

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065850

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1003/2021, de 17 de diciembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5892/2019

SUMARIO:**Delitos contra la Administración Pública. Delito de exacciones ilegales. Estimación del error facti. Documento de Aduana.**

El delito del artículo 437 del Código Penal como fraudes y exacciones ilegales, es un delito especial, cuando la Audiencia declara que el acusado no llevó a cabo su acción en el ejercicio de sus funciones como Guardia Civil, quiere decir en funciones de seguridad, pero sí como funcionario de la Guardia Civil.

Petición de indemnización de funcionario público, basada en un presupuesto de mudanza que nunca se hizo realidad, el percibo del cobro por su parte de una indemnización por tal traslado de muebles y enseres, que no se ha acreditado en modo alguno. El otro acusado, en vista de que no podía realizar la mudanza, desistió de la misma y devolvió a la Administración la indemnización por traslado que ya había percibido. No puede decir que su situación sea idéntica del que sí ha sido condenado.

Este delito, tipificado y penado en el art 437 CP, se considera perpetrado, toda vez que se ha acreditado la exigencia de una indemnización que no se correspondía con la legalmente señalada, dado que solicitó la indemnización por traslado de residencia que le correspondía como miembro de la Guardia Civil, por tanto funcionario público, en el correspondiente expediente administrativo en el que hizo constar datos que no estaban ajustados a la verdad y sin que la mudanza se llevara a cabo en la forma referida en el expediente tramitado para obtener la indemnización, que cobró e hizo suya, apropiándose del importe y abonando una cantidad por la confección y gestión de la documentación incorporada a un expediente que en ningún caso se ajustó a la realidad.

La Audiencia entiende que esta es la calificación más favorable para el acusado, a pesar de que se acusaba por delitos del art. 436 y también por delito de estafa, que se descarta en la resolución judicial recurrida, condenándole por el art. 437 del Código Penal, que al ser un tipo penal homogéneo y de menor intensidad punitiva, no se infringe el principio acusatorio, operación que lleva a cabo el Tribunal sentenciador.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14, 21.5, 27, 28, 77.3, 248, 249, 390, 391, 436, 437, 438.
Constitución española, arts. 14 y 24

PONENTE:

Don Julian Artemio Sanchez Melgar.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don VICENTE MAGRO SERVET
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.003/2021

Fecha de sentencia: 17/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5892/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 1ª A.P. Navarra

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5892/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1003/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 17 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Maximiliano, frente a la Sentencia 160/2019, de 24 de junio de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 669/2018 dimanante del PA 686/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Pamplona, seguido por delito de malversación y falsedad contra DON Pio, DON Rodrigo, DON Sabino, DOÑA Lourdes, DON Teofilo, DON Victorino, DON Sebastián, DON Carlos Alberto, DON Luis Andrés, DON Jesús Manuel DON Juan Ramón, DON Pedro Miguel, DON Abelardo, DON Alfredo, DON Anton, DON Augusto, DON Benedicto, DON Camilo, la entidad mercantil TRANSPORTES Y MUDANZAS CARJUSÁN, DON Celso y DON Maximiliano. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y como recurrente DON Maximiliano representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana de la Corte Macías y defendido por el Letrado Don Luis Santamaría Ortiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Pamplona/Iruña incoó PA núm. 686/15 por delitos de malversación y falsedad contra DON Pio, DON Rodrigo, DON Sabino, DOÑA Lourdes, DON Teofilo, DON Victorino, DON Sebastián, DON Carlos Alberto, DON Luis Andrés, DON Jesús Manuel DON Juan Ramón, DON Pedro Miguel, DON Abelardo, DON Alfredo, DON Anton, DON Augusto, DON Benedicto, DON Camilo, la entidad mercantil TRANSPORTES Y MUDANZAS CARJUSÁN, DON Celso y DON Maximiliano y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra que con fecha 29 de mayo de 2019 dictó Sentencia de conformidad con las partes núm. 141/2019, sentencia únicamente referida a los acusados DON Pio, DON Rodrigo, DON Sabino, DOÑA Lourdes, DON Teofilo, DON Victorino, DON Sebastián, DON Carlos Alberto, DON Luis Andrés, DON Jesús Manuel DON Juan Ramón, DON Pedro Miguel, DON Abelardo, DON Alfredo, DON Anton, DON Augusto, DON Benedicto, DON Camilo, la entidad mercantil TRANSPORTES Y MUDANZAS CARJUSÁN, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Resulta probado y así se declara de conformidad con las partes que según lo dispuesto en el artículo 23.1º del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo "sobre indemnizaciones por razón del servicio", en los supuestos en que un guardia civil cambia de residencia (por asignación de un nuevo destino, por el pase a la situación de reserva...), la propia Guardia Civil abona, en compensación por los gastos generados por la correspondiente mudanza, la denominada Indemnización por Traslado de Residencia (en lo sucesivo, ITR).

Para percibir esta ayuda económica, el guardia civil afectado debe presentar tres presupuestos de otras tantas empresas de mudanzas. Una vez examinadas las tres ofertas, la Guardia Civil abona al agente que se traslada el importe correspondiente al presupuesto que ofrece el menor precio, con el fin de que esa ayuda económica se destine al pago de la mudanza oficialmente aprobada.

Al menos desde el mes de enero de 2011, el guardia civil Pio, amparándose en su condición de agente destinado en las Intervenciones de Armas de Pamplona y Elizondo, ideó junto con su esposa Lourdes una trama mediante la que ambos, actuando con ánimo de ilícito enriquecimiento, se ocupaban de tramitar las solicitudes de indemnización por traslado de residencia (ITR), no sin antes haber contactado tanto con el guardia civil que solicitaba tal indemnización, como con el también denunciado Sabino (DNI NUM000) que era el titular de la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN".

