



Roj: **STS 880/2022 - ECLI:ES:TS:2022:880**

Id Cendoj: **28079120012022100194**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2022**

Nº de Recurso: **4254/2021**

Nº de Resolución: **222/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Cataluña, 25-05-2021 (rec. 10/2020),
STS 880/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 222/2022

Fecha de sentencia: 09/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4254/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4254/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 222/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura





D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal de la condenada **DOÑA Nieves**, contra la Sentencia núm. 189/2021, dictada el 25 de mayo, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación de Jurado 10/2020, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la más arriba mencionada contra la sentencia núm. 99/2020, de 9 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, sección segunda, por la que se condenó a la recurrente como autora penalmente responsable de un delito continuado de **malversación de caudales públicos** del art. 432.1 del Código penal, en su redacción resultante de la Ley orgánica 15/2003, y art. 74 del Código Penal, en concurso medial con un delito, también continuado, de falsedad en documento oficial. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento la condenada, **DOÑA Nieves**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María de Villanueva Ferrer y asistida por el Letrado don David Rocamora Borrellas; y el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puentes Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tarragona incoó procedimiento de Jurado núm. 1/2017, por un presunto delito continuado de **malversación de caudales públicos** contra Nieves y contra Rosalia y Susana, seguido contra éstas últimas como cooperadoras necesarias respecto del delito de **malversación**. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona que incoó procedimiento del Tribunal del Jurado núm. 1/2019, y con fecha 9 de abril de 2020, dictó Sentencia núm. 99 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De conformidad a los términos del veredicto emitido por Tribunal del Jurado, se declaran probados los siguientes hechos:

PRIMERO.- Nieves en los años 2010 y 2011 prestaba sus servicios de auxiliar administrativo en el Instituto Nacional de la Seguridad Social con destino en la sede provincial de Tarragona como funcionaria, siendo designada responsable de la gestión de prestaciones del seguro escolar en marzo de 2010.

SEGUNDO.- La prestación del Seguro escolar obligatorio en España daba cobertura entre las prestaciones sanitarias a las patologías neuropsiquiátricas, incluyendo gastos de internamiento en centros sanitarios, asistencia psiquiátrica y psicológica y medicación, entre otros, todo ello por un periodo inicial de 6 meses, prorrogables hasta 18 por periodos sucesivos de 6 meses.

TERCERO.- Con excepción de la prescripción farmacológica, la prestación no alcanzaba el importe íntegro de las facturas, sino una parte proporcional que no superase los importes establecidos en la Circular 1/2003 de 23 de enero de la Subdirección General de la Seguridad Social.

CUARTO.- El reconocimiento del derecho y pago de dichas prestaciones sanitarias era competencia de la Dirección Provincial del INSS de la provincia donde se hubiera prestado la asistencia sanitaria.

QUINTO.- La documentación que los beneficiarios habían de aportar para el expediente de prestaciones de seguro escolar ante el INSS era el DNI (mediante exhibición del original), certificado de abono del seguro escolar emitido por el centro, certificado médico en modelo oficial y las facturas justificativas del gasto, debiendo presentarlos mediante copia compulsada o copia para hacer la compulsada.

SEXTO.- Las funciones que Nieves en la gestión de las prestaciones del seguro escolar, tenía encomendadas, consistían en recibir el impreso de solicitud de prestación del seguro escolar cumplimentado por los interesados con toda la documentación aportada por ellos; incoar el expediente y verificar que se había aportado la documentación básica requerida legalmente; dar traslado del mismo a los profesionales médicos que prestaban servicios para el INSS para que verificaran desde el punto de vista médico y atendiendo a la documentación médica y farmacológica la enfermedad era tributaria de prestación; y una vez lo recibía devuelto del mismo, dar traslado a su superior de una "propuesta de resolución" reconociendo el derecho a prestación. El expediente se remitía entonces a la Intervención de la Seguridad Social y una vez retornado de dicha intervención aprobándose el gasto, procedía el dictado de la correspondiente resolución concediendo la prestación y ordenando el pago por el Director Provincial, pudiendo este delegar la firma.



SÉPTIMO.- En relación a Agustina , Nieves aprovechando que entre sus funciones se encontraba la tramitación de las prestaciones de seguro escolar y conectora del régimen de incompatibilidades de los funcionarios **públicos** previsto en el Estatuto Básico del Empleado **Público**, Ley 7/2007 de 12 de abril, que les impide la tramitación de expedientes de sus familiares, entre ellos, sus descendientes, tramitó el expediente de prestaciones del seguro escolar de su propia hija, Agustina .

En la solicitud inicial de prestación, y en la solicitud de prórroga de la misma, presentadas respectivamente el 4 de noviembre de 2010 y el 2 de mayo de 2011, Nieves acompañó sendos certificados médicos oficiales emitidos por el Dr. Millán a nombre de otros pacientes, certificados modificados por la acusada sustituyendo el nombre de las personas a quienes se expedía el certificado médico y poniendo el de su hija en su lugar.

Nieves aportó también facturas mensuales desde el 18/10/2010 a 16/07/2011 relativas al ingreso en el centro Amalgama 7 i associats, S.L., de su hija Agustina , si bien Agustina no había sido ingresada en dicho centro ni era paciente del mismo, correspondiéndose a servicios de otros usuarios del mismo, alterando Nieves el nombre de los verdaderos pacientes para poner el de su hija. En concreto, Nieves presentó las siguientes facturas:

- Factura nº NUM000 de 18/10/10 por importe de 4.185,65 €, de los que el INSS satisfizo la cantidad de 2.881,27 E.
- Factura nº NUM001 de 18/11/2010 por importe de 4.560,93 €, de los que el INSS satisfizo la cantidad de 3,185,85 €.
- Factura nº NUM002 de 17/12/2010 por importe de 4.633,43 €, de los que el INSS satisfizo la cantidad de 3.250,57 €.
- Factura nº NUM003 de 16/01/11, por importe de 4.684,15€, de los que el INSS satisfizo la cantidad de 3.250,57 €.
- Factura nº NUM004 de 16/02/11 por importe de 4.929,48 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.161,19 €.
- Factura nº NUM005 de 16/03/11 por importe de 4.911,78€ de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.321,55 €.
- Factura nº NUM006 de 16/04/11 por importe de 4.939,68 €, de los que el INSS satisfizo la cantidad de 3.391,63 €.
- Factura nº NUM007 de 16/05/11 por importe de 5.052,78 €, de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.490,15 €.
- Factura nº NUM008 de 16/06/11 por importe de 5.168,83 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.492,63 €.
- Factura nº NUM009 de 16/07/11 por importe de 5.091,78 €, de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.624,95 €

Nieves percibió en concepto de prestación de seguro escolar la cantidad de 33,050,39 € de fondos **públicos**.

