



Roj: **STS 1637/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1637**

Id Cendoj: **28079120012022100401**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2022**

Nº de Recurso: **1934/2020**

Nº de Resolución: **442/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 28-04-2020,
STS 1637/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 442/2022

Fecha de sentencia: 05/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1934/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1934/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 442/2022

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián





D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por **Justino** representado por la procuradora D.ª Begoña Mollá Sanchís, y defendido por la letrada D.ª Ana Roselló Castilla y **Martin** representado por el procurador D. Miguel Fontana Gallego, y defendido por el letrado D. Ramón Sáez Martínez, como parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 76/2020, de 28 de abril dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de Apelación resoluciones del art 846 ter LECrim n.º 23/2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 6 de Valencia instruyó el Procedimiento Abreviado n.º 398/20179, contra **Justino y Martin** por delito de prevaricación, dictándose sentencia n.º 434/2019 de 4 de octubre por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, PA n.º 23/2019, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El acusado **Martin**, mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo contratado como asesor del Grupo Popular de la Diputación Provincial de Valencia en el período 1999 a 2003, durante el cual trabajó de asesor del también acusado **Justino**, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien había sido elegido Diputado Provincial.

Tras las elecciones municipales celebradas en el mes de mayo de 2003, **Justino** fue nombrado de nuevo Diputado Provincial, pero **Martin** no fue contratado en esta legislatura como asesor, cesando el día 27 de julio de 2003.

Los asesores de los grupos políticos de la Diputación Provincial son personal eventual, que, por desempeñar puestos de confianza o asesoramiento especial, son de libre nombramiento y cese. El número, características y retribuciones del personal eventual son determinados por el Pleno de la Corporación al comienzo de su mandato y sólo se puede modificar con motivo de la aprobación de los presupuestos anuales (art. 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local)

En el Pleno de la Diputación, en sesión celebrada el 1 de agosto de 2003 (BOP de 22 de agosto de 2003); se aprobó el listado de los puestos de trabajo a desempeñar por el personal eventual y sus retribuciones, así como la distribución de los mismos entre los grupos políticos, correspondiendo al Partido Popular 18 puestos de asesor. En los días sucesivos se procedió a la contratación de los asesores asignados al Partido Popular, contrataciones que fueron publicadas en el BOP y entre los que no se encontraba el acusado **Martin**.

Los acusados eran compañeros del mismo partido político y vecinos de la localidad de Quartell, en cuya Corporación Municipal el acusado **Justino** desempeñaba el cargo de alcalde y el acusado **Martin** de concejal; tenían negocios en común y les unía una relación de amistad.

Con la finalidad de sortear la prohibición legal referida, para que el acusado **Martin** pudiera seguir ejerciendo de facto las funciones de asesor o similares del acusada **Justino**; el primero contactó con el Gerente de IMELSA (sociedad pública participada al 100% por la Diputación Provincial), **Romeo**, para que esta entidad, dependiente de la Diputación, le contratara, simulando que la contratación era de Coordinador de Brigada Forestal, pero con la intención de que no desempeñara funciones como tal Coordinador, sino que siguiera ejerciendo como asesor del acusado **Justino**.

Así, el acusado **Martin**, una vez cesó como asesor del Grupo Popular en la Diputación de Valencia el 27 de julio de 2003, (con efectos de 6 de agosto de 2003) por **Romeo** como Coordinador de Brigadas Forestales de la empresa IMELSA, por un tiempo de seis meses, el 22 de diciembre de 2003, dicho acusado fue contratado de nuevo por **Romeo**, como Coordinador de Brigadas Forestales de IMELSA, por tiempo de 1 año, y el tres de enero de 2005, fue contratado de nuevo por **Romeo** como Coordinador de Brigadas Forestales, esta vez ya por tiempo indefinido.

El acusado **Martin** nunca trabajó como coordinador de Brigadas Forestales, y siguió realizando para el acusado **Justino** las mismas funciones que ejercía en la anterior legislatura, burlando así la prohibición establecida en el art. 104 de la Ley 7/1 985, de 2 de abril.

De esta manera, el acusado **Martin** cobraba todos los meses, durante esos años, el sueldo correspondiente a Coordinador de Brigada Forestal sin realizar dichas funciones, hasta que fue despedido el 22 de agosto de



2007 por el nuevo gerente de IMELSA, después de cobrar 61.626,7€, en concepto de salarios solo entre los meses de abril de 2005 a agosto de 2007, y recibió 13.341,9€ en concepto de finiquito.

