



impreso por pucperuip (edición Academic)

ID vLex: 76945297  
<http://vlex.es/vid/-76945297>

STS, 6 de Junio de 1986

**Jurisdicción:** España

**Ponente:** FRANCISCO SOTO NIETO

**Fecha:** 06 Junio 1986

Marca |  
Nota

**Conceptos clave** Delito de **malversación** de caudales públicos. Apropiación indebida. Funcionario. Reintegro.

Conceptos extraídos automáticamente por Iceberg AI

*Sentencia citada en: 4 sentencias*

**Núm.** 833.-Sentencia de 6 de junio de 1986.

**PROCEDIMIENTO:** Recurso de casación por infracción de ley

**MATERIA:** **Malversación** de caudales públicos. Naturaleza. Elementos. **Peculado de uso.**

**DOCTRINA:** Los diversos, tipos legales de **malversación** propia de caudales públicos ofrecen como denominador común, expresión o traducción de la naturaleza jurídica que les aglutina y unifica, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado, al patrimonio público, en tanto en cuanto la iniciativa infractora provenga de personas a quienes se halla encomendada la gestión de aquellos bienes o efectos, traicionando fundamentales deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública. Presupuestos o requisitos integrantes de la figura de **malversación** acogida en el



artículo 394 del C. P.

La aplicación de los caudales o efectos a usos propios o ajenos, sin presencia de un "animus rem sibi habendi", integra el llamado **peculado de uso**, recogido en el artículo 396 del C. P., conducta de

distracción referida a los funcionarios gestores que tienen legalmente la responsabilidad de aquéllos.

En la villa de Madrid, a seis de junio de mil novecientos ochenta y seis, en el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el procesado Benjamín

contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, que le condenó por el delito de **malversación** de caudales públicos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia para este trámite de D. Francisco Soto Nieto, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador D.<sup>a</sup> María del Carmen Otero García.

### **Antecedentes de hecho**

1. El Juzgado de Instrucción de Elda instruyó sumario con el número 9 de 1982, contra Benjamín , y, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, que con fecha 14 de febrero de 1984 dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: 1.º Resultando probado y así se declara que el procesado Benjamín , nacido el 20 de noviembre de 1943, de buena conducta y sin antecedentes, penales venía prestando sus servicios en calidad de interino, primero como Auxiliar y después como Oficial, en el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Elda, actividad que desempeñó durante buena parte de los años 1980 y 1981, estándole encomendada la función de tramitación de las ejecutorias, así como del cumplimiento de los exortos y demás medios de auxilio judicial en materia penal, juntamente con otras funciones propias de dicha oficina; en el desempeño de tales actividades percibía de las partes o personas condenadas en los procedimientos o Compañías aseguradoras las sumas de dinero correspondientes a las distintas tasaciones de costas -en las que se incluían naturalmente indemnizaciones, multas, reintegros, etc.-, con la obligación de darles el adecuado y legal destino, consistente en el abono o extinción de los respectivos conceptos a que iban destinadas. Sobre esta base, durante el tiempo de desempeño de su referida actividad y a lo largo del período de tiempo en que actuó con tal nombramiento de Auxiliar y Oficial interino de aquel Juzgado, y en el ejercicio de sus actividades profesionales, en su propio beneficio, con propósito de enriquecerse y sin intención alguna de reintegrar en principio, fue quedándose con diversas cantidades procedentes de 147



expedientes de ejecutorias, correspondientes a causas que en tal concepto estaba él destinado a tramitar, y relativos a diversos conceptos, tales como costas, indemnizaciones, multas, pólizas, reintegros y fianzas, y referidas a asuntos de los años 1978 a 1982, empleando el sistema de ir reteniendo para hacerlas suyas definitivamente, las distintas cantidades que iban llegando a sus manos con aquellos concretos destinos hasta totalizar la suma de un millón setecientas veintiséis mil quinientas y treinta y seis pesetas, sin llevar el más ligero control o anotación de las cantidades que retenía, ni de la procedencia de los expedientes concretos de donde dimanaran aquéllas. Tal actuación del procesado fue descubierta por el propio Juzgado en virtud de una investigación practicada en expediente personal que se le siguió a raíz de detectarse ciertas irregularidades en su actuación, en fechas inmediatas al 25 de mayo de 1982, arrojando inicialmente dicha investigación un descubierto de 1.388.332 pesetas, relativo a ejecutorias por él tramitadas, siendo requerido el Sr. Benjamín para su reintegro al Juzgado, lo que llevó a cabo en su totalidad con fecha 26 del mismo mes y año, manifestando que no quedaban más cantidades pendientes. Sin embargo, fueron realizadas nuevas investigaciones por el Juzgado a que pertenecía el procesado, comprobándose los días 4 y 9 de junio de 1982 nuevos descubiertos, esta vez por