El INNS reclamó tal cantidad ante la jurisdicción social, condenándose a Nieves al abono de 33.050,39 € en virtud de Sentencia firme nº 505/2012 de 12 de noviembre de 2012 del juzgado de lo social nº 3 de Tarragona.

OCTAVO.- Nieves , en el ejercicio de sus funciones relativas a la tramitación de los expedientes de prestación de seguro escolar tramitó los expedientes de Segismundo , Teodosio y Jose Ramón , Fermina e Luis Carlos .

NOVENO.- En relación a Segismundo , Segismundo en los años 2010-2011 estuvo ingresado en el Centro de Asistencia Terapéutica Mas-Taba S.L., solicitando sus progenitores la prestación del seguro escolar.

Nieves aumentó los importes de las facturas de Segismundo , modificando las facturas originales aportadas por el beneficiario, introduciendo diversos conceptos, incrementando el importe de los mismos y/o incorporando anexos con determinada medicación, para que aquel obtuviera el reintegro de mayor cantidad por parte del INSS de la que le correspondía legalmente.

Segismundo recibió del INSS por el periodo de 10/2010 a 7/2011, 11.634,41 € más de los que le correspondería haber recibido, en concreto:

- Factura de fecha 1/10/10 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.894,87 € siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.529,72€.



- Factura de fecha 1/11/10 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.680,30 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.529,72 €.
- Factura de fecha 1/12/10 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.792,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.555,72 €.
- Factura de fecha 1/01/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.681,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.555,72 €.
- Factura de fecha 1/02/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.584,31 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.568,72 €.
- Factura de fecha 1/03/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.720,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.578,51 €.
- Factura de fecha 1/04/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.750,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.590,83 €.
- Factura de fecha 1/05/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.750,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.574,57 €.
- Factura de fecha 1/06/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3,720,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.578,96 €.
- Factura de fecha 1/07/11 de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.750,51 €, siendo que el importe que le correspondía percibir era de 2.568,72 €.

El INSS reclamó judicialmente tal cantidad ante la jurisdicción social, condenándose a Segismundo en virtud de Sentencia nº 509/2012 de 13 de noviembre dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Tarragona, a reintegrar la cantidad de 11.605,59 euros.

Segismundo no recibió del INSS en ninguna ocasión más de lo que había pagado al centro Mas-Taba, actuando Nieves sin contraprestación alguna a cambio con el fin de que los progenitores de Segismundo recibieran una cantidad mayor de la que según la Circular 1/2003 de la Subdirección General de la Seguridad Social les correspondía para que obtuvieran así casi el importe íntegro de lo efectivamente abonado al centro Mas-Taba.

DÉCIMO.- En relación a Teodosio .

Teodosio en los años 2010-2011 estuvo ingresado en el Centro de Asistencia Terapéutica Mas-Taba S.L., solicitando sus progenitores la prestación del seguro escolar.

Nieves aumentó los importes de las facturas de Teodosio incorporando anexos con determinada medicación a las mismas, para que aquel obtuviera el reintegro de mayor cantidad por parte del INSS de la que le correspondía legalmente.

Teodosio recibió del INSS por el periodo de 4/2011 a 6/2011, 1.036,86 € más de los que le correspondería haber recibido, en concreto:

- Factura nº NUM010 de 16/04/11 por importe de 2,400,61 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 2.159,95 €, siendo el importe a percibir de
- Factura nº NUM011 de 16/05/2011 por importe de 2,480,61 €, de la que el INSS satisfizo la cantidad de 2.226,85 €, siendo el importe a percibir de
- Factura nº NUM012 de 16/06/11 por importe de 2.430,61 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 2.176,81 €, siendo el importe a percibir de

El INSS inició un expediente administrativo de revisión de actos declarativos de derecho y tal cantidad fue devuelta íntegramente por parte de los padres del beneficiario.

Teodosio no recibió del INSS en ninguna ocasión más de lo que había pagado al centro Mas-Taba, actuando Nieves sin contraprestación alguna a cambio, con el fin de que los progenitores de Teodosio recibieran una cantidad mayor de la que según la Circular 1/2003 de la Subdirección General de la Seguridad Social les correspondía, para que obtuvieran así casi el importe íntegro de lo efectivamente abonado al centro Mas-Taba.

DECIMOPRIMERO.- En relación a Jose Ramón estuvo ingresado en el centro terapéutico Amalgama 7 i associats S.L. en los años 2010-2011, solicitando sus progenitores la prestación del seguro escolar.

Nieves aumentó los importes de las facturas de Jose Ramón , introduciendo diversos conceptos, incrementando el importe de los mismos y/o incorporando anexos con determinada medicación, para que aquel obtuviera el reintegro de mayor cantidad por parte del INSS de la que le correspondía legalmente.



Jose Ramón recibió del INSS por el periodo de 9/2010 a 7/2011, 13.925 € más de los que le correspondía haber recibido, en concreto:

- Factura nº NUM013 de 02/09/10 por importe de 3.569€, de los que el INSS satisfizo 3.273,58 €, debiendo de haber percibido 2.321,85 €.
- Factura nº NUM014 de 02/10/10 por, importe de 3.569,00 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.532,42 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.388,57.€.
- Factura nº NUM015 de 02/11/10 por importe de 4.664,18 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.358,08 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.313,40 €.
- Factura nº NUM016 de 02/12/10 por importe de 4.949,02 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.632,12 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.361,13 €.
- Factura nº NUM017 de 02/01/11 por importe de 5,127,52 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.645,66 € debiendo de haber percibido la cantidad de 2.376 02 €.
- Factura nº NUM018 de 02/02/11 por importe de 5.093,86 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.566,59 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.225,65 €.
- Factura nº NUM019 de 02/03/11 por importe de 5.442,52 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.733,54 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.369,67 €.
- Factura nº NUM020 de 02/04/11 por importe de 5.337,42 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.682,92 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.313,40 €.
- Factura nº NUM021 de 02/01/11 por importe de 5.240,37 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.767,34 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2,369,67 €.
- Factura nº NUM022 de 02/06/11 por importe de 5.891,96€ de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.683,12 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.313,40€.
- Factura nº NUM023 de 02/07/11 por importe de 5.239,37 € de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3,772,54 €, debiendo de haber percibido la cantidad de 2.369,67 €.