Entre las funciones de la mercantil I.M.E.L.S.A. (actualmente DIVALTERRA), se encuentra principalmente el desarrollo local de municipios y la coordinación de las brigadas forestales provinciales. La totalidad del presupuesto de I.M.E.L.S.A., tiene su origen en los fondos **públicos** de la Diputación Provincial de Valencia.

La posible responsabilidad penal en la que podría haber incurrido Roca el Soler Vert por la comisión de los anteriores hechos habría prescrito al haber transcurrido más de 10 años desde la última nómina abonada a Martin sin dirigirse la acción penal contra él.

El presente procedimiento se incoo en virtud de auto de fecha 19 de julio de 2017 por el Juzgado de Instrucción n.º dos de Sagunto".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Justino y Martin , en concepto de cooperadores necesarios de un delito continuado de prevaricación y otro de **malversación de caudales públicos**, a las penas de dos años y seis meses de prisión, más la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta durante seis años.

Así como a que abonen conjunta y solidariamente a DIVALTERRA (antes IMELSA) la suma de 74.968,6 euros (correspondiente a los salarios indebidamente percibidos por Martin entre los meses de abril de 2005 a agosto de 2007 y finiquito), más la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las cantidades abonadas al mismo por los salarios percibidos, desde el mes de agosto de 2003 a marzo de 2005; y al pago de las costas procesales por mitad cada uno". [...]"

TERCERO.- Contra la anterior resolución se interpusieron recursos de apelación por las defensas de **Justino y Martin** , dictándose sentencia n.º 76/2020, de 28 de abril por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de Apelación resoluciones del art 846 ter LECrim n.º 23/2020, con los siguientes HECHOS PROBADOS: "Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada."

Dicha sentencia contiene la siguiente parte dispositiva: "I.- No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Martin , acusado y condenado en la instancia, contra la Sentencia núm. 434/2019, de fecha 4 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección quinta; en el Procedimiento Abreviado núm. 23/2019 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 398/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número Seis de los de Valencia, la cual se confirma íntegramente. Con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

II.- No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Justino , acusado y condenado en la instancia, contra la Sentencia núm. 434/2019; de fecha 4 de octubre; dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección quinta, en el Procedimiento Abreviado núm. 23/2019 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 398/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número Seis de los de Valencia, la cual se confirma íntegramente. Con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente. [...]"

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de **Justino y Martin** , que se tuvo por 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, alegando los siguientes motivos de casación:

Justino

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4º LOPJ, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Vulneración del derecho a la presunción de inocencia de D. Justino , que ha sido condenado como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito de **malversación de caudales públicos**.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4º LOPJ, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este motivo es subsidiario y continuación del anterior y se denuncia también la vulneración del derecho de D. Justino a la presunción de inocencia.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º LECrim. En este motivo se denuncia la indebida aplicación de los artículos 404 CP (en su redacción actual) y 74 CP: delito de prevaricación administrativa continuado.



MOTIVO CUARTO.- por infracción de ley al amparo del art. 849-1º LECrim. En este motivo se denuncia la indebida aplicación del artículo 432.1 y 3.b) CP (en su redacción actual).

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º LECrim en relación con los arts. 109 a 115 CP. Este motivo va referido a la responsabilidad civil y, por tanto, es subsidiario de los anteriores para el caso de que se mantenga la condena penal del Sr. Justino .

Martin

PRIMER MOTIVO.- por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim y del artículo 5.4º de LOPJ, vulneración de precepto constitucional, el artículo 24.2 de la CE. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO MOTIVO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1º de la LECrim, por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual carácter que deben ser observadas en aplicación de la ley penal, por infracción del artículo 404 del CP.

TERCER MOTIVO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1º DE LA LECrim, Por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual carácter que deben ser observadas en aplicación de la ley penal, por infracción de los artículos 432.1 y 74 del CP.

CUARTO MOTIVO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1º DE LA LECrim, Por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual carácter que deben ser observadas en aplicación de la ley penal, por infracción de los artículos 109 a 115 del CP.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de los recursos interpuestos en su informe de fecha 17 de noviembre de 2021, la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de marzo de 2022 se señaló el presente recurso para fallo para el día 4 de mayo del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Justino .

