



Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid
C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035
Teléfono: 914934580,914933800
Fax: 914934579

37051530



(01) 31184502570

N.I.G.: 28.079.00.1-2016-0138514
Procedimiento Abreviado 989/2016
Delito: Estafa
O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 01 de Majadahonda
Procedimiento Origen: Diligencias Previas Proc. Abreviado 584/2010

SENTENCIA Nº 505/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL

Ilmas./o Sras./Sr. Magistradas/o de la Sección 7ª

Dña. María Luisa Aparicio Carril

D. Francisco José Goyena Salgado

Dña. Ana Mercedes del Molino Romera

En Madrid, a veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

Vista en audiencia pública ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, por las Ilmas. /Ilmo. Sras. /Sr. Magistradas/o al margen expresados, el presente rollo penal de Sala, **Procedimiento Abreviado nº 989/2016**, derivado de las DPA 584/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Majadahonda y seguidos por un delito continuado de estafa, apropiación indebida y falsedad documental, contra el imputado:

[REDACTED]
[REDACTED] Nacido el 1 de enero de 1967. Con D.N.I. nº [REDACTED] 0307 [REDACTED] Hijo de Miguel y de Sebastiana. Natural de Madrid (Madrid). Con domicilio en c/



Madrid

Cañada Nueva nº 60, de San Lorenzo del Escorial (Madrid) Sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa.

Representado por la procuradora D.ª M.ª TERESA DE JESÚS JIMÉNEZ DE A PEÑA y defendido por el letrado D. JUAN JOSÉ PINDADO MERINO.

Siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL.

Asimismo, como Acusación particular el AYUNTAMIENTO DE LAS ROZAS DE MADRID, representado por la procuradora D.ª OLGA ROMOJARO CASADO y asistido por el letrado D. MIGUEL ÁNGEL SANTALICES ROMERO.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa cometido por funcionario, previsto y penado en el art. 438 en relación con los artículos 248, 249 y 74, y de un delito continuado de estafa, previsto y penado en los arts. 248, 249 y 74, todos del Código Penal y estimando responsable el mismo, en concepto de autor, a [REDACTED] sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitó se le impusiera las penas de 3 años de prisión; accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 4 años y pago de las costas.

Asimismo solicitó, que en concepto de responsabilidad civil, indemnice: a [REDACTED] en la cantidad de 200 €, a [REDACTED] en la cantidad de 4.750 €, a [REDACTED] en la cantidad de 100 €, a [REDACTED] en la cantidad de 360 €, a [REDACTED] en la cantidad de 150 €, a [REDACTED] en la cantidad de 150 €, a [REDACTED] en la cantidad de 500 €, a [REDACTED] en la cantidad de 250 €, a [REDACTED]

[REDACTED] en la cantidad de 200 €, a [REDACTED] en la cantidad de 358,95 € y a [REDACTED] en la cantidad de 430 €.

SEGUNDO.- Por la Acusación particular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa cometido por funcionario, previsto y penado en el art. 438 en relación con los artículos 248, 249 y 74; un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el art 252 en relación con el art. 74 y de un delito continuado de falsedad documental, previsto y penado en el art. 390.3, todos del C. Penal y estimando responsable el mismo, en concepto de autor, a [REDACTED]

[REDACTED] con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad agravantes de abuso de confianza y de autoridad, del art. 22.6 y 7 C. Penal y pidió se le impusieran las siguientes penas: Por el primer delito la pena de prisión de 3 años y accesoria de inhabilitación para empleo o cargo público por 4 años; por el segundo delito la pena de prisión de 6 años, multa de 18 meses con una cuota diaria de 10 €, con la responsabilidad personal subsidiaria de 2 día de privación de libertad por cada cuota impagada, y por el tercer delito la pena de prisión de 5 años y multa de 15 meses, con una cuota diaria de 10 €, con la responsabilidad personal subsidiaria de 2 día de privación de libertad por cada cuota impagada y la accesoria de inhabilitación para empleo o cargo público por 3 años y pago de las costas, incluidas las de la Acusación particular.

En cuanto a la responsabilidad civil el acusado indemnizará a los perjudicados, en las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia, con aplicación de los intereses legales del art. 576 L.E.C.

TERCERO.- La defensa del acusado, en igual trámite, mostró su disconformidad con los hechos y penas solicitadas por las acusaciones, solicitando la libre absolución de su defendido y alternativamente la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales vigentes, salvo el plazo para dictar sentencia, por acumulación de ponencias.

II.- HECHOS PROBADOS.

