



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 210/2015, de 15 de abril de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1548/2014

SUMARIO:

Malversación de caudales públicos. Delito continuado. Sanción administrativa y delito penal. Non bis in idem. Titular de una Administración de Loterías que deja de ingresar en la cuenta especial abierta por la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado las cantidades correspondientes a las liquidaciones de tres semanas. No existió violación del non bis in idem por el hecho de que, además de la sanción penal, el titular de la Administración de Loterías fuese sancionado en vía administrativa por la D.G. de Ordenación de Juego, ya que: 1- Entre la sanción administrativa y penal no existió la triple identidad subjetiva, objetiva y fundamento -eadem persona, eadem res y eadem causa petendi- en concreto la causa de la sanción administrativa y de la condena penal fueron diferentes; 2- Porque el recurrente está ligado como titular de una Administración de Loterías con una relación especial con la Administración Pública, en la medida que la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado creada por la Ley 13/2011 es una Sociedad dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, cuyo único socio es la Administración General del Estado, por lo que el proceso de privatización de la gestión de las loterías y apuestas del Estado no afectó a la naturaleza pública de los caudales como así ha venido manteniéndose por la jurisprudencia de la Sala sin que tal proceso de privatización haya modificado tal naturaleza. Por ello los hechos enjuiciados en cuanto el titular de la Administración de Loterías concernida, además de faltar a sus obligaciones en relación al manejo de los caudales y a la propia fidelidad en el servicio por parte de los gestores del mismo, lo que justificó la sanción administrativa fundada en el deber de la Administración de velar por la corrección en la gestión de las loterías, se apropió de los capitales haciéndolos suyos, cometiendo el delito de malversación de fondos públicos por el que ha sido condenado. Los caudales de la Administración de Loterías tienen la condición de caudales públicos de acuerdo con la jurisprudencia sin que la Ley 13/2011 de Regulación del Juego haya efectuado modificación alguna al respecto.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 432.1 y 435.1.

Ley 13/2011 (Regulación del Juego), arts. 4 y 19.4.

PONENTE:

Don Joaquín Giménez García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil quince.



www.civil-mercantil.com

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Pedro Enrique , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVII, por delito de malversación de caudales públicos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Alcantarilla Martín; siendo parte recurrida Axa Seguros Generales, S.A ., representada por el Procurador Sr. Baena Jiménez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Torrejón de Ardoz, incoó Procedimiento Abreviado nº 1562/11, seguido por delito de malversación de caudales públicos, contra Pedro Enrique , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVII, que con fecha 23 de Junio de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"UNICO.- Pedro Enrique , mayor de edad, con antecedentes penales cancelables, cuando era titular de la Administración de Loterías nº 11 de la localidad de Torrejón de Ardoz (Madrid), con ánimo de obtener un beneficio ilícito, no hizo efectivo el ingreso correspondiente a favor de Loterías y Apuestas de la Administración del Estado de las cantidades resultantes de la liquidación de la semana 52ª del año 2.010 y de las semanas 3ª y 4ª del año 2011, que hizo suyas dejando un descubierto de 86.391,66 euros.- La Compañía aseguradora Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, con base en la Póliza Colectiva de Seguro de afianzamiento nº NUM000 de la que son tomadores los titulares de las Administraciones de Loterías, entre ellos Pedro Enrique , u asegurada-beneficiaria la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, indemnizó a dicho Organismo en la señalada cantidad". (sic)

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a don Pedro Enrique como autor responsable de un delito continuado de malversación impropia de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta para la titularidad de Administración de Loterías durante seis años y a indemnizar a la entidad mercantil Axa, Seguros Generales, S.A. en la cantidad de OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON SESENTA Y SEIS CENTIMOS (86.391,66 €) con los intereses legales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al abono de las costas procesales incluidas las de la entidad mercantil actora civil". (sic)

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Pedro Enrique , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala



www.civil-mercantil.com

Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional previsto en el apartado 4 del art. 5 de la LOPJ .

SEGUNDO: Por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 8 de Abril de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de 23 de Junio de 2014 de la Sección XVII de la Audiencia Provincial de Madrid , condenó a Pedro Enrique como autor de un delito continuado de malversación impropia de caudales públicos a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta para la titularidad de administrador de loterías durante seis años y al pago a la aseguradora AXA de 86.391'66 euros.

Los hechos , se refieren, en síntesis a que el recurrente, Pedro Enrique a la sazón titular de la Administración de Loterías nº 11 de Torrejón de Ardoz, con intención de obtener un ilícito beneficio, dejó de ingresar en favor de Loterías y Apuestas del Estado las cantidades resultantes de la liquidación de la semana 52 del año 2010 y de las semanas 3ª y 4ª del año 2011, dejando un descubierto de 86.391'61 euros que fueron abonados a la entidad pública indicada por AXA, Seguros Generales, de acuerdo con la póliza colectiva de afianzamiento suscrita por los titulares de las Administraciones de Loterías, entre los que se encontraba el condenado Pedro Enrique que ha formalizado recurso a través de dos motivos , a cuyo estudio pasamos.

