

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

Palabras clave: malversación de caudales públicos, función pública, caudales públicos, estafa, apropiación indebida.

ENUNCIADO

Julia Pandora Peregrina, en su condición de secretaria del sindicato y administradora de «LUSAN», llevaba la contabilidad del mismo. Por ello, cuando se percibían subvenciones públicas para la realización de seminarios, cursos, conferencias, u otro tipo de actividades, la citada Julia, no sólo contabilizaba dichas cantidades, sino que estaba autorizada a disponer de las cuentas bancarias donde se ingresaba el dinero recibido, precisando para ello de su firma y de dos más.

Aprovechando su condición, en el año 2007, tras ingresar 100.000 euros en subvenciones públicas que debían destinarse a financiar cursos específicamente determinados, Julia, en lugar de hacer lo que debía, confeccionó documentos haciendo creer que personas (inexistentes) realizaron los cursos referidos, justificando, previa confección de otros documentos falsos, los pagos realizados a esas personas imaginarias. De esta fraudulenta manera Julia se quedó para sí con el dinero indicado.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es delito de malversación propia de caudales públicos?
2. ¿Es delito de malversación impropia?
3. ¿Es delito común patrimonial?

SOLUCIÓN

1. Nos planteamos con la primera cuestión si la condición de secretaria de Julia puede asimilarse a la malversación de caudales públicos del artículo 432, en relación con el 435.1.

Para que se pueda decir que nos hallamos ante la malversación propia, tenemos que distinguir cuatro cualidades en el sujeto activo:

Primera. Que se trate de un funcionario público en los términos del artículo 24 del Código Penal, o resultar asimilado a tal condición por la vía del artículo 435 del Código Penal. Según dispone el artículo 24.2 del Código Penal, es funcionario público «el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de la función pública».

Segunda. Un elemento de naturaleza objetiva. Que los caudales sean públicos por pertenecer o formar parte de la Administración pública.

Tercera. La especial situación o relación que ha de tener el funcionario público con el caudal que cae bajo su administración o disposición; que se interpreta no sólo por la atribución que la norma otorgue al funcionario público de manera expresa en cuanto a la disposición sobre el caudal, sino a toda disposición deducida de su actividad profesional con respecto al caudal que se le entrega, venga o no específicamente indicada, la acción o acciones que debiera realizar.

Cuarta. Que la acción punible sea «sustraer o consentir que otro sustraiga», describiéndose una acción activa o meramente omisiva. Con el lucro, concertado, no sólo en el enriquecimiento patrimonial, sino en toda conducta que proporcione el beneficio que sea. Y entendiendo que la omisión supone un quebrantamiento del deber de impedir, al consentir que «otro sustraiga».

Pues bien, visto o indicado lo anterior, analicemos si en la conducta de Julia se puede observar la concurrencia de los elementos del tipo del artículo 432 del Código Penal. Sí parece que nos hallemos ante la presencia de caudales públicos, pues las subvenciones percibidas para la realización de cursos entre las personas sindicadas tienen esa consideración. El dinero parece proceder del Estado. También parece concurrir el requisito del apoderamiento del dinero como algo inherente al lucro requerido por el tipo penal del artículo 432. Ahora bien, el hecho de que sea la contable, o secretaria del sindicato, con facultades de administración no significa necesariamente que sea la encargada de un fondo público. Julia podía disponer de los caudales públicos, pero siempre que a su firma autorizante se le añadieran dos más (léase el supuesto fáctico). Es verdad que lleva la contabilidad y que podía tramitar las subvenciones, pero eso no significa, a efectos legales, que fuera la encargada de los fondos públicos. Y ésta es la clave, pues, no obstante tener cierta disponibilidad, no ostenta el encargo expreso, singular y único, de la administración de esos fondos públicos. Y Julia no es, en sentido estricto, funcionaria pública. Por consiguiente, no puede cometer el delito del artículo 432, pues sucede, además, que, aun en el supuesto de que lo fuera, no puede interpretarse su comporta-

miento (inequívocamente delictivo) como del artículo 432 del Código Penal, porque, el hecho de que Julia sea lo que es dentro del sindicato, además de contable con cierta capacidad para gestionar los fondos que percibe, no significa que sea designada por la Administración como la persona encargada de los fondos públicos. Y hemos visto que este elemento es esencial para la consideración del sujeto activo, en función de la especial relación que debería tener Julia con los fondos percibidos por la Administración. Julia, por consiguiente, no es funcionaria y no ha sido encargada de la gestión de esos fondos públicos en el sentido requerido por el tipo penal del artículo 432.

