercicio de las funciones a que está ordenado el recurso de casación civil.”

## F) Jurisdicción penal

**Tribunal Supremo.** El artículo 432 del CP utiliza la copulativa “y” para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad con relación. El Tribunal Supremo ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiéndose que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público

### SUPUESTO DE HECHO

En el año 1997 la acusada, D<sup>a</sup>. Sandra, desempeñaba funciones como auxiliar administrativo en el pabellón municipal de deportes, dependiente directamente del Consejo Municipal de Deportes, organismo autónomo del Ayuntamiento de Ourense. La ocupación principal de D<sup>a</sup>. Sandra era la atención al público en la ventanilla de las dependencias administrativas del pabellón, y dentro de la misma la tramitación de las altas y bajas de los socios de éste. Dentro de esa función percibía el precio de las altas, así como de los demás servicios que prestaba el Pabellón, y por medios diversos se apropió de las cantidades entregadas por los socios.

Los datos que quedaban reflejados en el disco duro del ordenador, acreditativos de las apropiaciones, no eran accesibles o detectables en una utilización normal del programa de gestión de abonados.

D<sup>a</sup>. Sandra fue convocada a una reunión el 4 de octubre de 2002 en el despacho del interventor en la sede del Ayuntamiento, en la que le fue comunicada la existencia de irregularidades que se concretaban en falta de dinero de la recaudación del pabellón, y ésta, tras una primera negativa a reconocer esos hechos, admitió ser responsable de los mismos. A continuación, D<sup>a</sup>. Sandra firmó voluntariamente un documento en el que renunciaba a su puesto de trabajo.

La Audiencia Provincial de Ourense condenó a D<sup>a</sup>. Sandra como autora responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos y otro continuado de falsedad en documento mercantil, y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 14 de marzo de 2006, desestimó el recurso de apelación interpuesto.

Interpuesto un recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima parcialmente, reduce la pena de cuatro años a tres años y seis meses de prisión y de diez años a siete años de inhabilitación absoluta y se deja sin efecto la indemnización acordada en concepto de responsabilidad civil.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el segundo motivo de casación (por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, a que se refiere el artículo 24.1 y 2 de la CE, porque atendiendo a la prueba practicada, carece de toda base razonable la condena impuesta), el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la prueba indiciaria:

“la prueba indiciaria es una prueba hábil para enervar el

### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

El Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que no son aptas las normas de naturaleza administrativa para fundamentar válidamente un motivo de casación civil en sentencias de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3987), que cita las de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8265), 17 de julio y 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 7876), 6 de abril de 1992 (RJ 1992, 3034), 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3447), 3 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7445), 27 de enero (RJ 1996, 732) y 6 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1343), de 5 de enero de 2006 (RJ 2006, 131) y de 6 de octubre de 2006.

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción Penal. Recurso de casación núm. 1076/2006

**FECHA:** 24 de abril de 2007

**PONENTE:** Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer  
**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 124, 26 y 432.2 del CP, y artículo 18 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas

**DOCTRINA:** El artículo 432 del CP utiliza la copulativa “y” para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad con relación. El Tribunal Supremo ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiéndose que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público.

Recoge la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones específicas para que la prueba indiciaria pueda ser tenida como actividad probatoria.

Procede la imposición de las costas de la acusación particular al condenado, siempre que la correspondiente posición acusadora se haya desarrollado normalmente, pero no las de la acusación popular, salvo que el bien jurídico y los intereses protegidos sean difusos y no exista un directo ofendido por la infracción

derecho fundamental a la presunción de inocencia [...]. El empleo de la prueba indiciaria, precisamente por carecer de una disciplina de garantía que es exigible a la prueba directa, requiere unas condiciones específicas para que pueda ser tenida como actividad probatoria: a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración. b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto al acreditamiento del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsifica-

ción, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción, etc. c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único aunque acreditado por distintas fuentes. La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza suasoria, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar. d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio *in dubio pro reo*. e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos. f) La prueba indiciaria exige, como conclusión de la anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos, indicios, se deducen otros hechos, consecuencias. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el órgano jurisdiccional que aplica la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias. Cuando motiva una resolución exterioriza una argumentación que debe ser lógica y racional, lo que permite su control, por un órgano jurisdiccional, por los ciudadanos y por el mismo aplicador, función de autocontrol, verificando los indicios que emplea, su posible falsedad, la exclusión del azar, la pluralidad de indicios y su convergencia y la inexistencia de indicios en contra.”

A partir de las anteriores consideraciones proyectadas sobre el caso concreto, concluye que la fundamentación de la sentencia recurrida es precisa y su argumentación lógica, y que a través de los indicios declarados probados la afirmación sobre la participación en los hechos de la recurrente es racional y lógica, por lo que el motivo se desestima.