Examinada la prueba practicada se declaran como HECHOS PROBADOS:

A.- a) El acusado [REDACTED] mayor de edad, sin antecedentes penales y cuyos demás datos obran en el encabezamiento, fue nombrado consejero técnico de la Concejalía de Cultura del Ayuntamiento de Las Rozas, por decreto de fecha 28 de junio de 2007, con efectos del 1 de julio siguiente.

b) El acusado, en el año 2009, prevaliéndose de su cargo, concertó en nombre del Ayuntamiento de Las Rozas, una serie de actuaciones con artistas, no autorizadas por la Concejalía de Cultura, sabiendo que no se iban a realizar. Asimismo, en alguna ocasión, solicitó indebidamente dinero, en concepto de fianza, a cambio de que las mismas se llevaran a cabo.

Concretamente dicha actuación se materializó en los siguientes casos:

1º.- Con el "DÚO KAPICÚA" acordó su actuación, que aplazó hasta noviembre de 2009, no llegando, sin embargo, a realizarse, siendo compensado el grupo artístico por el Ayuntamiento, concediéndoles una actuación con posterioridad.

2º.- A través de [REDACTED] comprometió el acuerdo de celebrar varios conciertos de "KAMALA", que no se realizaron, ocasionándole a dicho grupo unos perjuicios de 6.136'44 €. Lo anterior fue compensado por el Ayuntamiento, por lo que no se reclama.

Por otra parte el acusado solicitó de [REDACTED] alegando problemas personales, 200 €, cantidad que le fue entregada y para cuya devolución emitió un cheque sin fondos, por lo que reclama dicha cantidad.

3º.- A través de [REDACTED] el acusado cerró actuaciones con "ARTEATRO", solicitando para ello la prestación de una fianza de 720 €,



depositada el 14-4-2009 y que hizo suya el acusado, sin que se llegaran a celebrar las actuaciones concertadas. Habiendo sido compensada por el Ayuntamiento dicha circunstancias con una función posterior. No se reclama.

Por otra parte y a título personal el acusado solicitó a [REDACTED] 1.000 €, que devolvió con un cheque sin fondos, si bien ha podido recuperar la perjudicada el dinero entregado, por lo que no reclama.

4º.- A través de [REDACTED] acordó con "ACRODANCE" tres representaciones, que no llegaron a celebrarse, lo que ya sabía el acusado. Por gastos de ensayos se reclama 4.500 €.

Por otra parte [REDACTED] entregó al acusado 50 € a título personal y 200 € para editar un vídeo del espectáculo, que tampoco llegó a hacerse. Reclama 4.750 €.

5º.- A través de [REDACTED] acordó con "LARRY" un concierto para octubre de 2009, que no llegó a celebrarse al no estar debidamente programado, siendo resarcido con un concierto en abril de 2010, en las mismas condiciones. No reclama.

6º.- A través de [REDACTED] convino con "TUTTI FERNÁNDEZ" unos conciertos, sabiendo que no tendrían lugar, solicitando una fianza de 380 €, que hizo suya. Compensado por la Concejalía con la concesión de un concierto, no reclama.

7º.- A través de [REDACTED] concertó el acusado con "ASOMBRAS" una campaña escolar y un espectáculo, a sabiendas de que no se celebraría, logrando la entrega de 180 € de fianza, que posteriormente le fue devuelta. No reclama al ser compensada con una actuación.

8º.- A través de [REDACTED] contrató con "LUCHO FERRUZZO Y CORCOBADO FLAMENCO" una función, solicitando, además, 600 € a título personal, alegando problemas personales, para cuya devolución entregó un cheque sin fondos. No reclama al haber cobrado.

c) El acusado solicitó a la empresa "DIYOVENG", que explotaba las máquinas expendedoras de bebidas, sitas en la Casa de la Cultura, así como en la Biblioteca de Las Rozas, Biblioteca de Las Artes, Biblioteca de Las Matas y



Auditorio de Las Rozas, diversas cantidades de dinero, firmando notas de entrega. Así entre 1-8-2007 y el 10-4-2009 obtuvo un total de 10.949'36 €, que hizo suyos.

Por el representante legal de "DIYOVENG" [REDACTED] nada se reclama, al haber sido compensada la deuda por el Ayuntamiento en las liquidaciones posteriores.

B.- El acusado, durante el 2009, solicitó diversas cantidades de dinero a personal que desarrollaba trabajos, actividades o funciones relacionados con la Concejalía de Cultura, alegando problemas personales o la realización de algún ofrecimiento o encargo, sin que procediera a su devolución.

De esta manera obtuvo:

1º.- De [REDACTED] vigilante, obtuvo 300 €, entregando en principio para su devolución un cheque sin fondos, si bien posteriormente le reintegró el dinero. No reclama.

2º.- A [REDACTED] técnico de sonido le encargó en enero de 2008 un trabajo de su especialidad, por importe de 1.050 €, dándole para pago un cheque sin fondos, no abonando dicho trabajo.

En marzo de 2009 le ofreció el acusado al [REDACTED] unas entradas a cambio de 120 €, que éste le entregó, sin que finalmente le entregara las entradas o devolviera el dinero.

No reclama.

