

Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Sala Civil y Penal

Tribunal del Jurado nº 1/2007.

S E N T E N C I A

MAGISTRADO-PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Antonio Juan Castro Feliciano.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 9 de diciembre de 2009.

Vistos por el Excmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado para esta causa, D. Antonio-Juan Castro Feliciano, designado conforme a las normas de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de Mayo, el presente Procedimiento, Rollo núm. 1 de 2007, causa núm. 1 de 2006, instruida por la Magistrada Instructora de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, seguida por delito de malversación de caudales públicos, contra D. ESTEBAN BETHENCOURT GÁMEZ, nacido en Valle Gran Rey, (Santa Cruz de Tenerife) el 7 de agosto de 1949, hijo de Domingo y de Candelaria, vecino de Valle Gran Rey, sin antecedentes penales, con D.N.I. número 41.987.520-P, y de ignorada solvencia, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. María del Carmen Benítez López y defendido por el Letrado D. José Aníbal Álvarez García, en la que han sido partes acusadoras, el Ministerio Fiscal y D. Alberto Ezequiel Roldán Piñero, como Portavoz del Grupo Municipal Socialista de Valle Gran Rey, representado por el Procurador D. Tomás Ramírez Hernández y defendido en el acto del Juicio por la Letrada D^a. Pilar Rosa Felipe Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sus conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal estimó que los hechos que se le imputan a D. Esteban Bethencourt Gámez, son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1º del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo imponer a dicho acusado la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN CON INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS DE SUFRAGIO PASIVO, y NUEVE AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA PARA EL EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO Y PAGO DE COSTAS; el acusado indemnizará a la Tesorería del Ayuntamiento de Valle Gran Rey en la cantidad que en ejecución de sentencia se acredite serle debida, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de la acusación particular, se estimaron los hechos como constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.2 del Código Penal del que es autor el acusado D. Esteban Bethencourt Gámez, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitó se le impusieran las penas de OCHO AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA PARA EL EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO POR TIEMPO DE VEINTE AÑO, ABONO DE COSTAS, debiendo indemnizar al

Ayuntamiento de Valle Gran Rey en la cantidad objeto de malversación que se establezca en la sentencia, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- Por la defensa del acusado se consideró que D. Esteban Bethencourt Gámez, no ha cometido delito alguno, y, por tanto, los hechos que relatan no son constitutivos de infracción penal, por lo que procede dictar sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado D. Esteban Bethencourt Gámez, mayor de edad, y sin antecedentes penales, ejerce desde hace muchos años, el cargo de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento del municipio de Valle Gran Rey (La Gomera), y concretamente estuvo ejerciendo como tal entre los meses de octubre de 1998 a noviembre de 1999, ostentando, al mismo tiempo la condición de Diputado del Parlamento de Canarias durante los años indicados.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a su condición de Alcalde, el citado Sr. Bethencourt Gámez, desempeñó el cargo mencionado sin acogerse a la modalidad de dedicación exclusiva, optando por percibir su sueldo de profesor de EGB por lo que no podía percibir retribución o sueldo alguno por parte del Ayuntamiento, salvo las cantidades correspondientes por traslado al interior de la isla y fuera del municipio por las que podía percibir 35 pesetas por kilómetro si utilizaba su vehículo propio, así como los demás gastos que pudiera producirse tales como comida, o estancias, cantidades que se abonarían contra la presentación de facturas. Así mismo por traslado fuera la isla podría percibir, por cada día, 15.000 pesetas, más los gastos de desplazamiento, hotel, en su caso, y comidas oficiales. Las indemnizaciones por desplazamiento fuera de la isla se reducirían en un 50 por ciento cuando no se pernocte fuera del domicilio del desplazado.

TERCERO.- El acusado, Sr. Bethencourt Gámez, con la intención de obtener un lucro patrimonial para sí, cobró del Ayuntamiento de Valle Gran Rey en concepto de dietas y gastos de desplazamiento la cantidad de 8.383.000 pesetas, sin que en ningún caso justificase la razón, necesidad o utilidad de los desplazamientos efectuados, percibiendo en todo caso el 100 % de las dietas, aun cuando no pernoctara fuera de su domicilio, contabilizando entre ellos, sábados, domingos y días festivos.

CUARTO.- Una vez formulada querrela contra el Sr. Bethencourt Gámez y realizada auditoría en virtud de un informe de la Intervención sobre un descuadre producido en la cuentas del Ayuntamiento, el acusado ingresó en la caja del mismo la cantidad de 9.465,095 Euros; y ante el informe de la Audiencias de Cuentas procedió a ingresar 10.003,064 Euros, ingresando con posterioridad 4.776, 070 Euros, cuando nuevamente se le indica haberse detectado otro desfase.

