

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1066/2025, de 30 de diciembre de 2025

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2677/2023

SUMARIO:**. Delito de prevaricación administrativa. Elementos. Jurisprudencia. Tipo subjetivo. Continuidad delictiva.**

Alcalde que, pese al reparo administrativo, ordena pagos para una sociedad municipal, desoyendo las advertencias de ilegalidad, y sin someter su decisión a cualquier órgano que pueda enmendar o enjuiciar el reparo.

El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son: 1º) El servicio prioritario de los intereses generales. 2º) El sometimiento a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines. Es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base. Es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa. Ahora bien, para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". En el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa.

En este caso la arbitrariedad de la decisión del Alcalde esta presente ya que la última responsabilidad de la gestión municipal corresponde al Alcalde, quien no puede alegar ignorancia de las decisiones que toma, pues precisamente cuenta con asesores legales que le informan sobre la legalidad de su actuación, para permitir, después, que sea el Alcalde quien tome la última decisión, siempre, en ese caso, bajo su responsabilidad, si finalmente decide apartarse de un reparo de ilegalidad que suscribe el secretario-interventor del ayuntamiento. En esa hipótesis, no puede alegar ignorancia sobre la ilegalidad de su acción, pues le ha sido informada expresamente y, a pesar de ello, ha tomado una decisión por la cual, si fuera ilícita, o incluso delictiva, debe responder penalmente. Los Secretarios de la Administración Local son funcionarios con una alta formación jurídica que están al servicio de las corporaciones locales en las que, principalmente, ejercen la fe pública y desempeñan tareas de asesoramiento legal, siendo garantes de la legalidad administrativa. Este cometido es esencial en todo órgano administrativo que se guía y se rige por la ley y por el derecho.

· Estamos en presencia de acciones ejecutadas por el alcalde entre el 1 de septiembre de 2009 al 30 de junio de 2010, de manera que no puede sostenerse ni una unidad natural temporal de acción, ni tampoco jurídica o normativa, pues son acciones con finalidades diversas, insertables en la figura del delito continuado y que de no haber sido calificadas como de unidad de propósito o plan, nos hubieran llevado a un concurso real de delitos, de mayor impacto penológico para el recurrente.

PONENTE: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Magistrados:

JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

ANDRES PALOMO DEL ARCO

CARMEN LAMELA DIAZ

LEOPOLDO PUENTE SEGURA

TRIBUNAL SUPREMO

Síguenos en...



Sala de lo Penal**Sentencia núm. 1.066/2025**

Fecha de sentencia: 30/12/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2677/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 26/11/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: TSJ VALENCIA

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2677/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 1066/2025**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 30 de diciembre de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del **acusado D. Torcuato**, frente a la Sentencia 324/2022, de 20 de diciembre de 2022 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 287/22) formulado frente a la Sentencia 300/2022, de 24 de mayo de 2022 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 3/2022-MJ dimanante del PA núm. 290/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Paterna seguido por delito de prevaricación administrativa y malversación contra D. Torcuato, D. Jose Carlos y D. Jesús Luis. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la celebración de la vista y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, como recurrente el acusado D. Torcuato, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Alberto **López** Segovia y defendido por el Letrado D. José Vicente Gómez Tejedor, y en un principio fue recurrido el Excmo. Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber que posteriormente se apartó del proceso.

Síguenos en...



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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Paterna incoó PA 290/2016 por delitos de prevaricación administrativa y malversación contra **D. Torcuato, D. Jose Carlos y D. Jesús Luis**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 24 de mayo de 2022 dictó Sentencia 300/2022, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

«PRIMERO.- Ha resultado probado y así se declara expresamente: La empresa municipal SABFES SL (San Antonio de Benagéber, Formación, Empleo y Servicios SL), fue constituida en escritura pública de 26 de febrero de 2004 por los acusados Torcuato, con NIF NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien ostentaba en esa fecha el cargo de Alcalde de San Antonio de Benagéber, e Jose Carlos, con NIF NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, Secretario-Interventor del mencionado Ayuntamiento.

La entidad se constituyó con un capital social de 6.010,10€ y tenía como finalidad la realización de proyectos de formación ocupacional y continua de empresas y trabajadores, y una serie de servicios relacionados con la actividad anterior y para el propio Ayuntamiento, que ostentaba el 100% del capital social. Los acusados eran a su vez presidente y secretario del Consejo de Administración de la citada entidad, del que además formaban parte un vicepresidente, también edil del Ayuntamiento, y tres personas más, designadas por los grupos políticos del Ayuntamiento. La composición de la Junta General de la sociedad era la propia del Pleno del Ayuntamiento.

El 4 de mayo de 2004, fue nombrado gerente de la entidad por período indefinido Jesús Luis, quien fue cesado el 30 de noviembre de 2010, por cese temporal de la actividad de la empresa. El cese de actividad de la empresa fue, según membrete de la mercantil, no suscrito por nadie, el 31 de diciembre de 2010; y su disolución fue acordada por la Junta General el 27/09/2012.

