



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 110/99  
ROLLO Nº 89  
AÑO 2001  
DELITO : malversación de caudales públicos y falsedad en documento mercantil

### SENTENCIA Nº 13/2002

Ilmos. Sres.  
D. JOSE DE MADARIA RUVIRA  
D. JOSE MANUEL VALERO DIEZ  
D. JAVIER GIL MUÑOZ

En la Ciudad de Elche a catorce de  
marzo de dos mil dos.

VISTA en trámite el juicio oral ante la Audiencia Provincial (Sección Séptima) de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Orihuela, seguida por delitos de malversación de caudales públicos y falsedad en documento mercantil, contra los acusados LUIS FERNANDO CARTAGENA TRAVESEDO, con D.N.I. **74.161.625**, mayor de edad, natural de Madrid y vecino de Valencia, c/ Blasco Ibáñez, **10**, piso **9º**, de profesión médico, sin antecedentes penales, con instrucción, de solvencia acreditada, representado por el Procurador D. Emigdio Tormo Ródenas, y defendido por el Abogado D. Javier Boix Reig, y ANGEL' FENOLL **PEREZ**, nacido en Murcia el día 16-1-53, hijo de Antonio y de Mercedes, con D.N.I. **74.155.657**, vecino de La Aparecida-Orihuela, c/ Tetuán nº **40**, sin antecedentes penales, con instrucción, de solvencia acreditada, representado por el Procurador D. Juan B. Castaño López y defendido por el Abogado D. José L. Zambudio Molina, en cuya causa fue parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Fiscal-Jefe D. José Antonio Romero Escabias de Carvajal, actuando como Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Diez.

#### I - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La causa se inició por denuncia del Portavoz del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Orihuela.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, modificó las provisionales, manteniendo en su integridad la petición inicial de que los hechos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos, del artículo **432,1** del CP, en su actual redacción, más favorable, del que consideró autor a Luis Fernando Cartagena Travesedo, y de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

392 en relación con el artículo 390,2 del CP, de los que consideró autores al anterior y a Ángel Fenoll Pérez, pero interesando con carácter subsidiario que los hechos fueran constitutivos o bien de un delito del artículo 433,1 y 2, o bien de un delito de apropiación indebida del artículo 252 y 250 6 y 7 y 438 del CP vigente como más favorable a los artículos 535,529 5 y 7 del CP de 1973, en relación con el acusado Luis Fernando Cartagena Travesedo. Solicitando para éste último una pena de tres años de prisión y seis meses de inhabilitación absoluta por el delito de malversación de caudales y una pena de un año de prisión y multa de seis meses a razón de **5000** pesetas diarias por el delito de falsedad documental. Para Ángel Fenoll Pérez, interesó una pena de un año de prisión y multa de seis meses con una cuota diaria de **5000** pesetas.

TERCERO.- Las defensas de los acusados, en igual trámite, solicitaron la libre absolución de **sus** defendidos, con declaración de las costas de oficio por entender que no eran autores de delito alguno.

CUARTO.- Como HECHOS PROBADOS en la presente causa se declaran los siguientes: Luis Fernando Cartagena Travesedo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en **su** condición de Alcalde del Ayuntamiento de Orihuela, recibió del Concejal de Servicios Sociales, la cantidad de **6.166.426** pesetas, con fecha **7** de abril de **1993**, **más** otros 2 millones de pesetas el **11** de mayo de ese mismo año. A su vez, el Concejal, había recibido dichas cantidades de la Hermana Bernardina, de la Comunidad de Hermanas de la de Beatísima Virgen del Monte Carmelo de Orihuela, que se las entregó en tal condición y en concepto de superávit correspondiente a la administración económica del Hospital Municipal de San Juan de Dios, cuando éste fue cerrado.

El Ayuntamiento de Orihuela, por acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 20 de marzo de **1986**, tenía un convenio de colaboración con la citada Comunidad, en virtud de la cual esta Congregación se comprometía a facilitar asistencia y colaboración en la organización y mantenimiento de los servicios asistenciales en el citado Hospital municipal, mediante el empleo de tres Hermanas de dicha Orden. El ayuntamiento retribuía esa labor mediante el pago de **150.000** pesetas mensuales. El personal, mantenimiento y suministros de agua y luz, eran de cuenta del Ayuntamiento. Los ancianos pagaban como contraprestación por los servicios recibidos una cantidad que, en función de sus posibilidades, les era exigida por la Hermana Bernardina. Provieniendo aquellas cantidades recibidas por el acusado de estos pagos.

La gestión y administración del Hospital, era llevada por la citada Hermana, sin intervención municipal y sin que en el estado de ingresos del Presupuesto General del ayuntamiento, existiese partida presupuestaria alguna para su contabilización.

Una vez recibido el dinero en metálico, el acusado, en vez de proveer el trámite reglamentario para su ingreso en las arcas municipales, lo hizo suyo con intención de propio beneficio.

En fechas posteriores, ya en el año **1998**, cuando tuvo noticias de que se estaban desarrollando investigaciones judiciales y que se seguía este procedimiento, para conseguir una coartada, se puso de acuerdo con el también acusado Ángel Fenoll Pérez, amigo personal suyo desde hace más de treinta años, contratista de numerosas obras de la Administración Local y adjudicatario del servicio de limpieza, para que, en su condición de administrador de la empresa Limplac, S.L., facilitara tres recibos supuestos de pago de fechas **13** agosto, **25** de septiembre y **22** de octubre de **1993**, por un valor total de **8.166.426** pesetas, con la pretendida finalidad de justificar el destino de estas sumas a obras sociales, tal como fue el deseo expresado por las monjas en el momento de su entrega.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

QUINTO.- En la tramitación de esta causa se han observado las normas y formalidades legales, excepto el plazo para dictar sentencia, dada la complejidad de la cuestión debatida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *La calificación jurídica de los hechos declarados probados.*

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos tipificado en el actual Código Penal Ley Orgánica **10/95**, de **23** de noviembre de **1995** -en vigor desde el **25** de mayo de **1996**- en el art. **432** que establece en su apartado primero: "La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, .incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por el tiempo de seis a diez años.", siendo este precepto, apreciado en la calificación acusatoria del Ministerio Fiscal, ley penal más favorable con respecto al marco punitivo que resultaría aplicable al hecho de conformidad con el art. **394.3** del Código Penal derogado, pero vigente en la fecha de comisión del delito, todo ello en virtud de lo dispuesto en los arts. **9.3 CE.**, **2.2 y Disposición Transitoria 1' y 2'** del **C.P. de 1995**; y de un delito de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en el artículo **392** en relación con el artículo **390,2** del CP. Cuya naturaleza jurídica, requisitos objetivos y subjetivos y la imprescindible concreción de la prueba de cargo analizaremos a continuación, ya que en los hechos descritos concurren los elementos típicos que configuran las expresadas infracciones delictivas, de acuerdo con una reiterada doctrina legal (así las SSTS **8** noviembre **1996**, **24** enero **1997**, **2** febrero **1998** y **11** octubre **1999**, respecto de la primera de ellas y las SSTS de **28** de noviembre de **2000**, **25** de junio y **1999** y **17** de diciembre de **1998**, en cuanto a la segunda).

