

no ni se originó entorpecimiento al servicio público, y que Mendiri no hizo otra cosa que aplicar esa cantidad á usos propios, es también indudable que incurrió en la responsabilidad penal del artículo del Código antes citado, que ha infringido la Audiencia de Logroño en la sentencia que ha dictado al prescindir del mismo, como ha infringido el núm. 2.º del 405 al aplicarlo, etc.» (Sentencia de 23 de Junio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 16 de Septiembre, págs. 189 y 190.)

Art. 408. El funcionario público que diere á los caudales ó efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella á que estuviesen destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación temporal y una multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída si de ello resultare daño ó entorpecimiento del servicio á que estuviesen consignados, y en la de suspensión si no resultare. (Art. 320 del Cód. pen. de 1850.—Art. 217, Cód. Napolit.—Art. 172, Cód. Brasil.)

La malversación objeto de este artículo tampoco consiste en una sustracción, sino en una mera *distracción* de los caudales ó efectos públicos; solamente que así como la del art. 407 la constituye la aplicación de aquéllos á usos propios del funcionario ó de tercera persona, la de este artículo la constituye la aplicación de los mismos á un servicio público, pero *distinto* de aquel á que estuviesen destinados. Esta aplicación de los caudales ó efectos públicos á distinto uso de su primitivo destino ha de haberse verificado *sin autorización competente* para que sea el funcionario responsable del delito que así se define. Por consiguiente, si el funcionario obró en virtud de mandato del superior competente, quedará exento, por su parte, de toda responsabilidad criminal. Por lo demás, la pena del delito varía según resulte ó no daño ó entorpecimiento del servicio á que estuviesen consignados los efectos ó caudales públicos distraídos; en el primer caso la pena será una *multa del 5 al 50 por 100* de la cantidad distraída y la *inhabilitación temporal*, que no determinándose cuál sea, habrá de estimarse *especial*, no sólo porque ésta es la que señala el art. 407 para un delito más grave, sino porque, aun en caso de duda, habría de resolverse ésta á favor del reo. Si no resultan el daño ni el entorpecimiento, la pena será la de *suspensión*.

QUESTION I. *La venta en pública subasta por un Ayuntamiento de trozos de un monte perteneciente al mismo Municipio y la aplicación del importe de la venta á los gastos de estadística territorial, ¿constituirán el delito de malversación, previsto y penado en el art. 408, por haberse vendido dichos terrenos y aplicado su producto á uso distinto del á que estaban des-*

tinados, ó deberán considerarse tan sólo como una extralimitación y abuso de facultades, cuyo conocimiento y corrección correspondiera en su caso á la competente Autoridad administrativa?—El Ministerio Fiscal, al recurrir contra el fallo absolutorio de la Audiencia, opinó lo primero. Mas el Tribunal Supremo resolvió lo segundo: «Considerando que el art. 85 de la ley Municipal de 2 de Octubre de 1877, que es la vigente en la actualidad, dispone que las enajenaciones y permutas de los bienes municipales se acomodarán á las reglas que expresa á continuación, estableciendo en la primera que «los terrenos sobrantes de la vía pública y concedidos al dominio particular y los efectos inútiles pueden ser vendidos exclusivamente por el Ayuntamiento,» y en la tercera, que «es necesario la aprobación del Gobierno, previo informe del Gobernador, oyendo á la Comisión provincial, para todos los contratos relativos á los demás bienes inmuebles del Municipio, derechos reales y títulos de la Deuda pública:» Considerando que consistiendo el hecho personal, según los declarados probados en la sentencia recurrida, en haber vendido el Ayuntamiento de Buenavista por sí exclusivamente, aunque en pública licitación, cuatro trozos del monte denominado Barriosuso, que no constaba fuesen terrenos sobrantes de la vía pública, como entendía aquel Municipio, es indudable que el referido hecho no tiene ni puede tener otro carácter que el de una extralimitación y abuso de facultades, cuyo conocimiento y corrección correspondiera en su caso á la competente Autoridad administrativa, en conformidad á lo prevenido en el art. 183 de la ley Municipal mencionada: Considerando, en virtud de lo expuesto, que el repetido hecho de autos de venta de terrenos del común, sin sujeción á las reglas previstas por la ley Municipal vigente, no tiene punto alguno de relación con el delito de dar á los caudales y efectos públicos una aplicación diferente de aquella á que estuviesen destinados, ni con ningún otro de los previstos y castigados en el Código penal, y por consiguiente, al absolver á los procesados la Audiencia de lo criminal de Palencia, no ha cometido las infracciones de ley y errores de derecho que el Ministerio Fiscal ha alegado como motivos de casación del presente recurso.» (Sentencia de 15 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 27 de Noviembre, páginas 230 y 231.)

