

Id Cendoj: 28079120012002103758
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3499/2000
Nº de Resolución: 1078/2002
Procedimiento: Recurso de casación
Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

*MALVERSACION IMPROPIA. Doctrina sobre la participación de "extraneus" en los delitos especiales propios.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil dos.

En el recurso de casación por INFRACCION DE LEY; INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA que ante Nos pende, interpuesto por Juan Ramón , contra Sentencia dictada por la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, por delito de MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la Vista prevenida por la ley, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, habiendo sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y el BANCO HERRERO S.A., estando la parte recurrente representada por el Procurador Fernández Pérez-Zabalgoitia y la parte recurrida por la Procuradora Sra. Dña. Julia Corujo.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 9 de Oviedo, instruyó Sumario 3/94 y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha localidad, que con fecha 24 de junio de dos mil, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

El día 7 de mayo de 1991 se presentó en el Juzgado nº 8 de Oviedo solicitud de declaración de quiebra de DIRECCION000 . a instancia del acreedor Octavio , dictándose el día 20 de mayo de 1991 el auto de declaración de quiebra, en el que se designaba Comisario a Ángel Daniel y depositario al procesado Ignacio .

La mencionada sociedad, acogiéndose a la Orden Ministerial de reordenación del Sector del carbón, recibió una subvención, por cese de la explotación de 190.000.000 de pesetas el día 25 de septiembre de 1991, lo que unido a otros incentivos y descontados pagos a la Seguridad Social, provisiones de fondos y demás, hacían un arca de 171.406.442 pesetas, incrementadas con unos intereses de al menos 9.913.243 pesetas, de los que el depositario sólo entregó a la Sindicatura 23.031.715 pts. el día 11 de mayo de 1993 en el acto de rendición de cuentas.

Como quiera que los pagos por dietas al comisario y al depositario, pago de rentas, abono de honorarios profesionales a los diversos abogados, procuradores y peritos, ascendieron a 36.181.811 pesetas, no se entregaron a la sindicatura 122.106.132 pesetas, cantidad cuyo destino fué el siguiente.

El procesado, Juan Ramón , accionista mayoritario y en su día Consejero Delegado de DIRECCION000 , logró influir en el depositario hasta conseguir que éste le entregase 15.358.142 pesetas de los fondos de la quiebra.

Asimismo, en torno al mes de agosto de 1992, Juan Ramón le pide a Ignacio que le revise las cuentas de una sociedad denominada Redaco de la que el propio Juan Ramón era accionista desde su constitución el día 16 de mayo de 1991.

Ignacio comunicó a Juan Ramón que Redaco tenía un claro déficit en sus cuentas, pidiéndole Juan Ramón a Ignacio que cubriese el mencionado déficit con dinero del arca de la quebrada DIRECCION000 . consiguiendo convencer a Ignacio , prometiéndole su entrada en Redaco, que se realizó el 25 de noviembre de 1992.

En base a tales indicaciones y promesas, el depositario, el día 11 de noviembre de 1992, sacó de la cuenta nº NUM000 del Banco central de Oviedo, 90.000.000 de pesetas que ingresó en una cuenta particular, la nº NUM001 , del banco Urquijo de Oviedo.

Desde esta cuenta, entregó a Juan Ramón , que ingresó en sus cuentas particulares 13.500.000 pts.

Igualmente y, según lo convenido, ingresó en Redaco 54.948.000 pts.

El resto del dinero, hasta los 122.106.132 pts que el depositario debió entregar a la Sindicatura, fué aplicado a diversos usos por Ignacio ajenos totalmente a su actividad como depositario de la quiebra de DIRECCION000 .

En los hechos relatados no se ha acreditado que tuvieran una participación penal relevante los acusados, Augusto , Narciso Y Begoña .

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: Que ABSOLVIENDO LIBREMENTE, como ABSOLVEMOS a los acusados Augusto , Narciso Y Begoña , debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado, Ignacio como autor directo criminalmente responsable de un delito ya definido de malversación, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISION, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y DOCE AÑOS DE INHABILITACION ABSOLUTA, al pago de una quinta parte de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares y a que indemnice personalmente a la sindicatura de la quiebra de DIRECCION000 . en la suma de 38.299.990 pesetas; igualmente debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Juan Ramón , como autor inductor del mismo delito, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de CINCO AÑOS DE PRISION, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y DOCE AÑOS DE INHABILITACION ABSOLUTA, así como al pago de una quinta parte de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares. Ambos acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a la Sindicatura de la quiebra de DIRECCION000 . en la suma de 83.806.142 pesetas. Se declaran de oficio las tres quintas partes de las costas causadas.