La empresa pública SABFES, tenía personalidad jurídica propia y debía funcionar de manera autónoma e independiente del Ayuntamiento. Sin embargo, se había generado una confusión en la gestión de ambas entidades, de tal modo que se realizaban actos de disposición eludiendo la normativa administrativa, así como la fiscalización y control que impone la legislación; y con inobservancia de la normativa contable aplicable. Dentro de esta dinámica comisiva se enmarcan las siguientes anomalías: 1. Ausencia de acuerdos para las operaciones económico financieras, sin que conste Decreto o resolución del Ayuntamiento que apruebe el gasto, ni tampoco acuerdo del Consejo de Administración de SASFES, S.L, en ese sentido. 2. Ausencia de firma de los tres claveros (Alcalde, Secretario y Tesorero) en muchas de las órdenes de transferencia del Ayuntamiento a SABFES, S.L., eludiendo dicho control administrativo. 3. Pagos realizados sin consignación presupuestaria. 4. Pagos realizados existiendo reparo de legalidad por el Interventor, sin que se suspendiera el expediente por no existir crédito suficiente en el presupuesto municipal y sin ser levantado el reparo por el órgano competente. 5. Pagos realizados obviando el principio de anualidad y eludiendo el preceptivo procedimiento especial de reconocimiento extrajudicial de créditos. 6. Ausencia de encomienda de gestión del Ayuntamiento a SABFES para la prestación de servicios abonados. 7. Ausencia de firma en conformidad en muchas de las facturas abonadas. 8. Ausencia de justificación de los servicios prestados o suministros con cargo a las facturas. 9. Continua confusión de personalidades entre el Ayuntamiento y la mercantil SABFES, S.L., sufragando el Ayuntamiento directamente pagos que correspondían a la entidad.

SEGUNDO.- De alguna o varias de estas irregularidades adolecían las siguientes transferencias del Ayuntamiento a SABFES, ordenadas todas ellas por el acusado Torcuato:

- Transferencia de 2.589,40 euros el 29-10-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni orden pago. La factura no está firmada en señal de conformidad.

Síguenos en...



- Transferencia de 7-1 -2009 por importe de 62.884,28 euros. Además del referido acusado, firma la transferencia el Tesorero, pero no el Interventor. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni orden pago. Las facturas corresponden a ejercicios anteriores y no existe reconocimiento extrajudicial del crédito.
- Transferencia por importe 37.119,59 euros 7-1-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el Tesorero, pero no el Interventor. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni orden pago. Las facturas corresponden a ejercicios anteriores y no existe reconocimiento extrajudicial del crédito.
- Transferencia por importe de 67.619,31 euros de 2-2-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni encomienda del servicio, ni orden pago. Las facturas corresponden a ejercicios anteriores y no existe reconocimiento extrajudicial del crédito.
- Transferencia por importe de 31.932,26 euros de 18-2-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni encomienda del servicio, ni orden pago. Las facturas corresponden a ejercicios anteriores y no existe reconocimiento extrajudicial del crédito.
- Transferencia por importe de 68.796,37 euros de 4-3-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni encomienda del servicio, ni orden pago. Las facturas corresponden a ejercicios anteriores y no existe reconocimiento extrajudicial del crédito. Las facturas no están firmadas en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 39.592,19 euros de 26-6-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero.
- Transferencia por importe de 59.031 59 euros de 2-7-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el Tesorero, pero no el Interventor. Las facturas no están firmadas en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 80.295,73 euros de 31-7-2009. Firmada por los tres claveros, ambos acusados y el Tesorero. Las facturas no están firmadas en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 30.565,93 euros de 21-12-2009. Falta la firma del Tesorero municipal.
- Transferencia por importe de 70.894,59 euros de 30-12-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni orden pago. Las facturas corresponden a ejercicios anteriores y no existe reconocimiento extrajudicial del crédito. Una de las facturas no está firmada en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 100.363,25 euros de 1-2-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero.
- Transferencia por importe de 10.208,75 euros de 17-02-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero.
- Transferencia por importe de 31.356,81 euros de 17-2-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. Dos de las facturas no están firmadas en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 60.753,45 euros de 2-4-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. Las facturas no están firmadas en señal de conformidad.