El INNS reclamó tal cantidad ante la jurisdicción social, condenándose a Araceli y Jose Ramón en virtud de Sentencia nº 281/2015 de 29 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarragona, al abono de 13,925 €, con responsabilidad personal subsidiaria del pago de la misma a Nieves .

Jose Ramón no recibió del INSS en ninguna ocasión más de lo que habían pagado al centro Amalgama 7, actuando Nieves sin contraprestación alguna a cambio con el fin de que los progenitores de Jose Ramón recibieran una cantidad mayor de la que según la Circular 1/2003 de la Subdirección General de la Seguridad Social les correspondía para que obtuvieran así casi el, importe íntegro de lo efectivamente abonado al centro Amalgama 7.

DECIMOSEGUNDO.- Susana , progenitora de Luis Carlos y Nieves se pusieron de acuerdo para que la primera obtuviera prestaciones del seguro escolar que no le correspondían.

Susana solicitó el 8 de noviembre de 2010 la prestación del seguro escolar de asistencia por neuropsiquiatría en relación a su hijo, Luis Carlos .

La solicitud de prestación inicial no se acompañó de certificado médico oficial, aportándose facturas del centro Amalgama 7 i associats S.L. relativas al internamiento en el mismo de Luis Carlos que no se correspondían con la realidad ya que Luis Carlos no estuvo ingresado ni fue paciente en ningún momento de dicho centro.

Con posterioridad en fecha 16 de marzo de 2011, Susana solicitó la prórroga de la prestación aportando facturas de Amalgama 7 correspondientes a los meses de mayo a julio de 2011 que tampoco y por el mismo motivo, se correspondían con la realidad, así como un certificado médico oficial de fecha 1 de mayo de 2011 en el que se había sustituido el nombre de la persona a quien se expedía y se había indicado en su lugar el de Luis Carlos .

No ha quedado probado que Susana sustituyera el nombre del paciente en el certificado médico referido expedido a favor de otra persona, poniendo el nombre de su hijo, Luis Carlos .

Susana en nombre de su hijo percibió del INSS un total de 34.180,38€ por el periodo de 10/2010 hasta 7/2011, en concreto:

- Factura nº NUM024 de 25/10/10 por importe de 4.766,92 €, de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.384,06 €.



- Factura nº NUM025 , de 25/11/10 por importe de 4.694,42 €, de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.319,34 €.
- Factura nº NUM026 de 22/12/10 por importe de 4.771,92 €, de la que el INSS satisfizo la cantidad de 3.384,06 €.
- Factura nº NUM027 de 22/01/11 por importe de 4.823,27 €, de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.384,06 €.
- Factura nº NUM028 de 22/02/11 por importe de 4.677,07 €, de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.189,90 €.
- Factura nº NUM029 de 22/03/11 por importe de 5.005,27 €, de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.455,04 €.
- Factura nº NUM030 de 22/04/11 por importe de 4.980,17 € de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.521,72 €.
- Factura nº NUM031 de 22/05/11 por importe de 5.023,27 €, de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.556,44 €.
- Factura nº NUM032 de 22/06/11 por importe de 4.830,17 €, de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.390,32 €.
- Factura nº NUM033 de 22/07/11 por importe de 5.062,27 €, de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 3.595,44 €.

Susana sustituyó en el certificado médico que aportó con la prórroga de la prestación del seguro escolar, la identidad del tercero a cuyo nombre fue expedido, colocando el nombre de su hijo,

El INNS reclamó tal cantidad ante la jurisdicción social, condenándose a Susana , Fructuoso e Luis Carlos en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona el 12 de febrero de 2014 en Procedimiento Reclamación de cantidad nº 87/2012, al abono de 34.180,38 €.

Nieves no actuó en beneficio de Luis Carlos a cambio de contraprestación alguna.

DECIMOTERCERO.- En relación con Fermina .

Fermina , fue asistida en el centro ABB de prevención y tratamiento de la anorexia y la bulimia S.L. incluyendo períodos de asistencia al hospital de día entre noviembre de 2010 y julio de 2011.

Rosalía solicitó la prestación del seguro escolar en relación a su hija el 3 de noviembre de 2010 y su posterior prórroga el 2 mayo de 2011.

Rosalía hizo llegar a Nieves las facturas originales del centro ABB relativas a los meses entre noviembre de 2010 y julio de 2011. En la solicitud de prestación de seguro escolar de Fermina tramitada por Nieves , se acompañaron facturas que no se correspondían con la realidad en cuanto que la cantidad verdaderamente abonada por Rosalía al centro era inferior, Nieves quien actuó en beneficio de Fermina sin contraprestación alguna a cambio, aumentó los importes de las facturas de la misma, introduciendo diversos conceptos incrementando así el importe total, para que aquella obtuviera el reintegro de mayor cantidad por parte del INSS de la que le correspondía legalmente, llegando a recibir cantidades superiores a las realmente abonadas al centro ABB, en concreto:

a) En Noviembre de 2010:

- Factura nº NUM034 de 9/11/10 por importe de 260 €
- Factura nº NUM035 de 11/11/10 por importe de 736,30 €
- Factura nº NUM036 de 19/11/10 por importe de 130,66 €
- Factura nº NUM037 de 19/11/10 por importe de 706,30 €
- Factura nº NUM038 de 26/11/10 por importe de 706,30 €

Fermina recibió la cantidad de 556,48 € cuando debió percibir 184,21 €, recibiendo indebidamente la cantidad de 372,27 €.