35.000 pesetas, 20.000 pesetas y 20.000 pesetas, correspondientes a abono de multas por exhortos, de distintos juzgados, que igualmente se quedó en su beneficio, y que había silenciado en el requerimiento anterior, siendo, nuevamente requerido con fecha 9 de junio para su abono, que realizó el día 13 en su totalidad. No obstante, el Juzgado prosiguió con nuevas investigaciones, a pesar de asegurar en cada caso el procesado que no tenía más ... cantidades pendientes de devolver, descubriéndose nuevamente otros expedientes en los que faltaba la suma global de 50.719 pesetas, y con fecha 8 de octubre de 1982 y al ser requerido para su devolución lo efectuó así, el mismo día parte de dicha suma, abonando el resto, 3.719 pesetas, el 19 de noviembre siguiente. Nuevas comprobaciones del Juzgado determinaron el descubrimiento de nuevos descubiertos, por importe de 123.125 pesetas, sobre las que igualmente fue requerido para su reintegro el 1 de diciembre de 1982, que hizo efectivo en su totalidad, pero muy sobrepasado el plazo que se le dio de 15 días para su abono, y por último en nueva comprobación dio el resultado de estar adeudando el procesado 89.360 pesetas que igualmente distraja en beneficio propio, y al ser requerido el 13 de enero de 1983 para su devolución la llevó a cabo juntamente con la del requerimiento anterior, con fecha 31 de enero del referido año. En definitiva, el procesado llegó a quedarse en su propio patrimonio, de las cantidades distraídas al Juzgado, por razón de su trabajo profesional, la suma de

1.726.536 pesetas, que fue devolviendo hasta su totalidad, cada vez que era requerido, en virtud de las investigaciones que se le iban haciendo por el Juzgado en que aquél prestaba sus servicios, no obstante reiterar en cada caso su seguridad de no tener más descubiertos



- pendientes. La suma referida una vez en el Juzgado, fue invertida en las respectivas partidas que iba destinada, sin menoscabo para la Administración Pública ni perjuicio para la Hacienda.
2. La Audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados son constitutivos de un delito de **malversación** de caudales públicos previsto y penado en el *artículo 394, apartado 3.º*, del vigente Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y contiene el siguiente pronunciamiento: Fallamos que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa, Benjamín, como autor responsable de un delito de **malversación** del *artículo 394 del Código Penal*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta, con los efectos contenidos en el *artículo 35 del Código Penal*, durante todo el tiempo de la condena, y al pago de las costas del juicio. Abonamos al procesado la totalidad del tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que se le impone en esta sentencia. Aprobamos por sus mismos fundamentos el auto de solvencia del procesado que dictó el Juzgado Instructor. Hágase uso en su día del *artículo 2, párrafo segundo, del Código Penal*, debiendo quedarle reducida la pena a la de tres años de prisión menor.
  3. Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el procesado Benjamín, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.
  4. La representación del procesado basa el presente recurso en los siguientes motivos: Primero: Fundado en el *número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, al haber incidido el fallo de la sentencia recurrida en infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por aplicación indebida del *artículo 394, apartado 3º, del Código Penal*. En el fallo de la sentencia recurrida se condena al procesado, como autor de un delito de **malversación** del *artículo 394 del Código Penal*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años y un día de prisión mayor y desde el momento en que los hechos que se declaran probados no pueden estimarse como constitutivos de tal delito, resulta evidente se ha incidido en la infracción referida. Segundo: Fundado también en el *número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por haber incidido el fallo de la sentencia recurrida en infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por no aplicación del *párrafo 1º del artículo 396 del Código Penal*. Según la representación del procesado, los hechos que se declaran probados no pueden estimarse constitutivos de un delito de **malversación** del *artículo 394 del Código Penal*, sino de dos delitos, uno del *artículo 396, apartado 1.º*, y otro del *número 2.º del mismo*



precepto legal. Tercero: Fundado en el *número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por haber incidido el fallo de la sentencia recurrida en infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por no aplicación del *párrafo 2.º del artículo 396 del Código Penal*.