3º.- [REDACTED] técnico de iluminación, le encargó dos trabajos por importe de 100 €, que no fueron abonados, por lo que reclama.

4º.- De [REDACTED] conserje, obtuvo 400 €, para cuya devolución el acusado le entregó un cheque sin fondos el 24-7-2009. La perjudicada no reclama.

5º.- De [REDACTED] conserje, obtuvo la cantidad de 360 €, que éste entregó en concepto de la venta de un ordenador, que le iba a conseguir el acusado, lo que no tenía intención de realizar, no entregándole el ordenador ni devolviéndole el dinero. El perjudicado reclama.

6º.- De [REDACTED] auxiliar administrativa, obtuvo 150 €, no devolviéndole el dinero. Reclama.

7º.- De [REDACTED] director de la Escuela de Música, obtuvo 500 €, que le pidió y que no le han sido devueltos. Reclama.

8º.- [REDACTED] del área de mantenimiento, le pidió 250 € para el arreglo del vehículo del acusado, los que no ha devuelto. Reclama el perjudicado.

9º.- A [REDACTED] técnico de informática, le ofreció el acusado, en mayo de 2009, conseguirle cuatro entradas para un concierto, a cambio de 200 €, no habiéndole entregado las entradas ni devuelto el dinero. Reclama el perjudicado.

10º.- De [REDACTED] trabajador del restaurante "LA BATUTA", le solicitó 400 €, entregándole para su devolución un cheque sin fondos. Reclama el perjudicado.

11º.- Desde finales de 2008 y durante 2009, el acusado fue realizando consumiciones en el restaurante "LA BATUTA", ubicado en la Concejalía de Cultura, por importe de 358'95 €. Su titular [REDACTED]

12º.- De [REDACTED] conserje, obtuvo 430 €, que no ha devuelto. Reclama el perjudicado.

El 24 de septiembre de 2009 el acusado fue cesado en su cargo.

C.- NO HA QUEDADO ACREDITADO que [REDACTED] utilizara el sello de la Concejalía de cultura en distintos documentos, careciendo de autorización para ello, ni que firmara la factura 7/09, de 4 de agosto de 2009, de "CORCOBADO FLAMENCO", por importe de 6.960 euros, en nombre de la concejala de cultura [REDACTED] sin que la misma tuviera conocimiento de la misma.

D.- Las presentes actuaciones presentan los siguientes hitos procesales:

- Por Auto de fecha 28-4-2010 se admite a trámite la querrela que da lugar a la formación de la causa.

- Por Auto de fecha 27-5-2013 se acuerda transformar las diligencias al procedimiento del Tribunal del Jurado.

- Por Auto de fecha 3-2-2015, dictado por la secc. 30 de la A. Provincial de Madrid, se declara la incompetencia del tribunal del jurado para el conocimiento de esta causa, devolviéndose la misma al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Majadahonda, para su transformación al Procedimiento abreviado.

- Por Auto de fecha 29-4-2015 se acuerda la transformación al Procedimiento abreviado.

- Por Auto de fecha 27-7-2015 se acuerda la apertura del Juicio Oral.

- Por Auto de fecha 10-6-2016 se declara competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial.

- El 24-6-2016 se reciben las actuaciones en esta Sección, señalándose para juicio el día 23-5-2017.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PREVIO.- Los hechos declarados probados se han establecido en función de la práctica de prueba de cargo, regularmente traída al juicio, apta para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución española y sujeta a los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad.

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados, conforme a la prueba obrante en autos, son constitutivos de un delito continuado de estafa, en su modalidad de cometido por un funcionario público, abusando de su cargo, previsto y penado en el art. 438, que absorbería al estafa ordinaria, previsto y penado en los arts. 248 y 249, en relación con el art. 74, todos del Código Penal, en su redacción anterior a la operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, no siendo

la actual redacción de los delitos enjuiciados más favorable, a los efectos de su aplicación retroactiva.

A.- Conforme a los hechos declarados probados, procede hacer una única calificación típico penal, de la conducta del acusado, teniendo ésta en común la propia de la estafa.

Así por una parte la conducta prevista en el art. 438 C. Penal, que supone una modalidad agravada del delito de estafa, cuando ésta la realiza una autoridad o funcionario público, abusando de su cargo. Y por otra la conducta tipificada en los arts. 248 y 249 C. Penal, propia de la estafa ordinaria.

a.- En relación al primer delito, como señala la STS 4-2-2002: "Se produce un perjuicio para toda la Administración porque se quiebra el correcto desempeño de las funciones públicas y con él la confianza que los administrados deben tener en la Administración, lo que justifica la especialidad del bien jurídico protegido, con independencia de los intereses privados perjudicados, y explica el plus de agravación penal. Quien está obligado por su profesión a garantizar el respeto al ordenamiento jurídico (art. 103 de la Constitución, que contiene los principios de actuación de la Administración), no puede convertirse en su transgresor."