- Transferencia por importe de 21 .277,13 euros de 2-4-2009. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero.
- Transferencia por importe de 45.202,48 euros de 30-4-2010. El documento tiene dos firmas que no se identifican. Ninguna de las facturas está firmada en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 60.902,06 euros de 10-11-2010. El documento tiene dos firmas que no se identifican. Ninguna de las facturas está firmada en señal de conformidad. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación.
- Transferencia por importe de 25.627,45 euros de 30-11-2010. El documento tiene dos firmas que no se identifican. Ninguna de las facturas está firmada en señal de conformidad. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación.
- Transferencia de 51.000 euros de 2-8-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el Tesorero, pero no el Interventor. Muchas de las facturas no están firmadas en señal de conformidad. Y no coincide el importe de las facturas con el de la transferencia.
- Transferencia por importe de 763,40 de fecha 29-10-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. La factura a que corresponde no está firmada en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 7.152,33 de fecha 3-11-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa que ampare el gasto. Las facturas no están firmadas en señal de conformidad.
- Transferencia por importe de 79.765,90 euros de 1-12-2009. Ninguna de las facturas está firmada en señal de conformidad.

TERCERO.- El 1 de abril de 2010 se libran dos mandamientos de pago, ordenados por el Alcalde Torcuato, por valor de 30.000 euros cada uno (total 60.000 euros), con sus correspondientes cheques, emitidos por el Ayuntamiento y firmados por los dos acusados, para ingreso en cuenta de la mercantil SABFES SL, por concepto "adquisición de acciones empresa local", pese a que el Ayuntamiento era titular del 100% del capital y sin que existiera acuerdo para llevar a cabo una ampliación de capital. Las órdenes de pago tienen el reparo del Secretario-Interventor, por ausencia de consignación presupuestaria, sin que el pago se suspenda ni llegue a levantarse el reparo por el Pleno del Ayuntamiento. Ambos cheques son entregados al gerente de la sociedad, quien ingresó uno de ellos en la cuenta de Bancaja NUM002, de la que era titular SABFES, y ese mismo día se efectúa una transferencia por importe de 29.514,75 €. Y el otro lo ingresó en la cuenta de Caja Mar NUM003, también de SABFES y ese mismo día existe un cargo de nóminas por importe de 30.532,27 €.

CUARTO.- El 1 de septiembre de 2009 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 80.014,34 €, al que el interventor pone reparo por no existir crédito suficiente en la partida del presupuesto de gastos, pese a lo cual el acusado ordena la transferencia. Una de las cuatro facturas a cuyo pago correspondía el mandamiento no tenía la conformidad ni de la sociedad, ni del Ayuntamiento.

El 2 de octubre de 2009 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 46.155,46 €, al que el interventor pone reparo, por no existir crédito suficiente en la partida del presupuesto de gastos, pese a lo cual el acusado ordena la transferencia.

El 2 de junio de 2010 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 9.759,70 €, pese a la advertencia del interventor de que se encuentra vigente un embargo de créditos a favor de la AEAT, por lo que hay que esperar al levantamiento de dicho embargo.

El 30 de junio de 2010 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 90.802,81 €, pese a la advertencia del interventor de que se encuentra vigente un embargo de créditos a favor de la AEAT, por lo que hay que esperar al levantamiento de dicho embargo».

La Audiencia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

«QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Jesús Luis con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de un tercio de las costas del juicio.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Torcuato, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación administrativa, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para el empleo o cargo público; al pago de un tercio de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Jose Carlos, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de un tercio de las costas.

Se reservan las acciones civiles que, como consecuencia de estos hechos, puedan corresponder al Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber».

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso **recurso de apelación** (Rollo de apelación 287/22) que fue resuelto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por Sentencia 324/22, de 20 de diciembre de 2022 que respecto a los **HECHOS PROBADOS**, dice: «Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos».

El **Fallo** de dicha Sentencia es el siguiente:

«En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha decidido:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. JOSE ALBERTO LOPEZ SEGOVIA en nombre y representación de D. Torcuato.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante, con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó recurso de casación** por infracción de Ley por la representación legal del acusado D. Torcuato, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución; formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado D. Torcuato, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Síguenos en...



Motivo primero.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 74.1 del Código Penal.

Motivo segundo.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal.

QUINTO.- La representación procesal del **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN ANTONIO DE BENAGÉBER**, por medio de escrito de 12 de junio de 2023 promueve IMPUGNACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN presentado por la representación legal de D. Torcuato. Por escrito de 19 de noviembre de 2025 comunica a esta Sala que ha decidido no continuar interviniendo de forma activa en el presente recurso de casación, renunciando al mismo y dejando la defensa de los intereses públicos de la Corporación en manos del Ministerio Fiscal, teniéndosele por apartado por Diligencia de ordenación de 19 de noviembre de 2025.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó su inadmisión y subsidiariamente lo impugnó, por las razones expuestas en su informe de fecha 20 de junio de 2023; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala se señaló la vista para la resolución del presente recurso para el día 26 de noviembre de 2025, extendiéndose el día señalado por la Ilma. Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala la oportuna Diligencia de documentación de vista, haciendo constar en la misma la asistencia del recurrente D. Torcuato, compareciendo su letrado D. José Vicente Gómez Tejedor y el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia núm. 324/2022, de fecha 20 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, confirma en apelación la pronunciada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia 300/2022, de fecha 24 de mayo, la cual, tras diversos pronunciamientos absolutorios, condenó al acusado Torcuato, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación administrativa, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para el empleo o cargo público y al pago de un tercio de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular. Frente a dicha resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el aludido condenado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- Tal y como plantea con todo acierto el recurrente, hemos de invertir el orden de la formalización de sus motivos de contenido casacional, y comenzar primeramente por el segundo, que con anclaje en lo autorizado en el art. 849- 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea su disidencia jurídica en la inexistencia de delito, y en un segundo motivo, con idéntico amparo legal, la concurrencia, o no, de continuidad delictiva.