5. El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.
6. Hecho el señalamiento, se celebró la vista prevenida el día veintisiete de mayo último, sin la asistencia del Letrado del recurrente y sí con el Ministerio Fiscal, quien impugnó el recurso.

### **Fundamentos de Derecho**

1. Los diversos tipos legales de **malversación** propia de caudales públicos ofrecen como denominador común, expresión o traducción de la naturaleza jurídica que los aglutina y unifica, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado, al patrimonio público, en tanto en cuanto la iniciativa infractora provenga de personas a quienes se halla encomendada la gestión de aquellos bienes o efectos, traicionando fundamentales deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública. Como expone con precisión la sentencia de 15 de enero de 1974, la infracción criminal **malversación** propia, protege el derecho de propiedad del Estado, provincia o municipio, contra la desleal e innoble apetencia de sus servidores, a los que habiendo concedido soberanía de poder, burlan la confianza en ellos depositada al actuar amparados en la indefensión, quebrantando el deber de probidad exigido en el desempeño de su pública función, sustrayendo los caudales que poseen como funcionarios.
2. Como presupuestos integrantes de la figura de **malversación** propia acogida en el *artículo 394 del Código Penal*, han de señalarse: a) cualidad de funcionario público del agente, concepto suministrado por el *párrafo tercero del artículo 119*, proclive a un criterio de amplitud, de perfiles más amplios que el prevalente en el orden estrictamente administrativo, bastando, a efectos penales, con la participación legítima del sujeto en el, ejercicio de una función pública, derivándose de la elasticidad del concepto la admisión como sujeto activo de la infracción tanto de los funcionarios estatales, provinciales o municipales, o de Comunidades Autónomas, designados en propiedad o con carácter interino, a los incorporados a organismos paraestatales o autónomos, o que desempeñen sus servicios como agregados o en comisión, siendo nota común en todos ellos su participación en el ejercicio de la función pública; al referirse el precepto a caudales o efectos que el funcionario pueda tener a "su cargo" o a "su disposición", quedan comprendidos en el ámbito; de la norma tanto los funcionarios a quienes viene encomendada la responsabilidad gestora como aquellos otros anejos a: los mismos, auxiliares o colaboradores con posibilidad fáctica de acceso a los fondos públicos, b) Realidad dispositiva de los caudales o efectos, facultad decisoria jurídica o detentación material de los mismos, es decir, poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el



primer caso, de que, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda traducir la originaria potestad de control o custodia en una efectiva disponibilidad material, c) Tenencia de los caudales a su cargo o disposición por razón de la función específica encomendada al funcionario, entrando ello en la esfera de su competencia, ya que, de no ser así, las figuras del hurto o de la apropiación indebida se delimitarán y anticiparán a la específica de la **malversación**; resulta insuficiente la cualidad genérica del funcionario, si en el área de sus encomiendas y deberes no figurase el de conservación, custodia y aplicación de los fondos a los fines que se determinen,

d) Los caudales o efectos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por el funcionario legitimado al efecto, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público, siempre subordinada a trámites dilatorios, al actuar el Estado u organismo público a través de la persona encargada para ello que, como mandatario del ente jurídico y mero servidor de la posesión, es simple instrumento perceptor y transmisor, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquélla se hiciera cargo de los mismos, e) Dinámica consistente en una actividad de apropiación definitiva de los efectos o dinero, "sustrayendo" o "consintiendo que otro sustraiga" los mismos, sustracción equivalente a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes -cual expresa la sentencia de 15 de enero de 1974 - de su destino o desviándolos del servicio, haciéndolos suyos o permitiendo que otros lo hagan, no exigiéndose -aunque normalmente le acompañe- un ánimo de lucro, a diferencia de los delitos contra la propiedad en los que su antijuridicidad se halla condicionada por tal elemento subjetivo; suponiendo la segunda modalidad un delito de comisión por omisión en el que la imputación radica en la infracción del deber de impedir que un extraño atente a los caudales custodiados, apropiándose de los mismos.