Los tres citados habían elaborado un sistema mediante el cual "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" ofertaba el presupuesto más bajo de los tres que acompañaban la solicitud de la Indemnización por Traslado de Residencia, lo que era posible gracias al conocimiento previo que tenían de las otras dos ofertas presentadas. Seguidamente y con ánimo de enriquecerse ilícitamente, procedían del siguiente modo:

El guardia civil Pio contactaba con el guardia civil que iba a cambiar de residencia, y, de acuerdo con éste, se ocupaba de tramitar toda la documentación necesaria para la percepción de la ITR. Para ello, Pio solicitaba los presupuestos para las mudanzas a dos empresas del ramo, y, en todo caso, solicitaba un tercer presupuesto al denunciado Sabino, el cual terminaba por aportar un presupuesto de la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" con un importe inferior a los otros dos.

Una vez que la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" resultaba adjudicataria del transporte, el guardia civil solicitante de la ayuda se lucraba con la totalidad o la mayor parte de la ITR -que en determinados casos podía ascender a unos 9.000 euros-, y, al mismo tiempo, el guardia Pio, su esposa Lourdes y el empresario Sabino cobraban una cantidad dineraria que les era abonada por el guardia civil beneficiario de la ITR, bien en metálico, bien mediante una transferencia bancaria, sin que la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" llegase a realizar la mudanza.

Por esta vía, Pio recibía de cada uno de los guardias civiles beneficiarios de la ITR una transferencia dineraria cuyo importe oscilaba entre los novecientos treinta y siete euros (937 €) y los mil ochocientos treinta y seis euros (1.836 €), lo que suponía una cifra situada entre el 19,63% y el 28,68% de lo obtenido por el guardia civil beneficiario de la indemnización.

A lo anterior hay que sumar que Lourdes -esposa de Pio- también participó en estas operaciones fraudulentas al convertirse ella misma en beneficiaria y destinataria de varios pagos efectuados por los guardias civiles beneficiarios de la ITR, percibiendo de estas cantidades que oscilaban entre los novecientos sesenta y tres euros (963 €) y los dos mil quinientos euros (2.500 €).

Una vez percibidas esas cantidades dinerarias, tanto Pio como Lourdes efectuaban transferencias bien a "Mudanzas y Transportes CARJUSAN", bien al administrador de esta empresa Sabino.

El resultado final fue que, en todos los casos, la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" resultó ser la adjudicataria de la mudanza, obteniendo de ese modo un total de ciento tres mil ochocientos setenta y seis euros (103.876 €).

Las investigaciones practicadas hasta la fecha han permitido acreditar operaciones fraudulentas efectuadas por estos tres denunciados con los siguientes guardias civiles:

Teofilo (DNI NUM001). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Cabanes (Castellón) a Gran Canaria el 23/04/2011, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM002, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cinco mil cuatrocientos ochenta y siete euros (5.487 €). Esta mudanza no llegó a realizarse, y este guardia civil efectuó una transferencia a Lourdes de 1.587 euros. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.802,18 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 5.802,18 euros.

Victorino (DNI NUM003). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Los Navalmorales (Toledo) a Melilla el 27/05/2011, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONAIA", con número de correo NUM004, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cuatro mil novecientos cincuenta y seis euros (4.956 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.345 euros por esta operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.210,37 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 2.210,51 euros.

Sebastián (DNI NUM005). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Arcade-Sotomayor (Pontevedra) a Tenerife el 18/07/2011, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA1A", con número de correo NUM006, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de seis mil trescientos setenta y dos euros (6.372€). Esta mudanza no llegó a realizarse y este guardia civil efectuó una transferencia a Lourdes por importe de 1.822 euros. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 7.255,79 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 7.255,79 euros.

Carlos Alberto (DNI NUM007). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde OronozMugaire (Navarra) a Tenerife el 03/08/2011, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONAIA", con número de correo NUM008, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cinco mil seiscientos cinco euros (5.605 €). Esta mudanza no llegó a realizarse y este guardia civil efectuó una transferencia a Lourdes por importe de 1.630 euros. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.836,39 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 2.192,98 euros.

Luis Andrés (DNI NUM009). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Urdax (Navarra) a Tenerife el 13/09/2011, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM010, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de seis mil cuatrocientos treinta y un euros (6.431 €). Esta mudanza no llegó a realizarse y este guardia civil efectuó una transferencia a Lourdes por importe de 1.681 euros. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 7.566,72 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 3.506,10 euros.

Jesús Manuel (DNI NUM011). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Calviá-Palmanova (Balears) a Tenerife el 28/12/2011, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM012, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de seis mil cientos treinta y seis euros (6.136 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.686 euros por la operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 6.367,39 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 3.578,92 euros.

Juan Ramón (DNI NUM013). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde León a Tenerife el 31/01/2012, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM014, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de seis mil setenta y siete euros (6.077 €). Esta mudanza no llegó a realizarse y este guardia civil efectuó una transferencia a Lourdes por importe de 1.447 euros. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 6.691,97 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 6.077 euros.

Rodrigo (DNI NUM015). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Cáseda (Navarra) a Melilla el 13/02/2012, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM016, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cuatro mil ochocientos treinta y ocho euros (4.838 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 4.065,14 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 1.451,83 euros.

Pedro Miguel (DNI NUM017). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Castropol (Asturias) a Gran Canaria el 11/04/2012, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM018, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de seis mil seiscientos sesenta y siete euros (6.667 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.687 euros, y a Lourdes 2.200 euros. Este guardia civil percibió una

ITR por importe de 8.600,79 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 8.600,79 euros.

Abelardo (DNI NUM019). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Pamplona (Navarra) a Gran Canaria el 29/08/2012, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA- IA", con número de correo NUM020, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cinco mil cuatrocientos cuarenta y cinco euros (5.445 €). Esta mudanza no llegó a realizarse y este guardia civil efectuó una transferencia a Lourdes por importe de 1.265 euros. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.948,15 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 5.948,15 euros.

Alfredo (DNI NUM021). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde El Palmar (Murcia) a Gran Canaria el 17/09/2012, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONAIA", con número de correo NUM022, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cinco mil ochocientos setenta y seis euros (5.876 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.296 euros por esta operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 6.604,52 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 5.876 euros.

Anton (DNI NUM023). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Sant Feliú de Guixols (Gerona) a Gran Canaria el 19/11/2013, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA- IA", con número de correo NUM024, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de nueve mil ochocientos treinta y un euros (9.831 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.836 euros por la operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 9.059,31 euros. Con anterioridad a la , celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 9.059,31 euros.