2. La segunda cuestión trata de dar respuesta al hecho innegable de que Julia sí ha cometido un delito: ¿pero cuál? No es funcionaria, pero sí es una particular, y el artículo 432 en relación con el artículo 435.1 del Código Penal sanciona «a los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas». Julia se ha apoderado del dinero tras la falsificación de documentos, y lo primero que se nos viene a la cabeza es que hay un delito de apropiación y de falsedad en concurso. Pero como lo que hace especial la malversación de caudales respecto del delito común aludido (apropiación) es la especial confianza o fidelidad que se le exige al funcionario público respecto del caudal puesto a su disposición, lo cual agrava la conducta con relación a los delitos comunes patrimoniales, aun cuando no podamos aplicar el 432 por lo ya aludido más atrás, no obstante ello, es verdad que la conducta de Julia, siendo particular, parece encajar en el 435.1. No hay delito del 432, ¿pero lo hay del 435.1, entonces?

Ésta es la cuestión. El artículo 435.1 efectivamente hace extensiva la conducta del 432 al particular, como si lo asimilara al funcionario público a estos efectos. Julia es particular y ha quebrantado la confianza que se supone se tiene en el sindicato sobre ella. Ha quebrantado la fidelidad que se le presume y los fondos son inequívocamente públicos. Y hay un incuestionable ánimo de lucro. Pero no toda persona que tenga cualquier gestión sobre fondos públicos se convierte por ello en sujeto activo del delito del artículo 435.1 del Código Penal. Este precepto, al referirse a «encargados», parece exigir que el particular tenga el encargo expreso de la Administración del fondo. Es como si la Administración otorgara expresamente la condición de encargado del fondo al particular como requisito ineludible para la apreciación de delito de malversación impropia. Ya vimos que no cabe la malversación propia. Ahora, como se habrá deducido, estamos indicando los requisitos de la impropia para que el particular pueda asimilarse al funcionario público a los efectos de la aplicación del artículo 432.

Julia tiene un cargo de secretariado, y el fondo público no lo percibe directamente de la Administración, sino del sindicato. Por tanto, Julia no ha sido encargada de la gestión de los fondos de los que se apropiará. Sucede además que el apoderamiento del caudal requiere su naturaleza pública y la condición asimilable a la de funcionario público, y tal relación no existe, pues no hay relación entre Julia y la Administración, sino entre ésta y su sindicato. El artículo 435.1 está previsto para unos supuestos más específicos de especial vinculación entre el particular y la Administración que no se dan en este caso y la jurisprudencia interpreta muy restrictivamente esta asimilación entre el funcionario público y el particular encargado de fondos públicos.

En conclusión, debe entenderse que el hecho de que Julia haya percibido un dinero del sindicato (que no de la Administración), con ciertas facultades de gestión y de disponibilidad (mínima,

pues se requiere de tres firmas autorizantes) no le otorga la condición de particular, conforme indica el artículo 435.1, para la asimilación al comportamiento del funcionario público que cometiera el delito de malversación propia, en este caso, el caso del particular, como de malversación impropia del artículo 435.1 del Código Penal.

3. Esta cuestión es la lógica solución al caso. Como conclusión, por tanto, diremos que el resultado de la conducta delictiva de Julia se debe acomodar a los delitos patrimoniales comunes. Si se considerase que la aportación de la documentación falsa ha sido determinante para la concesión de la subvención, estaríamos ante el delito de estafa básica de los artículos 248 y 249 del Código Penal. De no apreciarse el engaño, entendiéndose que la subvención se ha percibido ya y que la documentación aportada es posterior a la percepción de la subvención para justificar los cursos no realizados con personas imaginarias, nos hallaríamos ante el delito de apropiación indebida. Amén del delito de falsedad en los documentos.

Julia no es la funcionaria en el sentido que reclama el artículo 25 del Código Penal y tampoco es asimilable al particular del artículo 435 del Código Penal, pues no se puede entender que su función derive de una especial asignación de la Administración sobre los fondos públicos en su persona por el Estado. Julia trabaja para el sindicato, no para la Administración, y sus facultades de actuación derivan de su relación laboral con el sindicato. Y esto unido al criterio jurisprudencial restrictivo de la aplicación del artículo 435.1 al 432 del Código Penal por asimilación de la función, nos indica que la conducta de Julia es común, no siendo, tampoco, de aplicación esa especial vulneración de la confianza o fidelidad que se le supone al ser funcionario público encargado de fondos y que agravada y distingue la conducta común de los delitos patrimoniales comunes.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 24.2, 248, 249, 432 y 435.1.
- SSTS 279/1999, de 26 de febrero; 915/1999, de 31 de mayo; 1404/1999, de 11 de octubre; 1840/2001, de 19 de septiembre; 875/2002, de 16 de mayo; 2193/2002, de 26 de diciembre; 310/2003, de 7 de marzo; 1514/2003, de 17 de noviembre; 7 de enero de 2004, y 79/2007, de 7 de febrero.