### **SEGUNDO.-** *La malversación de caudales públicos en su modalidad de conducta típica activa descrita en el artículo 432,1 del CP, en cuanto delito de imputación exclusiva al acusado don Luis Fernando Cartagena Travesedo:*

Establece la sentencia del Tribunal Supremo de **11** de Octubre de **1999** que "el delito de malversación de caudales públicos tiene una doble naturaleza: por un lado es un delito contra la Administración pública, razón por la cual forma parte del Título XIX del Libro II del Código Penal, y por otro, en relación a su contenido y a su propia dinámica de comisión (u omisión), es un delito contra el patrimonio, pues en definitiva, al menos en cuanto a la figura concreta del art. **432**, consiste en una sustracción de patrimonio ajeno, con una estructura similar a las de varias de las figuras delictivas comprendidas en algunos de los capítulos primeros del Título XIII del mismo Libro II que regula "los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico" (hurtos, robos, estafas, apropiaciones indebidas)".

Sin embargo, el bien jurídico tutelado en el delito de malversación no es sólo el patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. Como dice la STS de **10** de febrero de **1998** "Tiene declarado la jurisprudencia -en relación con el delito de



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

malversación de caudales públicos- que el mismo tutela no sólo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y, en general, de los entes públicos; que el autor de la malversación, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado, cuyos bienes gozan de una mayor protección jurídica que los privados (v. S.T.C. n° 45/1986, y S.T.S. de 27 de mayo de 1993); que entre los dos criterios utilizables -el de la "incorporación" y el de "destino"- este Tribunal se ha inclinado por este último (v. S 10 de octubre de 1989); que el concepto de funcionario público, a los efectos de este tipo penal, es distinto y más amplio que el correlativo concepto administrativo (v. art. 119 C.P. de 1973. y art. 24 C.P. vigente)".

Determinada la naturaleza y el bien jurídico protegido por el delito de malversación que nos ocupa, antes de continuar, parece conveniente traer a colación que el Código Penal aprobado por Ley Orgánica de 22 de noviembre de 1995, ha comportado una sustancial modificación en la regulación de esta clase de delitos, anteriormente contenida en el Capítulo X del Título VII del Texto derogado. Ha desaparecido la modalidad imprudente del antiguo artículo 395, que tipificaba el abandono o negligencia inexcusables en el deber de vigilancia de los fondos públicos que diera lugar a una sustracción por terceras personas de los caudales o efectos, con lo cual se relega este tipo de conductas al ámbito disciplinario, permaneciendo la disvaloración penal únicamente respecto a la malversación omisiva dolosa del artículo 432. También se suprime la tipicidad de la conducta contemplada en el antiguo artículo 397, consistente en la aplicación de fondos públicos a fines de idéntica naturaleza pero diversos de aquellos a los que estaban destinados, en la que se distinguía, a efectos de pena, según se hubiera producido o no entorpecimiento al servicio público. Desaparece también en el texto vigente la incriminación que se contenía en el artículo 398 y que comprendía, tanto la no realización de un pago, como la falta de entrega por parte de un funcionario de una cosa puesta bajo su custodia o administración, previo requerimiento de la autoridad competente.

Por otro lado, se incluye un nuevo precepto, el artículo 434, en el que se incrimina la aplicación privada de bienes muebles e inmuebles, y se han efectuado algunas modificaciones en los tipos subsistentes, entre las que destaca la exigencia de ánimo de lucro en los delitos de malversación tipificados en los artículos 432 y 434, consistiendo, en el primero de los citados, esencialmente en el ánimo de apropiación definitiva *animus rem sibi habendi*. Así como la modificación del sistema escalonado de determinación de penas, lo que ha comportado una sensible reducción de las mismas y, como antes hemos visto, la preferente aplicación de esta normativa frente a la anterior por ser más beneficiosa para el reo, lo que resulta evidente pues el derogado art. 394-4º establecía una pena privativa de libertad de reclusión menor, además de la inhabilitación absoluta, mientras que el vigente art. 432-1º fija una penalidad de tres a seis años de prisión, además de la inhabilitación absoluta. Por otra parte, el que se haya eliminado la expresión "a su disposición" no altera el ámbito de supuestos típicos. Ya se trate de una detentación material o jurídica, en todo caso, deben estar a su cargo por razón de sus funciones. Luego la expresión eliminada no viene a aportar ninguna restricción-corno parece entender la defensa del acusado- o ampliación del ámbito de aplicación del tipo, por lo que tal supresión no constituye ninguna novedad sustancial respecto de la clásica jurisprudencia que venía entendiendo pacíficamente que el caudal o efecto no era preciso que estuviera en posesión material del funcionario, ni que hubiese ingresado en el erario público, sino que bastaba con que hubiese un derecho expectante sobre el por parte de la administración, determinándose el momento del nacimiento de ese derecho desde el mismo momento en que el funcionario recibía el caudal o efecto.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Así lo entiende la STS de 12 de noviembre de 1996 al declarar que "la supresión en el referido artículo 432,1 del CP de que la exigencia de que los caudales o efectos estén a disposición del funcionario que contenía el anterior artículo 394 derogado, en nada altera la doctrina jurisprudencial precitada, pues el precepto, en realidad, con tal supresión, parifica, al igual que el texto legislativo anterior, las conductas de sustracción y de consentimiento para la verificada por tercero, y, en todo caso, la expresión "por razón de sus funciones" abona y aun ratifica la jurisprudencia anterior a la norma".

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1997 la figura de la malversación tiene que partir, de la concurrencia de tres factores esenciales. Subjetivamente la naturaleza del autor como funcionario en los términos del artículo 119 del Código (actual art. 24). Objetivamente la consideración de los caudales o efectos públicos sustraídos. Y desde el punto de vista de la dependencia, la relación especial entre agente y caudales (Sentencias de 24 y 1 febrero 1995). Por Último, esa sustracción ha de ser realizada "con ánimo de lucro", elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el nuevo Código Penal de 1995, pues no aparecía en el paralelo 394 del Código Penal anterior, requisito que ha de ser interpretado, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para otros delitos también patrimoniales (hurtos, robos, estafas), en un sentido amplio, que comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero (Sentencia de 11 de Octubre de 1999). Más concretamente, a tenor de ésta Última resolución y otras como las de 30 de abril de 1997, 29 julio de 1998 y 26 de marzo de 1999 los elementos exigidos en el mencionado art. 432.1 para la concurrencia del delito de malversación son los siguientes:

**1.-** Ha de ser una autoridad o funcionario público.

Lo que nos obliga a acudir a las definiciones que al respecto nos ofrece el art. 24.2., en el que, no cabe duda, se incluye a los alcaldes de todo municipio, condición que concurre en el acusado, como miembro que fue en tal calidad de la Corporación Municipal de Orihuela, conforme a las normas propias de la regulación de su dedicación por vía de elección, bastando, además, a efectos penales con la participación en la función pública, lo que está fuera de toda duda. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Octubre de 1998: "El artículo 119 del anterior Código Penal y el artículo 24.2 del vigente, establecen y delimitan el concepto de funcionario público a los efectos de la aplicación de los diversos tipos penales contemplados en el texto punitivo. Ambos preceptos coinciden en su redacción al considerar como funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.". Esta condición de funcionario público en el acusado, no ha sido objeto de discusión en el plenario.