Señala la citada sentencia los requisitos específicos de este delito, apuntando los siguientes: a) Que el sujeto activo sea funcionario público de acuerdo con la definición legal del art. 24 y b) Que se verifique un abuso de su cargo para la perpetración del delito de estafa, debiendo entenderse tal abuso como una efectiva facilitación para la comisión del delito, ello desde una doble perspectiva: ya porque el funcionario sea competente para el acto en el que se produce el engaño, o bien en casos en el que [para] el acto en concreto carezca de competencia pero se le atribuye, pues en ambos casos se da el abuso de funciones, bien cuando el engaño se produce en relación a un acto para el que es competente, o bien cuando se aparenta una competencia que no se tiene sobre el pretendido acto.

Precisaba, igualmente, dicho elemento del tipo del aprovechamiento de la condición de funcionario, la STS 29-1-1999, al señalar: "No es preciso que el

acusado actúe en el ámbito estricto de sus funciones, sino que basta que sea funcionario público, que su actuación comprometa los intereses públicos y que se aproveche de su condición de manera que su cargo le facilite la comisión de las infracciones patrimoniales enjuiciadas, para así obtener un lucro.”

No cabe, por otra parte, que la actuación del acusado, en lo que se concretará más adelante ha supuesto un perjuicio, desde luego para el Ayuntamiento, que ha visto desmerecer su seriedad y actuación conforme al ordenamiento por la actuación del acusado, habiéndose visto en la necesidad de ofrecer a los artistas y compañías defraudadas una compensación, en forma de nuevas programaciones posteriores. Programaciones que, igual de haberse seguido el curso reglamentario, no se habrían concertado. Y por otra parte la actuación del acusado también ha supuesto un perjuicio moral, al margen de haber sido compensados económicamente o mediante una posterior contratación, para los artistas, que se han visto utilizados por un fin de lucro ilícito del acusado.

El acusado, en la fecha de comisión de los hechos, ostentaba la condición de funcionario público.

Dicha actuación delictiva tiene el carácter de continuada, de conformidad con lo que dispone el art. 74 C. Penal.

b.- Por otra parte comete estafa, dice el art. 248 C. Penal, el que, con ánimo de lucro, utilizare engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Citando, por todas, la STS de 10 de febrero de 2015 : "El delito de estafa precisa como elementos esenciales los siguientes: 1) un engaño precedente o concurrente; 2) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la situación real; 4) un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; 5) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio a la víctima y 6) ánimo de lucro.

En relación con el engaño cabe precisar, como señala la STS de 14 de octubre de 2014 que: "El delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo, que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El art. 248 del C.P. exige que el engaño sea bastante, en referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que provoque el error origen del desplazamiento patrimonial. Es decir, aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La jurisprudencia ha resaltado dos aspectos respecto al engaño. En primer lugar, ha de ser idóneo, lo que exige tomar en consideración, por una parte su objetiva potencialidad para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, es decir, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquel ha de ser precedente o, al menos, concurrente al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial".

Dicha actuación delictiva tiene el carácter de continuada, de conformidad con lo que dispone el art. 74 C. Penal.

B.- Como ya apuntábamos, discrepa la Sala de la doble calificación penal de los hechos, que plantean las acusaciones, como sendos delitos de estafa del art. 438 C. Penal y de estafa ordinaria del art. 248 C. Penal, a castigar en concurso real.

Por el contrario entendemos que, aun cuando puedan jurídicamente diferenciarse ambos tipos penales, la conducta del acusado y su proyección en los sujetos pasivos, debe considerarse como una única conducta de estafa continuada, realizada con igual propósito y ocasión, a resolver por el principio de

especialidad y por lo tanto atendiendo al tipo penal previsto en el art. 438 C. Penal.

En relación a este delito del art. 438 C. Penal, el acusado reconoce que fue contratado como asesor de la Concejalía de Cultura del Ayuntamiento de Las Rozas, desarrollando dicha función entre el 1 de julio de 2007 hasta el 21 de septiembre de 2009.

Las funciones que realizaba, tanto por las que reconoce el acusado como por las que señala la testigo [REDACTED] Concejala de Cultura en el momento de ocurrir los hechos y que fue quien le contrató, determina que, conforme al art. 24.2 C. Penal, tuviera la condición de funcionario público, dado el concepto más amplio que el administrativo, que acoge el C. Penal, no exigiendo las notas de incorporación ni permanencia, sino solo la mera participación en la función pública. Dicha condición de funcionario público no es cuestionada por la defensa.

El funcionamiento de contratación y órganos competentes fue explicado en la vista por la citada testigo [REDACTED] existía una mesa de programación, que examinaba las propuestas y decidía qué compañías se iban a contratar, dependiendo del presupuesto. Se hacía la reserva de crédito, que aprobaba la Junta de Gobierno, y si se aprobaba pasaba a la firma del Sr. Alcalde, tras pasar por Intervención. Una vez firmado el contrato y la reserva de crédito, se solicitaba de Tesorería el talón y con este se pagaba el día de la actuación, firmando el recibí.