Augusto (DNI NUM025). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde El Espinar (Segovia) a Gran Canaria el 25/11/2013, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONAIA", con número de correo NUM026, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cinco mil novecientos ochenta y nueva euros (5.989 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.224 euros por la operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.788,58 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 5.788,58 euros.

Benedicto (DNI NUM027). Solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Puerto del Carmen (Lanzarote) a Manresa (Barcelona) el 19/11/2013, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de seis mil setecientos ochenta euros (6.780 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.505 euros por la operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 7.614,92 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 7.614,92 euros.

Camilo (DNI NUM028) solicitó la Indemnización por Traslado de Residencia (ITR) desde Corralejo-La Oliva (Fuerteventura) a la Seo d'Urgell (Lérida) el 19/11/2013, remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de cinco mil quinientos treinta y siete euros (5.537 €). Esta mudanza no llegó a efectuarse y este guardia civil transfirió a Pio 1.237 euros por la operación. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.847,11 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, este encausado ha consignado la cantidad de 3.768,44 euros.

Como consecuencia de estas operaciones fraudulentas, el guardia civil Pio, su esposa Lourdes y Sabino recibieron transferencias bancarias por parte de los guardias civiles receptores de la ITR por un importe total de 27.125 euros. Con anterioridad a la celebración del juicio oral, Pio, Lourdes y Sabino han consignado en la cuenta de depósitos judiciales la cantidad de 10.000 euros.

El artículo 29 del Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, fijaba un plazo de un mes para la incorporación de los guardias civiles a su destino, razón por la cual los acusados firmaron la factura y la diligencia de cese que les enviaron Sabino y Pio, y en las que se hacía constar la realización de su mudanza respectiva, pese a que en el momento de la firma desconocían si, efectivamente, se había o no realizado el traslado de sus enseres por parte de Sabino, quien, finalmente, no llevó a cabo la mudanza.

Todos los acusados conformes con esta resolución reconocen la veracidad y realidad de los hechos relatados y piden perdón por los mismos. Así mismo y, una vez satisfecha en su totalidad la responsabilidad civil, queda constatado que no se ha causado perjuicio grave a la Administración.

Los hechos anteriormente relatados no fueron cometidos por los citados miembros de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones específicas de su puesto.

La Empresa "Transportes y mudanzas CARJUSAN" carece de personalidad jurídica propia y diferenciada respecto de Sabino".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento, de conformidad con el acuerdo de las partes en ella referidas :

"De conformidad con las partes condenamos:

A Teofilo, Victorino, Sebastián, Carlos Alberto, Luis Andrés, Jesús Manuel, Juan Ramón, Rodrigo, Pedro Miguel, Abelardo, Alfredo, Anton, Augusto, Benedicto y Camilo, como autores de los delitos de los apartados b) y d), con las circunstancias atenuantes de reparación del daño y analógica de confesión tardía del hecho en el delito de fraude y exacciones ilegales; y de confesión tardía del hecho en el delito de falsedad documental, a multa de noventa y un (91) días con una cuota diaria de diez (10) euros (con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas), suspensión de empleo o cargo público durante tres (3) meses y un (1) día, y el pago de las costas procesales.

A Pio, como autor de los delitos de los apartados a) y c), en régimen del concurso medial, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de confesión tardía del hecho, en el delito de fraudes y exacciones ilegales y en el delito de falsedad documental la circunstancia atenuante muy cualificada de confesión tardía del hecho; se le impone la pena de multa de cuatro (4) meses con una cuota diaria de diez (10) euros, (con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas), suspensión de empleo o cargo público durante siete (7) meses, y el pago de las costas procesales.

A Lourdes, como autora del delito del apartado a), con las circunstancias atenuantes de reparación del daño y la analógica de confesión tardía del hecho, multa de cuatro (4) meses con una cuota diaria de diez (10) euros (con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas), suspensión de empleo o cargo público durante siete (7) meses, y el pago de las costas procesales.

A Sabino, como autor de los delitos de los apartados a) y e), en régimen de concurso medial con las circunstancias atenuantes de reparación del daño y la circunstancia atenuante analógica de confesión tardía del hecho en el delito de fraudes y exacciones ilegales y en el delito de falsedad documental, concurre la circunstancia atenuante de confesión tardía del hecho; se le impone la pena de ocho (8) meses de prisión, multa de cuatro (4) meses y quince (15) días con una cuota diaria de diez (10) euros (con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de las costas procesales.

Procede absolver a la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN".

Se declara la solvencia de Teofilo, Victorino, Pedro Miguel, Abelardo, Alfredo, Anton, Augusto y Benedicto.

Se declara la solvencia parcial de Pio y Lourdes.

Requírase del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Pamplona, las piezas de responsabilidad civil concluidas conforme a derecho de Rodrigo, Sabino, Sebastián, Carlos Alberto, Luis Andrés, Jesús Manuel, Juan Ramón y Camilo.

Se imponen a los acusados las costas derivadas del procedimiento .

Se declara firme la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Tercero.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra con fecha 20 de junio de 2019 dicta Auto de aclaración de la anterior Sentencia, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"LA SALA ACUERDA: Aclarar la sentencia n.º 141/2019 correspondiente a la causa n.º 669/2018, incorporando a su fallo los pronunciamientos referidos a la responsabilidad civil directa de los acusados que alcanzaron la conformidad y de acuerdo con el tenor de la misma, por lo que se incorpora a dicho fallo lo siguiente:

Teofilo, Sebastián, Pedro Miguel, Abelardo, Anton, Augusto y Benedicto, como responsables civiles directos, deberán abonar a la Dirección General de la Guardia Civil, cada uno de ellos, el importe de la Indemnización por Traslado de Residencia que percibieron, y que ha quedado individualizado.

Estos acusados han satisfecho, con anterioridad a la celebración del juicio oral, la totalidad de la responsabilidad civil a que vienen obligados, debiéndose abonar a la Dirección General de la Guardia Civil las cantidades por ellos consignadas o depositadas.