**2.-** Objeto de este delito han de ser necesariamente "caudales o efectos públicos.

Establece la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1995, y en el mismo sentido las de 9 de febrero de 1994 y 26 de junio de 1992, lo siguiente: "En la acepción que nos interesa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos dice que caudal es hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero", algo así como el conjunto de bienes o derechos que forman el activo de un patrimonio. Caudal público viene a ser de esta forma el conjunto de elementos que pertenecen a la titularidad de una persona pública. A los efectos del artículo 394 son caudal público los elementos patrimoniales que se encuentran adscritos a la entidad pública a la que el funcionario sirve, sea por razón de su titularidad o de su responsabilidad. Ninguna duda cabe de que constituyen caudales públicos los bienes o derechos de que es titular la



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

entidad pública de que se trate; pero también lo son aquellos que, perteneciendo a particulares, quedan adscritos a la Administración, o a alguno de los servicios públicos que presta a los ciudadanos, de modo tal que el funcionario correspondiente adquiere **unos deberes de** vigilancia y custodia que, si son infringidos, originan la correspondiente responsabilidad de la Administración."

Vemos que el Tribunal Supremo, viene entendiendo *lato sensu* el adjetivo público, **en el** sentido de que no es preciso que sea un ingreso de naturaleza pública, ni siquiera que sean recurso de una administración de naturaleza privada, tan sólo basta con que circule dentro de la administración, aunque el caudal o fondo en sí pertenezca y vaya destinado a personas privadas. Es por ello que los bienes, caudales o efectos adquieren carácter público, no sólo cuando efectivamente hayan ingresado en las arcas públicas, sino, según han señalado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, cuando, percibidas las cantidades por funcionario legitimado al efecto, que, como mandatario del ente jurídico y mero servidor de la posesión, es simple instrumento receptor y trasmisor, surge en el ente público un derecho expectante a que se le dé tal destino, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquél se hiciera cargo de los mismos ( SSTS de 13 de febrero de 1997, 25 de enero de 1991, 11 de mayo de 1990, 29 febrero de 1988 y 6 de junio de 1986), más recientemente la STS 26 de noviembre de 1998, insiste en este criterio al afirmar que "El objeto material sobre el que se desarrolla la actividad delictiva son los caudales ya referidos, susceptibles de evaluación económica, cuando no consistan en metálico, viniendo dada la naturaleza pública de los mismos desde el instante en que pertenecen y forman parte de los bienes propios de la Administración, como es el caso del dinero recibido a los contribuyentes, sin que sea precisa su efectiva incorporación al Erario porque surge su naturaleza pública tanto si de modo efectivo e inmediato se incorporan al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades precisas, como si una vez percibidos por el funcionario se genera el correspondiente derecho expectante en favor de esa Administración (Sentencia de 10 de julio de 1995) o de sus legítimos titulares."

Ello encuentra justificación en que la administración, en cuanto ente o persona jurídica no puede obrar materialmente ni poseer por sí misma, sino que ha de hacerlo a través de las personas físicas titulares Órganos, y en que la mecánica comisiva del delito impide normalmente que se haya producido la incorporación formal al erario público. Por lo que desde el momento en que un funcionario recibe una cosa para ser ingresada en el erario público, es decir, al ente en cuyo nombre se ejerce la función, no es el funcionario quien la posee, sino la propia administración, pues el agente sólo sirve de mediador, de puente provisional en nombre de aquélla y en misión de mero servidor de la posesión ( SSTS 25 de marzo 1996, de 22 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1994, 27 de mayo de 1993, 6 de mayo de 1992, 22 de mayo de 1990 y 10 de octubre de 1989).

En el caso que nos ocupa, si atendemos a las declaraciones prestadas por la Hermana Bernardina, en relación con las evacuadas por los funcionarios municipales y las certificaciones obrantes en la causa, resulta que el Ayuntamiento, por acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 20 de marzo de 1986, acordó un convenio de colaboración con la Comunidad de Hermanas de la Beatísima la Virgen del Monte Carmelo de Orihuela, en materia de asistencia hospitalaria. En cuyos artículos 1º, 2º y 3º se establecía que "La Comunidad de Hermanas de la Beatísima Virgen del Monte Carmelo, se compromete a facilitar asistencia y colaboración en la organización y mantenimiento de los servicios esenciales en el Hospital Municipal de San Juan de Dios.. El Ayuntamiento se compromete al abono de una gratificación de 150.000 pesetas, que se librarán mensualmente a la Comunidad.. La mencionada Comunidad se compromete a atender los servicios anteriormente indicados... El presente convenio



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

tiene vigencia indefinida pudiéndose revisar la cuantía de la gratificación anualmente. De este modo el Ayuntamiento, cubría la labor social de atención y cuidado de los ancianos, desarrollada por las Hermanas, aportando el edificio municipal, cuyo personal- funcionarios del Ayuntamiento-, mantenimiento y suministros de agua y luz eran de su cuenta, a lo que añadía una retribución, que denominaba "gratificación" que entregaba directamente a la congregación por la labor desempeñada por las Hermanas. Aunque todos los gastos de mantenimiento de los ancianos y necesidades con ellos relacionadas, eran sufragados por éstos mediante la aportación de cantidades que, en función de sus posibilidades, les eran exigidas por las Hermanas. Este capital, así como la organización y funcionamiento del servicio, era gestionado y administrado exclusivamente por las Hermanas de la congregación, sin ningún tipo de supervisión municipal, no existiendo contabilidad alguna relacionada con dichos fondos en la Entidad local.

Con ser esto así, resulta que conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 K) de la Ley 7/1985,2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, entre las competencias del Ayuntamiento se encuentra la "Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social". Precizando el siguiente artículo 85.1, 2y 4 que "son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales. 2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta...4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas: c) concierto.". Especificando el entonces vigente Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 341011975 de 25 de noviembre, que "La contratación de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: 3 Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.". Consecuentemente, ese llamado convenio de colaboración, constituye un concierto, o figura próxima, con la Comunidad de las Hermanas Carmelitas, cuyo objeto directo es la gestión del servicio público de prestación de servicios sociales mediante la asistencia y acogimiento hospitalario de los ancianos. Los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son, aunque por el motivo que sea la contratación pudiera haber sido irregular y no reuniera todas las características administrativamente exigidas. En estos casos debe soslayarse una interpretación de la norma penal con base en el derecho estricto administrativo y utilizar las propias pautas jurídico-penales de interpretación. Tal como sucede respecto del más amplio concepto penal de funcionario público y con la condición de caudales públicos de aquellos que reglamentariamente no se encuentran incorporados a las arcas de la Administración.