En el ámbito de las competencias del acusado, pero al margen del procedimiento establecido y de la potestad encomendada, igualmente sin capacidad o potestad para de manera unilateral hacer programaciones, el acusado contactó o recibió alguna oferta, de diversos artistas o compañías, concertando en nombre del Ayuntamiento de Las Rozas o de la Concejalía de Cultura de dicho Consistorio, una serie de actuaciones, no autorizadas por dicha Concejalía o, en su caso, por el Ayuntamiento, a sabiendas de que no se iban a realizar, pero haciendo creer a los contratados, por el puesto que ocupaba, que sí se realizarían en las fechas fijadas.

Del examen de los testigos afectados, que han depuesto en el acto de la vista, y de la declaración de la que fue concejala de cultura y documental aportada a las actuaciones, queda acreditado que el acusado concertó las actuaciones con las compañías y artistas que se relacionan en el relato de hechos probados: "DUO KAPICÚA", "KAMALA", "ARTEATRO", "ACRODANCE", "LARRY MARTIN", "TUTTI FERNÁNDEZ", "ASOMBRAS" Y "LUCHO FERRUZZO Y CORCOBADO FLAMENCO", que no se celebraron en las fechas concertadas por el acusado, si bien, salvo en dos casos, y una vez puesta al descubierto la actuación del acusado, fueron compensadas por el Ayuntamiento programando otras representaciones.

En los casos de "ARTEATRO", "TUTTI FERNÁNDEZ" y "ASOMBRAS", el acusado solicitó fianzas, respectivamente de 720 euros, 380 euros y 180 euros, no devolviendo las dos primeras, haciéndolas suyas.

Dicha actuación queda acreditada a la vista, como hemos señalado de las testificales ofrecidas por los perjudicados, respecto de los que no se aprecia ningún móvil espurio de resentimiento, máxime cuando muchos de ellos no reclaman ni se han personado como acusación particular, explicable, por otra parte porque fueron compensados por el Ayuntamiento.

En cuanto a la testigo [REDACTED] respecto de la que el acusado manifiesta haber mantenido una relación sentimental, que ahora es de enemistas, no se aprecia tampoco un ánimo espurio que vicie o haga dudar de la veracidad de su declaración, al ser conteste con las de los demás testigos y documental aportada.

Dentro de la actuación en su condición de funcionario público, tiene unas características distintas, la relativa a la empresa "DIYOVENG", que explotaba las máquinas expendedoras de bebidas sitas en la Casa de la Cultura, en la Biblioteca de Las Rozas, en la Biblioteca de Las Artes, Biblioteca de Las Matas y Auditorium de Las Rozas.

El acusado solicitó a dicha empresa diversas cantidades de dinero, obteniendo entre el 1-8-2007 y el 10-4-2009 un total de 10.949'36 euros, que

hizo suyos, habiendo sido compensada la citada compañía en las liquidaciones posteriores por el Ayuntamiento.

Lo anterior resulta acreditado a la vista de la declaración del testigo [REDACTED] legal representante de la empresa "DIYOVENG", quien explicó que tenían un acuerdo con el Ayuntamiento para suministrar máquinas expendedoras, remitiéndoles todos los meses un resumen del rendimiento. Si se generaba un saldo positivo a favor del Ayuntamiento se les comunicaba y se les liquidaba con productos o comprando algún material, no liquidándose nunca el saldo con dinero en efectivo. Manifiesta que el acusado se les dirigió, diciendo que era el que llevaba la gestión de las máquinas, por lo que le pasamos los saldos de la Concejalía de Cultura y al cabo de un tiempo empezó a pedir dinero en efectivo, y al decirle el testigo que eso no era así, le contestó que ahora sí lo era y que iba en representación de la concejala de cultura y en consecuencia le entregaron alrededor de 11.000 euros.

La declaración del testigo nos merece credibilidad, desde el momento en que no hay motivos para dudar de lo que dice, máxime cuando nada reclama al haber sido compensado por el Ayuntamiento. Resulta, además, avalada por la declaración de la [REDACTED] que confirma que no recibían dinero en metálico, sino en especie.

El acusado reconoce la concertación con las citadas compañías y que en alguna ocasión les pidió un depósito, así como que actuaron, extremo este que hay que matizar en cuanto que dichas actuaciones lo fueron con posterioridad a su cese y como fórmula de compensación por los perjuicios ofrecida por el Ayuntamiento. En cuanto a lo de las máquinas expendedoras, manifiesta que estas generaban unos royalties, que no iban al Ayuntamiento, sino a la caja de la Concejalía de Cultura y que con ese dinero se pagaban actos culturales y otros pagos, como los de la costura de los trajes de Navidad. Dicha justificación no se acredita, más allá de las manifestaciones del acusado, siendo negado por la testigo [REDACTED] que tan solo reconoce que había una caja con entre 100 y 300 euros, para pequeños gastos y que manejaba alguna de las secretarías.