Victorino, Carlos Alberto, Luis Andrés, Jesús Manuel, Juan Ramón, Rodrigo, Alfredo y Camilo, como responsables civiles directos, deberán abonar a la Dirección General de la Guardia Civil, cada uno de ellos, el importe de la Indemnización por Traslado de Residencia que percibieron, y que ha quedado individualizado, debiendo destinarse a tal fin las cantidades ya pagadas o consignadas judicialmente, y defiriéndose al trámite de ejecución de sentencia el abono de las cantidades que restan por pagar.

Pio, Lourdes, Sabino, como responsables civiles directos y solidarios, quedan obligados a abonar a la Dirección General de la Guardia Civil la cantidad de 27.125 euros, debiéndose destinar a este pago los 10.000 euros que ya han depositado en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, y defiriéndose al trámite de ejecución de sentencia el abono de las cantidades que restan por pagar.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que, en su caso, proceda contra la resolución definitiva.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los limos. Sres. magistrados que lo encabezan. Doy fe".

Cuarto.

Con fecha 24 de junio de 2019 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra en el mismo Rollo de Sala núm. 669/2018 dicta Sentencia núm. 160/2019, Sentencia (ya no de conformidad) referida a únicamente los acusados DON Celso y DON Maximiliano, que contiene como HECHOS PROBADOS los siguientes:

"Resulta probado y así se declara que el artículo 23.1º del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo "sobre indemnizaciones por razón del servicio", dispone que en los supuestos en que un guardia civil cambia de residencia por asignación de un nuevo destino, la Guardia Civil abona, en compensación por los gastos generados por la correspondiente mudanza, la denominada Indemnización por Traslado de Residencia (en lo sucesivo, ITR).

Para percibir esta ayuda económica, el guardia civil afectado debe presentar tres presupuestos de otras tantas empresas de mudanzas. Una vez examinadas las tres ofertas, la Guardia Civil abona al agente que se traslada el importe correspondiente al presupuesto que ofrece el menor precio, con el fin de que esa ayuda económica se destine al pago de la mudanza oficialmente aprobada.

Al menos desde el mes de enero de 2011, el guardia civil Pio, amparándose en su condición de agente destinado en las Intervenciones de Armas de Pamplona y Elizondo, junto con su esposa Lourdes y Sabino, titular de la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN", actuando con ánimo de ilícito enriquecimiento, se ocupaban de tramitar las solicitudes de indemnización por traslado de residencia (ITR), tras haber contactado con el guardia civil que solicitaba tal indemnización.

Estaba desde entonces elaborado un sistema mediante el cual "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" ofertaba el presupuesto más bajo de los tres que acompañaban la solicitud de la ITR, lo cual era posible gracias al conocimiento previo que tenían de las otras dos ofertas presentadas.

El artículo 29 del Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, fijaba un plazo de un mes para la incorporación de los guardias civiles a su destino, razón por la cual los acusados firmaron la factura y la diligencia de cese que les enviaron Sabino y Pio, en las que se hacía constar la realización de su mudanza respectiva, pese a que en el momento de la firma no podían conocer que el traslado de sus enseres iba a hacerse efectivo por parte de Sabino.

Así Pio contactó con Maximiliano cuando iba a cambiar de residencia, y, de acuerdo con éste, se ocupó de tramitar toda la documentación necesaria para la percepción de la ITR. Para ello, solicitó los presupuestos para las mudanzas a dos empresas del ramo, y, un tercer presupuesto a Sabino, el cual aportó un presupuesto de la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" de 6893 euros, importe inferior a los otros dos presentados. El 29 de agosto de 2012, el guardia civil Maximiliano solicitó la indemnización por traslado de residencia desde Organya (Lérida) a Gran Canaria, remitiéndola a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM029.

Una vez que la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" resultó adjudicataria del transporte, el guardia civil Maximiliano, solicitante de la ayuda, percibió la ITR por un importe de 8.355,17 euros y abonó a Pio en su cuenta corriente 1.353 euros, cantidad de la que este entregó Sabino, administrador "Mudanzas y Transportes CARJUSAN", la cuantía que previamente tenían concertada. El 3 de septiembre de 2012, Maximiliano salió de su destino en Cataluña, sin que contemplase la posibilidad de la realización de la mudanza por la empresa Transportes y Mudanzas Carjusán.

Celso solicitó la indemnización por traslado de residencia desde la Puerta de Sedgura (Jaén) a Tenerife el 29 de marzo de 2012 remitiéndose la misma a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM030, resultando adjudicataria de la mudanza la empresa "CARJUSAN", con un presupuesto de 4.956 €. Celso transfirió a Lourdes 1.296 euros por esta operación. Pese a estar con sus muebles empacados y preparados para el transporte el día previsto, 31 de marzo de 2012, la mudanza con la empresa "CARJUSAN" no llegó a efectuarse, ya que ésta no compareció para hacerse cargo de los muebles en el cuartel desde el que iban a ser trasladados. Este guardia civil percibió una ITR por importe de 5.253, 51 € euros, cantidad que fue objeto de devolución el 4 de noviembre de 2014, tras resolver con "CARJUSAN" el contrato de transporte para realizar la mudanza, que ya carecía de objeto, con anterioridad a que se iniciase la tramitación de la causa el 28 de enero de 2015.

Los hechos anteriormente relatados no fueron realizados por Maximiliano, ni por Celso en el ejercicio de las funciones específicas de su puesto".

Quinto.

La anterior Sentencia contiene el siguiente Fallo:

"Debemos absolver y absolvemos a Celso de los delitos de fraude y exacciones ilegales, tipificado y penado en el artículo 436 del Código Penal, en concurso de leyes con un delito de estafa, tipificado y penado en los artículos 248, 249 y 438 del Código Penal y de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, tipificado y penado en el artículo 390 .1. 2°.3° y 4° del Código Penal, por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, dejando sin efecto cuantas medidas cautelares hubiesen sido acordadas y declarando de oficio las costas causadas por su enjuiciamiento.