El tercer motivo de casación se basa en la aplicación indebida del artículo 432.2 del CP e inaplicación del artículo 434 del CP, dada la no-aplicabilidad de la agravación de especial gravedad en el delito de malversación y el quinto por aplicación indebida del artículo 432.2 del CP, en relación con la determinación de la pena. Dada la íntima conexión de ambos motivos, el Tribunal Supremo los trata conjuntamente.

Debemos recordar que el artículo 432.2 del CP prevé la imposición de la pena agravada de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.

El Tribunal Supremo afirma que:

“el artículo 432 utiliza la copulativa ‘y’ para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad. [...] la jurisprudencia al enfrentarse al problema exegético similar planteado con relación al delito de estafa (artículo 250.1.6) ha llegado a conclusión distinta, entendiendo que basta que concurre una de las circunstancias para que sea precedente la agravación (cfr. STS núm. 173/2000, de 12 de febrero; 103/2001, de 30 de enero; 2381/2001, de 14 de diciembre; 696/2002, de 17 de abril). Sin embargo, con relación al artículo 432.2 del CP, el Tribunal Supremo ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiendo que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público. La STS de 29 de julio de 1998, núm. 2/1998, proclamó que ‘entiende esta Sala que nos hallamos ante dos criterios que la Ley impone como únicos para valorar si hay o no esa

especial gravedad. Es decir, nos impide acudir a otros criterios diferentes limitando así el arbitrio del juzgador. Pero no podemos olvidar que la agravación es única: la especial gravedad’. Y ello nos obliga a distinguir tres supuestos diferentes: 1º. Caso de cantidad de menor importancia [...] 2º. Caso en que la suma sea importante de una manera especialmente cualificada [...] parece lógico pensar que una malversación con tan elevadas cifras siempre habría de ser valorada como de ‘especial gravedad’. 3º. Caso en que la suma malversada sea una cantidad importante pero no en esos extremos muy cualificados a que nos referimos en el caso anterior. [...] parece que en estos casos habrá que acudir al otro criterio especificado en la norma penal: combinando esta cuantía, que por sí sola ya tiene alguna relevancia, con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento público, se podría resolver la cuestión. Si a esta cantidad moderadamente importante se une un daño o entorpecimiento acreditado, habría de aplicarse la cualificación del delito por su ‘especial gravedad’, y no cuando este último elemento falta.”

Cita otras sentencias que establecen criterios similares: las STS de 17 de diciembre de 1998, de 3 de enero de 2001, de 17 de diciembre de 2003, de 1 de diciembre de 1997, de 22 de mayo de 1997, de 13 de abril de 2002, y de 10 de mayo de 1999. Cita también la STS de 3 de abril de 1996, que consideró que el entorpecimiento ha de probarse con independencia de la malversación misma.

En el supuesto concreto concluye que:

“La cantidad, aun alta, no cabe duda de que puede encuadrarse en el grupo 3 a que se refería la STS 2/1998, de 29 de julio, que requería de conjugación con elementos que supongan un daño o perjuicio de cierta significación para la prestación del servicio público. Sin embargo, la sentencia no proporciona ningún dato que lo indique ni que permita presumirlo. Es más, el hecho de que se trata de una malversación continuada, desplegada a lo largo de varios años, de varios ejercicios económicos, autoriza a entender que el perjuicio para el desempeño del servicio no pasó de leve o moderado, sin incidencias mayores. No se darían, por tanto, los elementos fácticos necesarios para sustentar el subtipo agravado, de modo que resultaría irrelevante a efectos estrictamente penales la diferencia entre las cifras manejadas por el Tribunal del Jurado y por el Tribunal de Cuentas. Tanto si se acogiera una cifra como la otra la subsunción habría de efectuarse en el artículo 432.1 del CP.”

La consecuencia es la estimación parcial del motivo.

El sexto motivo de casación se fundamenta en la aplicación indebida de los artículos 109 y 110 del CP, en cuanto a la responsabilidad civil. El Tribunal Supremo recuerda la diferencia entre la jurisdicción penal y la jurisdicción contable. Al principio general de preferencia de la jurisdicción penal (artículo 10 de la LOPJ), se une compatibilidad del ejercicio de ambas jurisdicciones (el artículo 18 de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas establece que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal).

El Tribunal Supremo analiza esta compatibilidad al hilo de distintas sentencias, para concluir que:

“se reconoce la prevalencia del orden penal sobre el contable en la fijación de los hechos y la autoría de los mismos. Pero, fijados los hechos y su autoría, la jurisdicción penal y la contable tienen su propio y diferenciado campo de actuación.”