QUINTO. - La Audiencia de Cuentas de Canarias y el Tribunal de Cuentas del Reino de España, como consecuencia de los reintegros realizados por el Sr. Bethencourt Gámez adoptaron los acuerdos de declarar que no procedía la exigencia de responsabilidad contable ni la existencia de ilícito de alcance respecto del mismo.

SEXTO.- El Sr. Bethencourt Gámez percibió aquella cantidad a pesar de que las destinadas en el presupuesto municipal para sufragar a indemnizaciones por razón de servicio ascendía a 11.126,832 pesetas, y las consignadas para "atención benéfica y

asistenciales, programas de atención al menor y a la familia”, era la de 10.496,408 pesetas.

SÉPTIMO.- Además de las dietas que el Sr. Bethencourt Gámez percibía del Ayuntamiento de Valle Gran Rey, el mismo cobró del Parlamento de Canarias en el periodo de tiempo al que nos referimos en concepto de asistencias y dietas en su condición de Diputado Autonómico la cantidad de 1.120.000 pesetas, si bien no consta la existencia de incompatibilidad para el cobro de dichas cantidades y las percibidas del Ayuntamiento de Valle Gran Rey.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados por el Tribunal del Jurado son legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.2 del Código Penal, al concurrir en la actuación del acusado los elementos integrantes del referido tipo penal.

Tal como ha puesto de relieve la jurisprudencia, entre muchas, STS de 22 de enero de 2004, para la apreciación de la existencia de este delito se requiere la sustracción de caudales públicos con ánimo de lucro, y que en la interpretación de este delito hay que ser especialmente riguroso con el control de fondos públicos por parte de quien tiene a su cargo la disposición de los mismo, por lo que no es preciso que se demuestre que tales fondos han sido aplicados a uso propio, por tratarse de una prueba imposible, sino que basta con que no se produzca la justificación de su pago. El término sustraer ha de entenderse en el sentido de “apropiación sin propósito de ulterior reintegro”, debiendo ser interpretado en sentido de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos, apartándolos de su destino para hacerlos propios. En definitiva comete delito de malversación quien, teniendo la responsabilidad de gestión de los fondos públicos por razón de sus funciones, no ofrece a la entidad pública a la que pertenece la correspondiente justificación de su destino con todas las formalidades legales que tales caudales exigen.

La jurisprudencia ha establecido los siguientes elementos de delitos de malversación público:

1º.- Es un delito especial, que solo puede ser cometido por Autoridad o funcionario público, que tiene a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos de que se trate, requisito que ha sido interpretado por la jurisprudencia de modo flexible, (ver entre otras, STS de 1 de diciembre de 2000).

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

3º.- La acción consiste en sustraer o consentir que otra sustraiga.

4º.- Es preciso la concurrencia del ánimo de lucro, exigido expresamente por el artículo 432.1 del Código Penal.

5º.- Solo es posible la comisión dolosa y no imprudente (STS de 18 de febrero de 2003).

Para la configuración del delito de caudales públicos es preciso la existencia de una especial relación entre el agente y los caudales y una conducta de aquel consistente en apropiarse, con ánimo de lucro, de los caudales o efectos públicos.

El requisito relativo a la facultad decisoria sobre los bienes, no requiere que los caudales sean entregados por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyen a un cuerpo de la Administración, bastando con que los caudales hayan llegado a poder de la autoridad o funcionario, con ocasión de las funciones que realiza, sin que se produzca la justificación de su pago; basta con que el funcionario tenga la posibilidad de la disposición de los caudales públicos, sea en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa del ente público, sea a causa de una situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (STS de 26 de diciembre de 2002). La cualidad de autoridad o funcionario público del agente lo suministra el artículo 24 del Código Penal, en el que no cabe duda, se incluye a los Alcaldes de todo municipio como miembro de la Corporación Municipal, debiendo entenderse que como Alcalde tiene una facultad decisoria jurídica de los caudales o efectos públicos, pues ello le viene otorgado por los artículos 21.1,F de la Ley de Bases de Régimen Local y artículos 164 y ss de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Tal como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1997, el tipo penal se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de Derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales o efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo u organismo al que pertenezcan, sino que basta que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizare el sujeto como elemento integrante del órgano público, es decir, lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura; la acción de malversar se consuma cuando se realiza el acto de disposición, refiriéndose el tipo penal no solo a los efectos, sino también a los caudales, y respecto de estos se debe entender que la infracción del deber del funcionario que se exterioriza en la sustracción y se consuma ya cuando se dispone de los fondos públicos.

Ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal del Jurado el hecho, que considera probado por el informe pericial aportado a la causa, que el acusado percibió del Ayuntamiento de Valle Gran Rey en el período que se indica la cantidad de 8.383.000 pesetas (no euros, como por error se hizo constar en el objeto del veredicto), sin que –por las propias manifestaciones del Sr. Bethencourt- se reconozca, tanto la falta de justificación en los desplazamientos, como que cobró el importe total de la dieta sin haber pernoctado, entendiéndose que los hechos revisten especial gravedad, teniendo en cuenta que el Sr. Bethencourt percibió aquella cantidad cuando las cantidades destinadas a indemnizaciones por razón de servicio consignadas en el presupuesto municipal ascendían a 11.126.832 pesetas, y las consignadas para “atención benéfica y asistenciales, programas de atención al menor y a la familia” era la de 10.496.408 pesetas.

La especial gravedad a la que se refiere el párrafo 2 del artículo 432 es, desde luego, un elemento valorativo que ha de hacer el Magistrado-Presidente, no un dato fáctico.

Se discute si la especial gravedad hay que tener en cuenta conjuntamente la cuantía y el daño o entorpecimiento producido al servicio público; en este sentido, la STS de 29 de Julio de 1998 es muy esquemática, distinguiendo tres supuestos: a) la pequeña cuantía nunca debe tenerse por grave; b) la cuantía considerables (por ejemplo, 100.000.000 pesetas), siempre será grave; y c) tratándose de la cuantía intermedia (10

o 18 millones de pesetas), habrá que combinarla con el entorpecimiento al servicio público.

En el caso que nos ocupa, tomando en consideración los 8.380.000 de pesetas que el Tribunal del Jurado fija como cantidad malversada, y que para atenciones benéficas y asistenciales y de atención al menor y a la familia se consignaban en el presupuesto 10.496.408 pesetas, y para indemnizaciones por razón del servicio 11.126.832 pesetas, la cantidad en que se lucró el Sr. Bethencourt Gámez ha de considerarse de especial gravedad, dados las comparaciones de de todas estas cantidades, de modo que, el lucro del acusado es ligeramente inferior a lo previsto para las atenciones benéficas indicadas, de modo que es lógico pensar que tales atenciones podrían verse incrementadas en su partida presupuestaria con cantidad superior si las percibidas indebidamente por el acusado no fueran de la cuantía indicada, tomando en consideración que el total de las presupuestadas para indemnizaciones por razón del servicio se fijaron en 11.126.832 pesetas, de las que el acusado utilizó más del 75%.

SEGUNDO.- La concreción de la prueba de cargo, exigida por el núm. 2 del artículo 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y por la garantía constitucional de la presunción de inocencia, viene reflejada en el caso objeto de enjuiciamiento por el análisis de las pruebas practicadas, y especialmente -como pone de relieve el Jurado en el Acta de Votación del Veredicto- por las coincidencias de las declaraciones del acusado, del perito y de los testigos; es el propio acusado el que, tal como pone de relieve el Jurado, reconoce la percepción de aquellas cantidades, manifestando la falta de justificación en los desplazamientos y admitiendo haber cobrado el importe de las dietas sin haber pernoctado fuera de su domicilio, como también lo reconocieron los funcionarios de la Intervención del Ayuntamiento de Valle Gran Rey, sin que se justifique dicho cobro por el hecho de que también lo hicieran los demás miembros de la Corporación y funcionarios del Ayuntamiento, lo cual supone una contradicción con la Base Novena de ejecución del presupuesto municipal, que solo autorizaba a percibir en estos casos el 50% cuando no se pernoctara fuera del domicilio. De todo ello el Tribunal del Jurado deduce, con lógica difícilmente rebatible, que los hechos se produjeron tal como se recoge en su veredicto; es decir, que a la convicción de estar probados los hechos tal como fueron declarados por el Jurado, se llegó a través de una actividad probatoria de cargo obtenida con todas las garantías y cumpliendo escrupulosamente los principios procesales de inmediación, oralidad y concentración, propias del proceso penal.

En definitiva, en vista de las pruebas practicadas, la concurrencia del ánimo de lucro no ha resultado discutible para el Jurado, derivándose el mismo de muy diferentes y variados elementos probatorios que exponen en el acta del veredicto (las declaraciones del propio acusado, del informe de perito y de las declaraciones de los testigos. El Tribunal del Jurado dice textualmente que “en la propia declaración del Sr. Bethencourt consta tanto la falta de justificación en los desplazamientos, como que admite haber cobrado el importe total de la dieta sin haber pernoctado; también lo dicen los funcionarios de intervención del Ayuntamiento que así lo declararon en sus testificales, en concreto D^a. Gloria Mendoza Cruz y D. José Miguel Hernández Marichal, y añadir que en la base novena se establece que sólo podía percibir el 50% cuando no pernoctara”, sin que –en contestación a la proposición quinta del objeto del veredicto- se admitiera por el Jurado que el Sr. Bethencourt “creyera que tuviera que justificar en su condición de Alcalde la razón, necesidad y utilidad de aquéllos (los desplazamientos), bastando con la anotación manuscrita en las tarjetas de embarque o pasajes utilizados de los días que se encontraba fuera de su localidad”.