En el extracto de este segundo motivo, que ahora en primer lugar estudiamos, formalizado por indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal, claramente se expone que *«Se ha aplicado indebidamente el art. 404 del CP . por cuanto no concurre el elemento subjetivo propio del delito de prevaricación administrativa por el que se condena a mi mandante»*.

De ello hay que deducir que concurren, a juicio del recurrente, los elementos objetivos del tipo delictivo aplicado.

Y aunque después, en su desarrollo argumental, parece deducirse que se discute también, desde un plano objetivo, la misma existencia del delito de prevaricación administrativa, es lo cierto que el núcleo de su disidencia jurídica ha de centrarse en tal tipo subjetivo, por haberlo así formulado el motivo, cuya soberanía pertenece al recurrente. Sin embargo, haremos algunas consideraciones posteriormente respecto a la tipicidad objetiva de algunos hechos probados, que, con acierto, por parte del autor del recurso se han puesto en entredicho.

Desde el plano subjetivo, el motivo no puede tener mayor recorrido, toda vez que, como bien dice la sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico Tercero, dibuja la figura del presidente de la corporación municipal: "Lo que genera un contexto de descontrol del que en modo alguno podemos entender ajeno al Alcalde, que no olvidemos que según el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Locales es el presidente de la corporación y como tal dirige el gobierno y la administración municipal, asumiendo su representación y entre otras funciones se encarga del desarrollo de la gestión económica, dispone del gasto y concierta operaciones de crédito (Art. 21.1.f). Por lo que, al hilo de lo expuesto por el recurrente, puede que el Secretario-Interventor constituya un órgano asesor y en alguna medida se encargue del control de su gestión, pero en última instancia la decisión le corresponde al Alcalde", y éste es precisamente el acusado.

En efecto, la última responsabilidad de la gestión municipal corresponde al Alcalde, quien no puede alegar ignorancia de las decisiones que toma, pues precisamente cuenta con asesores legales que le informan sobre la legalidad de su actuación, para permitir, después, que sea dicha figura jurídica quien tome la última decisión, siempre, en ese caso, bajo su responsabilidad, si decide finalmente apartarse de un reparo de ilegalidad que suscribe el secretario-interventor del ayuntamiento. En esa hipótesis, no puede alegar ignorancia sobre la ilegalidad de su acción, pues le ha sido informada expresamente y, a pesar de ello, ha tomado una decisión por la cual, si fuera ilícita, o incluso delictiva, debe responder.

Eso es lo que ha ocurrido en este caso.

El motivo, que ha sido formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe partir necesariamente del acatamiento de los hechos probados de la sentencia recurrida.

En ellos, se enmarca la decisión del acusado, Alcalde de San Antonio de Benagéber (Valencia), Ayuntamiento que tenía constituida una empresa municipal SABFES SL (San Antonio de Benagéber, Formación, Empleo y Servicios SL), mediante escritura pública constituida el 26 de febrero de 2004, entre otros, por el acusado Torcuato, íntegramente de capital municipal (el Ayuntamiento ostentaba el 100% del capital social).

El ahora recurrente era a su vez presidente del Consejo de Administración de la citada entidad. La composición de la Junta General de la sociedad era la propia del Pleno del Ayuntamiento. De modo que era una réplica del Ayuntamiento, pero en forma de sociedad mercantil lo que seguramente tenía por finalidad una configuración de los trabajadores más acorde con la estructura de una empresa mercantil que con la correspondiente a una corporación pública municipal, pero que no puede significar por ello un todo, sino una forma distinta, y con unas peculiaridades propias de tal morfología jurídica.

Siguiendo con lo que exponemos, se declara probado por la sentencia recurrida que la empresa pública SABFES, tenía personalidad jurídica propia y debía funcionar de manera autónoma e independiente del Ayuntamiento. Sin embargo, se había generado una confusión en la gestión de ambas entidades, de tal modo que se realizaban actos de disposición eludiendo la normativa administrativa, así como la fiscalización y control que impone la legislación; y con inobservancia de la normativa contable aplicable.

