

PENAL	DISPOSICIÓN ILÍCITA DE FONDOS PÚBLICOS POR FUNCIONARIO (CASO PRÁCTICO)	Núm. 129/2005
--------------	---	--------------------------



JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

ENUNCIADO

Alberto Pájaras Lorenzana, mayor de edad, de profesión funcionario de carrera del ayuntamiento de Madagascar, con facultades de recaudador de tributos municipales y ostentando la plena confianza del Alcalde y del Secretario del Ayuntamiento, tras los muchos años de servicio en el Ayuntamiento, con intachable y eficaz labor hasta la fecha, con abuso de su cargo y de la confianza indicada cometió los siguientes hechos:

- a) Con ánimo de lucro, en fecha de 22 de abril de 2002, pasó a la firma de los autorizados, el Alcalde y el Secretario, un cheque por importe de 12.000 euros, que fue posteriormente ingresado en su cuenta corriente.
- b) Igualmente, en fecha de 26 de mayo de 2002, con idéntico propósito, haciendo creer al consistorio la existencia de una deuda, pasó al cobro la cantidad de 6.789 euros. Tras las firmas autorizadas, el cheque se hizo efectivo y se ingresó en su cuenta, nuevamente.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es delito de malversación de caudales públicos?
2. ¿Es apropiación indebida? ¿Es Estafa?
3. ¿Cuál es la figura homogénea con la malversación de caudales que castiga la conducta de Alberto?
¿Qué circunstancias modificativas de la responsabilidad penal concurren?

SOLUCIÓN

1. Se observan tres conductas en Alberto: dos son idénticas en confección, en dolo; sus elementos son idénticos; hay ánimo de lucro; hay desplazamiento patrimonial; se produce el abuso de confianza, pues se trata de un funcionario del ayuntamiento en quien confían el Alcalde y el secretario, únicos habilitados para autorizar la disponibilidad de los fondos del municipio... La tercera forma de actuar delicti-

va nos lleva a otra figura distinta de las anteriores que iremos desgranando a lo largo de la exposición del caso. Imitar o simular las firmas del Alcalde o del Secretario tiene otra connotación penal, otra significación jurídica, le da otro tipo penal al hecho.

Es importante centrar el tema diciendo que la conducta de Alberto consiste en realizar actos de apropiación, mediante el mecanismo de pasar a la firma de los autorizados los cheques, engañándolos, haciendo que firmen, levantando así el único obstáculo legal. No realiza actos recaudatorios, relacionados, por tanto, con lo que sería su actividad profesional, y tampoco se hallaba en la posesión material del bien apropiado. Esto es muy importante a la hora de pronunciarnos por la figura penal aplicable.

Observar que el artículo 432 del Código Penal (CP) sanciona como posible autor de un delito de Malversación de caudales públicos, a la autoridad o funcionario público que sustrajere o consintiere que un tercero lo haga, también con ánimo de lucro, los caudales o efectos públicos *que tenga a su cargo o por razón de sus funciones*. Es importante, por tanto, que tenga los caudales a su cargo o por razón de sus funciones, y la jurisprudencia, a este respecto, exige la detención material de los mismos, y en cuanto a la disponibilidad de los caudales, que lo sean por razón de sus funciones.

Alberto ni tiene la disponibilidad de los caudales ni los detenta materialmente. Sus funciones son de recaudación; pero, una vez recaudado el dinero, la disponibilidad del mismo es del Alcalde y del Secretario del Ayuntamiento, quienes, con sus firmas, sí pueden disponer de los bienes.

Los requisitos para que se pueda cometer el delito de malversación de caudales son: a) La cualidad de Funcionario Público. Incuestionable en Alberto, el caso le da la condición de tal, con funciones recaudatorias en el Ayuntamiento. b) Una facultad decisoria jurídica o de detención material de los caudales o efectos, ya sea de hecho o de derecho. Un facultad de disponibilidad. Algo de lo que carece Alberto, porque ni dispone materialmente de los dineros municipales ni los detenta materialmente. c) Los caudales han de ser públicos. Algo que sí se da en el caso, propio de los bienes de la administración. d) Se requiere el dolo genérico de conocer la condición de los caudales puestos a su cargo. Puede darse. e) La sustracción y el Apoderamiento. Si concurren. Como quiera que no se dan todos los requisitos, concluimos diciendo que sería equivocado sancionar los hechos de Alberto como delito de malversación de caudales públicos. Calificación desacertada.