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia que confirmó en apelación la sentencia condenatoria de los dos recurrentes como cooperadores necesarios de un delito de prevaricación y otro de **malversación de caudales públicos**. En síntesis, el relato fáctico refiere que el recurrente Martin fue contratado como asesor del grupo popular de la Diputación Provincial de Valencia durante el periodo de 1999 a 2003, siendo asesor del coimputado, y también recurrente, Justino . Se relata en el hecho probado que los asesores eran considerados personal eventual por el Pleno de la Diputación, que los adscribía a los grupos políticos de la corporación. Los asesores realizaban funciones de asesoramiento a los grupos políticos de la Diputación y al grupo popular le correspondía 18 que eran nombrados en una sesión al efecto. Tras las elecciones del mes de mayo de 2003, el acusado no fue nombrado en el cupo de los que correspondían al grupo popular. Los dos acusados, recurrentes eran miembros del mismo partido, residentes en la misma localidad y amigos, con negocios en común. "Con la finalidad de sortear la prohibición legal referida, para que el acusado Martin pudiera seguir ejerciendo de facto las funciones de asesor o similares de Justino " contactan con el gerente de la empresa pública IMELSA para que contratara al recurrente, "simulando que la contratación era de coordinador de brigada forestal, pero con la intención de que no desempeñara funciones como tal coordinador, sino que siguiera ejerciendo como asesor de Justino ". Se refiere que Martin que había cesado como asesor de la Diputación, el 27 de julio de 2003, fue contratado por IMELSA el 5 de agosto siguiente, en un primer contrato por seis meses, nuevamente contratado por un año, y con un contrato indefinido el 3 de enero de 2005. El acusado Martin nunca trabajó como coordinador de brigadas forestales y siguió realizando para el acusado Justino , las mismas funciones que ejercía en la anterior legislatura, burlando la prohibición establecida en el art. 104 de la ley 7/1985, de 2 de abril" (Ley de Bases de Régimen Local). En esa condición de contratado por IMELSA percibió su sueldo, sin realizar función alguna, hasta su cese en 22 de agosto de 2007 por el nuevo gerente de IMELSA. Se refiere que IMELSA es una empresa pública, que los fondos con los que realiza su actividad son **públicos**, y que la responsabilidad del gerente de IMELSA, que contrató al acusado Martin por indicación de Justino , ha prescrito.

La sentencia objeto de la casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación de la dictada por la Audiencia Provincial que ha conocido del objeto del proceso penal en el que, en la primera instancia, se han enjuiciado los hechos, y en la segunda se ha procedido a la revisión del pronunciamiento condenatorio



dictado en la primera instancia. Por lo tanto, cuando se plantea la casación ya se han pronunciado dos instancias jurisdiccionales sobre la conformación de los hechos y se ha satisfecho el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria conforme a las exigencias del proceso penal. Como hemos reiterado, por todas STS 20/2019, de 8 de enero, la casación que surge de la reforma operada por la ley 41/2015, ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada. (STS 31/2022, de 19 de enero).

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE)."

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El recurrente plantea dos motivos iniciales, el primero y segundo, en el que discute la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto al contenido objetivo del relato fáctico, y respecto del contenido subjetivo, esto es, la contratación por un tercero, absuelto por prescripción, y la participación del



recurrente en esa contratación y remuneración del "brigadista" para seguir realizando las mismas funciones que realizaba con anterioridad como asesor del Diputado provincial, en tanto que en el segundo lo refiere al conocimiento de la ilicitud realizada por el gerente de IMELSA y el conocimiento del recurrente sobre esa ilicitud. Sostiene que no se ha practicado en la causa prueba directa sobre la realidad declarada probada y que se ha acudido a una prueba indiciaria a partir de unos indicios que, o bien no han sido acreditados, o que admiten distintas inferencias que no permiten tener por correctamente enervado el derecho fundamental que invoca en la casación.