Abónese el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa y notifíquese la presente con instrucción de lo ordenado en el art. 248.4 de la L.O.P.J.

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCION DE LEY, INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA 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 de Juan Ramón , basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.2 de la L.E.Criminal, fundada en no haber acordado la práctica de la prueba documental y testifical propuesta en escrito presentado ante la Sala sentenciadora.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la L.E.Criminal, en relación con el art. 746.6 de la L.E.Criminal, al no haberse acordado la suspensión del juicio oral, tras la modificación que las partes acusadoras efectuaron en sus calificaciones provisionales al elevarlas a definitivas.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por violación del derecho a un proceso con todas las garantías sin sufrir indefensión, al no haberse acordado la suspensión del juicio oral, tras la modificación que las partes acusadoras efectuaron en sus calificaciones provisionales al elevarlas a definitivas.

CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por

violación del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española.

QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la L.E.Criminal, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por aplicación indebida del art. 435 en relación con el art. 432 del Código Penal.

SEPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por aplicación indebida del art. 28 del Código Penal.

OCTAVO.- Por infracción igualmente de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por aplicación indebida del art. 28 del Código Penal.

NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por aplicación indebida del art. 66.1 en relación con el art. 21.1 y 6 del Código Penal.

DECIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por aplicación indebida del art. 66.1 en relación con el art. 21.1 y 6 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y el BANCO HERRERO S.A. como partes recurridas del recurso interpuesto, el cual impugnan en su totalidad, la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la Vista prevenida el día 30 de mayo del presente año, fecha en que tuvo lugar. Por el letrado D. Manuel Alonso Niño en defensa de Juan Ramón , se desistió de los motivos 1º y 2º del recurso formulado, manteniendo el resto y pidiendo la estimación del recurso de Casación formulado.

Por la letrada de la parte recurrida Dña. Mª José Cervero Arroyo en defensa del Banco Herrero, se solicitó la confirmación de la sentencia oponiéndose a la admisión del recurso.

El Ministerio Fiscal se ratifica en el escrito presentado de fecha 22 de diciembre de dos mil, impugnando todos los motivos del recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente fue condenado como autor de un delito de malversación impropia. El recurso se articula en diez motivos, de los cuales el recurrente ha renunciado en el acto de la vista a los dos primeros.

El tercer motivo de recurso alega indefensión por no haber suspendido el Tribunal el acto de la vista ante la modificación de conclusiones del Ministerio Fiscal, como prevé el art 793 7º de la Lecrim. El motivo no puede ser estimado pues, en primer lugar no concurren los requisitos de dicho precepto ya que la modificación de conclusiones no cambió la calificación legal de los hechos ni apreció un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, que son los supuestos prevenidos en dicha norma. En segundo lugar la suspensión no es preceptiva, sino facultativa del Tribunal en función de las circunstancias concurrentes y la naturaleza de la modificación, y en el caso actual no cabe apreciar su necesidad.

SEGUNDO.- El cuarto motivo alega vulneración del principio de presunción de inocencia fundada en la supuesta omisión en la sentencia de una respuesta acerca de la cuestión suscitada sobre las cantidades que según el recurrente le adeudaba la empresa.

La invocación del derecho a la presunción de inocencia supone en trance casacional la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, y en el caso presente dicha prueba es sobreabundante, como se expresa en la sentencia.

La impugnación del recurrente hace referencia, más bien, a una incongruencia omisiva, pero tampoco concurren las circunstancias que pudieran servir de base para estimar un motivo casacional por incongruencia, en primer lugar porque este vicio casacional únicamente concurre cuando se dejan sin

respuesta cuestiones jurídicas y no meras cuestiones de hecho y en segundo lugar porque no es cierto que la sentencia no de respuesta alguna sobre esta cuestión ya que se refiere expresamente a estas supuestas deudas, señalando que ello "aunque fuera cierto no excluiría la desviación de fondos..", habiendo expresado con anterioridad que el recurrente consiguió la entrega de importantes sumas de la masa de la quiebra, confiadas al depositario, "fuera del orden legal de prelación de créditos".