Segundo.

El motivo primero , por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del principio general de derecho de "non bis in idem" al haber sido sancionado en vía administrativa con ocasión de los mismos hechos por los que ahora ha sido condenado como autor del delito de malversación , por lo que resulta imposible aceptar la duplicidad de sanciones en vía administrativa --por la que ya fue condenado--, y en vía penal.



www.civil-mercantil.com

En la argumentación del recurso el recurrente discrepa que mantenga una situación de supremacía especial con la Administración que pudiera justificar la compatibilidad del ejercicio del ius puniendi del Estado por los Tribunales, y, además, la potestad sancionadora de la Administración sin quiebra del principio non bis in idem.

La sentencia aborda con fundamento y buena técnica en el f.jdco. segundo de la sentencia.

Sin perjuicio de reconocer que el principio non bis in idem no está expresamente recogido en la Constitución, su vigencia dentro del ordenamiento jurídico español es indiscutible.

Según la STC 2/1981 de 30 de Enero, el principio non bis in idem exige como presupuesto para su aplicación y por tanto la interdicción de doble sanción:

a) Que exista la triple identidad de sujeto hecho y fundamento, es decir, lo que tradicionalmente se conoce como concurrencia de eadem persona, eadem res y eadem causa pretendi en los expedientes concernidos, que en este caso, serían el expediente administrativo y la causa penal.

b) Que no exista una relación de sujeción especial entre el sujeto y la Administración en cuanto al hecho de que se trate, pues si concurre tal relación se podía justificar la existencia de ambas sanciones: la penal y la administrativa.

Concurriendo la triple identidad y la no especial relación de sujeción especial del sujeto con la Administración, se prohíbe la doble sanción.

Pues bien, en el presente caso ni se da la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y además, existe una relación de sujeción especial entre el sujeto / recurrente y la Administración Pública.

En efecto, obra en la instrucción de la causa a los folios 106 a 144 el expediente administrativo sancionador incoado por la Dirección General de Ordenación del juego abierto al recurrente, que concluyó con la sanción consistente en la revocación de la concesión de la titularidad del punto de venta por la falta de ingreso en la cuenta especial abierta al efecto del dinero correspondiente a las ventas efectuadas de décimos o boletos. Es decir, la sanción administrativa fue una manifestación y consecuencia del deber de la Administración de velar por la propia fidelidad y lealtad por falta de las personas que son los administradores de loterías --en este caso--, ello ya nos está patentizando la realidad de la relación especial que une al recurrente con la Administración.

Con independencia de ello, el ius puniendi tiene la vía expedita para investigar y sancionar, como fue el caso, por el aprovechamiento que efectuó el recurrente de los fondos que debió haber entregado, los que se los apropió, dando lugar a un delito de malversación de acuerdo con el art. 435-1º Cpenal.

No existió identidad de fundamento de ambas sanciones, y además existió la relación de sujeción especial entre el recurrente y la Administración Pública, siendo consecuencia de ello --como ocurre entre el Estado y el funcionario-- la total compatibilidad entre ambas sanciones sin riesgo de vulneración del principio non bis in idem.

Como mera referencia jurisprudencial, podemos citar las SSTC 112/90, 234/91 y 177/99, que admiten expresamente la doble sanción administrativa y penal en los casos en los que concurre una relación de sujeción especial entre la persona y la Administración.

En el presente caso es patente la existencia de esta especial relación de sujeción entre el recurrente y la Administración dada la equiparación que se efectúa en el art. 435-1º Cpenal,



www.civil-mercantil.com

de los que por cualquier concepto se hallen encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas con los funcionarios públicos.

Procede la desestimación del motivo .

Tercero.

El segundo motivo por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebida la aplicación de norma sustantiva que no concreta. Sin embargo de la argumentación del motivo se deriva con claridad que lo que cuestiona es la naturaleza pública de los fondos o caudales . Es decir, el recurrente niega que el dinero de la lotería nacional abonado por los compradores de décimos tenga el carácter de fondo público.

En definitiva estima como indebida la aplicación de los arts. 432-1 º y 435 Cpenal .

Hay que recordar, que de forma reiterada y constante, la jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando como fondos públicos, los procedentes de las ventas de décimos o boletos de la Lotería Nacional y análogas, y en tal sentido, se pueden citar como consecuencia de la doble ficción sobre la que se construye el art. 435 del Cpenal en base al cual, ha sido condenado el recurrente.