El motivo se desestima. Como antes señalamos, la sentencia objeto de la casación es la dictada en apelación y el contenido de la impugnación no puede ser una reiteración del contenido de la apelación, al suponer una desnaturalización del régimen de la casación que se convertiría en una tercera instancia para conformar una tercera revisión del pronunciamiento condenatorio de las instancias anteriores. El recurrente, para obviar esa objeción, acude al subterfugio de reiterar la queja sostenida en la apelación a partir de cuestionar el argumento de la sentencia de apelación que, al analizar el derecho a la presunción de inocencia, reitera párrafos y argumentos de la sentencia de la primera instancia, y sobre esa reiteración del argumento considera que es propio de la sentencia recurrida. Bastaría, para desestimar el motivo opuesto, reproducir la argumentación de las sentencias recaídas sobre el objeto del proceso para constatar que el derecho fundamental invocado ha sido correctamente enervado a partir de las declaraciones del gerente de IMELSA, a la realidad documentada de los contratos, "la documentación obrante en la causa es abrumadora y no deja lugar a dudas"; a las declaraciones del gerente que lo contrató y que se percató, desde la primera entrevista que no era adecuado para ser brigadista forestal o coordinador de la brigada, y que pensó que su destino mejor era el departamento de economía y hacienda. El tribunal de instancia, y el de la apelación afirman que sobre el hecho "han declarado numerosas personas en este juicio, tanto Diputados provinciales como funcionarios de la Diputación (desde administrativos, secretarías, delegado sindical, otros asesores de la época) que declararon haberlo visto habitualmente con el Sr. Justino ... en la sede de la Diputación... Y no en el monte, de brigadista, o de coordinador de brigadas". La sentencia impugnada recoge la fundamentación de la sentencia de la primera instancia en la que se motiva sobre la petición realizada desde la instrucción para comprobar si, como se había alegado, el destino del brigadista era el de tramitar expedientes de IMELSA en la Diputación, constatando que no existe documentación alguna de esa encomienda, ni de una comisión de servicios, ni nada que justifique el cambio de actividad laboral. Se afirma la especial relevancia para la acreditación de los hechos que tiene el testimonio del gerente de IMELSA quien puso de manifiesto la práctica habitual de contratar como brigadistas a asesores de Diputados provinciales para superar los requisitos dispuestos en la ley sobre el número de asesores de cada grupo político. La sentencia impugnada repasa los cuestionamientos del recurrente, que ahora reitera en casación, y que reproducimos para la desestimación de los dos primeros motivos.

Los hechos "objetivos y subjetivos" que cuestiona responden a una intensa actividad probatoria sobre el hecho de la prevaricación, dictar a sabiendas una resolución injusta, y de la **malversación de caudales públicos** en la medida en que la empresa pública contrata a una persona a la que paga unos emolumentos por una actividad que no realiza.

El tribunal afirma la racionalidad de la inferencia sobre los elementos fácticos de la tipicidad, objetiva y subjetiva, a partir de los hechos que describe: la amistad entre los dos coimputados recurrentes; sus negocios comunes; el que fueran Diputado provincial y asesor, durante la legislatura de 1999 a 2003; el que a partir de esa fecha, aunque no fuera asesor en la Diputación, sí que desarrolló las mismas funciones al ser contratado como coordinador de brigadas forestales, permaneciendo en el mismo despacho que anteriormente y sin realizar ninguna gestión o actividad para la empresa que lo había contratado. De los hechos declarados probados, y sustentados en una actividad probatoria directa e indiciaria, es razonable la inferencia del tribunal para deducir que esa contratación como coordinador de brigadas forestales se realiza "con la finalidad de sortear la prohibición legal referida", con la intención de que no desempeñara función alguna en la brigada forestal sino que siguiera ejerciendo de asesor del Diputado provincial Justino, el recurrente.

En cuanto a la existencia de un perjuicio económico para el erario **público**, la desestimación es procedente. Arguye el recurrente que en la propia sentencia, la de la primera instancia, se refiere que no hay constancia de que IMELSA tuviera que contratar a otra persona para desarrollar la función de coordinador de brigadas forestales, por lo tanto, sostiene el recurrente, no se puede saber si hubo o no perjuicio económico. Con independencia de si se produjo, o no, una nueva contratación, lo cierto es que la realizada con el recurrente Martín, ya supone la disposición de un **caudal público** para la realización de una actividad que no se desarrolla de forma efectiva y esa disposición en los términos del hecho probado integra la tipicidad de la **malversación**. El argumento expuesto en el recurso referido a la inexistencia de **malversación de caudales** porque el contratado como coordinador de brigadas forestales trabajó como asesor de un Diputado provincial, por lo que el contratado realiza una prestación que debe ser remunerada, supone desconocer la efectividad de la regulación del gasto **público** y el hecho probado, cuando declara, de forma racional a partir de la prueba practicada, que



se realizó esa ficción para obviar los límites previstos en la legalidad referente a la contratación de personal eventual como asesores de los grupos políticos.