Ciertamente, tras esa constatación de irregularidades (no se lleva la contabilidad legal, se eluden los controles de los actos de gestión y se evita cualquier tipo de fiscalización), y recordemos que el motivo impone el pleno respeto a los hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tomaremos por incontestables tales afirmaciones, y a continuación, se relatan en un segundo apartado de los hechos probados, multitud de pagos que no pueden ser objeto típico de un delito de prevaricación administrativa, pues no concurren los elementos de tal delito, que lo serán: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites

esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto y arbitrario, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

En efecto, en el segundo de los hechos relatados por la sentencia recurrida, de más de 20 apartados, no puede predicarse la concurrencia de arbitrariedad en la gestión de los pagos, pues se constatan exclusivamente irregularidades administrativas.

Solamente pondremos el ejemplo de la primera transferencia:

- Transferencia de 2.589,40 euros el 29-10-2010. Además del referido acusado, firma la transferencia el también acusado Jose Carlos, pero no el Tesorero. No consta la existencia de resolución administrativa de reconocimiento de la obligación, ni orden pago. La factura no está firmada en señal de conformidad.

Y de la última:

- Transferencia por importe de 79.765,90 euros de 1-12-2009. Ninguna de las facturas está firmada en señal de conformidad.

De la descripción de esos elementos, no puede afirmarse con toda rotundidad la arbitrariedad del injusto enjuiciado, base del delito de prevaricación administrativa, y en consecuencia, como muy bien alega el recurrente, tanto por escrito como en su fundamentado informe oral ante esta Sala, debe ser la jurisdicción contencioso administrativa, quien tenga exclusivamente que encargarse de su control judicial, y no esta jurisdicción penal.

Pero no ocurre lo mismo en los apartados tercero y cuarto de los hechos probados.

Veámoslo.

En el apartado tercero, se expone literalmente lo siguiente:

3º.- El 1 de abril de 2010 se libran dos mandamientos de pago, ordenados por el Alcalde Torcuato, por valor de 30.000 euros cada uno (total 60.000 euros), con sus correspondientes cheques, emitidos por el Ayuntamiento y firmados por los dos acusados, para ingreso en cuenta de la mercantil SABES SL, por concepto "adquisición de acciones empresa local", pese a que el Ayuntamiento era titular del 100% del capital y sin que existiera acuerdo para llevar a cabo una ampliación de capital. Las órdenes de pago tienen el reparo del Secretario-Interventor, por ausencia de consignación presupuestaria, sin que el pago se suspenda ni llegue a levantarse el reparo por el Pleno del Ayuntamiento. Ambos cheques son entregados al gerente de la sociedad, quien ingresó uno de ellos en la cuenta de Bancaja NUM004, de la que era titular SABES, y ese mismo día se efectúa una transferencia por importe de 29.514,75 €. Y el otro lo ingresó en la cuenta de Caja Mar NUM003, también de SABES y ese mismo día existe un cargo de nóminas por importe de 30.532,27 €.

Aquí, no puede el recurrente argumentar que desconocía la ilegalidad de la orden de pago, pues fue puesta de manifiesto por el Secretario-Interventor, mediante reparo legal, advirtiéndole que no existía consignación presupuestaria, primeramente, y por si fuera poco, porque la orden se escondía bajo una falsa finalidad, pues se dice que lo era para la adquisición de acciones de la empresa local, lo que no era posible jurídicamente, pues la empresa era íntegramente municipal, y en realidad, lo que se pretendía era llevar a cabo ese mismo día un cargo en nóminas de los trabajadores, objetivo, sin duda, bienintencionado, pero que, por lo mismo, no puede neutralizar la legalidad administrativa, pues tal pago debe hacerse conforme a la legalidad, y si se hace de forma intencionada, conociendo que contraría la ley, se incurre en arbitrariedad, pues arbitrario es lo que se hace con una finalidad diferente a lo que se describe en la actuación, a sabiendas de su ilegalidad, que fue puesta de manifiesto mediante el oportuno reparo por el asesor legal del ayuntamiento, que es el secretario e interventor municipal, figura clave para el oportuno balance de actuaciones en la administración, que

impide que se tolere cualquier comportamiento, aún bien intencionado, si no se cuenta con el oportuno respaldo legal para la actuación del alcalde. Téngase en cuenta que se había constituido una empresa municipal para el desempeño de finalidades que correspondían al ayuntamiento, pero ello precisamente, le exigía una mayor pulcritud en su actuación, no confundiendo los patrimonios, como bien dice la sentencia recurrida, para lograr obtener una maniobrabilidad operativa que no respondía a las finalidades municipales, apareciendo en unos casos como una empresa privada con participación pública, y en otros, como receptora de los presupuestos municipales como si fueran empleados públicos, máxime cuando, como aquí se expone, se camufla tal actuación bajo la compra de unas acciones, lo cual era una finalidad espuria, y falsa, y por otro, se realiza con advertencia de ilegalidad.