TERCERO.- Se ha pretendido por la defensa del acusado introducir en el debate del juicio oral la posibilidad de la aplicación de la figura del error (vencible o invencible) en

la actuación del mismo, fundamentándolo en la creencia que, en su condición de Alcalde, no debía de justificar en una memoria explicativa la razón, necesidad o utilidad de sus desplazamientos, ya que su condición de primer regidor del municipio la ostentaba permanentemente y que nadie de intervención le puso al corriente de dicha obligación.

Parece que se está refiriendo a un error sobre un hecho constitutivo de la infracción pues, si en su condición de Alcalde, podía realizar los desplazamientos y estancias fuera del municipio los días que quisiera, es lógico concluir que, la no justificación de la razón y utilidad de las estancias fuera de la isla de La Gomera, es un elemento del tipo que determinaría la inexistencia del ilícito penal; es decir, que el error –invencible– sobre un elemento de la infracción penal, dejaría impune la acción (artículo 14. 1 del Código Penal), mientras que si el error fuera vencible, convertiría la infracción como imprudente.

Y no parece que el Sr. Bethencourt Gámez desconociera la normativa que, a lo largo de más de veinticinco años como Alcalde, ha venido rigiendo el gasto al que nos referimos en el Ayuntamiento de Valle Gran Rey; concretamente la Base Novena de ejecución del presupuesto municipal, que ha venido siendo aprobado y rigiendo durante muchos años establece con claridad respecto de las dietas y gastos de traslado que en los que se realicen fuera de la Isla, por cada dieta se abonarían 15.000 pesetas, más los gastos de desplazamiento, hotel, en su caso, y comidas oficiales, reduciéndose las indemnizaciones por estos desplazamientos en un 50% cuando no se pernocte fuera del domicilio del desplazado; sin que se pueda entender cómo el acusado, que es el que propone al Pleno del Ayuntamiento la aprobación de las Bases desconociera el contenido de las mismas.

En suma, no se aprecia la existencia del error, que supone el desconocimiento o conocimiento equivocado de un hecho; su apreciación, tanto como error vencible, como invencible, determinaría, sin duda, la impunidad del hecho enjuiciado, ya que este tipo delictivo no puede cometerse por imprudencia.

CUARTO.- Del expresado delito es responsable en concepto de autor el acusado ESTEBAN BETHENCOURT GÁMEZ, por la participación directa y material que tuvo en su ejecución (artículo 28 del Código Penal).

QUINTO.- En la realización del referido delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Para la concreción de la pena, y aún cuando el reintegro íntegro supone un acto contrario al delito ya consumado, que no resulta suficiente para dejar impone la conducta, sin embargo no puede carecer de toda relevancia a la hora de individualización de la pena. No se trata de que el hecho resultara menos culpable, pues nadie duda de la culpabilidad; se trata de que la culpabilidad, en cuanto a deuda contraída por el autor hacia la sociedad, puede ser compensada de significado constructivo; pero la restitución posterior de lo sustraído con intención definitiva no hace desaparecer el delito del artículo 432; sólo puede afectar a la responsabilidad civil y a la individualización de la pena.

Teniendo en cuenta tales parámetros, las penas a imponer han de ser las mínimas previstas en apartado 2 del artículo 432 del Código Penal, es decir, la de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo durante el tiempo de la condena, y diez años de inhabilitación absoluta para el ejercicio de cargo público

SEXTO.- Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, y las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los

criminally responsables (artículos 116 y 123 del Código Penal). Y entre las costas se han de incluir las de la acusación particular, dado que es regla general el incluirlas, salvo cuando la intervención de ésta haya sido notoriamente superflua, inútil o cuando las peticiones fueran absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal, cosa que, como se ha visto, no ha ocurrido, aceptándose la tesis agravada de dicha acusación.

La cuantía de la indemnización que el acusado ha de abonar al Ayuntamiento de Valle Gran Rey se determinará en ejecución de sentencia, dado los reintegros que ha realizado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

F A L L O

CONDENO al acusado **DON ESTEBAN BETHENCOURT GÁMEZ** como autor criminalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, del artículo 432. 2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **PRISIÓN DE CUATRO AÑOS, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PARA EL EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO POR TIEMPO DE DIEZ AÑOS, y pago de costas procesales, incluidas las de la acusación particular.**

El acusado indemnizará al Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera) en la cantidad que se determine ejecución de sentencia, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta resolución al acusado, al Ministerio Fiscal y a la representación de la acusación particular, haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra la misma recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta mi Sentencia, reflejo del veredicto del Tribunal del Jurado, lo pronuncio, mando y firmo.