Debemos absolver y absolvemos a Maximiliano de los delitos de fraude y exacciones ilegales, tipificado y penado en el artículo 436 del Código Penal, en concurso de leyes con un delito de estafa, tipificado y penado en los artículos 248, 249 y 438 del Código Penal y de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, tipificado y penado en el artículo 390 .1. 2°.3° y 4° del Código Penal, condenándole como autor responsable de un delito de fraude y exacciones ilegales, tipificado y penado en el art 437 CP en concurso medial con un delito de falsedad en documento oficial cometido, con imprudencia grave, por funcionario público, tipificado y penado en los artículos 14.1 (en su modalidad error vencible) y art. 391 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de multa de 9 meses, y un día con una cuota diaria de 10 euros, con un día de privación de libertad por cada dos cuotas de impago, y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 9 meses y un día; así como al pago de las costas causadas en este procedimiento por su enjuiciamiento y en la parte proporcional que en el mismo le corresponde.

Así mismo, en concepto de responsabilidad civil directa derivada del ilícito penal deberá abonar a la Dirección General de la Guardia Civil, el importe de la Indemnización por Traslado de Residencia que percibió - 8.355,15 euros-.

Se confirma solvencia declarada en la pieza de responsabilidad civil concluida conforme a derecho.

La presente resolución no es firme y contra ella cabe imponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de. Justicia de Navarra, que deberá formalizarse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a la notificación de la misma.

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

Sexto.

Notificadas en forma las anteriores resoluciones, se preparó por la representación legal del acusado DON Maximiliano recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional frente a la Sentencia 160/2019 de 24 de junio de 2019, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Séptimo.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Maximiliano, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero- Por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Lecrim, interesamos estimar infringido el artículo 437 CP, y art. 391 del Código Penal, en relación con el art. 77.3 del Código penal, pues de los hechos probados no concurren en la acción los elementos configuradores de dicha infracción punitiva de un delito de fraude y exacciones ilegales, tipificado y penado en el art 437 CP en concurso medial con un delito de falsedad en documento oficial cometido, con imprudencia grave, por funcionario público, tipificado y penado en los artículos 14.1 (en su modalidad error vencible) y art. 391 del Código Penal, así como los art. 27 y 28 del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del 849.2 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , por infracción de los apartados 1 y 2 del art. 24 CE, al haberse producido un error de valoración de la prueba, por estimar que la Sala sentenciadora no ha apreciado adecuadamente las declaraciones de las partes, los documentos que obran en autos y luego, obviamente su autenticidad) y todas las pruebas testificales practicadas en la vista del juicio, en definitiva a un proceso que no vulnere el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Motivo tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los artículos 9, 14 y 24 de la Constitución Española por infracción de los principios de legalidad, igualdad, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva de los artículos 14 y 24 de la constitución española.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Lecrim, interesamos estimar infringido el artículo 21.5 CP, en relación con el artículo 14 de la CE.

Motivo quinto.- Motivo por infracción de Ley del art. 849.2 de la LECrim, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

Octavo.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto interesa su decisión sin celebración de vista y su inadmisión, en base a las razones expuestas en su informe de fecha 15 de julio de 2020; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Noveno.

Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de octubre de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 17 de noviembre de 2021; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Tras dictarse sentencia de conformidad respecto de los acusados: Teofilo, Victorino, Sebastián, Carlos Alberto, Luis Andrés, Jesús Manuel, Juan Ramón, Rodrigo, Pedro Miguel, Abelardo, Alfredo, Anton, Augusto, Benedicto y Camilo, el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos con respecto a dos acusados que se dirán: a) un delito de fraudes y exacciones ilegales, tipificado y penado en el artículo 436 del Código Penal, en concurso de leyes con un delito de estafa, tipificado y penado en los artículos 248, 249 y 438 del Código Penal y b) un delito un delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, tipificado y penado en el artículo 390 .1. 2º.3º y 4º del Código Penal de los que consideró autores a Celso y Maximiliano, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que interesó se les imponga por el delito a) las penas de 22 meses de prisión, inhabilitación especial para el empleo de guardia civil durante 6 años, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de las costas procesales; por el delito b) las penas de tres años de prisión, multa de 10 meses con una cuota diaria de 10 € (con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas), inhabilitación especial para el empleo de guardia civil durante dos años, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de las costas procesales. Y pidió la correspondiente indemnización a la Dirección General de la Guardia Civil.

Sin embargo, la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, absolvió a Celso, y condenó a Maximiliano, tras absolverle por un delito de fraudes y exacciones ilegales del art. 436 del Código Penal, en concurso con un delito de estafa y de falsedad documental, como autor criminalmente responsable de un delito de las propias características del art. 437, en concurso medial con un delito de falsedad documental oficial cometido por imprudencia grave, a una pena de multa, suspensión de empleo o cargo público, costas e indemnización civil por importe de 8.355,15 euros a la Dirección General de la Guardia Civil.

Segundo.

Comenzamos estudiando el motivo segundo del recurrente, que se articula como error facti, al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

También invoca el recurrente, por el cauce autorizado en el art. 5.4 LOPJ, la infracción de los apartados 1 y 2 del art. 24 CE, al haberse producido un error de valoración de la prueba, por estimar que la Sala sentenciadora no ha apreciado adecuadamente las declaraciones de las partes, los documentos que obran en autos y todas las pruebas testificales practicadas en la vista del juicio, en definitiva, reclama un proceso que no vulnere el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Aduce el recurrente error del juzgador en la apreciación de la prueba basada en las declaraciones de testigos (Sr Pio, Sabino, Capitán instructor de Policía Judicial con TIP NUM031) y periciales (Sr. Justiniano de la delegación de Navarra, Sra Miriam, delegada AEAT de Canarias) que declararon en el plenario, así como los documentos que obran en autos, reproduciendo múltiples declaraciones personales.

El único documento literosuficiente que cita el recurrente es el que consta a los folios 1493 y ss., en particular el folio 1501 en el que dice haberse aportado el DUA, Documento Único Administrativo, acreditativo de haberse realizado la mudanza.

El recurrente dice que dicho documento acredita que el recurrente ha llevado a cabo la mudanza, y por tanto, nada ha defraudado al Estado.