QUESTION II. *El Ayuntamiento de un pueblo que, apremiado por el Gobernador de la provincia al pago de atrasos á los maestros de instrucción primaria del distrito, echa mano para satisfacerlos, por no tener bastante dinero en caja, de un depósito reintegrable constituido por el arrendatario de consumos en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato, ¿será responsable del delito de malversación, comprendido en el artículo 408 del Código, consistente en haber aplicado la cantidad importe del depósito á uso distinto del á que se hallaba destinado?*—Contra el fallo abso-

lutorio de la Audiencia de Albacete recurrió en casación el Ministerio Fiscal, pretendiendo que era de aplicación al caso el citado art. 408. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso interpuesto: «Considerando que según aparece de los hechos declarados probados en la relacionada sentencia, hallándose adeudando el Ayuntamiento de Villalgordo del Júcar á los maestros de instrucción primaria la cantidad de 3.513 (1) pesetas 46 céntimos, y habiendo sido apremiado á su pago por el Gobernador de la provincia, y despachado al efecto en comisión un delegado de su Autoridad, no teniendo á la sazón en arcas el expresado Ayuntamiento más que la suma de 2.300 pesetas 95 céntimos, en la cual estaba incluido un depósito de 1.000 pesetas constituido por el arrendatario de los consumos del pueblo, fué obligado por dicho delegado de la Autoridad á que en el término de ocho días quedase satisfecha la mayor parte del precitado descubierto: Considerando que la cantidad en que consistía el depósito reintegrable, de que se deja hecho mérito, no era de las sumas consignadas en el presupuesto municipal para atenciones ó servicios determinados, sino que obraba entre los fondos del repetido Ayuntamiento en garantía del exacto cumplimiento de las obligaciones del contrato de arrendamiento de consumos del pueblo de Villalgordo del Júcar: Considerando, en tal concepto, que siendo de todo punto indudable que si por falta de cumplimiento del referido arrendatario y pérdida consiguiente de la expresada garantía en favor de la Corporación municipal, ésta, sin cometer el delito de malversación de fondos, hubiera podido aplicar la indicada cantidad á cualquiera servicio ó atención más perentoria, es del mismo modo cierto que tampoco debe imputársele semejante malversación de caudales por haber hecho con anterioridad esa aplicación en la manera que por apremio y mandato superior se vió obligada á verificarla, con cuyo acto quedó únicamente sujeta dicha Corporación á la responsabilidad que pudiera caberle si á la terminación del arrendamiento no devolviera íntegro el depósito que tenía obligación de devolver, incurriendo así en una sanción penal distinta de la alegada por el Ministerio Fiscal, y que no procedería hoy tenerla en cuenta, ya por no haber sido objeto del presente recurso, ya por no haber ocurrido el caso ni llegado, por tanto, el momento oportuno de la reclamación correspondiente: Considerando, por último, que al absolver á los procesados el Tribunal *à quo* en el fallo recurrido no ha cometido las infracciones de ley y errores de derecho expuestos como motivos de casación por el prenombrado recurrente.» (Sentencia de 7 de Mayo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 8 de Diciembre, págs. 278 y 279.)

(1) En la *Gaceta* se dice 513 pesetas, pero deben ser 3.513, según consta en el tercer resultando de la sentencia y se deduce naturalmente.