2. ¿Lo correcto es hablar, entonces, de apropiación indebida del artículo 252 del CP? La expresión «Tener a su cargo», utilizada por el precepto penal de la malversación, implica, no sólo responsabilizarse de la custodia material de los bienes (obligación que no tenía Alberto), sino ostentar la facultad de que los bienes no puedan salir del Ayuntamiento sin su concurso (cosa tampoco posible en Alberto, cuya firma no autorizaba). Pero de las afirmaciones anteriores de falta de posesión de los caudales y de la posibilidad de disposición, no se infiere la apropiación indebida, pues, según dispone el artículo 252 del CP, es necesario que el dinero «lo haya recibido (el acusado) en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlo recibido», y nada de esto lo posee Alberto. Él es recaudador; pero no recibe el dinero que recauda en concepto de depositario, o comisionista, ni tiene que entregar o devolver en sentido estricto. Cuando se recauda el dinero por él, el dinero ingresa en las arcas municipales, desapareciendo el contacto o la disponibilidad de Alberto para con el bien, cumpliendo fielmente, hasta ese momento, con las obligaciones del cargo que ocupa o desarrolla en el Ayuntamiento de Madagascar.

La estafa se caracterizaría por el engaño, aparte del ánimo de lucro sí concurrente en el caso. La estafa sería de apreciar si probamos el engaño «bastante» y la «idoneidad del mismo». En caso contrario no. En el caso no parece describirse un engaño bastante o la idoneidad del mismo; sí parece sugerirse que la confianza que generaba Alberto en el Alcalde y en el Secretario del Ayuntamiento es la base de la facilidad mayor o menor en la actuación delictiva del sujeto activo. Se dice literalmente: «ostentando la plena confianza del Alcalde y del Secretario del Ayuntamiento, tras los muchos años de servicio en el Ayuntamiento, con intachable y eficaz labor hasta la fecha». Eso nos va a llevar, necesariamente, a la apreciación de agravantes del tipo penal más que a la existencia de los elementos constitutivos de la estafa.

3. No hay malversación; no hay estafa; no hay apropiación indebida... ¿Qué delito se supone que ha cometido el personaje? La actuación de Alberto supone un apoderamiento no violento de cosas muebles ajenas (dinero), con ánimo de lucro y por valor superior a 400 euros; por tanto, no parece desacertado definitivamente considerar el hecho como constitutivo de un delito continuado de hurto del artículo 234 del CP.

Hay una evidente homogeneidad entre el posible delito de malversación en caudales públicos (si se diere el caso) y el hurto. La jurisprudencia tiene señalado que «no existe vulneración del principio acusatorio al ser considerados delitos homogéneos el delito de hurto respecto del de malversación de caudales públicos, pues eliminando algunos de los elementos específicos que caracterizan esta última figura delictiva -la condición de funcionario público o asimilado, caudales o efectos públicos y que éstos se tengan por razón de sus funciones- cabe una condena por hurto o apropiación indebida, pues aquella acusación comprende todos los hechos constitutivos de estos otros delitos».

Es evidente que la conducta homogénea final, que castiga la acción delictiva de Alberto es la del Hurto. Homogénea respecto de la malversación de caudales públicos no aplicada por las razones expuestas.

Y, finalmente, hacer firmar al Alcalde y al Secretario, para, persuadidos de la buena fe de Alberto por la confianza que a ellos genera el funcionario y sus muchos años de servicio en el municipio, hace que la conducta sea agravada y no que sea de malversación de caudales por la razón de ser funcionario público. No sirve la confianza para otra cosa que para agravar su conducta, con base a lo estipulado en el artículo 22, apdo. 6.º (abuso de confianza), o también para aplicar el apdo. 7.º del mismo artículo (prevalimiento del carácter público de Alberto, funcionario recaudador del Ayuntamiento).

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6.º y 7.º, 234, 252 y 432.
- Ley 7/1985 (LBRL), art. 21.1 f).
- RD 2568/1986 (Rgto. de Funcionamiento de las Entidades Locales), art. 41.
- RDLeg. 781/1986 (TRRL), art. 163.1.
- SSTs de 14 de marzo de 1995, 30 de diciembre de 1996, 18 de marzo y 5 de abril de 2002, 18 de febrero y 7 de marzo de 2003 y 16 de marzo, 18 de octubre y 23 de diciembre de 2004.