En el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia recurrida, se lee que Pio gestionó la tramitación del expediente que tenía como finalidad la solicitud de la correspondiente indemnización por traslado del referido agente

de Organya (Lérida) a Gran Canaria, el 29 de agosto de 2012, recibiendo por ello en su cuenta corriente 1.353 €. Para esta gestión el agente, previo envío por Sabino de los presupuestos y la factura correspondiente al que era el más barato y según le había indicado, Pio, remitió firmada la documentación junto con sus datos personales y familiares para cumplimentar los anexos necesarios a fin de realizar formalmente una adecuada confección del expediente. Posteriormente no se verificó el efectivo traslado de los enseres, que nunca se llevó a cabo, sin que ningún momento Maximiliano esperase que la misma efectivamente tuviera lugar, motivo por el cual en ningún momento se solicitó el DUA correspondiente, ni se efectuó por parte del mismo, ni por parte del transportista, ninguna actuación según consta en las declaraciones realizadas por Pio y Sabino, que no ha sido desvirtuada mediante prueba alguna.

El agente de la guardia civil NUM032, Teniente de la Unidad Orgánica que llevó a cabo la investigación, afirma en su testifical que se comprobó que el traslado de enseres de que se trata correspondiente a Maximiliano carecía de Documento Único Administrativo (DUA) y por tanto no se había realizado, ya que este documento es imprescindible cuando la persona que proceda al despacho de la aduana obre por cuenta ajena en calidad de profesional, como en el caso de empresas de mudanzas, siendo también necesario en el caso de vehículos automóviles, aún por particulares.

El acusado mantiene que efectivamente se realizó la mudanza y que posee el DUA correspondiente a la misma, habiendo abonado a Pio la cantidad de 1.353 euros como primer pago por la mudanza, estando previsto el abono del resto cuando descargaran los enseres y así le exigieron el pago en el momento de la entrega de estos en Las Palmas, abonando la cantidad pendiente en metálico, sin que haya acreditado tal extremo. En cuanto a la documentación consistente en DUA, afirma que existe un error en el informe y documentación de la Agencia Tributaria, ya que consta como fecha del DUA a su nombre en las Palmas el 13 de mayo de 2013 y en él se hacía mención a un automóvil usado como mercancía, por lo que solicitó su corrección con fecha el 11 de diciembre de 2018, con el fin de que rectificaran los errores padecidos en su expedición, y así se realizó.

La Audiencia razona que tal alegación no puede ser estimada, toda vez que examinada la documental aportada, que supuestamente contiene la rectificación, se observa que la misma se ha realizado por la Agencia Tributaria Canaria - Negociado de Vehículos- y no por la Agencia Tributaria estatal encargada de aduanas, asimismo examinado el documento por el Jefe de Gestión de Aduanas e Impuestos Especiales, don Justiniano, en prueba pericial, tras confirmar que en todo caso el traslado de mudanzas y enseres a las Islas Canarias, se realiza mediante el correspondiente DUA siempre que el transporte se efectúa a través de una empresa dedicada a ello y si se trata de un transporte de efectos personales llevado cabo por un particular se efectúa una declaración verbal, si bien en el caso de vehículos se requiere también el DUA correspondiente, manifestó respecto al documento aportado por la defensa del señor Maximiliano -que pretende ser la corrección del DUA correspondiente al traslado de que se trata; que en la parte central sobre el sello hay una modificación a mano, lo cual no resulta habitual, siendo la fecha de levante del documento el 13 de mayo de 2013 y a este mes y año se refieren los datos que constan escritos a máquina, mientras que la anotación que aparece a mano es la única fechada el 22 del 12 de 2012. Esta última fecha aparece inserta en una casilla en la que ya consta una fecha correspondiente a 2013, todo ello unido a que el documento se refiere a un automóvil y no a enseres y muebles, lleva a concluir que este documento "corregido" no resulta suficiente para acreditar que se efectuó el traslado de enseres de Maximiliano correspondiente a su traslado en el año 2012 desde Organya (Lérida) a Gran Canaria, al que se refiere la indemnización solicitada y obtenida mediante las gestiones efectuadas por Pio, por lo que el importe de aquélla fue cobrado por el acusado, que se apropió de la misma, salvo la cantidad que abonó a Pio, sin destinarla al fin para el que estaba previsto.

En definitiva, la Audiencia concluye, a la vista del documento: a) que éste no acredita el traslado de enseres y muebles, sino exclusivamente de un vehículo; b) que la fecha está modificada, por lo que existen dudas sobre su autenticidad, ya que es muy poco habitual que un organismo autónomo modifique otro documento expedido por una autoridad central; c) que de la prueba pericial, se deduce igualmente una duda acerca de su autenticidad.

Hemos revisado el documento denominado DUA y efectivamente acredita el traslado de un vehículo usado, en fecha de 2013, y modificado (aparece) en 2012, figurando como importe del artículo transportado 1.000 euros y como importe de la mercancía efectuada por Hacienda, 1.302 euros. Se desconoce el precio satisfecho por el referido transporte pero en todo caso será inferior al objeto trasladado, por evidentes razones económicas.

El recurrente en momento alguno señala este extremo. Tampoco tiene factura o documento alguno, o prueba, que acredite cuánto pagó por la mudanza, y esa prueba le corresponde, no solamente ya por el principio de la facilidad probatoria, sino porque se le acusa de haber estafado a la Dirección General de la Guardia Civil, mediante la incorporación de documentos falsos, del cobro de una mudanza que no llevó a cabo, lo que constituye un fraude, y en su mano estaba probar que había pagado el referido transporte.

De cualquier modo, existe una duda sobre si trasladó su vehículo particular, bien en 2012, o bien en 2013, cuyo importe ha de ser inferior al precio del automóvil, que la Aduana ha tasado en 1.302 euros, siendo ésta su base imponible, razón por la cual, en ejecución de Sentencia se disminuirá en esta cantidad el importe de la responsabilidad civil, que ha sido decretado en la suma de 8.355,15 euros, cantidad restante a la que ningún reproche ha objetado el recurrente.

En este sentido, será estimado parcialmente su motivo.

Tercero.

En el motivo tercero, y con fundamento en los arts. 849.1º y 2º de la LECrim., art. 5.4 de la LOPJ, arts. 9, 14 y 24 de la Constitución española, el recurrente denuncia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo".