En consecuencia, la Sala considera acreditado que el acusado, con su actuación, en el ámbito del desempeño de las funciones públicas para las que había sido contratado, incurrió en el delito previsto en el art. 438 C. Penal.

C.- Como ya indicábamos, otra parte de la conducta que se imputa al acusado se desenvuelve en la esfera de lo privado, pero no siendo ajena a su condición de funcionario aunque no se prevalezca o utilice específicamente dicha condición, pero sin que, por otra parte, dicha condición personal se difumine diferenciadamente, ni por parte del sujeto activo ni por parte de los sujetos pasivos.

En cuanto al acusado por que si bien no se prevaleció, como en los supuestos analizados en el apartado anterior, de su condición y potestad de actuación de funcionario, no dejaba de revestir dicha condición a la hora de realizar los dos supuestos, que como señalaremos, integran sendas conductas de estafa. Y ello es así por cuanto a todos los lue se dirigió solicitando dinero --aunque no traspasara el ámbito civil-- u ofertando la venta de un ordenador o de unas entradas para un espectáculo, eran empleados o personas directamente relacionadas con el Ayuntamiento. Por otra parte, desde la perspectiva de los sujetos pasivos, no podían dejar de ver en el acusado su condición de funcionario público, aun cuando las peticiones u ofertas realizadas, no se realizaran como consecuencia de las funciones de gestión que tenía como funcionario.

Queda acreditado, pues en parte es reconocido por el acusado y después contamos con el testimonio de quienes recibieron peticiones de dinero, que el acusado le solicitó diversas cantidades, que aparecen reflejadas en el relato de hechos privados. Parte de dichas peticiones se realizaron con ocasión de las actuaciones concertadas, que hemos examinado antes. Así solicitó dinero a [REDACTED] (200 €), que no ha devuelto, a [REDACTED] (1.000 €), que recuperó, a [REDACTED] (50 €), que no ha devuelto, a [REDACTED] (600 €), que no reclama.

Por otra parte y a distintas personas, relacionadas con él, por trabajar en el Ayuntamiento o realizar alguna actividad relacionada con la función cultural que desempeñaba el acusado, pidió y recibió distintas cantidades: A [REDACTED]

[REDACTED] (200 €), que ha recuperado, a [REDACTED] (400 €), que no reclama, a [REDACTED] (150€), que no ha devuelto, a [REDACTED] (500 €), que no ha devuelto, a [REDACTED] (250€), que no ha devuelto, a [REDACTED] (430 €) que no ha devuelto, y en fin, a [REDACTED] (400€) que no ha devuelto.

Todas estas cantidades de dinero, a la vista de las explicaciones dadas por el acusado, en el sentido de que fueron peticiones a título personal, motivadas por la mala situación en la que se encontraba, económica y sentimentalmente, de los propios afectados, que también viene a reconocer que fue a título personal, e incluso algún testigo como un préstamo, no presentan sino dicho carácter de un préstamo, que en algunos casos no ha sido devuelto por el acusado, en otros casos sí o no se reclama, que deberá dilucidarse en la vía civil, ya que dicho incumplimiento no revela el uso de un engaño por parte del acusado con relevancia penal, ni siquiera en los casos en que posteriormente entregó un cheque sin fondos, pues ello no es prueba más que del incumplimiento de la obligación de devolución del dinero prestado, siendo las razones por las que lo pedía simples excusas para justificar la petición, pero no una artificiosa maquinación con la citada relevancia penal y mucho menos como un plan preconcebido para estafar a una serie de personas.

En otros casos recibió dinero por otras causas. Así a [REDACTED] técnico de sonido, de encargó en enero de 2008 un trabajo de su especialidad, por un importe de 1.050 €, que no ha hecho efectivo, así como tampoco el ofrecimiento, como parte del precio de dos entradas, por valor de 120 €; a [REDACTED] le encargó dos trabajos de su especialidad (técnico de iluminación), por importe de 100 €, que no ha abonado, en este caso nos encontramos con los correspondientes incumplimientos contractuales, que deberán tener su respuesta en dicha vía civil.

E igualmente debemos dar dicha respuesta respecto de los 358'95 €, que reclama [REDACTED] como propietario del restaurante "LA BATUTA", en el que el acusado acumuló diversas consumiciones dejadas a pagar.

En definitiva, como tiene señalado el Tribunal Supremo, no todo incumplimiento tiene la naturaleza de un ilícito penal, no traspasando, como en los casos reseñados, la condición de ilícito civil que debe tener su ajustada respuesta y satisfacción en la Jurisdicción de dicha naturaleza.