b) Diciembre de 2010:

- Factura nº NUM039 de 1/12/10 por importe de 441 €
- Factura nº NUM040 de 10/12/10 por importe de 706,30 €



- Factura nº NUM041 de 17/12/10 por importe de 706,30 € -
- Factura nº NUM042 de 24/12/10 por importe de 706,30 €
- Factura nº NUM043 de 27/12/10 por importe de 137,50 €

Fermina recibió 2.145,20 € cuando debió percibir 142,71€, por lo que percibió indebidamente la cantidad de 2.002,49 €

c) Enero de 2011:

- Factura nº NUM044 , de 4/01/11 por importe de 1.375€
- Factura nº NUM045 , de 7/01/11 por importe de 706,3€
- Factura nº NUM046 , de 14/01/11 por importe de 706,3€
- Factura nº NUM047 , de 21/01/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM048 , de 28/01/11 por importe de 786,52€

En el mes de enero de 2011 la acusada recibió 1,550,10 € cuando debió percibir 1.003,16€, por lo que percibió indebidamente 546,94 €.

d) Febrero de 2011:

- Factura nº NUM049 , de 4/02/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM050 , de 11/02/11 por importe de 786,52€.
- Factura nº NUM051 , de 18/02/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM052 , de 19/02/11 por importe de 1.375€
- Factura nº NUM052 , de 25/02/11 por importe de 786,52€

En el mes de febrero de 2011 la acusada recibió 1,453,2 €. cuando debió percibir 906,08€, por lo que percibió indebidamente 547,12€.

e) Marzo de 2011:

- Factura nº NUM053 , de 4/03/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM054 , de 5/03/11 por importe de 1.375€
- Factura nº NUM055 , de 11/03/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM054 , de 18/03/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM056 , de 25/03/11 por importe de 786,52€

En el mes de marzo de 2011 la acusada recibió 1.550,10 € cuando debió percibir 1.003,16€, por lo que percibió indebidamente 546,94 €.

f) Abril de 2011;

- Factura nº NUM057 , de 1/04/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM058 , de 4/04/11 por importe de 1.375€
- Factura nº NUM059 , de 8/04/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM060 , de 15/04/11 por importe de 86,52€
- Factura nº NUM061 , de 22/04/11 por importe de 786,52€
- Factura nº NUM062 , de 29/04/11 por importe de 786,52€

En el mes de abril de 2011 la acusada recibió 1.424,60 € cuando debió percibir 970,80€, por lo que percibió indebidamente 453,80 €.

En mayo de 2011 Rosalia presentó solicitud de prórroga de la prestación adjuntando nuevas facturas por los periodos de mayo a julio de 2011, periodo en los que no satisfizo la cuota correspondiente en el centro a pesar de haber recibido la prestación del INSS. En concreto las siguientes:

g) Mayo de 2011:

- Factura nº NUM063 , de 3/05/11 por importe de 1.375€





- Factura nº NUM063 , de 6/05/11 por importe de 786,52€ de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 516,70€
- Factura nº NUM064 , de 13/05/11 por importe de 786,52€ de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 347,70€
- Factura nº NUM065 , de 20/05/11 por importe de 786,52 € de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 280,10€
- Factura nº NUM066 , de 27/05/11 por importe de 786,52€ de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 280,10€

En el mes de mayo de 2011 la acusada recibió 1.424,60 € cuando no había satisfecho cantidad alguna a la clínica.

h) Junio de 2011:

- Factura nº NUM067 , de 2/06/11 por importe de 1,375 € de la que fue satisfecha por el INSS la cantidad de 280,10€

En el mes de junio de 2011 la acusada recibió 280,10 € cuando no había satisfecho cantidad alguna a la clínica;

i) Julio de 2011;

- Factura nº NUM068 , de 4/07/11 por importe de 950€.

En el mes de julio de 2011 la acusada recibió 1.424,60 € cuando no había satisfecho cantidad alguna a la clínica.

Rosalía percibió indebidamente un total de 7.598,42 € procedentes de los fondos **públicos** por el periodo de 1/11/2010 hasta 1/7/2011.

No ha quedado probado que Rosalía actuara en connivencia con Nieves para obtener las cantidades del erario, **público** indebidamente referidas, pero sí que era conocedora de que recibía cantidades superiores a las que efectivamente había abonado al centro ABB de prevención y tratamiento de la anorexia y bulimia S.L. por el tratamiento al que se encontraba sometida su hija Fermina .

El INSS demandó ante la jurisdicción social tal cantidad siendo condenados Rosalía , Juan Antonio y Fermina a reintegrar al INSS la cantidad de 7.598,42 € en virtud de sentencia nº 81/2014 de 12 de febrero dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona.

El centro ABB de prevención y tratamiento de la anorexia y la bulimia reclamó ante la jurisdicción civil a Rosalía y Juan Antonio la cantidad de 9.725 € por los servicios prestados entre mayo de 2011 y febrero de 2012.

DÉCIMO CUARTO.- Nieves , acudió voluntariamente al Juzgado de Guardia de Tarragona antes de que el procedimiento judicial se dirigiera contra ella, para poner de manifiesto los hechos objeto de este procedimiento, siendo que dicha actuación fue relevante para el esclarecimiento de los hechos.

Nieves había reconocido los hechos con carácter previo en el procedimiento administrativo de revisión del INSS.

Durante la tramitación del procedimiento Nieves ha colaborado activamente con la justicia, facilitando el esclarecimiento de los hechos.

DECIMOQUINTO.- Nieves realizó dos ingresos voluntarios por un total de 2.100 € a cuenta de las cantidades indebidamente recibidas.

Nieves como consecuencia de la sentencia condenatoria ante el procedimiento social tiene embargado su salario para satisfacer las cantidades objeto de reclamación, restándole por satisfacer a fecha 30/09/2019 1.160,30 € del total de 33.050,39 € recibidos del INSS.