Confirmar esta actuación como legítima, neutralizaría toda la normativa administrativa, y dejaría nuestro control en manos de la finalidad del pago, lo que supondría abrazarse a la arbitrariedad con tal de perseguir un fin bienintencionado. Y, claro es, eso no es posible, pues los controles administrativos estarían mediatizados por la finalidad pretendida, y por otro lado, obligaría a conocer todos los pormenores de su actuación, lo que aquí tampoco consta.

Veremos ahora el apartado cuarto de los hechos probados.

4º.- El 1 de septiembre de 2009 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 80.014,34 €, al que el interventor pone reparo por no existir crédito suficiente en la partida del presupuesto de gastos, pese a lo cual el acusado ordena la transferencia. Una de las cuatro facturas a cuyo pago correspondía el mandamiento no tenía la conformidad ni de la sociedad, ni del Ayuntamiento.

El 2 de octubre de 2009 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 46.155,46 €, al que el interventor pone reparo, por no existir crédito suficiente en la partida del presupuesto de gastos, pese a lo cual el acusado ordena la transferencia.

El 2 de junio de 2010 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 9.759,70 €, pese a la advertencia del interventor de que se encuentra vigente un embargo de créditos a favor de la AEAT, por lo que hay que esperar al levantamiento de dicho embargo.

El 30 de junio de 2010 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 90.802,81 €, pese a la advertencia del interventor de que se encuentra vigente un embargo de créditos a favor de la AEAT, por lo que hay que esperar al levantamiento de dicho embargo.

En este caso, de esos cuatro hechos, ni siquiera conocemos la finalidad de los pagos; es más, no existe la conformidad ni de la sociedad, ni del Ayuntamiento. Pese a lo cual, el acusado ordena el pago, pese a los reparos de ilegalidad que se le advierte.

Por tanto, el elemento subjetivo, que es lo reprochado por el recurrente, no puede ser más claro en este caso, pues en tales cuatro ocasiones, distanciadas en el tiempo, una y otra vez, desoyendo las advertencias de ilegalidad, y sin conocer la finalidad de los pagos en dos ocasiones, y en otras dos, por la existencia de embargos, sin que consten más datos, ordena los pagos por su propia voluntad, pese a señalarse por los funcionarios competentes, particularmente el secretario municipal y el interventor, la ilegalidad de su actuación, sin someter la cuestión al pleno del ayuntamiento.

En efecto, el reparo es la objeción formal que formula el órgano interventor cuando detecta irregularidades en la tramitación de un expediente que afecta a la gestión económica, presupuestaria o contable del Ayuntamiento. Su finalidad es garantizar la legalidad y el correcto uso de los fondos públicos.

Se regula en:

Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Síguenos en...



Y desarrolla el «reparo», el Real Decreto 424/2017, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local.

La normativa regula que, si no se subsana el reparo, el asunto pasa al Presidente de la Corporación (Alcalde) para levantar el reparo mediante resolución motivada. Lo que aquí no ha sucedido, o bien se comunica al Pleno y al Tribunal de Cuentas en determinados casos (art. 218 TRLRHL), lo que aquí, tampoco acontece.

En suma, conforme al art. 215 del Real Decreto Legislativo 2/2004, si en el ejercicio de la función interventora, el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución.

Artículo 216. Efectos de los reparos. 1. Cuando la disconformidad se refiera al reconocimiento o liquidación de derechos a favor de las entidades locales o sus organismos autónomos, la oposición se formalizará en nota de reparo que, en ningún caso, suspenderá la tramitación del expediente. 2. Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquél sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.
- b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.
- c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.
- d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

Especialmente interesante para este asunto, resulta la exégesis del art. 217, que regula las discrepancias, de modo que, cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con este, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva. Esta facultad no será delegable en ningún caso.

Pero corresponderá al Pleno la resolución de las discrepancias cuando los reparos:

- a) Se basen en insuficiencia o inadecuación de crédito.
- b) Se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia.

El órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad Local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. Dicho informe atenderá únicamente a aspectos y cometidos propios del ejercicio de la función fiscalizadora, sin incluir cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones que fiscalice. Añadiendo el art. 218, que lo contenido en este apartado constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria. El Presidente de la Corporación podrá presentar en el Pleno informe justificativo de su actuación. También podrá elevar su resolución al órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera.

Nada de ello hizo el Alcalde acusado tras los reparos formulados por la intervención; en consecuencia, actuó con arbitrariedad, pues asumió personalmente su decisión, sin someterse ni al pleno ni a cualquier órgano de control, razón por la cual, tanto se cumplen los requisitos objetivos del tipo, como los subjetivos, pues no puede alegar desconocimiento de la ilegalidad de su acción despreciando los remedios para el reparo, de manera que actuó por su exclusiva voluntad, de lo que ahora debe responder penalmente.