D.- Hay, sin embargo, dos supuestos en los que sí considera la Sala que la conducta del acusado si tiene relevancia penal. Se trata de la venta de un ordenador a [REDACTED] por lo que éste le entregó 360 €, sin que el acusado haya hecho entrega del ordenador ni devuelto el dinero. Y el otro caso es el de [REDACTED] a quien ofreció el acusado conseguirle cuatro entradas para un concierto de AD/DC, entregándole 200 €, no recibiendo ni las entradas ni devuelto el dinero.

En ambos casos el acusado no ha dado una explicación convincente, pues o lo niega o manifiesta no recordarlo. No tenemos razones para dudar de lo que afirman los testigos, máxime si tenemos en cuenta los demás casos, alcanzando la Sala el convencimiento de que, en estos dos casos, desde un principio el acusado no tenía intención de entregar los objetos ofrecidos, percibiendo, sin embargo el dinero, que era lo que quería a fin de lucrarse. En estos dos casos, a diferencia de los anteriores, meros incumplimientos, mejor o peor adornados con una excusa, el acusado no ha acreditado que tuviera o estuviese en condiciones de entregar los objetos (ordenador y las entradas), por la que pidió y obtuvo el dinero, y ello porque no era su intención hacer dicha entrega.

Respecto de estos dos supuestos concretos, la conducta del acusado cabe ser integrada en el delito continuado de estafa, ya definido, del art. 438 C. Penal.

En definitiva, a juicio de la Sala, la actuación del acusado, actuando en unos caso desde su condición de funcionario público, con la finalidad lucrativa ya expuesta y en otros caso desde una perspectiva particular, con igual finalidad, sin embargo se desarrolla en una especie de todo, en el que resulta difícil, para el sujeto pasivo, en cada caso, discernir la condición de funcionario público y la condición particular. En el caso de las estafas genéricas apreciadas por la Sala, aun cuando el acusado no actuó como funcionario público, no dejaba de ostentar de cara a terceros tal posición, de manera que no dejó de aprovecharse el acusado

de ello y los sujetos pasivos de las estafas genéricas así lo veían y era la razón de que se diera la ocasión de relacionarse con aquél, creyendo que por su condición de consejero técnico de la Concejalía de Cultura, tenía la posibilidad de hacer efectivas las ofertas realizadas.

Por lo expuesto deberá ser castigada su conducta conforme al delito más grave, esto es, el tipificado en el art. 438 C. Penal.

E.- No ha quedado acreditado la comisión de un delito de falsedad documental, previsto y penado en el art. 390.3 C. Penal.

Castiga dicho precepto al funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad, entre otras modalidades, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

Concreta la Acusación particular dicho delito en la imputación de haber utilizado en esas fechas, el sello de la Concejalía de Cultura en distintos documentos careciendo de autorización para ello y actuado en numerosas ocasiones en nombre de la Sra. Concejala de Cultura, [REDACTED] firmando facturas en su nombre, entre ellas la nº 7/09 de 4 de agosto de 2009 de Corcobado Flamenco, por importe de 6.960 €, sin que la misma tuviera conocimiento de ello.

La imputación que se hace adolece de dos defectos para que pueda ser estimada. En primer lugar su inconcreción en fechas y ocasiones, a salvo la individualización de una factura. Y por otra parte la palmaria falta de prueba. No existe prueba pericial al respecto, especialmente en relación a la controvertida factura 7/09, y tampoco ningún testigo se ha aportado que haya visto usar indebidamente el sello de la Concejalía por parte del acusado. Tan sólo un testigo, el representante de "DIYOVENG", manifestó que le dijo el acusado que iba en representación de la concejala, pero esto no supone una falsedad documental. Y en cuanto a la falsificación de la firma de la concejala de cultura, ni esta lo ha manifestado así, ni el acusado lo reconoce ni ningún testigo ha visto dicha acción. Respecto de las facturas 7/09 y 8/09 tanto la testigo [REDACTED] como el testigo [REDACTED] explicaron la problemática de las mismas, acerca de que cada una documentaba la mitad del caché acordado por el acusado, si bien

solo presentó una de ellas. Al ir a reclamar el testigo la otra factura, es cuando se descubre, acordando el Ayuntamiento abonarla también, sin que por el citado testigo se reclame cantidad alguna. En dicha explicación no sale a relucir falsificación de la firma de la Sra. concejala de cultura, por lo que tampoco cabe apreciar prueba suficiente de la falsedad imputada.

SEGUNDO.- Del referido delito es responsable criminalmente, en concepto de autor, conforme a los arts. 27 y 28 del Código Penal el acusado [REDACTED] [REDACTED] por haber realizado directa y personalmente los hechos que se le imputan.

TERCERO.- a.- No concurren en el caso presente las circunstancias agravantes que solicita la acusación particular agravantes de abuso de confianza y de autoridad, del art. 22. 6ª y 7ª C. Penal.