DECIMOSEXTO.- Al tiempo de los hechos, Nieves sufría DIRECCION000 y tenía un contexto familiar de alta conflictividad. Su hija menor de edad padecía DIRECCION001 habiendo tenido diversos intentos autolíticos, sus ingresos económicos no le permitían hacer frente a todos sus gastos de sostenimiento, cuotas hipotecarias y créditos y había estado inmersa en procedimientos judiciales de violencia de género. A consecuencia de estas circunstancias, Nieves si bien mantenía íntegra su capacidad para entender y conocer lo malo y lo bueno, sufría una leve disminución de su capacidad para comportarse según dicha comprensión.

DECIMOSÉPTIMO.- Rosalía ha satisfecho en ejecución de sentencia la cantidad de 7.598,42€.

DECIMOCTAVO.- Susana se hallaba en el momento de los hechos en una situación de grave necesidad económica, actuando acuciada por la misma. Se encontraba, como familia uniparental por abandono de su

marido, a cargo de dos hijos menores, sin apoyo familiar en España, estando desempleada y habiendo sido desahuciada de su vivienda, encontrándose ocupando una vivienda en condiciones pésimas e insalubres. Carecía de todo ingreso y ahorro, viviendo de la beneficencia recogiendo ropa usada alimentos de diversas entidades de beneficencia y religiosas.

DECIMO NOVENO.- Susana ha satisfecho en ejecución de sentencia la cantidad de 99,64 €".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"PRIMERO.- ABSUELVO a Rosalia de los hechos y delitos por los que ha sido objeto de acusación en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- CONDENO a Nieves como autora de un delito continuado de **malversación de caudales públicos** del art. 432.1 CP en su redacción dada por la LO 15/2003 y 74 CP, en concurso medial del art. 77.3 CP con un delito continuado de falsedad en documento **público** del art. 74 y 390.1.1 CP, concurriendo en ambos delitos como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la atenuante muy cualificada de confesión del art. 21.4 CP, las atenuantes de reparación del daño del art. 21.5 CP y de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, y la atenuante analógica del art. 21.7 CP en relación con el art. 20.1 CP, a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de la condena; a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo **público** por tiempo de 2 años; y a la pena de 3 meses y 22 días de multa a razón de 4 €/días, con responsabilidad personal del art. 53 CP en caso de impago.

TERCERO.- CONDENO a Susana como cooperadora necesaria de un delito continuado de **malversación de caudales públicos** del art. 432.1 CP, en su redacción dada por la LO 15/2003 y 74 CP, con aplicación de la reducción punitiva del art 65.3 CP, concurriendo como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal las atenuantes de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP y la atenuante analógica de estado de necesidad del art, 21.7 CP en relación con el art. 20.5 CP, a la pena de prisión de 1 año y 8 meses, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 3 años.

ABSUELVO a Susana de los hechos y delito continuado de falsedad en documento **público** u oficial del que venía acusada.

CUARTO.- CONDENO a Nieves a indemnizar al INSS en concepto de responsabilidad civil, en la cantidad de 1.160,30 € como responsable civil directa y en la cantidad de 11.598,02 € como responsable civil subsidiaria de Jose Ramón , cantidades que devengarán los intereses legales procesales del art. 576 LEC.

CONDENO A Susana a indemnizar al INSS en concepto de responsabilidad civil, en la cantidad de 34.080,74 € que devengará los intereses legales procesales del art. 576 LEC.

QUINTO.- CONDENO a Nieves y Susana a abonar respectivamente 1/3 y 1/6 de las costas procesales causadas, declarándose de oficio el resto.

Únase a la presente sentencia el acta de votación del Jurado.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Catalunya a interponer, en su caso, en el plazo de diez días.

Póngase la presente sentencia en conocimiento de los miembros del tribunal del jurado.

Así por esta sentencia, que pronuncio, mando y firmo".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal de Nieves , presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, formándose el rollo de apelación del Jurado núm. 10/2020. En fecha 25 de mayo de 2021, el citado Tribunal dictó sentencia núm. 189, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"NO HA LUGAR AL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Procuradora D^a María Jesús Muñoz Pérez, en nombre y representación de Nieves , contra la sentencia dictada en fecha 9 de abril de 2020, por el Tribunal del Jurado, constituido en la Audiencia Provincial de Tarragona la cual confirmamos íntegramente.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia.



Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Nieves anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por la aquí recurrente se basó en el siguiente motivo:

Motivo primero (único).- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 432.1 del Código penal en su texto vigente (redacción dada por la LO 15/2003), al acaecer los hechos. Se queja de que no se da en este caso la vinculación típica exigible entre la funcionaria (condenada) y los **caudales públicos**.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación, en razón de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 17 de noviembre de 2021. La representación de la parte recurrente se opone al informe planteado de contrario en escrito de 10 de diciembre siguiente.

SÉPTIMO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 8 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se aquieta la parte ahora recurrente con el relato de hechos probados que se hace propio en la sentencia impugnada, --la dictada en apelación por el Tribunal Superior--, así como también, siquiera sea implícitamente, con la condena de doña Nieves como autora de un delito continuado de falsedad documental. El motivo único de su impugnación, que se articula al amparo de lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la pretendidamente indebida aplicación de lo establecido en el artículo 432.1 del Código Penal, conforme a la redacción resultante de la Ley Orgánica 15/2003, vigente al tiempo de cometerse los hechos que se han tenido aquí por acreditados.

2.- En sustancia, razona la recurrente que dicho relato no permite concluir, antes al contrario, que existiera entre la funcionaria acusada y los **caudales públicos** indebidamente dispuestos, la relación funcional que el referido precepto exige como elemento típico, es decir, sostiene quien recurre que no puede tenerse por probado que aquella tuviera dichos fondos a su cargo por razón de sus funciones. Explica la ahora recurrente que: *"Se reconoce como un hecho probado (punto sexto) que mi mandante elevaba una "propuesta de resolución" a su superior jerárquico, que era quien realizaba la resolución, quien a la postre permitía el cobro de las prestaciones. Negar que sobre la "propuesta de resolución" realizada por mi mandante existía un verdadero control jurídico por parte del funcionario superior jerárquico quien tenía la capacidad jurídica para ordenar el pago de las prestaciones, es negar lo obvio. No era Nieves quien tenía la capacidad jurídica, ni material, de ordenar el pago. Pues parece pretender la Sentencia recurrida, desposeer de cualquier valor a la resolución que autoriza el pago de la prestación, casi como si fuera un simple formalismo, dotando de un valor absoluto a la "propuesta de resolución", de tal manera que se viene a concluir que el superior jerárquico de mi mandante no ejercía ningún tipo de control real sobre el expediente administrativo. La laxitud con la que de facto actuara el superior jerárquico de Nieves en la realización de su trabajo de fiscalización del expediente administrativo, no puede transformar la verdadera disposición que la acusada tenía sobre los fondos **públicos**, que era ninguna, pues se encargaba, meramente, de gestionar el expediente administrativo, pero no de aprobar la prestación para el pago, de la que ella no tenía facultad alguna. Los deficientes controles del Instituto Nacional de la Seguridad Social, o la ausencia de realización de un trabajo efectivo por el superior jerárquico, no altera la verdadera relación que entre mi mandante y los **caudales públicos**, que desde luego no era de disposición, ni material, ni formal, ni jurídicamente, ni por la función que cursaba en el entramado administrativo del INSS"*.