Por ello, nos encontramos aquí ante la prestación de un servicio público sin ánimo de lucro, mediante la existencia de un concierto con la Comunidad de las Hermanas Carmelitas, que son retribuidas por su trabajo y en el que el precio abonado por los ancianos constituye la contraprestación del servicio asistencial y social recibido, por lo que la Sala, se inclina por considerar que esas cantidades constituyen precio público y, por tanto, integran caudales de esta naturaleza. Si recordamos las declaraciones de la Hermana Bernardina, está nos decía "que no dio el dinero a su Comunidad por entender que si el edificio, el personal y los gastos eran del Ayuntamiento ese dinero era del Ayuntamiento".

De todas formas, aunque llegásemos a la conclusión contraria y considerásemos que esos caudales eran privados en su origen, esta circunstancia no descalificaría la naturaleza de fondos públicos que debemos predicar de los mismos por mor de su destino. Efectivamente, conforme a la doctrina legal antes expuesta, ya hemos visto que para obtener la cualidad de públicos de los caudales, es suficiente la mera entrega al



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

**funcionario** competente para que se consideren públicos cuando debieran haberse incorporado por éste al patrimonio de la administración, con tal de que exista un derecho expectante de ésta.

En este caso, terminada la gestión desarrollada por las Hermanas, consideran oportuno que el capital restante pase a manos del Ayuntamiento, con la finalidad de ser destinado a obras sociales, de este modo, y dadas las características de la entrega, nos encontraríamos ante una donación con destino al patrimonio municipal. Donación que se materializa mediante la entrega del capital por la Hermana Bernardina al Concejal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Orihuela, contra el oportuno recibo emitido en concepto de superávit correspondiente a la administración económica del Hospital Municipal. Concejal que inmediatamente, como así reconoce el acusado, se lo entrega en las fechas que figuran en los correspondientes recibos: 7 de abril de 1993 y 11 de mayo de 1993, decidiendo el acusado no dar el trámite correspondiente para su ingreso en las arcas municipales y procediendo a su depósito en un armario de la alcaldía. Como dice la STS de 25 de mayo de 1995 "Se alega que la entrega del primitivo cheque, constituye una donación, y por tanto, al no haber sido aceptada por la Corporación, no produjo efecto alguno. Sin embargo, frente a tal argumentación, hay que oponer que, de una parte, las donaciones de cosa mueble, y como tal, hay que estimar tienen tal cualidad todos los títulos, y entre ellos el cheque, según el artículo 632 del Código Civil, pueden hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada, y así ocurrió en este supuesto. Faltando este requisito no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma su aceptación. Y de otra, porque desde el momento en que el acusado recibe los caudales, se reputan ingresados en el organismo para el que se recibe...". Consecuentemente, perfeccionada la donación y percibida por el acusado la cantidad que la integra para su incorporación al erario público, desde ese momento se constituye en fondo de esta naturaleza, sin que sea necesaria, tal como propugna la defensa, la apertura del correspondiente expediente para su ingreso formal en las arcas del municipio, cuya titularidad expectante sobre la cantidad donada es suficiente para tal consideración pública.

3.- El funcionario o autoridad ha de tener a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos públicos que se sustraen.

El vigente código penal mantiene que el funcionario debe guardar con los caudales objeto de apropiación o distracción una determinada relación. Esta vinculación ha de consistir en que el funcionario tenga los caudales o efectos públicos "a su cargo por razón de sus funciones". Contrayéndose la cuestión a dilucidar si se debe dotar a tal expresión de un sentido estricto o amplio. En este punto divergen la interpretación doctrinal más estricta y la jurisprudencia que, como analizaremos, se decanta finalmente por la interpretación amplia. Para la primera, la concepción estricta resulta más acorde con el principio de interpretación restrictiva de los tipos penales y llevaría a exigir al funcionario en cuestión una competencia específica de conservación, custodia o inversión de los caudales o efectos. Por su parte la jurisprudencia fue vacilante en este particular, ya que la necesidad de que exista una función específica es recalca en las SSTS de 21 abril de 1885, 6 de junio de 1957, 8 de mayo de 1961, 16 de diciembre de 1987 y 29 febrero de 1988 (es preciso que la tenencia y disponibilidad se deriven de la función y competencia específica, pues de no ser así, la sustracción y disposición de fondos que se hallen en poder del funcionario por cualquier otra clase de relación dará lugar al delito de apropiación pero no al de malversación). Mientras que otras sentencias contradecían esta línea, como la de 17 de abril de 1966 (con ocasión de sus funciones), 23 de diciembre 1967, 20 de octubre de 1970, 26 de junio de 1989 (mero servidor de la posesión) y de 12



GENERALITAT  
VALÈNCIANA





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



GENERALITAT  
VALENCIANA

una política criminal coherente, y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración Pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración Pública, frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



GENERALITAT  
VALENCIANA

1958, 24 noviembre 1964, y 20 octubre 1970).".

En sintonía con la precedente doctrina y desde el punto de vista normativo, cabe reseñar que la facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos públicos con tal de que la autoridad o funcionario en la aplicación de sus facultades tenga efectiva disponibilidad material, le viene otorgada, como alcalde, por



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Haciendas Locales, art. 164 y siguientes. Disponiendo la primera de las citadas que "El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta, en todo caso, las siguientes atribuciones: f) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el art. 158.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y **su** importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 10 por 100 de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 por 100 de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior, ordenar pagos y rendir cuentas; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales...h) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar **su** nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre...". En cuanto a la segunda de las normativas locales reseñadas, cabe destacar el artículo 167 a cuyo tenor "1. Competen al Presidente de la Entidad local las funciones de Ordenación de Pagos", y el artículo 168 conforme al que "La expedición de las Órdenes de pago habrá de acomodarse al plan de disposición de Fondos de la Tesorería que se establezca por el Presidente que, en todo caso, deberá recoger la prioridad de los gastos de personal y de las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores."

Existió, pues, disposición, por parte del acusado, sobre caudales públicos a **su** cargo con ocasión del ejercicio de sus funciones como funcionario público en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Orihuela.

4.- La acción u omisión delictiva ha de consistir en la sustracción o en el consentimiento de que otro sustraiga. Hay que dejar aquí aclarado que, de tales dos posibilidades de ejecución de este delito, en el caso no se produjo la omisiva (consentir que otro sustraiga), sino la activa. Esa sustracción ha de ser realizada "con ánimo de lucro", elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el nuevo CP 95, pues no aparecía en el paralelo 394 del CP anterior, requisito que ha de ser interpretado, conforme a reiterada jurisprudencia, al igual que para otros delitos también patrimoniales (hurtos, robos, estafas), en un sentido amplio, que comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero. En este sentido las sentencias de 29-7-98 y de 17-12-98.