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión del siguiente modo:

“La STS de 19 de noviembre de 1994 establece que ‘[...] La potestad de enjuiciamiento contable, que el artículo 15.1 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas señala como jurisdicción propia del mismo, no tiene una finalidad sancionadora o punitiva, sino que, recayendo sobre la responsabilidad contable de

quien, por acción u omisión contraria a la Ley, origina menoscabo de caudales o efectos públicos, le somete a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados'. Por tanto, no existe identidad de acción ni, en consecuencia, cosa juzgada. [...] Hay, por consiguiente, una perfecta compatibilidad entre las decisiones que toma en el ejercicio de su actividad el Tribunal de Cuentas y lo actuado por la jurisdicción penal, de acuerdo con el artículo 18.1 de la Ley orgánica 2/1982. Únicamente se encomienda al Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad civil, lo que, si es discutible desde el campo doctrinal, no cabe duda que es una norma de obligado cumplimiento que en nada afecta al problema que ahora se enjuicia. Ni las decisiones del Tribunal de Cuentas, ni las de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal, puede vincular a la jurisdicción penal; por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada."

Por todo ello, el Tribunal Supremo establece que debe eliminarse del fallo de la sentencia el pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, reservándolo al Tribunal de Cuentas.

Así, el motivo es parcialmente estimado.

El motivo octavo aduce la aplicación indebida del artículo 123, incompatible con los artículos 241.1 y 394.4 de la LECiv y 124 del CP, en cuanto a las costas de las acusaciones personadas.

El Tribunal Supremo afirma que:

"En efecto, la única entidad legitimada, para personarse en el proceso penal que examinamos, como acusadora particular es el Ayuntamiento de Ourense, en cuanto perjudicado directamente en sus intereses, conforme a las previsiones del artículo 110 de la LECrim. Las demás entidades, Partido Socialista Obrero Español y Bloque Nacionalista Galego, careciendo de la condición de perjudicados, podrían haber comparecido en el procedimiento en calidad de acusadores populares, conforme autorizan los artículos 101 y 270 de la LECrim. Por tanto, con independencia de que formalmente hayan sido tenidos como partes en el primer concepto, a los efectos de las costas no pueden ser tenidos en otra consideración que aquella que real y materialmente les corresponde. Y así, las costas de la acusación popular, según una jurisprudencia reiterada no se incluyen en la condena en costas a satisfacer por el condenado. Como dicen las STS de 28 de abril de 2001, núm. 703/2001, y, de 29 de marzo de 1999, núm. 515/1999, la jurisprudencia de esta Sala, ha distinguido claramente las costas correspondientes a la acusación particular y las de la acusación popular, en el sentido de que procede la imposición de las primeras al condenado, siempre que la correspondiente posición acusadora se halla desarrollado normalmente, sin que sus tesis e intervenciones en el proceso puedan tildarse de absolutamente irrelevantes, escandalosamente dispares con las mantenidas por la acusación pública, superfluas o incluso perturbadoras del normal desenvolvimiento del procedimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2806], de 2 de febrero 1996, entre otras); en tanto que respecto de las segundas mantiene un criterio contrario, al no concurrir en la acusación popular las características propias de la acusación particular, en la que existe un directo ofendido por la infracción que además suele intervenir en el proceso como actor civil en su condición de perjudicado por la infracción penal."

El Tribunal Supremo concluye:

"Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, dotado de razonable fundamento, y cuya vigencia con carácter general no parece que pueda cuestionarse. Halla sustento en el dato de que, en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente. Pero esto es algo que puede no darse en tales términos, solamente cuando se trata de delitos, que como indica la STS de 17 de noviembre de 2005, núm. 1318/2005, afectan negativamente a los que se conocen como

'intereses difusos'. El daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados 'de tercera generación', categoría de derechos que vive en una dimensión siempre transpersonal, ya que interesan directamente a sujetos colectivos, a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente. Por tanto, y en general, puede muy bien afirmarse que el cauce de la acción popular es el más natural para dar curso a actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de delitos contra los aludidos bienes colectivos, que actúen en la calidad de genéricos perjudicados. Y siendo así, como sigue diciendo la misma sentencia, en presencia de determinadas condiciones, el mismo criterio de la afectación y el interés, interpretado a tenor de la naturaleza de los bienes y derechos de que se trata, deberá servir para fundar eventuales condenas al pago de las costas de la acusación popular, con perfecto encaje en la previsión del artículo 124 del CP."

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y reduce la pena de cuatro años a tres años y seis meses de prisión y de diez años a siete años de inhabilitación absoluta; se deja sin efecto la indemnización acordada en concepto de responsabilidad civil, debiendo estarse a la señalada, en uso de sus competencias por el Tribunal de Cuentas y se deja sin efecto la imposición de las costas correspondientes a los personados en concepto de acusaciones particulares, Partido Socialista Obrero Español y Bloque Nacionalista Galego.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica, en el mismo sentido, sobre aplicación de especial gravedad de la malversación de caudales públicos la STS de 29 de julio de 1998.