CUESTION III. *El Ayuntamiento que, autorizado para retirar de la Caja general de Depósitos el importe de la tercera parte del 80 por 100 de bienes de propios enajenados, pertenecientes á la localidad, con el objeto de que se destinaran á la traslación de una fuente y establecimiento de un vivero, satisface con la mayor parte de dicha cantidad las que sus vecinos adeudaban por tres años de consumos, y con el resto atiende al pago de gastos provinciales, maestro de escuela y otros servicios, ¿será responsable del delito de malversación, comprendido en el art. 407, en concepto de haber aplicado á usos propios ó ajenos los caudales puestos á su cargo, ó lo será del previsto en el 408, por haber dado á la expresada cantidad inversión distinta de aquella á que estaba destinada?*

→Aun cuando el Ministerio Fiscal, al recurrir en casación, pretendió lo primero, el Tribunal Supremo resolvió lo segundo: «Considerando, en cuanto á la primera infracción de ley invocada por el Ministerio Fiscal, que para que el delito de malversación de caudales públicos pueda hallarse comprendido en el art. 407 del Código penal, es necesario que el funcionario, con daño ó entorpecimiento del servicio público, aplique á usos propios ó ajenos los caudales ó efectos puestos á su cargo, y que al acordar el Ayuntamiento de Villalobón destinar á otros servicios todo ó parte de la cantidad que por Real orden de 30 de Noviembre de 1887 le fué concedida, autorizándole para retirarla de la Caja general de Depósitos, donde obraba, como procedente del importe de la tercera parte del 80 por 100 de los bienes de propios enajenados como pertenecientes á dicha localidad, á fin de que fuera destinada á la traslación de una fuente y creación de un vivero, no la aplicó á usos propios ó ajenos, sino que lo que hizo fué darle distinta inversión de aquella á que estaba destinada, perpetrando, al realizarlo, el delito previsto y penado en el 408 de dicho Código, acertadamente aplicado por la Sala sentenciadora.» (Sentencia de 4 de Diciembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Abril de 1886, págs. 163 y 164.)

Art. 409. El funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del 5 al 25 por 100 de la cantidad no satisfecha.

Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido con orden de Autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia ó administración.

La multa se graduará en este caso por el valor de la cosa, y no podrá bajar de 125 pesetas. (Art. 321 del Cód. pen. de 1850, —Art. 135, Cód. Brasil.)

Para que exista el delito previsto en este artículo es indispensable, como se comprende, que el funcionario haya *recibido* los fondos con que debe hacer el pago, ó la cosa que ha de entregar; en una palabra, que los *tenga en su poder*. Lo que se castiga aquí es la *detención* momentánea é indebida de esos fondos ó efectos públicos—por constituir una presunción ó sospecha de que el funcionario público trata de hacer un uso indebido de ellos.—Claro está, por lo tanto, que si la cosa no se entregase ó el pago no se hiciese, por haber sido *sustraidos* ó *distruidos*, no serían las disposiciones de este artículo que deberían aplicarse, sino las de los dos anteriores en su caso respectivo.

CUESTION. *El Administrador de los bienes de una testamentaria que no cumple con el mandato judicial, dando cuenta de la administración y entregando el saldo que resulte, ¿será responsable del delito previsto y penado en el párrafo segundo del art. 409 del Código, en relación con el 410, si resulta á la vez probado que en su poder no obraron fondos algunos procedentes de dicha testamentaria?*—Condenado, en tal concepto, el procesado por la Audiencia de Madrid á dos años y un día de suspensión, multa de 150 pesetas y costas, interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al que declaró *haber lugar* el Tribunal Supremo por los fundamentos siguientes: «Considerando que, conforme á los arts. 409 y 410 del Código penal, comete el delito de malversación el funcionario público ó el particular que requerido por orden de Autoridad competente rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia ó administración: Considerando que las condiciones exigidas en estos artículos no concurren en el hecho atribuido á Manuel Gegúndez, pues si bien resulta su nombramiento de Administrador de los bienes de una testamentaria, de la que fué relevado y dada posesión de los mismos al nuevamente elegido, y que no cumplió con el mandato judicial dando cuenta de la administración y entregando el saldo que resultase, aparece igualmente probado que en su poder no existían fondos algunos y si sólo dos escrituras de arrendamiento en favor de D. Fernando Madrazo, por lo que, si bien existe la condición de ser Administrador nombrado judicialmente, no la de rehusar la entrega de caudales ó efectos determinados, condición precisa para la aplicación de la expresada disposición: Considerando que al aplicar la Sala sentenciadora el art. 410, con relación al 409, lo ha infringido, etc.» (Sentencia de 13 de Mayo de 1882, publicada en la *Gaceta* de 29 de Julio.)