Contempla el art. 22. 6ª la circunstancia agravante de: "Obrar con abuso de confianza."

Tiene señalado el T. Supremo que hay abuso de confianza cuando se quebranta la lealtad puesta en el agente en el curso de relaciones humanas de variadas clases: convivencia, amistad, de servicio, o dependencia o laborales y profesionales. "El abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no la llevan implícita." (SSTS 28-6-2005,19-6-2008).

En la comisión del delito contemplado en el art. 438 C. Penal, no se aprecia dicha especial relación, que supone dicho plus de culpabilidad, quedando, en todo caso, englobada en la conducta contemplada en el citado precepto el abuso que puede suponer confiar en la actuación cabal de un funcionario público, razón por la que tiene una tipificación específica, como figura agravada del delito tipo de estafa.

Lo anterior es todavía más claro respecto de la otra circunstancia agravante que se solicita, la contemplada en el art. 22. 7ª C. Penal, de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, en la medida en que el delito tipificado en el art. 438, solo puede ser cometido por funcionario público.

b.- En la realización del expresado delito ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, prevista en el art. 21.6 C. Penal, como muy cualificada.

Sin perjuicio de la mayor o menor complejidad que la investigación haya tenido, lo cierto es que la causa ha pasado por una serie de trámites procesales de acomodación del procedimiento que ha ralentizado el curso de la misma, siendo algo objetivo que el tiempo transcurrido entre la incoación del procedimiento hasta su celebración, constituye una dilación indebida extraordinaria, que debe ser apreciada como muy cualificada, con el correspondiente efecto atenuatorio.

CUARTO.- Conforme al art. 116 C. Penal, toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente.

En el caso presente el acusado deberá indemnizar a las siguientes personas:

- [REDACTED] en la cantidad de 4.500 € por los gastos de ensayo del espectáculo que iba a realizar "ACRODANCE", y que no llegó a realizarse. Además otros 200 € que solicitó el acusado por un vídeo del espectáculo, que no llegó a realizarse.

- [REDACTED] en la cantidad de 360 €, que entregó por la compra de un ordenador y que no llevó a cabo el acusado.

- [REDACTED] en la cantidad de 200 €, entregados al acusado por unas entradas ofertadas, lo que no llevó a cabo.

Por la Acusación particular no se reclama indemnización por responsabilidad civil, respecto del Ayuntamiento de Las Rozas, y en cuanto a los demás perjudicados no ostenta legitimación, sin perjuicio de las reclamaciones formuladas por el Ministerio Fiscal.

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art. 576.1 L.E.C.

QUINTO.- En cuanto a la pena a imponer, vistos los arts. 438, 248, 249, 74, 66.2ª, 56, 53, 50 C. Penal, resulta procedente imponer las siguientes: A) Por el delito continuado del art. 438: ONCE MESES de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 AÑO y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Las penas se imponen teniendo en cuenta el carácter continuado, así como la concurrencia de una atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada y la escasa entidad de la cantidad defraudada, por lo que se imponen casi en el límite mínimo.

SEXTO.- De conformidad con el art. 123 del Código Penal, procede imponer al acusado un 1/3 de las costas causadas en este juicio, incluidas las de la Acusación particular.

Se declaran de oficio los dos tercios restantes, correspondientes al delito de estafa, de los art. 248 y 249 y del delito de falsedad por los que viene absuelto.

Vistos los artículos y preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

IV.- FALLO.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a [REDACTED]

[REDACTED] como autor responsable criminalmente de un delito continuado del art. 438 C. Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, muy cualificada, de dilaciones indebidas, a las penas de: ONCE MESES de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 AÑO y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Procede imponer al acusado un 1/3 de las costas causadas en este juicio, incluidas las de la Acusación particular, si bien solo respecto del delito del art 438 C. Penal.

Se declaran de oficio los dos tercios restantes, correspondientes al delito de estafa, de los art. 248 y 249 y del delito de falsedad por los que viene absuelto.

Asimismo, en vía de responsabilidad civil, el condenado deberá indemnizar a:

- [REDACTED] en la cantidad de 4.500 € por los gastos de ensayo del espectáculo que iba a realizar "ACRODANCE", y que no llegó a realizarse. Además otros 200 € que solicitó el acusado por un video del espectáculo, que no llegó a realizarse.

- [REDACTED] en la cantidad de 360 €, que entregó por la compra de un ordenador y que no llevó a cabo el acusado.

- [REDACTED] en la cantidad de 200 €, entregados al acusado por unas entradas ofertadas, lo que no llevó a cabo.

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art. 576.1 L.E.C.

Y para el cumplimiento de la pena principal que se le impone, le abonamos el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.



Administración
de Justicia

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los componentes de este Tribunal.



Madrid

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el
Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ



Madrid

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 989/2016

24 de 24