Por tanto, el elemento subjetivo de este tipo es el dolo, no cabe la comisión culposa. Comprendiendo el dolo todos los elementos objetivos del tipo, consistiendo por tanto esencialmente en el ánimo de apropiación definitiva, ánimo de tener la cosa como propia o *animus rem sibi habendi*. Consecuentemente, es preciso que la acción del agente sobre el objeto material indicado se realice "sustrayendo" el mismo, equivaliendo la sustracción a la apropiación sin propósito de ulterior reintegro, apartando los bienes públicos de **su** destino genuino. Pero como precisa la STS de 11 de octubre de 1999 el art. 432.1 "no exige como elemento del tipo delictivo el lucro personal del funcionario (o autoridad) sustractor, sino **su** actuación con ánimo de lucro, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. Como dice la sentencia recurrida, basta la intención "de aumentar el propio patrimonio o el ajeno mediante la incorporación al mismo de caudales públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones". En definitiva, ánimo de lucro propio o ajeno. Por tanto, no era necesario probar que...tuvo un beneficio patrimonial con su conducta malversadora de fondos públicos."



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

En cuanto a la determinación de cuál sea el ánimo del sujeto activo del delito, nos aclara la **STS de 25 de junio de 2001** que " debe efectuarla el Tribunal sentenciador mediante la ponderación de las circunstancias concurrentes que se declaren probadas, de cuyo análisis se obtiene el juicio de inferencia sobre la concurrencia del elemento subjetivo del ilícito que se plasma en la sentencia, y que en sede de casación a esta Sala sólo le compete verificar si el juicio de valor inferido respeta las máximas de la lógica, de la experiencia común y del recto criterio, toda vez que la función valorativa de los datos indiciarios corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia.". Y en orden a determinar esta finalidad, la **STS de 25 de febrero de 2000** nos dice que "el propósito de lucro surge desde el momento en que se ejecuta un acto de disposición de los bienes sobre los que ya no se detenta esa facultad propia del propietario, destinándolos a fines distintos de aquellos a los que estaban afectados legalmente, de manera que el disponer como propios de unos bienes o efectos que ya no lo son, vulnerando conscientemente las restricciones que prohíben esos actos de disposición dominical configuran dichos actos como constitutivos y reveladores de aquel "animus".", añadiendo la de **12 de junio de 2000** que "**El ánimo de lucro, se infiere racionalmente del aprovechamiento de los bienes sustraídos, que no han sido recuperados**" y la de **10 de mayo de 1999** que "con referencia al ánimo de lucro, se acredita, tanto del propio apoderamiento de los dineros públicos, como de la ausencia de constancia que el citado apoderamiento haya sido por otra finalidad distinta."

Y respecto de la denominada prueba indiciaria, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, de la que es exponente la de **11 de Diciembre de 1998**, reitera: " que la presunción de inocencia puede enervarse mediante prueba directa que acredite la participación del acusado en el hecho delictivo, pero que también puede llegarse a esa conclusión mediante la llamada prueba indiciaria o circunstancial, respecto de la que, no obstante, se ha prevenido la cautela y prudencia con que debe ser utilizada y, a tal fin, se han establecido unos requisitos de inexcusable respeto para la eficacia incriminatoria de esta clase de prueba indirecta. De entre dichos requisitos deben destacarse ahora el de la racionalidad de la inferencia y el de la expresión de la motivación. Efectivamente, es preciso que entre los indicios o hechos base y el dato a acreditar exista «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», conforme a lo requerido por el artículo 1253 del Código Civil. Este enlace entre los indicios plenamente acreditados y el juicio de inferencia, debe ser coherente y sin forzamiento, de tal manera que de aquellos hechos fluya de manera natural y lógica el resultado inferido, excluyendo este análisis intelectual cualquier tipo de duda razonable que permitiera alcanzar una conclusión alternativa distinta de la que obtuvo el juzgador, o, dicho de otro modo, «que los hechos base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente» (SSTS 31 octubre 1996, y 20 enero 1997 y 21 julio 1998)". En similares términos se pronuncia el Tribunal Constitucional (SSTC **189/1998** y **220/1998**).

Finalmente, en materia de carga de la prueba, nos dice la **STS de 10 de febrero de 1998** que "no puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios, porque sería casi siempre una prueba imposible". Luego es al responsable de los mismos, que los distrae, a quien le corresponde demostrar cuál fue su destino si aquéllos no aparecen, pues es normalmente el Único en condiciones de acreditar este extremo.

Aplicando la doctrina expuesta, pasaremos ya a expresar el proceso intelectual a través del cual, relacionando los datos fácticos probados con el material probatorio obrante en la causa, es decir, concretando las pruebas de cargo, llegaremos a la conclusión inferida de que el propósito del acusado fue apropiarse definitivamente de las



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

cantidades que, en su condición de funcionario público, le fueron entregadas para su ingreso en las arcas Municipales. Tal inferencia surge de las siguientes circunstancias:

1.-La entrega fraccionada de los 8.166.000 pesetas, por parte de la Hermana Bernardina al Concejal de Servicios Sociales para su empleo en fines de esta naturaleza, que, a su vez los entregó inmediatamente al acusado en las respectivas fechas de los recibos; este hecho es admitido por el señor Cartagena y confirmado por las declaraciones de los anteriores.

2.- Reconocimiento por el acusado de que guardó el dinero en el armario de la alcaldía, por lo que no se tramitó ningún expediente al efecto en el Ayuntamiento y nunca se ingresó en las arcas municipales; este hecho se confirma también por la declaración del Concejal de Servicios Sociales, al afirmar que no ingresó el dinero en el Ayuntamiento, porque así se lo indicó el Alcalde; este más que anormal proceder respecto de los fondos públicos recibidos, marginándolos voluntariamente y sin causa justificativa alguna del circuito reglamentario habitual, por si solo, ya coloca al acusado en la incómoda situación de tener que acreditar cuál fue su destino y que no se apropió de ellos con ánimo de haberlos como propios.