Los dos primeros motivos se desestiman.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, formalizado por error de derecho del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 404 del Código Penal, el delito de prevaricación.

La desestimación es procedente y hemos de ratificar la argumentación contenida en la sentencia impugnada que resuelve una impugnación similar en la apelación. Nuevamente plantea que no existió resolución injusta y que la posible ilegalidad no entra en el ámbito penal sino que deberá ser resuelta por la jurisdicción contencioso administrativa.

El motivo se desestima. La vía impugnativa elegida por el recurrente es la del error de derecho que parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde ese respeto, la errónea aplicación de la norma penal invocada al hecho. Contrariamente a lo sostenido por el recurrente el relato fáctico describe una situación fáctica a la que la norma penal invocada, el delito de prevaricación, es de aplicación. El mismo es funcionario **público**, por elección, y participa de funciones públicas. Utiliza a otro funcionario **público**, el gerente de IMELSA, empresa de capital **público** con funciones específicas de carácter **público**, que contrata a otra persona, para superar las limitaciones legales a la contratación de asesores y posibilitar la prestación de una actividad a la que no se tenía derecho, conducta que se realiza en favor de un amigo y socio en negocios comunes, al que se atribuye una remuneración económica en detrimento del erario **público** que por este ardid debe abonar un sueldo sin una correlativa prestación laboral. La contratación en las condiciones que se declaran probadas exceden de la mera ilegalidad en la contratación. La esencia del delito de prevaricación está en el dictado de una resolución arbitraria, y en eso ha consistido la conducta, que es lo que hace el condenado, como se relata en el hecho probado, cuando se dice que con la finalidad de obviar las exigencias legales, las limitaciones en orden a la contratación de personal eventual, se contrata para un servicio y unas funciones que se sabe no va a realizarse, de manera que el contrato de coordinador de brigadas forestales no era más que un señuelo para obviar las limitaciones sobre el personal asesor de un grupo político. No debe olvidarse que para la posible apreciación de la prevaricación administrativa en vía penal suele exigirse una especial intensidad en el elemento subjetivo del delito que viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", lo que elimina del tipo tanto la comisión por culpa, porque la conducta no se realiza bajo la omisión del deber objetivo de cuidado, sino presidida por la intención de obviar las limitaciones legales.

TERCERO.- Cuestiona por error de derecho la aplicación, que considera indebida, del art. 432 del Código Penal, la condena por **malversación de caudales públicos**.

Sostiene el recurrente que el contratado Martín desarrolló durante los años 2003-2007 "funciones de asesor o similares a las desarrolladas durante los años anteriores", esto es, como asesor de un Diputado provincial.

A juicio del recurrente, participó en el nombramiento de una persona que realiza un trabajo para la Administración, por lo tanto no hay perjuicio para el erario **público**, porque se trata de una "retribución a una contrapartida a su trabajo efectivamente realizado.

También argumenta con apoyo en la sentencia de esta Sala 1143/2020 dictada en un supuesto que no guarda relación con el que es objeto de esta impugnación. La diferencia esencial radica en que en la referencia se distingue, si la prestación realizada era obligada, aunque se haya obviado el sistema de nombramiento del personal contratado, o no lo era y en el caso de la cesación no formaba parte del objeto del proceso ni las obligaciones de la prestación ni siquiera su conveniencia.

El motivo se desestima. Desde el hecho probado, del que ha de partirse en la impugnación, la subsunción es correcta. De acuerdo a la reiterada jurisprudencia de esta Sala el delito de **malversación de caudales públicos** tiene como presupuestos: a) La cualidad de autoridad o funcionario **público** del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los **caudales públicos** o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los **caudales públicos** han de gozar de la consideración de **públicos**, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario **público**; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los **caudales públicos** (STS 310/2003, de 7 de marzo).