3. La aplicación de los caudales o efectos a usos propios o ajenos, sin presencia de un "animus rem sibi habendi", integra el llamado **peculado de uso** recogido en el *artículo 396 del Código Penal*, conducta de distracción referida a los funcionarios gestores que tienen legalmente la responsabilidad de aquéllos. Desde el punto de vista subjetivo, aletea en el agente un "animus utendi", alejado del apropiatorio que caracteriza la anterior figura, propósito de reintegro de los caudales tras su temporal utilización, con el límite de los diez días siguientes a la incoación del sumario; el infractor no trata de incorporar a su patrimonio definitivamente lo que por razón de su cargo le toca custodiar, sino de aplicarlo accidental o transitoriamente a necesidades surgidas, propias o ajenas, con evidente intención de ulterior restitución. La diferencia entre sendos tipos de **malversación** sólo puede hallarse tratando de descubrir algo tan difícilmente aprehensible como es el ánimo o designio que presidió la acción del agente, diferencia que -





como destaca la sentencia de 13 de abril de 1981 - es indecisa y borrosa, pues toda diferenciación reside en el intelecto del agente, en cuyas profundidades es difícil, cuando no imposible, penetrar para indagar lo que realmente se proponía ejecutar.

4. La sentencia recurrida condena al procesado como autor responsable de un delito de **malversación** del *artículo 394 del Código Penal*, sin que pueda desaparecer ni atenuarse por la devolución posterior de lo apropiado, influyente tan sólo sobre la responsabilidad civil, fundando la Sala su resolución en que el inculpado, que desempeñó las funciones de auxiliar y de oficial interino en el Juzgado, fue tomando sumas de los distintos expedientes, sin llevar un control de los diversos conceptos, ni de los asuntos de que dimanaban, ni siquiera del alcance cuantitativo del dinero ocupado, siendo necesarias sucesivas investigaciones para esclarecer todo ello, lo que "lógicamente pone de manifiesto que su propósito era enriquecerse paulatinamente con lo que iba tomando, confundiendo incluso al Juzgado con su negativa a reconocer nuevas sumas retenidas". Llegando la Audiencia a la conclusión de que la actuación del procesado fue siempre encaminada a apropiarse definitivamente de las cantidades distraídas. Frente a ello, el recurso, en sus diversos motivos, todos por infracción de ley y cita del *artículo 849, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, trata de sentar la infracción, por aplicación indebida, del *artículo 394, apartado 3.º*, y la vulneración, por no aplicación, del *párrafo primero del artículo 396, e igualmente del párrafo segundo, todos ellos del Código Penal*; apoyando sus razonamientos en la realidad de las devoluciones o reintegros de numerario efectuadas, e insistiendo en que el propósito del recurrente no fue el de "sustraer" las cantidades de dinero recibidas en el ejercicio de la función que con carácter interino desempeñaba en el Juzgado de Instrucción. Alegación improsperable frente a las fundadas y bien cimentadas consideraciones de la sentencia, que le llevan a la incardinación de la conducta en el precepto de la **malversación** propia del *artículo 394*. Habiendo, pues, de desestimarse los tres motivos aducidos.

## Fallamos

### FALLAMOS

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Benjamín, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, con fecha 14 de febrero de 1984, en causa seguida al mismo por el delito de **malversación** de caudales públicos, condenando a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará destino legal. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.



ASI por esta nuestra sentencia que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Luis Vivas Marzal. - Fernando Cotta y Márquez de Prado. Juan Latour Brotóns. Francisco Soto Nieto. -Fernando Díaz Palos. - Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente para este trámite D. Francisco Soto Nieto, estando celebrando audiencia pública en el día de hoy la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.-Fausto Moreno Espinosa.- Rubricado.-Madrid a seis de junio de mil novecientos ochenta y seis.