3.- Pretende explicar estos extremos, aduciendo que el dinero se lo entregó al señor Fenoll para la rehabilitación de las siete viviendas, derribo de chabolas e indemnizaciones a los gitanos ocupantes para que se marcharan, esta razón es asumida también por el coacusado Sr. Fenoll; pero desafortunadamente para ellos no existe prueba suficiente ni de la entrega de ese dinero, ni de esa presunta aplicación; considera la Sala, que la entrega de ese dinero por el señor Cartagena, no queda justificada por la existencia de los recibos obrantes a los folios 117,118 y 119 y la declaración del señor Fenoll, que admite la entrega, pues partimos de una primera irregularidad inicial del que fue alcalde, impidiendo la recepción oficial de la cantidad percibida, pero es que, además, esta suma tampoco tuvo reflejo en la contabilidad de la empresa Limplac-que por cierto sufrió un oportuno incendio que la hizo desaparecer-tal como se desprende de la declaración del administrativo de la empresa que según afirmó se limitó a guardarla en la caja fuerte, medio objetivo que hubiera permitido constatar la recepción por su representante legal, falta de constancia contable que nos confirma el socio de Limplac, el testigo señor Alcántara, que, aunque es verdad que mostró cierta animadversión respecto del Sr. Fenoll, su socio, con el que mantiene disensiones, sin embargo, es creíble en este particular al ser dato coincidente con la declaración del citado administrativo; por otra parte, la declaración de este administrativo- por cierto reciente empresario por cuenta propia desde mayo de 2001- por la que afirma que fue él quien rellenó los recibos y acompañó a su jefe al Ayuntamiento, por lo menos en dos ocasiones a recoger el dinero-las entregas se supone que fueron tres y este dato es de difícil olvido por parte del contable dadas las circunstancias concurrentes-no merecen fiabilidad a esta Sala, no en cuanto a que materialmente los pudiese rellenar, lo que es posible, sino en cuanto a la realidad de su fecha y la efectiva percepción del numerario, dada la condición de empleado del señor Fenoll durante largo tiempo, las dudas sobre el número de entregas y, como ya hemos anticipado, la falta de registro contable de esas sumas sin causa justificada para tal exclusión, sin olvidar el oportuno incendio; también nos llama la atención la declaración del que fue Concejal de Urbanismo y actual alcalde de Orihuela, este testigo, afirmó, en un primer momento, que las indemnizaciones a los gitanos se habían pagado por el Ayuntamiento y que vio unos recibos que el señor Cartagena le dijo que obedecían al dinero del Hospital, sin embargo, convenientemente aleccionado por el Ministerio Fiscal, de la posible comisión de un delito de falso testimonio, evidenció un notable cambio de actitud, desapareció su seguridad inicial y empezó por manifestar que el ayuntamiento lo que pagó fueron las viviendas y que no podía precisar si los



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

recibos que se exhibía eran aquellos que les dijo el señor Cartagena, en definitiva, su declaración es inhábil para dar por cierta la existencia de esos recibos ya en el año 1995, en que tomó posesión de su cargo; tampoco cabe olvidar que el señor Cartagena, tal como reconoce, y así lo confirma el anterior testigo, dice que se llevó los recibos a su casa, lo cual es ciertamente sorprendente, cuando resulta que se supone que se trataba de justificantes de pagos de obras públicas, obsérvese que en los recibos figura como pagador el Ayuntamiento de Orihuela, y cuando ninguna dificultad existía de tramitar un expediente *a posteriori* y dar respaldo legal a esa supuesta aplicación de los fondos públicos percibidos, y no nos vale que afirme que obró así por entender que eran fondos que había recibido como persona física por su amistad con la Congregación, pues consta suficientemente probado que la Hermana Bernardina, entregó ese dinero proveniente de la gestión del Hospital Municipal, que consideraba pertenecía al Ayuntamiento, al Concejal, por razón de su cargo y éste, a su vez, consultó con el entonces Alcalde, que le dijo que aceptase el dinero, luego no podía desconocer en qué condición se entregaba y lo recibía, siendo difícilmente admisible el error en la conducta del ex-alcalde-también médico y empresario-por su propia condición y que para el ejercicio de su cargo ha de estar provisto de unos conocimientos mínimos que le impiden excusar las responsabilidades inherentes a la ordenación de pagos y al manejo de caudales del Ayuntamiento; finalmente, tampoco parece normal que se entregue una importante cantidad, como son los más de 8 millones de pesetas, contra simples recibos y sin que se aportase por el contratista, por lo menos, las certificaciones de obra que justificasen el derecho al cobro en la parte supuestamente aplicada a la rehabilitación y los recibos justificantes de las entregas de las indemnizaciones a los gitanos, pues estas Últimas ya habían sido adelantadas por el señor Fenoll, tal como éste afirma en su declaración.

4.- Respecto de los derribos de chabolas y supuestos incentivos a los gitanos, ya nos dice el señor Fenoll, que entregó el dinero sin recibo alguno y que ya no sabe dónde se encuentran esos gitanos, justificación realmente pobre que la Sala no puede aceptar por su simple manifestación; en cuanto a las siete viviendas rehabilitadas, pese a lo que afirman los acusados, sólo una de ellas fue sensiblemente mejorada, tal como reconoce el Ingeniero Municipal, pero ello no justifica que lo fuese precisamente con parte de los fondos públicos discutidos, vistas todas las circunstancias concurrentes antes descritas que abogan por la inexistencia de la entrega del dinero al contratista, la falta de las correspondientes certificaciones de obra y a que según la memoria del proyecto no se especificaba cuáles debían ser las cuantías a aplicar a cada una de las siete viviendas, por lo que cabía que se beneficiase una de ellas en particular, y en cuanto al exceso sobre el presupuesto, más bien, cabe entender que respondió al deseo del contratista de mejorar la vivienda que iba a ser ocupada por familiares de la secretaria personal del entonces Alcalde. No puede dejarse en el olvido, que el señor Fenoll, era amigo personal del señor Cartagena desde hacía más de treinta años, tal como éste afirmó en el Plenario, y que, además, era Contratista de numerosas obras públicas y concesionario del servicio de limpieza, tal como consta por certificaciones y contratos obrantes en la causa. Circunstancias que también explican que el contratista se prestase a colaborar en la ocultación de la malversación llevada a cabo por el señor Cartagena, cuando probablemente por razón de disensiones políticas, surgió a la luz pública en el año 1998, la cuestión del destino de los fondos públicos percibidos por el que fue alcalde de Orihuela. En todo caso, aunque se admitiera, a efectos puramente dialécticos, que alguna pequeña parte de aquellos fondos fue a parar a dicha vivienda, seguiría existiendo la malversación en cuanto al resto.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

En definitiva, del análisis de las actuaciones y mediante la ponderación de las circunstancias concurrentes, se obtiene el juicio de inferencia sobre la concurrencia aquí de todos los elementos del delito de malversación del art. 432.1 CP, incluido el elemento subjetivo del ilícito, y que las imputaciones delictivas de la acusación eran acertadas en sus proposiciones, habiendo llegado la Sala a la convicción de que el imputado realizó la conducta sancionada en el tipo penal por el que se le acusa. Lo trascendente para poder ser autor del delito es tener el dominio funcional de todos los pasos necesarios para conseguir la apropiación de los caudales públicos y ninguna duda nos cabe, de que, efectivamente, el acusado tenía el dominio funcional y ostentaba la capacidad o poder de disposición sobre los fondos públicos. Caudales que han desaparecido y de cuyo destino no nos da explicación convincente, por lo que si además tenemos en cuenta toda la trama organizada para justificar su destino, la conclusión a obtener, a falta de demostración de que su finalidad haya podido ser otra, es que se apropió con ánimo de lucro de dichos caudales públicos, bien para él o, si se quiere, en beneficio de terceros, lo que, como antes hemos visto, no sería óbice para la subsunción de su conducta en el tipo delictivo imputado. Existió, pues, ilícita disposición sobre caudales públicos con ocasión del ejercicio de sus actividades como funcionario público.