Art. 410. Las disposiciones de este capítulo son extensivas á los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas ó efectos provinciales ó municipales, ó pertenecientes á un establecimiento de instrucción ó beneficencia,

y á los administradores ó depositarios de caudales embargados, secuestrados ó depositados por Autoridad pública, aunque pertenezcan á particulares. (Art. 322 del Cód. pen. de 1850.—Art. 136, Cód. Brasil.)

Nada más justo que la disposición de este artículo. Las Corporaciones provinciales ó municipales y los establecimientos de instrucción y beneficencia tienen también sus rentas, caudales ó efectos destinados al sostenimiento de servicios públicos y al socorro ó protección de necesidades é intereses públicos también. Los encargados por cualquier concepto de aquéllos, aunque no tengan el carácter de *funcionarios públicos*, quedan sujetos á la sanción de los artículos que preceden por las *sustracciones*, *distracciones* y *aplicaciones indebidas* que hagan de dichos fondos, rentas ó efectos.

Por último, cuando la *Autoridad pública* decreta el embargo, secuestro ó depósito de caudales, aunque pertenezcan á particulares, y nombra para su custodia á un administrador ó depositario, nada más justo que éstos se equiparen á los funcionarios públicos y que con igual pena respondan de las malversaciones que cometan. Si los caudales no hubiesen sido embargados, secuestrados ó depositados por la *Autoridad pública*, la sustracción ó distracción de aquéllos deberá pensarse como una simple *estafa*, con sujeción á lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 548 de este Código.

CUESTION I. *El Depositario nombrado de efectos embargados á un tercero que, en vez de retenerlos en su poder y á disposición de la Autoridad que constituyó el depósito, los entrega sin autorización al ejecutado, á pretexto de que los había tenido más de tres años, y que el vino, en que consistía el embargo, se había echado á perder, ¿será responsable del delito de estafa previsto en el núm. 5.º del art. 548 y penado en el 2.º del 547 del Código, ó bien del de malversación de caudales públicos, que define y castiga el 406?*—La Audiencia de Valladolid calificó y penó el hecho como estafa. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de Octubre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 11 de Noviembre, declaró que no era procedente aquella calificación, porque si bien el procesado distrajo los efectos que había recibido en depósito, *no se los apropió*, requisito indispensable y constitutivo de la estafa; habiendo incurrido en la responsabilidad que establece el art. 406, porque aun cuando no era un empleado público, tenía á su cargo efectos *públicos* confiados por la *Autoridad pública*, y los sustrajo ó consintió en su sustracción, siéndole aplicable dicha disposición, añadiremos nosotros, en virtud de lo preceptuado en el art. 410 que comentamos.