Aduce el recurrente que siempre actuó de buena fe, fue víctima de la trama urdida por los acusados Sabino y Pio que fueron los que contactaron con él cuando salió publicado su traslado forzoso desde Cataluña a Canarias. La mudanza se llevó a cabo por otros medios y solicitó al Sr. Sabino la señal entregada en su día por la confianza depositada en la misma, estando la empresa CARJUSAN vinculada con la Guardia Civil, según corroboró el Coronel de Gestión Económica.

Desde el plano de la presunción de inocencia, la prueba ha sido amplísima: testifical, pericial y documental han sido pruebas completas que han arrojado la convicción judicial de la Sala sentenciadora de instancia, de manera que es un hecho incontrovertible, tanto el traslado del funcionario de la Guardia Civil, ahora recurrente, a Canarias, como la petición de indemnización, basada en un presupuesto de mudanza que nunca se hizo realidad, el percibo del cobro por su parte de una indemnización por tal traslado de muebles y enseres, que no se ha acreditado en modo alguno, y únicamente, la duda respecto al transporte del coche a Canarias, en fecha incierta, pero a pesar de todo, a favor de reo, interpretación que satisface el principio que ahora reclama el recurrente, por lo que, con esta modulación, reflejada en la queja precedente, el motivo tiene que ser desestimado.

Cuarto.

En el motivo cuarto, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reclama la aplicación del art. 21.5 del Código Penal y del principio de igualdad que se proclama en el art. 14 de la Constitución española.

Desde este último plano impugnativo, el principio de igualdad no ha podido conculcarse en tanto que la absolución del otro acusado, Bienvenido, nada tiene que ver con el tema planteado por el ahora recurrente, ya que aquel, en vista de que no podía realizar la mudanza, desistió de la misma y devolvió a la Administración la indemnización por traslado que ya había percibido. No puede decir que su situación sea idéntica.

En este motivo alega el recurrente también la inaplicación de la atenuante de reparación del daño al igual que el resto de sus compañeros acusados que se conformaron con los hechos, habiéndosele embargado el sueldo para cubrir las responsabilidades civiles. En su defecto interesa se atenúe la pena de multa y la suspensión de empleo al menos en tres meses por ser un tercio de la condena por aplicación de la atenuante.

El motivo no puede ser estimado, primeramente, porque es una cuestión nueva, no planteada en la instancia; en segundo lugar, porque no ha consignado cantidad alguna para la reparación del daño, al negar la existencia de delito, y finalmente, porque no ha aceptado una calificación jurídica completa, como hicieron los demás acusados que se conformaron con la solicitada para ellos, ratificando esta operación la Sala sentenciadora de instancia.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Quinto.

En el primer motivo, se plantea por pura infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la indebida aplicación del art. 437 del Código Penal. También reprocha la aplicación de los arts. 391, 77.3, 14, 27 y 28 del Código Penal.

Denuncia el recurrente la incorrecta condena por el delito de fraude y exacciones ilegales en concurso medial con un delito de falsedad en documento oficial con imprudencia grave cometido por funcionario público. Si se considerase, en su caso, culpable, debiera aplicarse la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, aunque reitera su inocencia, no habiendo realizado los hechos en el ejercicio de sus funciones específicas de su puesto, siendo en esos momentos un particular. Insiste que la solicitud de devolución del importe de la mudanza no es un documento público sino una mera solicitud o declaración de régimen interno como podría ser una solicitud de periodo vacacional.

Los hechos probados de la sentencia recurrida declaran que el artículo 23.1º del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo "sobre indemnizaciones por razón del servicio", dispone que en los supuestos en que un guardia civil cambia de residencia por asignación de un nuevo destino, la Guardia Civil abona, en compensación por los gastos generados por la correspondiente mudanza, la denominada Indemnización por Traslado de Residencia (en lo sucesivo, ITR).

Para percibir esta ayuda económica, el guardia civil afectado debe presentar tres presupuestos de otras tantas empresas de mudanzas. Una vez examinadas las tres ofertas, la Guardia Civil abona al agente que se traslada el importe correspondiente al presupuesto que ofrece el menor precio, con el fin de que esa ayuda económica se destine al pago de la mudanza oficialmente aprobada.

Al menos desde el mes de enero de 2011, el guardia civil Pio, amparándose en su condición de agente destinado en las Intervenciones de Armas de Pamplona y Elizondo, junto con su esposa Lourdes y Sabino, titular de la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN", actuando con ánimo de ilícito enriquecimiento, se ocupaban de tramitar las solicitudes de indemnización por traslado de residencia (ITR), tras haber contactado con el guardia civil que solicitaba tal indemnización.

Estaba desde entonces elaborado un sistema mediante el cual "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" ofertaba el presupuesto más bajo de los tres que acompañaban la solicitud de la ITR, lo cual era posible gracias al conocimiento previo que tenían de las otras dos ofertas presentadas.

El artículo 29 del Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, fijaba un plazo de un mes para la incorporación de los guardias civiles a su destino, razón por la cual los acusados firmaron la factura y la diligencia de cese que les enviaron Sabino y Pio, en las que se hacía constar la realización de su mudanza respectiva, pese a que en el momento de la firma no podían conocer que el traslado de sus enseres iba a hacerse efectivo por parte de Sabino.

Así Pio contactó con Maximiliano cuando iba a cambiar de residencia, y, de acuerdo con éste, se ocupó de tramitar toda la documentación necesaria para la percepción de la ITR. Para ello, solicitó los presupuestos para las mudanzas a dos empresas del ramo, y, un tercer presupuesto a Sabino, el cual aportó un presupuesto de la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" de 6893 euros, importe inferior a los otros dos presentados. El 29 de agosto de 2012, el guardia civil Maximiliano solicitó la indemnización por traslado de residencia desde Organya (Lérida) a Gran Canaria, remitiéndola a través del correo "Groupwise NA.CMD.PAMPLONA-IA", con número de correo NUM029.