Si el recurrente no estuviese conforme con esta apreciación jurídica de la Sala de instancia debió impugnarla a través de un motivo de infracción de ley, pero desde luego el criterio de la Sala no vulnera en absoluto la presunción de inocencia, ya que en el orden fáctico sus conclusiones tienen el debido apoyo en prueba de cargo suficiente, debidamente practicada y valorada.

TERCERO.- El quinto motivo de recurso se interpone por error de hecho, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, y acumula indebidamente diez alegaciones distintas respecto de otros tantos supuestos errores del Tribunal de instancia.

El error valorativo que autoriza este motivo casacional exige la concurrencia de ciertos requisitos reiteradamente señalados por esta Sala:

a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas;

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. Esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

c) sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. Y ello porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la L.E.Criminal;

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; 21 de enero y 13 de febrero de 2001, entre otras).

En el caso actual es claro que no concurren los referidos requisitos. En efecto el recurrente no precisa el texto que debería sustituir en el relato fáctico los supuestos pasajes erróneos que denuncia y se excede del contenido estrictamente fáctico de este motivo para extenderse en consideraciones jurídicas totalmente ajenas a la naturaleza del mismo.

En algunos casos los errores denunciados son irrelevantes para el fallo, pues no pueden afectarlo, como sucede con las fechas en que se constituyó Redaco o se entregó la subvención (apartados A y B), el carácter mancomunado de las cuentas (apartado C), o la cuantía de la participación social del recurrente (apartado I). En otros se suscitan cuestiones jurídicas y no fácticas, como la condición de depositario del otro acusado (apartado D), o si el pago de determinadas cantidades debe ser calificado o no como malversación (apartados E, F, G y J). Y en otros, en fin, se enfrentan diversas manifestaciones personales, pretendiendo otorgar mayor valor a unas supuestas declaraciones del Comisario en la Junta que a su testimonio en el juicio oral. Ninguno de los supuestos incluidos por el recurrente en este motivo permite apreciar que la documentación aportada acredite por si misma un error fáctico determinante para la subsunción.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

CUARTO.- El sexto motivo alega aplicación indebida del art 435 en relación con el 432 del CP vigente, por estimar que no consta la debida instrucción al depositario de sus obligaciones y que en todo

caso éstas cambiaron cuando se permitió al depositario rentabilizar el dinero de la quiebra invirtiéndolo en activos.

El motivo carece de todo fundamento. El propio depositario nunca ha negado que conociese perfectamente sus obligaciones como tal y ha aceptado la condena que le ha sido impuesta por su manifiesto incumplimiento. La autorización para rentabilizar determinados activos ni cambia la condición del depositario ni le autoriza para apropiarse de los mismos o consentir en que otra persona se los apropie, que es en lo que consiste la malversación y lo acreditado en este caso.

QUINTO.- El séptimo y el octavo motivos, ambos por infracción de ley, niegan la eficacia de la inducción realizada por el recurrente sobre el depositario para que éste le permitiese apoderarse de los activos. Ambos motivos carecen de fundamento. La eficacia de la inducción se manifiesta con toda claridad en el resultado positivo que obtuvo, razonando la Sala sentenciadora que las promesas del recurrente para otorgar al depositario una participación en otra sociedad fueron determinantes para persuadir a éste a fin de que consintiera que el recurrente sustrajese los caudales que el depositario tenía bajo su custodia

El noveno motivo niega el ánimo de lucro alegando que el recurrente únicamente pretendía resarcirse de determinadas deudas que la sociedad en quiebra había contraído con el mismo. El motivo tampoco puede admitirse pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que el ánimo de lucro exigido por este precepto incluye el ánimo de obtener cualquier beneficio, lo que abarca, obviamente, el deseo de beneficiarse cobrando supuestas deudas al margen de los mecanismos legales establecidos en la regulación de la quiebra.