CUESTION II. *La disposición del art. 410, ¿será aplicable también á los Cónsules y Vicecónsules respecto de las sustracciones de depósitos*

que constituyan, aunque pertenezcan á particulares, al efecto de considerárlas como verdadero delito de **malversación**, ó deberán aquéllas calificarse como simples **estafas**?—El Tribunal Supremo ha declarado que semejantes sustracciones de depósitos constituyen el delito de *malversación* de caudales públicos: «Considerando que según los hechos declarados como probados en la sentencia, los valores sustraídos de la Caja del Consulado de España en París, objeto de la causa, ó sean 12.000 pesos nominales de la renta exterior española y 154 pesetas 75 céntimos, pertenecientes á la testamentaría de D. José Heriberto García de Quevedo, fueron depositados en la misma por el Vicecónsul D. José María Teruel, liquidador y partidador del caudal relicto, responsable de su custodia y entrega á uno de los herederos del Quevedo, como había satisfecho á los otros cuatro sus partes respectivas de la citada herencia: Considerando que los *Cónsules* y *Vicecónsules* en su caso son Autoridades públicas con jurisdicción consular para liquidar las testamentarías ó abintestatos y practicar todas las operaciones hasta la adjudicación definitiva de los bienes liquidados, percibiendo los derechos que les señala el Real decreto de 23 de Abril de 1867; y en este concepto, las sustracciones de los depósitos que constituyan, aunque pertenezcan á particulares, no pueden menos de ser reputadas como *malversación de caudales públicos*, comprendidas en los citados arts. 405 y 410 del Código penal, etc.» (Sentencia de 12 de Marzo de 1880, publicada en la *Gaceta* de 29 de Junio.)

CUESTION III. *El art. 410 del Código, que hace extensivas las disposiciones del 405 al 409 sobre malversación de caudales públicos á los Depositarios de caudales embargados, secuestrados ó depositados por Autoridad pública, ¿se referirá tan sólo al Depositario de caudales ó fondos ajenos y en metálico, ó también al que lo es de bienes muebles y propios?*—El Tribunal Supremo ha declarado que el procesado que habiendo sido nombrado Depositario de varios bienes semovientes y muebles que le fueron embargados de su propiedad, manifiesta, al ser requerido judicialmente á su entrega, que los vendió, es responsable del delito de *malversación de caudales públicos*, con arreglo á los arts. 405, 407 y 410 del Código, sin que á ello obste el que fuera Depositario de bienes *muebles* y semovientes *propios*, porque como *caudales* deben reputarse las cosas embargadas de que dispuso, sin que haya precepto legal que de tal carácter las excluya, antes bien, por *caudal* las reputa y tiene el uso común y ordinario. (Sentencia de 20 de Septiembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 7 de Diciembre.)

Véase además la *Cuestión* del art. 406.

CAPÍTULO XI

Fraudes y exacciones ilegales.

Art. 411. El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes ó liquidaciones de efectos ó haberes públicos, se concertare con los interesados ó especuladores, ó usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo é inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial. (Art. 323 del Código pen. de 1850.)

Las disposiciones de este capítulo comprenden los *fraudes* y las *exacciones ilegales* que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo: á los primeros se refieren los arts. 411 y 412, y á las segundas el 413.

Como se comprende, las estafas que cometan los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo entrañan, á la vez que la defraudación común á todas ellas, el *abuso* del oficio, de la confianza en ellos depositada al encomendárseles funciones públicas.

Para que exista el delito que en este artículo se define, es preciso: 1.º Que el funcionario intervenga *por razón de su cargo* en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes ó liquidaciones de efectos ó haberes públicos. 2.º Que se concierte con los especuladores ó interesados ó use de cualquier otro artificio para *defraudar al Estado*.—Si no interviene en el negocio *por razón de su cargo*, aunque sí con ánimo de defraudar, la estafa deberá pensarse, no con arreglo á este artículo, sino con sujeción al que corresponda de la sección de *estafas y otros engaños* (cap. IV, tít. XIII de este libro), teniendo, empero, presente, para la aplicación de la pena total correspondiente al hecho, lo dispuesto en el art. 414. Finalmente, si á pesar de ese concierto indebido del funcionario con los interesados ó especuladores no resultare que se hubiese consumado, ni intentado siquiera defraudación alguna en perjuicio del Estado, tampoco deberá pensarse el hecho con arreglo á este artículo, sino con sujeción al 412.

En cuanto á la aplicación de las penas de *presidio correccional en sus grados medio y máximo é inhabilitación temporal especial en su grado*