**TERCERO.- El delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392 en relación con el artículo 390.1,2º del Código Penal, como delito imputado a ambos acusados.**

Esta proposición acusatoria del Ministerio Fiscal, nos plantea el problema de la denominada falsedad ideológica, a la que también aluden las defensas en sus informes como causa de exclusión de la tipicidad. A estos efectos, conviene traer a colación la **más** reciente jurisprudencia sobre el particular, vista la contradictoria línea decisoria seguida por la doctrina legal. Reseñaremos, en primer lugar, la STS de 28 de enero de 1999, pues nos aclara que "El legislador de 1995 ha decidido que la modalidad de falsedad ideológica definida en el art. 302.4º del Código Penal de 1973 y actualmente en el art. 390.4º del Código Penal de 1995 ("faltando a la verdad en la narración de los hechos") únicamente será penalmente sancionable cuando se cometa por autoridades, funcionarios públicos o asimilados, en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1º y 2º del Nuevo Código Penal), pero no cuando se realice por particulares tanto en documentos públicos, oficiales o mercantiles (art. 392), como en documentos privados (art. 395), pues para los particulares se excluyen de la descripción típica de los delitos de falsedad los supuestos comprendidos en el núm. 4 del art. 390, es decir los supuestos en que la falsedad consistiese únicamente en faltar a la verdad en la narración de los hechos. La despenalización de esta específica modalidad de falsedad ideológica ("faltar a la verdad en la narración de los hechos"), no determina la de cualquier falsedad de naturaleza ideológica, es decir que no afecte a la materialidad del documento. Esta será sancionable siempre que deba subsumirse en los demás supuestos típicos del art. 390, pues nuestro sistema penal no ha acogido el modelo italiano de distinguir expresamente entre falsedades ideológicas y materiales, sino que describe una serie de conductas típicas de falsedad, que pueden ser, según los casos, materiales o ideológicas, concepto, éste último, que por no tener expresa definición legal, tampoco es totalmente pacífico en la doctrina penal...Es cierto que las modalidades de falsedad se solapan en ocasiones, de modo que existen supuestos subsumibles al mismo tiempo en los números 2 y 4º del art. 390 (antes 9º y 4º del art. 302). Esta concurrencia era más frecuente en el sistema del Código Penal anterior, por su acentuado casuismo, pero también menos problemática, pues a efectos punitivos resultaba indiferente la incardinación de la conducta en una u otra modalidad, sin que en ningún caso la doble concurrencia pudiese determinar la comisión de **más** de



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

un delito de falsedad. Pero en el Nuevo Código la despenalización de la modalidad típica del art. 390.4º, cuando se realice por particulares, impone un estudio más detenido de la delimitación entre los supuestos incardinables en los apartados 2º y 4º, que no siempre resulta sencilla. En principio la diferenciación debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del art. 390 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento ("faltar a la verdad en la narración de los hechos"), sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica absolutamente inexistente. Pero lo cierto es que este criterio de diferenciación ha resultado polémico."

Este carácter polémico, ha sido puesto de manifiesto por la STS de 19 julio de 2001, al decirnos que "En este sentido, y en desarrollo de esta tesis, se ha señalado que un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva es decir la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir -con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido- presupone como realidad objetiva verdadera. Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumible en el número 2º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4º del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido". Frente a la tesis sostenida en las citadas sentencias, las SS.T.S. de 30 de enero y 26 de febrero de 1998 mantienen una postura diferente. En la primera se dice, entre otras cosas, que "Si se tiene en cuenta que la ley exige que la simulación del documento pueda inducir a error sobre la autenticidad, es preciso dejar en claro que auténtico es un documento en el que lo declarado pertenece realmente a quien lo suscribe asumiendo la declaración. Por lo tanto la simulación del documento en el sentido de los arts. 302.9º C.P. 1973 y 390.1.2º C.P. debe afectar la función de garantía del documento (confr. la citada STS de 18-3-91), es decir debe consistir en la atribución a otro de una declaración que no ha realizado o en la alteración de un documento auténtico de tal manera que lo declarado por quien lo suscribe asumiéndolo ya no sea lo que en realidad declaró". Y en la sentencia de 26 de febrero de 1998 (caso Argentia Trust) se expresa que "la factura para cuyo pago se efectuó la transferencia de fondos que ya ha quedado jurídicamente calificada no fue simulada sino auténtica -así hemos de considerarla al menos- en tanto fue reconocida como tal por quien la autorizó con su firma. Aunque no era verdad que la misma respondiese a los trabajos que en ella se referían, esta circunstancia no convertía en "simulada" a la factura sino, sencillamente, en mendaz".

Finalmente, la polémica ha sido zanjada por el Alto Tribunal, tal como refleja la STS de 26 de octubre de 2001, al sentar que "En primer lugar ha de señalarse que la doctrina mayoritaria de esta Sala, (S.S.T.S. de 28 de octubre de 1997, 28 de enero de 1999, 15 de octubre de 1999, 25 de septiembre del 2000, o 28 de octubre de 2000, núm.



GENERALITAT  
VALENCIANA





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

1649/2000 ,entre otras) ratificada en el Pleno de 26 de febrero de 1999 ,incardina en el párrafo segundo del art. 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente."

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, resulta que la actividad delictiva desplegada por los acusados, configura todos los elementos del tipo falsario material que se les imputa:

1.- Un elemento objetivo o material, consistente en la mutación o alteración de la verdad por alguno de los procedimientos o formas previstos en el Código Penal; en el presente supuesto, este elemento objetivo vendría dado por la emisión de recibos que no respondían a conceptos reales ni a un pago efectivo. Simplemente se confeccionaron con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación subyacente totalmente inexistente.

2.- Que la "mutatio veritatis" recaiga sobre extremos esenciales del documento, en este caso *recae* precisamente sobre la totalidad del documento, pues aunque los recibos son genuinos en el sentido de que su autor ciertamente es el representante legal de la mercantil Limplac SL, no serían auténticos, ya que pretenden acreditar documentalmente una operación totalmente inexistente, por lo que se trataría de un supuesto subsumible en el art. 390.1,2 del Código Penal de 1995, y no tendría encaje en el ámbito de las modalidades falsarias despenalizadas (STS de 26 de octubre de 2001). Sin olvidar, que también se hace constar la intervención del Ayuntamiento, cuando lo cierto es que éste no intervino como pagador.