SEGUNDO.- 1.- La sentencia dictada por la Magistrada que presidió el Tribunal del Jurado, cuya sólida motivación, tanto en el ámbito fáctico como en el jurídico merece ser destacada, empieza por poner de manifiesto que, en su regulación actualmente vigente, el delito de **malversación** de fondos **públicos** se remite en cuanto a la descripción de las conductas típicas, a las ya contempladas en los artículos 252 o 253 del Código Penal (administración desleal y apropiación indebida), exigiendo que la conducta se lleve a cabo por una autoridad o por un funcionario **público**, pero sin demandar de forma explícita que los fondos indebidamente dispuestos o apropiados hayan de encontrarse "a cargo" del autor por razón de sus funciones. En cualquier caso, reputando, con razón, más beneficiosa para la acusada la regulación vigente al tiempo de ser cometidos los hechos aquí enjuiciados, resuelve la aplicación del texto normativo vigente a la fecha de cometerse aquéllos, que sí exigía de manera expresa la existencia de la mencionada relación funcional



entre el sujeto activo y los fondos que constituyen el objeto del delito (artículo 432.1 del Código Penal, conforme a la redacción resultante de la Ley Orgánica 15/2003). Seguidamente, explica la sentencia recaída en la primera instancia que: *"Como se ha declarado probado en términos que fueron sometidos al jurado, las funciones de Nieves en la gestión de las prestaciones del seguro escolar que tenía encomendadas consistían en recibir el impreso de solicitud de prestación del seguro escolar cumplimentado por los interesados con toda la documentación aportada por ellos, incoar el expediente, verificar la documentación, dar traslado del mismo a los profesionales médicos que prestaban servicios para el INSS, y una vez lo recibía devuelto de tal servicio, la acusada daba traslado a su superior de una propuesta de resolución reconociendo el derecho a prestación. Tras la firma del superior jerárquico, el expediente se remitía a la Intervención de la Seguridad Social y aprobado el expediente por la intervención, se dictaba resolución concediendo la prestación y ordenando el pago por el Director Provincial. Todo, ello conforme a la Circular del INSS 5/2000 de 27 de abril sobre Manual de Procedimiento del Seguro Escolar".* A partir de esos elementos fácticos que resultan ser, en sustancia, los que el colegio de jurados reputó acreditados, razona la resolución de primera instancia que una interpretación *"respetuosa con el bien jurídico protegido"*, obliga a concluir que los fondos indebidamente dispuestos se encontraban a cargo de la acusada por razón de sus funciones, observando a este respecto que: *"bajo el prisma del referido bien jurídico protegido, es necesaria una interpretación amplia pero en todo caso respetuosa plenamente con el principio de legalidad, que incluya como sujetos activos del delito a aquellos funcionarios con funciones relevantes de hecho en la disposición de **caudales públicos**, entre los que claramente se encuadraba la Sra. Nieves quien por su inserción en el funcionamiento de la prestación del seguro escolar, era además conocedora de la, valga la expresión, relajación, de los controles del sistema"*; citando al respecto la referida resolución, como justificadores de su decisión, numerosos comentarios doctrinales y resoluciones de este mismo Tribunal que abogan también por esta misma consideración .

2.- El Tribunal Superior, por su parte, enfrentado, a su vez, con esta misma queja, que finalmente constituye el único gravamen del presente recurso, recuerda, para comenzar sus razonamientos, la doctrina de este Tribunal Supremo, expresada, entre muchas otras, en nuestra sentencia número 606/2017, de 7 de septiembre, en el sentido de que el precepto contenido en el artículo 432.1 del Código Penal, –redacción resultante de la L.O. 15/2003–, requiere, por un lado, la cualidad de funcionario **público** o autoridad del sujeto activo, concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en el desarrollo de una función pública; y, por otro, que concurra en el mismo alguna suerte de facultad decisoria jurídica o detentación material de los **caudales** 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. A su vez, el Tribunal Superior observa que la jurisprudencia había mantenido, no sin alguna vacilación inicial, una interpretación amplia en lo relativo a la relación funcional que debe existir entre el funcionario y los **caudales públicos**, *"entendiendo que no es lo mismo "a su cargo por razón de sus funciones" que "bajo la custodia o poder del funcionario" que sería más restrictivo. De manera que es suficiente que el funcionario tenga los **caudales** "con ocasión de sus funciones" o "en consideración al ejercicio de cualquier función pública". En este sentido las SSTs 14.5.1992 ; 27.5.1993 , 21.6.93 (RA 5276) , 31.1.1996 , 13.2.97 615/2007 , 12.6; 211/2006 , 2.3; 99/2004 , 20.2; 875/2002 , 16.5, etc".* Y destaca también que: *"el Tribunal Supremo otorga cierto contenido decisorio a aquellos informes y propuestas de resolución que son preparatorios de la decisión final resolutoria"*.