En el hecho probado es clara la condición de funcionario **público** del detentador de fondos **públicos**, también de los cooperadores en el hecho, y es clara la condición de **caudales públicos** de los fondos dispuestos por la empresa pública. La realización de una contratación por esa empresa pública disponiendo de fondos **públicos** para la realización de una actividad inexistente, como es la función de coordinador de brigadas forestales, realizado con completo conocimiento de que el destino final del contratado era ajeno a la empresa pública que le contrataba, se subsume en el tipo penal de la **malversación de caudales públicos**, máxime cuando esa conducta se realiza para obviar la aplicación de una ley que delimita el acceso a la fusión pública a través de personal eventual de asesoramiento. El contratante, absuelto por prescripción del delito, recibió la cooperación del recurrente quien en todo momento dispuso del preciso dominio del hecho en la contratación ilícita e injusta para obviar las exigencias previstas en la ley.

CUARTO.- En el último de los motivos, plantea una denuncia por error de derecho referida a la responsabilidad civil declarada en la sentencia condenatoria. Sostiene el recurrente que el recurso es complemento de los anteriores y se apoya en la legalidad en la percepción de los honorarios que se corresponden a una función efectivamente realizada.

La desestimación es procedente con reiteración de lo anteriormente argumentado.

Recurso de Iván

QUINTO.- En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental del recurrente a la presunción de inocencia. Como en el motivo formalizado por el anterior recurrente con el mismo contenido impugnatorio, reiteramos sobre la función del tribunal encargado de la casación, que no puede consistir en una tercera revisión de la conformación del hecho probado y en la reiteración de la argumentación de la apelación. El recurrente reproduce las alegaciones de la apelación, incluso se refiere a la sentencia de la instancia como la vulneradora del derecho fundamental que emplea en la impugnación, sin referencia alguna a la sentencia objeto de la casación, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación.

El contenido del derecho invocado ha sido correctamente enervado en la sentencia con referencia a las pruebas testificales, las de los coimputados y la documental sobre el nombramiento del recurrente como coordinador de brigadas forestales para obviar la regulación de los nombramientos de asesores de Diputados provinciales.

SEXTO.- Denuncia en el segundo motivo el error de derecho producido en la sentencia al aplicar erróneamente el art. 404 del Código Penal, el delito de prevaricación.

Señala el recurrente que se ha aplicado el precepto de la prevaricación de manera divergente a la interpretación que de la figura delictiva de la prevaricación realiza esta Sala y para ello transcribe el razonamiento contenido en la STS 538/2005, que recayó en un supuesto de prevaricación urbanística, que no es de aplicación al supuesto de esta casación, y otras Sentencias que van recogiendo la interpretación sobre los elementos de la tipicidad del delito de prevaricación, el carácter de funcionario **público**, el concepto de resolución, la injusticia y arbitrariedad que caracterizan a la prevaricación como elemento típico que lo diferencia de la ilegalidad administrativa.

Todos los requisitos que requiere la tipicidad del delito de prevaricación concurren en el supuesto de hecho de esta sentencia condenatoria. El concepto de funcionario **público** aparece en el art. 24 del Código Penal, concepto propio del derecho penal, como todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas.

Como ha destacado esta Sala, por todas STS 421/2014, de 16 de mayo, el concepto de funcionario **público** para el derecho penal es más amplio que el que resulta del ordenamiento administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario **público** no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo".

El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios **públicos** (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios **públicos** cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector **público** y tener asignada la prestación de un servicio **público**



el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)".

El absuelto por prescripción era gerente de una empresa pública y, en tal sentido, participaba en el ejercicio de funciones públicas con las que el acusado, hoy recurrente, cooperó para la resolución, el contrato laboral firmado, injusta, pues se realizó para obviar las exigencias legales que impedían su contratación.

Ratificamos para la desestimación del motivo cuanto dijimos al analizar una impugnación similar del otro recurrente.

SÉPTIMO.- Los motivos tercero y cuarto del recurrente son similares a los opuestos en cuarto y quinto lugar en el recurso del anterior recurrente y en ambos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 432 del Código Penal, el delito de **malversación de caudales públicos**, y 105 y siguientes, la responsabilidad civil a consecuencia del delito. La argumentación es similar, al alegar que el trabajo del recurrente fue efectivo, por lo que no hubo derivación económica de fondos, y por no resultar acreditado los presupuestos fácticos que generen la responsabilidad civil.

Los dos motivos se desestiman con reiteración de lo argumentado al dar respuesta a las anteriores impugnaciones.

FALLO

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

1.º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Martin y Justino , como parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n. º 76/2020, de 28 de abril dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de Apelación resoluciones del art. 846 ter LECrim n.º 23/2020.

2.º) Condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas en este recurso de casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.