EL Ministerio Fiscal incide en que el relato contiene los elementos necesarios para subsumir la conducta del recurrente en el delito de prevaricación. La fundamentación jurídica de la sentencia recurrida analiza la aplicación realizada por el tribunal «a quo», sentencia que

confirma por entenderse ajustada a la doctrina de esta Sala Casacional. En este sentido, toma como referencia -FJ Segundo- la STS 781/2022 de 22 de septiembre.

El elemento decisivo del delito de prevaricación es el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad dicta una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Esto es lo que dice la sentencia recurrida, y así se constata en dos pasajes de claridad y contundencia difícilmente superable. Dice así:

... administrando el Ayuntamiento a su antojo como si fuera un negocio o entidad de su propiedad, arbitrariedad que es precisamente la que sanciona el delito analizado (folio 16).

[...]

Pero no puede dejarse de manifiesto que quien dirigía la política del Ayuntamiento era precisamente el recurrente Sr. Torcuato, quien sin someter la cuestión al pleno o al órgano de gobierno adopta personalmente la decisión que entiende más conveniente a sus planes, a pesar de contar con la correspondiente advertencia de su falta de regularidad. Lo que pone en evidencia ese elemento o exigencia de imponer sencillamente su voluntad a espaldas completamente de la legalidad vigente, lo que determinaría el elemento subjetivo que el recurrente echa en falta.

Nuestra STS 649/2022, de 27 de junio, nos dice que el conocimiento de la antijuridicidad de la acción es el fundamento de la condena penal (art. 5º del Código Penal), no hay pena sin dolo o imprudencia, y en el caso enjuiciado, el acusado supo de la ilegalidad de su acción, por una clara y reiterada advertencia de ilegalidad.

En efecto, los Secretarios de la Administración Local son funcionarios con una alta formación jurídica que están al servicio de las corporaciones locales en las que, principalmente, ejercen la fe pública y desempeñan tareas de asesoramiento legal, siendo garantes de la legalidad administrativa. Este cometido es esencial en todo órgano administrativo que se guía y se rige por la ley y por el derecho.

En consecuencia, desde esta perspectiva el motivo no puede prosperar.

TERCERO .- Como dijimos en la STS 507/2020, de 14 de octubre, el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son: 1º) El servicio prioritario de los intereses generales. 2º) El sometimiento a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines conforme al art. 108 CE (STS. 18/2014, de 23 de enero).

Por ello, la sanción de prevaricación garantiza el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo, 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo; 477/2018, de 17 de octubre).

En efecto, el delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se integra por la infracción de un deber, concretamente el deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, razón por la que una actuación al margen y contra la ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo fotográfico del deber con los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico previsto en el art. 9.1 CE, que tiene un explícito mandato, referente a la Administración Pública en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración que como piedra angular se cierran con el sometimiento de todos sus actos a la Ley y al Derecho.

Como se ha dicho en STS 49/2010, de 4 de febrero, y SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo y 795/2017, de 25 de octubre, el delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. No se trata de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la jurisdicción penal, a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria. Todo ello conforme a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, mínima intervención y última ratio del Derecho Penal.

En cuanto a su naturaleza jurídica las características del delito de prevaricación son:

1º) En primer lugar es un delito de infracción de deber en el que la infracción delictiva queda consumada en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad (o el funcionario) del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad y por tanto, en arbitrariedad.

2º) En segundo lugar, se trata de un delito especial propio. Como señala la STS 13 de febrero de 2017 es una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos (art. 24 CP), y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto debe estar dirigido a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al derecho (v. arts. 9.1, 103 y 106 CE) de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Los "extranei", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el legislador, serían, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código Penal rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

3º) En tercer lugar es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base. En este sentido, en la actualidad son básicos la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015 y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público, sustituida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

4º) En cuarto lugar, el delito de prevaricación, desde el punto de vista de la causalidad es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa. La STS de 8 de mayo de 2014 recuerda que "es claro que una vez dictada la resolución administrativa resulta lesionado el bien jurídico, al quedar menoscabado el ejercicio de la función pública de acuerdo con el principio de legalidad y los restantes principios exigibles por la Constitución en un Estado de Derecho sin que sea preciso con arreglo a la redacción del precepto, que la resolución injusta se ejecute y materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración. De ahí que no sea fácil hallar en la práctica ni en la jurisprudencia casos concretos de tentativa, que solo podrían darse en supuestos extraordinarios en que la conducta típica de dictar la resolución se mostrara fragmentada en su perpetración.

5º En cuanto a la distinción entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta la acción consiste, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

La desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto. Así lo proclaman las SSTs de la Sala 3ª, de 20.11.2009 y 9.3.2010, que también señalan que "la desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y con el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico... " o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa. S.A. contra Comisión), la desviación de poder concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso ".

Ahora bien, para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión del DP aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala Segunda, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora".

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. En este sentido, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley. Es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007. de 25.9, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves.

La STS 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el CP de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso INTELHORCE).

La STS de 11.3.2015 recalca que "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona".