A partir de estas consideraciones, la sentencia ahora recurrida pondera que: *"la acusada fue designada responsable de la gestión de prestaciones del seguro escolar en marzo de 2010. Las funciones que Nieves en la gestión de las prestaciones del seguro escolar tenía encomendadas, consistían en recibir el impreso de solicitud de prestación del seguro escolar cumplimentado por los interesados, con toda la documentación aportada por ellos. Incoar el expediente y verificar que se había aportado la documentación básica requerida legalmente; dar traslado del mismo a los profesionales médicos que prestaban servicios para el INSS para que verificaran desde el punto de vista médico y atendiendo a la documentación médica y farmacológica si la enfermedad era tributaria de prestación; y una vez lo recibía devuelto del mismo, dar traslado a su superior de una propuesta de resolución reconociendo el derecho a la prestación. El expediente se remitía entonces a la intervención de la Seguridad Social y una vez retornado de dicha intervención aprobándose el gasto, procedía el dictado de la correspondiente resolución concediendo la prestación y ordenando el pago por el director general, pudiendo este delegar la firma".* Describe después las concretas conductas desplegadas por la acusada: *"acompañar a los expedientes certificados médicos emitidos por diferentes doctores a nombre de otros pacientes, modificándolos para sustituir el nombre de las personas a quienes se había expedido el certificado médico; aportar a los expedientes facturas que correspondían a servicios de otros usuarios en los que también alteraba el nombre de los verdaderos pacientes; aumentar los importes de las facturas tras modificar las originales, introduciendo diversos conceptos incorporando anexos con determinada medicación, para así obtener el reintegro de mayor cantidad de la que correspondía legalmente; y aportar facturas a los expedientes que no se correspondían con auténticos servicios prestados.*



Después elevaba una propuesta de resolución que era aprobada en base a los documentos que habían sido alterados por la acusada, procediéndose al pago por el organismo competente".

A partir de los elementos referidos, la sentencia ahora impugnada concluye: *"la conducta desplegada por la acusada tiene pleno encaje en el delito del art. 432.1 del CP . Como encargada de tramitar los expedientes correspondientes a las prestaciones del seguro escolar, la acusada unió informes y documentos alterados que justificaban la propuesta de resolución que presentaba para ser aprobada. Es decir, con la documentación que alteró la acusada generó el derecho a unas prestaciones que o bien no procedían, o bien lo eran en cantidad inferior, permitiendo a los beneficiarios de los expedientes, entre los que también se encontraba ella, el cobro de unas prestaciones en cuantía indebida o que no les correspondía. La acusada tenía el dominio de hecho sobre esos fondos con ocasión del ejercicio de sus funciones, ya que sin esos documentos alterados y sin las propuestas de resolución que presentaba, no se hubiera aprobado el pago. Con su actuación generó un elevadísimo riesgo para los fondos **públicos**.*

En definitiva, en la acusada recaía la gestión material de los expedientes para las prestaciones del seguro escolar que acababa con una propuesta de resolución por su parte. Tenía pues atribuida la competencia específica y capacidad jurídica en la tramitación de los expedientes".

No se niega, evidentemente, en la resolución que ahora se impugna, que, tras la intervención de la acusada en los términos ya descritos, existían ciertos controles posteriores de sus actuaciones, que aún podrían haber dado lugar a la denegación de las prestaciones, mas la sentencia ahora impugnada añade: *"el control posterior era solo a efectos económicos, pero no al control del expediente ni mucho menos a su contenido, aceptándose la propuesta de resolución al cumplir formalmente los requisitos exigidos".*

TERCERO.- 1.- Ciertamente, el artículo 432.1 del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos que se enjuician aquí, exigía que el funcionario **público** (o la Autoridad), actuando con ánimo de lucro, sustrajere (o consintiere que lo hiciese un tercero con igual ánimo), los **caudales** o efectos **públicos** *"que tuviera a su cargo por razón de sus funciones"*. Un rígido entendimiento de esta relación funcional incorporada como elemento del tipo, conduciría inexorablemente a excluir del posible universo de sujetos activos de este ilícito penal a todas cuantas autoridades o funcionarios **públicos** desempeñaran su cometido con carácter no inmediatamente anterior al acto efectivo de disposición (física o jurídica) de los fondos, por más que las intervenciones posteriores tuvieran un mero carácter formal o revisorio de aspectos ajenos a la sustancial regularidad de lo aportado al expediente (por ejemplo, autorización final del pago, en atención exclusiva a la disponibilidad de fondos; o comprobación del concurso de los requisitos exigibles partir de la documentación aportada). En el caso, es evidentemente cierto que la intervención de la acusada no daba lugar de manera inmediata a la puesta a disposición de los fondos en favor de los beneficiarios, siendo preciso primero que su propuesta de resolución, a partir de los documentos unidos por aquella al expediente, fuera aprobada por la intervención de la Seguridad Social y por el superior jerárquico de la acusada que era quien, en último extremo, dictaba la resolución. Sin embargo, aquélla y éste, como sobradamente conocía Montserrat, únicamente revisaban los documentos que ella unía al expediente, resultando absolutamente disfuncional y de ejecución imposible un control que pasara también por asegurarse de que dichos documentos resultaban auténticos en cada caso, no habían sido previamente falseados en ninguno de sus extremos relevantes, conforme a elementales criterios de distribución de funciones. Por eso, una interpretación amplia, aunque por descontado respetuosa con el principio de legalidad, condujo a este Tribunal a proclamar que la exigencia de que los fondos indebidamente dispuestos se encontraran *"a cargo del sujeto activo por razón de sus funciones"*, debía entenderse no en el sentido de que la autoridad o funcionario **público** tuviera la competencia, exclusiva y excluyente, de disponer de los fondos, sin intervención posterior administrativa alguna (interpretación que, no es ya que redujera de forma muy acusada el círculo de posibles sujetos activos de este delito, sino que, en realidad contribuiría a frustrar en muy buena parte la finalidad del mismo y, por ello, la protección del bien jurídico al que el tipo penal responde); sino en cuanto a que dicha relación funcional exigía que los **caudales** o efectos **públicos**, estuvieran a disposición del funcionario por razón de su cargo, es decir, que la actuación desplegada por aquél para apropiarse de ellos o distraerlos de forma indebida recayese sobre fondos concernidos por dicha actuación profesional, teniendo así respecto de ellos el funcionario una cierta capacidad decisoria, aunque no necesariamente definitiva o inapelable, ya fuera física o jurídica. Y, desde luego, no puede negarse aquí que la actuación de la ahora recurrente se desplegó en el marco de sus competencias profesionales, en su calidad de *"responsable de la gestión de prestaciones del seguro escolar, en marzo de 2010"*, en la sede provincial de Tarragona del Instituto Nacional de la Seguridad Social, al punto que la misma concluía cada uno de los expedientes con una propuesta de resolución. Dicho de otra manera: la conducta de la acusada no podría haber alcanzado sus fines, prescindiendo no ya de su condición de funcionaria, sino también de la relación funcional que, como consecuencia del desempeño de sus concretas competencias públicas, mantenía con los fondos destinados a la satisfacción de prestaciones derivadas del seguro escolar.