Una vez que la empresa "Transportes y Mudanzas CARJUSAN" resultó adjudicataria del transporte, el guardia civil Maximiliano, solicitante de la ayuda, percibió la ITR por un importe de 8.355,17 euros y abonó a Pio en su cuenta corriente 1.353 euros, cantidad de la que este entregó a Sabino, administrador "Mudanzas y Transportes CARJUSAN", la cuantía que previamente tenían concertada. El 3 de septiembre de 2012, Maximiliano salió de su destino en Cataluña, sin que contemplase la posibilidad de traslado de residencia desde La Puerta de Segura (Jaén) a Tenerife.

Los hechos anteriormente relatados no fueron realizados por Maximiliano en el ejercicio de las funciones específicas de su puesto.

La queja que realiza el recurrente relativa a este último extremo, señalando que los hechos no los ha cometido como Guardia Civil, no es cierta. El hecho probado dice que no los ha perpetrado en el ejercicio de las funciones específicas de su puesto de trabajo como Guardia Civil, es decir, en el ejercicio de sus funciones oficiales o policiales, lo que hubiera llevado a la inhabilitación especial, por lo que este extremo, establecido en su favor, de forma tan generosa que comprendemos únicamente en dicha clave, no puede ser estimado.

El segundo apartado de su queja casacional está referido a la subsunción jurídica de los hechos en el art. 437 del Código Penal, a pesar de que el Ministerio Fiscal acusaba por el art. 436, citando expresamente el delito de estafa en su escrito de acusación, en concurso con el de falsedad documental, que terminó siendo aplicado en grado de imprudencia, cuando de los hechos probados se deduce que el recurrente, a sabiendas de que no iba a trasladar los muebles y enseres que constituían el ajuar de su vivienda familiar, o representándose seriamente esa posibilidad, rellenó toda la documentación al respecto. Nada más podemos decir al respecto, al tratarse de un recurso de la defensa.

Pero desde el plano sustantivo, los tipos delictivos aplicables, podrían ser los arts. 436, 437 y 438 del Código Penal, que son los que completan el Capítulo VIII del Título XIX, delitos contra la Administración Pública; de tales delitos, el primero se refiere a la contratación pública o a la liquidación de efectos o haberes públicos, el segundo, a la exigencia de derechos ilegales, y el tercero, a las estafas, tanto ordinarias como el fraude de prestaciones de la Seguridad Social. Tanto el art. 436 como el 438 comprenden en su penalidad la inhabilitación especial, y solamente el art. 437 prevé suspensión de empleo o cargo público, que es por el que se decanta la Audiencia, en una interpretación muy favorable para el ahora recurrente.

Argumenta la Audiencia que este delito, tipificado y penado en el art 437 CP, se considera perpetrado, toda vez que se ha acreditado la exigencia de una indemnización que no se correspondía con la legalmente señalada, dado que solicitó la indemnización por traslado de residencia que le correspondía como miembro de la Guardia Civil, por tanto funcionario público, en el correspondiente expediente administrativo en el que hizo constar datos que no estaban ajustados a la verdad y sin que la mudanza se llevara a cabo en la forma referida en el expediente tramitado para obtener la indemnización, que cobró e hizo suya, apropiándose del importe y abonando una cantidad por la confección y gestión de la documentación incorporada a un expediente que en ningún caso se ajustó a la realidad.

El agente de la Guardia Civil y por tanto funcionario público, que se traslada es el competente para solicitar (no para exigir) la indemnización que por ello le corresponde, que supone un pago que se abonará siempre que se cumpla con la normativa vigente para ello y que su destino es sufragar los gastos ocasionados por traslado, que se indican en el expediente.

La Audiencia entiende que esta es la calificación más favorable para el acusado, a pesar de que se acusaba por delitos del art. 436 y también por delito de estafa, que se descarta en la resolución judicial recurrida,

condenándole por el art. 437 del Código Penal, que al ser un tipo penal homogéneo y de menor intensidad punitiva, no se infringe el principio acusatorio, operación que lleva a cabo el Tribunal sentenciador.

Alega el recurrente la Sentencia de esta Sala Casacional 255/2016, 31 de marzo de 2016, la que no puede ser tomada en consideración, pues sirve precisamente para apoyar el criterio de la Sala sentenciadora de instancia, en tanto que, al interpretar tal delito, entiende que existe fraude en el funcionario público que se comporta como se tipifica en el art. 437 del Código Penal.

En suma, la descripción delictiva podría ser más conforme con un fraude constitutivo de una estafa, que el Tribunal sentenciador descarta expresamente, y que fue interesada por la acusación, y en cambio, se incardinan los hechos en el art. 437 del Código Penal, de factura mucho más favorable para el recurrente que el delito de estafa y también del delito tipificado en el art. 436 del Código Penal, razón por la cual no podemos subsumirlos en los mismos, so pena de verificar una proscrita reformatio in peius, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Sexto.

Procediendo la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Maximiliano frente a la Sentencia 160/2019, de 24 de junio de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra.

2º.- CASAR y ANULAR en la parte que le afecta, la referida Sentencia 160/2019, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

3º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 5892/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 17 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Maximiliano (cuyos datos identificativos figuran en la causa) frente a la Sentencia 160/2019, de 24 de junio de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra. Sentencia que fue recurrida en casación por la representación legal de dicho acusado y ha sido casada y anulada, en la parte afectada, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo al estimarse parcialmente el recurso formulado. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la misma presidencia y ponencia proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, añadiendo que no consta el traslado de muebles y enseres, pero sí, exclusivamente, el traslado del vehículo de Maximiliano, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, nunca en suma superior a su base imponible, que se fijó en 1.302 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Manteniendo la resolución judicial en sus propios términos, conforme a lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de modificar la responsabilidad civil, aminorándola en la cantidad que se acredite en ejecución de Sentencia respecto a lo satisfecho por el acusado en el traslado del vehículo, mediante la presentación de la oportuna factura pagada por el mismo a la empresa de transporte, que lógicamente no será de cuantía superior a su base imponible, que se determinó en 1.302 euros por la administración de aduanas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que dando por reproducidos los elementos penales de la sentencia recurrida, modificamos exclusivamente la responsabilidad civil, aminorándola en la cantidad que se acredite en ejecución de Sentencia respecto a lo satisfecho por el acusado en el traslado del vehículo, mediante la presentación de la oportuna factura pagada por el mismo a la empresa de transporte.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

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.