3.- El elemento del dolo falsario, entendiéndose por tal la conciencia y voluntad de cambiar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no lo es, como elemento subjetivo del injusto que hace patente la maliciosa intención de lograr una ilegal finalidad. La mutación de la verdad, en el caso que nos ocupa, fue realizada por los acusados con el único propósito, fácilmente comprensible, ya expuesto en el anterior fundamento jurídico, de proporcionar cobertura a la ilícita disposición de fondos públicos efectuada por el señor Cartagena, con la intención de justificar el destino de esos caudales públicos que el citado acusado se apropió incorporándolos a su patrimonio. Simulación absoluta a la que, por motivos también antes reseñados, se prestó su amigo y contratista del ayuntamiento Sr. Fenoll,

Finalmente, sólo cabe precisar con la sentencia de 27 de julio de 2001 que "La falsedad documental no es un delito de propia mano en el que únicamente sea autor quien ejecuta física y personalmente la alteración del documento sino que deben reputarse autores todos aquellos a quienes les sea imputable jurídica y objetivamente la mutación relevante de la verdad que se ha decidido introducir en el documento. ...A efectos de la presunción constitucional de inocencia es indiferente que el recurrente sea autor directo o autor mediato, pues en cualquier caso su responsabilidad penal como autor es la misma.". Consecuentemente, la falsedad alcanza a ambos acusados.

#### CUARTO.- *Autoría y Participación.*

De los expresados delitos son respectivamente criminalmente responsables en concepto de autores los acusados, a tenor de los artículos 27 y 28 del CP, por haber efectuado voluntaria y directamente los hechos que los integran.



GENERALITAT  
VALENCIANA

## QUINTO.- *Circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal y penalidad.*



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

No concurren circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal. En cuanto a la individualización de la pena, como precisan la SSTS de 20 de Julio de 2001 y 27 de noviembre de 2000 "cuando el artículo 66.1' del Código penal se refiere a las circunstancias personales del delincuente está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto. Estos factores son de distinta naturaleza de los que integran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tal como se definen en el Código. Por ello **no** forma parte de estos componentes sociológicos-psicológicos la ausencia de antecedentes penales, ya que ello sólo sirve para descartar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y **no** siempre **su** ausencia se debe a la carencia de antecedentes sino a la naturaleza, tiempo y catalogación de anteriores comportamientos delictivos. En el proceso de individualización de las penas, deben jugar una serie de factores que actúen al margen de las regias más rígidas y formalistas que se establecen para el caso de que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La edad de la persona, **su** grado de formación intelectual y cultural, **su** madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, **su** comportamiento posterior al hecho delictivo y **sus** posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que **no sólo** permiten sino **que exigen** modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho que debe ser medida **no sólo** con **criterios** cuantitativos sino también cualitativos. El art. 66, regia primera, del Código penal, dispone que "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere **la** ley a aquellas circunstancias **fácticas** que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización **penológica**. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración **penológica** se produce no como consecuencia de esta regia primera del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la **vía** de la pura infracción de ley (art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)."

En este caso al acusado, Luis Fernando Cartagena, procede imponerle, por el delito de malversación de caudales públicos, la pena de prisión de tres años e inhabilitación absoluta por seis años solicitada por el Ministerio Fiscal, por lo que al imponerse en el mínimo legalmente posible, desde el punto de vista del acusado, no necesita mayor razonamiento( STS de 13 de diciembre de 1999). También se impone la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, para el delito de falsedad en documento



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

mercantil, esto es, la pena de prisión de un año y multa de seis meses con una cuota diaria de **5000** pesetas, pero como dice la STS de **30** de enero de **2001** “ sin que proceda la responsabilidad personal subsidiaria al aparecer condenado a pena de cuatro años de prisión, **por** lo que cualquier responsabilidad subsidiaria personal que se fijase, excedería del límite al que se refiere el art. **53-3º** del Código Penal, de conformidad con la doctrina de esta Sala que tiene declarado que no procede dicho arresto sustitutorio cuando la suma de la pena de prisión más los días de arresto sustitutorio exceden de los cuatro años. En tal sentido STS de 16 de Mayo de **2000**”; aclarando la STS de **30** de octubre de **2000** “ que el art. **53.3** C.P. excluye la imposición de responsabilidad personal subsidiaria cuando la pena privativa de libertad exceda de cuatro años, habiendo interpretado la jurisprudencia de esta Sala que esta limitación debe ser observada cuando el conjunto de las penas impuestas en una misma sentencia por delitos **conexos** rebasa esa extensión (por todas, STS de 30 de mayo de **1997**).” **Aquí** se impone la pena solicitada por la acusación y dentro del límite inferior, por lo que tampoco haría falta especial razonamiento, No obstante, teniendo en cuenta que la honestidad es aún más exigible en persona que ostenta un cargo público representativo, que sin embargo traicionó la confianza que en él habían depositado los conciudadanos que le votaron **y** teniendo en cuenta su especial relevancia pública y su actuación **prevaliéndose** de su condición oficial, para más fácilmente cometer el delito por el que ha sido condenado, desviando para su beneficio fondos destinados a prestaciones sociales, es justo merecedor de la, incluso benévola, sanción interesada por la acusación **y** que aquí **se le** impone. Al acusado Ángel Fenoll Pérez, se impone la misma pena que al anterior por el delito falsedad en documento mercantil, con accesorias legales y el correspondiente arresto sustitutorio, por colaborar en la ocultación de **un** delito que supuso el desvío de cantidades que deberían haberse dedicado a fines sociales. La cuota diaria de multa es perfectamente asumible por ambos acusados, dada su solvencia.

#### **SEXTO.- La responsabilidad civil.**

La responsabilidad criminal lleva consigo la civil (artículos **110, 112, 115 y 116** del C. P.). El artículo **115** del Código Penal, impone a los jueces y tribunales que declaran la existencia de responsabilidad civil, la obligación de establecer razonadamente las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución. En este caso, Luis Fernando Cartagena Travesedo, de conocida solvencia, indemnizará al Ayuntamiento de Orihuela en la cantidad malversada de **8.166.426** pesetas, equivalente a 49.081€, más los intereses procesales de dicha suma desde la fecha de esta resolución.

#### **SÉPTIMO.- Las costas.**

Las costas se imponen por ministerio de la Ley a los criminalmente responsables de todo delito (artículo **123** del CP).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLAMOS



GENERALITAT  
VALÈNCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Que condenamos al acusado, Luis Fernando Cartagena Travesedo, como autor criminalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos y de otro de falsedad en documento mercantil, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de tres años y inhabilitación absoluta por 6 años por el primero y a la pena de prisión de un año y multa de seis meses con cuota diaria de 5000 pesetas, más accesorias legales por el segundo, y a que indemnice al Excmo. Ayuntamiento de Orihuela en la cantidad de **8.166.426** pesetas, más los intereses procesales desde la fecha de esta sentencia. Igualmente condenamos al acusado Ángel Fenoll Pérez, como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año y multa de seis meses con cuota diaria de **5000** pesetas, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana, más accesorias legales. Se imponen al acusado Luis Fernando Cartagena Travesedo dos tercios de las costas causadas y el tercio restante al otro acusado.

Requiérase a los acusados para que abonen, en el plazo de quince días, las multas impuestas.

Se declara la solvencia de los acusados.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley, haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.



GENERALITAT  
VALENCIANA