2.- Acerca del alcance de dichas propuestas de resolución, importa recordar que este mismo Tribunal ha venido a ponderar su carácter relevante en el marco de la resolución final, por más que las mismas aparezcan condicionadas a su posterior aprobación. Así, en particular, nuestra sentencia número 163/2019, de 26 de marzo, observa: <<... abundando en la relevancia a que se refiere el informe objeto de las actuaciones hay que señalar que se trata de informes de relevancia, como hemos expuesto, que en muchos casos llevan forma de propuesta de resolución, por lo que se integran en ese expediente en clave de importancia, que no puede desconectarse de la decisión final que se adopte... Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el thema decidendi. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice>>.

Por otro lado, ciertamente, este Tribunal ha venido abogando por una interpretación, amplia pero no extensiva, de la referida exigencia funcional, contenida en la redacción del artículo 432.1 del Código Penal, conforme rezaba al tiempo de producirse los hechos aquí enjuiciados. Acaso nuestra sentencia número 806/2014, de 23 de diciembre, resulta la que de forma más explícita aborda esta materia, señalando: <<Se vuelve ahora a la otra cuestión que antes se sugería (motivo tercero): la recurrente no tenía a su cargo esos fondos. Faltaría uno de los elementos típicos del delito de **malversación**. Ella se limitaba a tramitar los expedientes y a formular la propuesta correspondiente que necesariamente tenía que ser aprobada y firmada por la Jefa de la Dependencia...>>

...El tema suscitado ha sido en efecto debatido y la jurisprudencia no es totalmente uniforme.

El Código no se contenta con que el funcionario o autoridad tenga a su cargo los **caudales públicos**. Exige que los tenga a su cargo por razón de sus funciones. Tal condicionante ha sido objeto de interpretaciones diversas.

La concepción más amplia considera que basta con que esa relación con los efectos **públicos** nazca de la condición de funcionario **público**, con independencia de que el cuidado y gestión de esos fondos forme parte de las funciones anudadas al puesto concreto desarrollado. Sería suficiente una situación fáctica: hay capacidad de hecho de disponer de los bienes precisamente por la cualidad de funcionario aunque la normativa no atribuya al sujeto los deberes específicos de su custodia y administración. Es esta la posición más afianzada en la jurisprudencia.

La STS 411/2013, de 6 de mayo citada por la Audiencia provincial es un reciente exponente de esta visión laxa:

"Se alega, en defensa del motivo, que el delito de **malversación de caudales públicos** exige la concurrencia de la facultad decisoria o detentación material de **caudales públicos**, es decir, que el funcionario tenga la disponibilidad material de los mismos como que se produzca una sustracción que aparte tales **caudales** de los fines previstos. Y se niega que los acusados tuvieran disponibilidad de tales **caudales** ni hubo sustracción de fondos **públicos** ni se consintió la sustracción por un tercero ...

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 986/2005, de 21 de julio, que la figura delictiva de **malversación de caudales públicos** del art. 432.1 tiene que partir de la concurrencia de tres factores esenciales (véanse SS. 1486/98 de 26.11 y 1569/2003 de 24.11). Subjetivamente, la naturaleza del autor como funcionario en los términos del art. 24 CP, cuyas dos ideas nucleares desde la perspectiva penal son: a) existe un concepto propio del orden penal más amplio que el operativo en la esfera administrativa, y b) lo que define la condición de funcionario es la participación en funciones públicas; objetivamente la consideración de los **caudales** o efectos **públicos** sustraídos. Y desde el punto de vista de la dependencia, la relación especial entre agente y **caudales** (SSTS. 1 y 24.2.95). De ahí que esta disponibilidad o relación entre el **caudal** y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31.1.96, 24.2.95). El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los **caudales** por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los **caudales** y efectos **públicos** por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano **público**.

En conclusión, lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente **público**, o, en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los **caudales** no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones"



No obstante esa tesis ha sido objeto en ocasiones de matices o incluso rechazada: SSTs de 10 de febrero de 1926, 21 de abril de 1885, 8 de marzo de 1954, 15 de enero de 1955 o 27 de mayo de 1993. En fecha menos remota la STS 608/2005, de 12 de diciembre, que vino precedida de un Pleno no jurisdiccional (13 de julio de 2005) en el que no se llegó a un acuerdo mayoritario sobre la cuestión, también podría situarse en esa exégesis más restrictiva sobre la vinculación con el funcionario de los **caudales públicos**: no bastaría la disponibilidad de hecho, sino que se exigiría una disponibilidad jurídica.

Y es que, ciertamente, convive también en la doctrina y esporádicamente en la jurisprudencia una concepción más estricta.

Pero ha de considerarse preferible y, sobre todo, preponderante la doctrina a tenor de la cual basta con una relación entre la función pública y los **caudales** sin que sea necesario identificar una estricta facultad legal de disposición. La facilidad y capacidad efectiva para disponer de los fondos **públicos** precisamente por las funciones públicas encomendadas y desarrolladas basta para colmar esa exigencia típica. Hay dominio fáctico sobre esos fondos por sus funciones, aunque en un estricto análisis jurídico administrativo la decisión final correspondiese a otra funcionaria que por razones operativas, organizativas y de confianza refrendaba sin más las propuestas que efectuaba la recurrente, concedora de esa mecánica de la que se aprovechó>>.

El recurso se desestima.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde imponer las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Nieves, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 189/2021, de 25 de mayo, por cuya virtud se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por aquélla contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, procedimiento de jurado, número 99/2020, de 9 de abril.

2.- Se imponen las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.