Conforma, por tanto, el elemento objetivo del tipo de prevaricación del artículo 404 CP "el acuerdo de resoluciones arbitrarias entendidas como los actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho".

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones y debe ser de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable, por lo que la ilegalidad debe ser contundente y manifiesta exigiendo para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución, no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente esa flagrante ilegalidad ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular, la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, cabrá predicar la arbitrariedad cuando no pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno la resolución dictada, cuando no sea posible sostener el significado de la norma que se realiza por el autor, y ello cualquiera que sea la finalidad de la misma, pues la intención se encuentra ausente del tipo, y puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. (STS. 284/2009 de 13.3). En definitiva, basta el dolo, siendo el móvil indiferente para el legislador, salvo cuando lo convierte en elemento subjetivo de lo injusto, adicional al dolo, lo que en la prevaricación no ocurre.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la triple finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de aval del orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTs 18/2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2).

La STS 259/2015 condenó por prevaricación en un caso en que se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del mismo, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de

Contratos del Estado, y además una vez reconducida fraudulentamente la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos y garantías, también se vulneraron las limitadas exigencias de éste, al encargar a su único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos supuestamente de diferentes empresas, los que arbitrariamente elegidos debían procurar que las condiciones por el acusado ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación aparentando la concurrencia de contradicción. Pura ficción al servicio del fraude que mereció condena por prevaricación y falsedad documental.

En cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En nuestro caso, a pesar de la advertencia de ilegalidad, el acusado siguió adelante con su acción.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el primer motivo, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal en relación con el delito 404 del Código Penal.

Tras diversas consideraciones en las cuales el recurrente repite su argumentación anterior, termina por sostener el llamado concepto natural de acción, que impediría la continuidad delictiva, pues se alega que toda su actuación es una, dar cobertura económica a la sociedad municipal.

La sentencia de esta Sala núm. 695/2019, de 19 de mayo, con referencia expresa a la sentencia núm. 671/2011, de 20 de junio, señala que "(...) tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado concurren una pluralidad de hechos desde una perspectiva ontológica o fenomenológica. Lo que sucede es que en el primer caso los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado. De modo que cuando los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural

de acción subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, ha de acudir a la figura intermedia del delito continuado".

En los hechos probados del apartado tercero, podría caber la queja del recurrente, pues comienzan estos así:

«El 1 de abril de 2010 se libran dos mandamientos de pago, ordenados por el Alcalde Torcuato, por valor de 30.000 euros cada uno (total 60.000 euros), con sus correspondientes cheques, emitidos por el Ayuntamiento y firmados por los dos acusados, para ingreso en cuenta de la mercantil SABES SL, por concepto "adquisición de acciones empresa local", pese a que el Ayuntamiento era titular del 100% del capital y sin que existiera acuerdo para llevar a cabo una ampliación de capital», tras lo que se expone el reparo de ilegalidad.

Aquí podría mantenerse la unidad de acción, que sería una unidad jurídica, conforme al concepto normativo de acción.

Pero no es posible en los cuatro «hechos» que se describen en el apartado cuarto, pues ellos se refieren a las siguientes fechas: 1 de septiembre de 2009, cuando el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 80.014,34 €, al que el interventor pone reparo por no existir crédito suficiente en la partida del presupuesto de gastos, pese a lo cual el acusado ordena la transferencia. El 2 de octubre de 2009, el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 46.155,46 €, al que el interventor pone reparo, por no existir crédito suficiente en la partida del presupuesto de gastos, pese a lo cual el acusado ordena la transferencia. El día 2 de junio de 2010, el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 9.759,70 €, pese a la advertencia del interventor de que se encuentra vigente un embargo de créditos a favor de la AEAT, por lo que hay que esperar al levantamiento de dicho embargo. Y fue 30 de junio de 2010 el acusado Torcuato libra un mandamiento de pago por importe de 90.802,81 €, pese a la advertencia del interventor de que se encuentra vigente un embargo de créditos a favor de la AEAT, por lo que hay que esperar al levantamiento de dicho embargo.

Como vemos, se refieren a acciones ejecutadas entre el 1 de septiembre de 2009 al 30 de junio de 2010, de manera que no puede sostenerse ni una unidad natural temporal de acción, ni tampoco jurídica o normativa, pues son acciones con finalidades diversas, que de no haber sido calificadas como de unidad de propósito o plan, nos hubieran llevado a un concurso real de delitos, de mayor impacto penológico para el recurrente.

Y ya hablando de la penalidad, aunque no se ha esgrimido una queja en este sentido, tampoco hubiera sido operativa, pues la pena se ha impuesto en su mínima expresión legal posible.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que la ley permita un margen de maniobrabilidad en este sentido.

F A L L O

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del **acusado D. Torcuato**, frente a la Sentencia 324/2022, de 20 de diciembre de 2022 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

2º.- CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Síguenos en...

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