SEXTO.- El décimo motivo de recurso, también por infracción de ley, denuncia que la pena impuesta al recurrente, cinco años de prisión, sea superior a la del depositario, cuatro años, cuando en el recurrente no concurre la condición especial que cualifica al sujeto activo del delito de malversación impropia.

El motivo debe ser estimado. La doctrina de esta Sala ha establecido con reiteración (Sentencia de 14 de enero de 1994, Sentencia de 2 de mayo de 1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, caso Roldán, Sentencia de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, caso Urralburu, Sentencia de 8 de mayo de 2001, núm. 776/2001, Sentencia 7 de noviembre de 2001, núm. 2052/2001, entre otras) que cuando un particular, "extraneus", participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, "intraneus", dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario.

Ni el texto del art. 14 del Código Penal de 1973, ni el de los arts. 28 y 29 del Código Penal de 1995, exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio (es decir aquellos en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor. Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (art. 28, apartado primero del Código Penal de 1995), pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria, art. 28 del Código Penal de 1995, párrafo segundo, apartados a y b), o para la complicidad.

La sentencia del Tribunal de instancia, aunque siga la doctrina de esta Sala condenando al "extraneus" como inductor y no como autor, se aleja de la misma al atribuir a éste no solo la misma responsabilidad que al titular del deber específico de custodia vulnerado, sino incluso una responsabilidad superior. Admitir esta tesis implica confundir en los delitos especiales la participación con la autoría en sentido propio, y extender la doctrina de esta Sala que admite la participación de "extraneus" en los delitos propios del "intraneus", hasta llegar a incluir también la autoría del no funcionario en sentido propio, con lo cual se eliminaría por vía jurisprudencial una condición subjetiva restrictiva del tipo, en contra del principio de legalidad y se haría desaparecer en la práctica la categoría de los delitos especiales propios (STS 08-05-2001, núm. 776/2001).

Procede imponer, en consecuencia, al recurrente una pena inferior a la del depositario, que ha infringido su deber especial de custodia de los caudales puestos a su cargo. Ha de señalarse, además, que la responsabilidad del depositario es doble pues no solo consintió que el recurrente se apropiase de caudales sujetos a su custodia, con ánimo de beneficiarse a través de las compensaciones por éste prometidas (participación en la sociedad Redaco), conducta que por si misma ya constituye el delito de malversación impropia objeto de sanción, sino que también dispuso directamente para si de sumas muy relevantes, y sin la excusa de resarcirse de deuda alguna.

Ha de apreciarse, por ello, la atenuante analógica como muy cualificada, ya que la pena impuesta al depositario ya se había establecido en el umbral mínimo del subtipo agravado aplicado (art 432 2º, cuatro años de prisión), y la impuesta al "extraneus" debe ser inferior.

III. FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de casación por INFRACCION DE LEY, interpuesto por Juan Ramón , contra sentencia dictada por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, CASANDO Y ANULANDO en consecuencia dicha sentencia y declarando de oficio las costas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte al recurrente, Ministerio Fiscal y BANCO HERRERO S.A. (como partes recurridas), así como a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón José Ramón Soriano Soriano Joaquín Martín Canivell

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil dos.

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Oviedo, instruyó Sumario nº 3/94 contra Juan Ramón con DNI nº NUM002 , de 65 años de edad, hijo de Javier y de Paloma , natural de Oviedo y vecino de la misma, de estado casado, de profesión ingeniero de minas, con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, por la que no ha estado privado de la misma, y contra Ignacio , Augusto , Narciso y contra Begoña (no recurrentes en el presente procedimiento), se dictó Sentencia con fecha 24 de junio de dos mil, que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. reseñados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D.Cándido Conde-Pumpido Tourón, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional procede imponer al recurrente la pena de dos años de prisión, al apreciar una atenuante analógica muy cualificada, por su condición de "extraneus" en un delito especial propio. Se reduce también al grado inferior, congruentemente, la pena de inhabilitación, cuya imposición no ha sido impugnada.

III. FALLO

Dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, se aprecia al condenado Juan Ramón una atenuante analógica cualificada y se le impone la pena de prisión de DOS AÑOS, y SEIS AÑOS DE INHABILITACION ABSOLUTA, manteniendo el pago de las costas y responsabilidad civil impuestas por la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón José Ramón Soriano Soriano Joaquín Martín Canivell

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.