Dicha doble ficción supone por un lado, asimilar a tal concepto de funcionario público al particular que actúa como depositario de tales fondos, en nuestro caso, el recurrente que ha sido nombrado por la Administración como titular de un establecimiento de venta de loterías, y por la correlativa asimilación al concepto de fondos públicos , de los que de suyo no lo tienen --son fondos procedentes de la compra por particulares de décimos o de participaciones-- pero cuya asimilación se efectúa como consecuencia del deber de fiscalización y control que ejerce la Administración Pública de este servicio. SSTS de 4 de Diciembre de 1992 , con cita de la anterior de 6 de Junio de 1989.

La cuestión que se suscita en este motivo, de indudable importancia jurídica, es la de determinar si el proceso de privatización del Servicio de Loterías del Estado ha tenido efectos en relación al art. 435-1º del Cpenal , y en particular a los titulares de las Administraciones de Loterías.

El recurrente se refiere a la Ley de Regulación del Juego 13/2011 de 27 de Mayo. Considera que dicha Ley negó carácter público a los caudales originados por la recaudación de las Administraciones de Loterías frente a la anterior condición de fondos públicos, estimando que si bien dicha Ley es posterior a la apropiación de fondos llevada a cabo por el recurrente, al ser una norma más beneficiosa sería de aplicación retroactiva y por tanto aplicable a la época en la que se produjeron los hechos -- Diciembre de 2010 y Enero y Febrero de 2011--, en tanto que la Ley citada entró en vigor el día 29 de Mayo de 2011, según la Disposición Final undécima.

De entrada hay que decir que según el art. 4 de dicha Ley, la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado , sigue estando sometida a un régimen de control público al corresponder al titular del Ministerio de Economía y Hacienda la autorización para la comercialización de las loterías, siendo asimismo el Ministerio quien fija las condiciones de la gestión en los extremos señalados en dicho artículo. Asimismo el art. 19-4º de dicha Ley asigna a dicho Ministerio la autorización para la comercialización de las loterías y para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones consideradas muy graves.

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley se dice expresamente que "...se hace necesario mantener la reserva en exclusiva de la actividad del juego de loterías de ámbito estatal a favor de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado...." , por lo que se



www.civil-mercantil.com

acuerda que dicha Sociedad siga sometida al control público lo que se concreta en el citado art. 4.

De ello se deriva claramente la condición pública de los fondos desde la perspectiva penal, pues con independencia de que su régimen sea el propio del derecho privado, tal proceso de privatización de la gestión no afecta a la naturaleza de las recaudaciones que a todos los efectos debe entenderse que siguen siendo públicos como lo acredita la naturaleza pública de la Sociedad Estatal de Loterías del Estado, S.A., sociedad dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, teniendo como único socio la Administración General del Estado. Se trata en definitiva de una empresa cuya gestión se rige por el derecho privado pero cuya titularidad pública es innegable por lo que son públicos los fondos que recauda, los que deben ingresarse en una cuenta específica que la Administración Pública señale. En definitiva, en virtud de la asimilación doble que se efectúa en la figura de la malversación impropia, los fondos que recibe el administrador de la lotería concernida --en este caso el recurrente-- si bien en su origen son privados porque su origen está en la compra de décimos o boletos por los particulares, en la medida que los recibe un particular --el administrador-- que tiene una relación especial con la Administración, que es quien le faculta para tal actividad, y que le puede cesar por incumplimiento de sus funciones, como fue el caso, tales fondos también quedan asimilados a los públicos por lo que, para concluir, ninguna modificación se ha efectuado en esta materia, a consecuencia del proceso de privatización iniciado por la Ley 13/2011, que, recordemos, en el art. 4 relativo a las loterías especifica con claridad que:

1) Los operadores de loterías serán designados por la Ley.

2) Corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda la autorización de la comercialización de loterías de ámbito estatal manteniendo la Administración las facultades de control y sanción en vía administrativa para garantizar la corrección de tal servicio.

En definitiva, la situación de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado --el nombre ya es significativo--, aunque sometido al derecho privado, tal hecho no le priva de su naturaleza pública y como tal controlado por la Administración, por lo que debe convenirse que antes y después de la Ley de Regulación del Juego 13/2011, los fondos procedentes de la recaudación de la venta de décimos deben reputarse como fondos públicos.

La privatización de la gestión de la Sociedad y su sometimiento al derecho privado no afectó a la naturaleza pública de los fondos lo que justificó el control del Estado y que éste sea el único socio de la Sociedad Estatal.

Se comparte en este sentido la argumentación de la sentencia en el f.jdco. primero.

Procede la desestimación del motivo .

Cuarto.

De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Pedro Enrique, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVII, de fecha 23 de Junio de 2014, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gómez Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Luciano Varela Castro Antonio del Moral García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.